

HISTÓRIA DO DIREITO

Revista do Instituto Brasileiro
de História do Direito - IBHD

Vol. 3

Nº 4

2022

ISSN 2675-9284

ibhd



História do Direito

Revista do Instituto Brasileiro de História do Direito - IBHD

Curitiba/PR

ISSN 2675-9284

Vol. 03

Nº 04

Jan/Jun 2022

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 Caryl 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 (UFPE), 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

7

Apresentação (v. 3, n. 4, 2022)

Ricardo Marcelo Fonseca
Walter Guandalini Junior

FERRAMENTAS

10

Entrevista com François Hartog

A testemunha, o historiador e o jurista
João Paulo Arrosi

EXPERIÊNCIAS

20

Roman Law as Pamphlet

Fritz Schulz and the Prinzipien des römischen Rechts between Cesar and Hitler

Renato Sedano Onofri

56

A mutabilidade do justo por natureza nas interpretações escolásticas de Aristóteles

Tomás de Aquino, Domingo de Soto e Francisco Suárez

Gustavo César Machado Cabral
Rafael Cronje Mateus

80

La Sala del Crimen de la Real Audiencia de México

Construcción y conflictos jurisdiccionales durante los siglos XVI y XVII

Oscar Hernández Santiago

93

Organizando a liberdade

Justiça e política sob os governos liberais da última década do Império do Brasil (1878-1885)

Filipe Nicoletti Ribeiro

124

“Perils of the Sea”

Ibridazioni tra assicurazione marittima e Law of Nations nell’esperienza statunitense tra sette e ottocento

Marco Sabbioneti

153

A crise fiscal-financeira do Império brasileiro

Uma análise dos Relatórios do Ministério da Fazenda (1870-1889)

Priscila Petereit de Paola Gonçalves

Leonardo Seiichi Sasada Sato

Paulo Roberto dos Santos Corval

RESENHAS

172

Comparing Transitions to Democracy

Jean-Louis Halpérin

MEMÓRIA

178

In Memoriam Victor Tau Anzoátegui

Ezequiel Abásolo

181

Despedida a Paolo Grossi (1933-2022)

Ricardo Marcelo Fonseca

Apresentação (v. 3, n. 4, 2022)

A RHD (Revista História do Direito) – Revista do Instituto Brasileiro de História do Direito chega ao seu quarto número. Tendo já acumulado uma infinidade de indexações no seu ainda curto período de existência (e a cada etapa agregando mais e mais), pode-se dizer desde agora que já se estabeleceu como um veículo privilegiado de circulação da produção científica da área de história do direito no Brasil, mas também em nível internacional. De fato, os números publicados até aqui – e este atual não é exceção – contemplam esse periódico com formato digital e de acesso aberto como um *locus* de circulação cultural de alcance internacional no território histórico jurídico. E não só: apesar de não renunciar ao sistema internacional de avaliação cega por pares, conforme hoje estabelecido por todos os periódicos de relevância, fato este que viabiliza a circulação da produção de talentosos jovens pesquisadores, verifica-se facilmente que a revista também se estabelece como o repositório de circulação de pesquisadores com comprovado impacto nacional e internacional na área. O caminho mostra-se, portanto, alvissareiro: o de estabelecer de modo progressivo a RHD como veículo obrigatório para os estudiosos da história do direito, aqui e alhures.

Este número inicia a sua seção teórica “Ferramentas” com a entrevista concedida por François Hartog a João Paulo Arrosi acerca do papel do historiador, concebido como aquele que “examina e se ocupa dos dois lados” (*Entrevista com François Hartog: a testemunha, o historiador e o jurista*).

Na seção “Experiências” Renato Sedano Onofri examina, em *Roman Law as Pamphlet: Fritz Schulz and the Prinzipien des römischen Rechts between Cesar and Hitler*, o uso do direito romano pela doutrina jurídica alemã da década de 30 como instrumento de reação ao nazismo. No texto intitulado *A mutabilidade do justo por natureza nas interpretações escolásticas de Aristóteles: Tomás de Aquino, Domingo de Soto e Francisco Suárez*, Gustavo César Machado Cabral e Rafael Cronje Mateus se debruçam sobre a escolástica ibérica para compreender de que maneira o pensamento jurídico medieval enxergava o direito natural em sua relação com as mudanças da realidade. *La Sala del Crimen de la Real Audiencia de México: construcción y conflictos jurisdiccionales durante los siglos XVI y XVII*, artigo apresentado por Oscar Hernández Santiago, analisa o processo de construção do órgão e os conflitos que suscitou com outras jurisdições mexicanas. Filipe Nicoletti Ribeiro se debruça sobre as iniciativas liberais de reorganização da justiça na fase final do Império do Brasil, avaliando o protagonismo do Judiciário na liberalização institucional das décadas de 1870 e 1880 no país, apesar das fortes reações das elites conservadoras – *Organizando a liberdade: justiça e política sob os governos liberais da última década do Império do Brasil (1878-1885)*. Em *“Perils of the Sea”: ibridazioni tra assicurazione marittima e Law of Nations nell’esperienza statunitense tra sette e ottocento*, Marco Sabbioneti examina os contratos de seguro marítimo celebrados nos Estados Unidos durante o século XIX, lançando luz sobre

a relação hierárquica-funcional existente entre as normas de direito internacional e as normas de direito interno no contexto. O trabalho apresentado por Priscila Petereit de Paola Gonçalves, Leonardo Seiichi Sasada Sato e Paulo Roberto dos Santos Corval (*A crise fiscal-financeira do Império brasileiro: uma análise dos Relatórios do Ministério da Fazenda (1870-1889)*) avalia os conflitos e invasões fiscais ocorridos entre as províncias e o poder central ao longo do Império, demonstrando como a reestruturação fiscal não se referia apenas a demandas financeiras, mas também ao próprio caráter unitário do regime imperial.

Na seção de resenhas o texto *Comparing Transitions to Democracy*, de Jean-Louis Halpérin, analisa a coletânea organizada por Cristiano Paixão e Massimo Me-carelli e publicada pela editora Springer em 2021, elogiando-a por sua importante contribuição à compreensão de períodos curtos de crise e transformação intensa – *Comparing Transitions to Democracy. Law and Justice in South America and Europe*.

Por fim, a seção Memória é dedicada à homenagem e recordação da importante obra produzida por dois grandes historiadores do direito, cujo desaparecimento recente causou grande consternação na área em todo o mundo: Ezequiel Abásolo escreve *In Memoriam Victor Tau Anzoátegui*, relembrando a trajetória acadêmica do grande professor argentino, falecido em 12 de junho de 2022 aos oitenta e nove anos de idade; e Ricardo Marcelo Fonseca apresenta a sua Despedida a Paolo Grossi (1933-2022), fundador do *Centro di Studi per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno* e dos *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, também falecido aos oitenta e nove anos no dia 4 de julho de 2022.

Que este novo número da Revista *História do direito: Revista do Instituto Brasileiro de História do Direito* (RHD) seja uma leitura produtiva aos pesquisadores e estudiosos da história do direito.

Ricardo Marcelo Fonseca

Editor-chefe

Walter Guandalini Junior

Editor Executivo

Ferramentas

HISTÓRIA DO DIREITO

Entrevista com François Hartog: A testemunha, o historiador e o jurista¹

*Interview with François Hartog:
The witness, the historian, and the jurist*

João Paulo Arrosi²

¹ Tradução de Benjamin Brum Neto. Revisão de Germano Manoel Pestana e João Paulo Arrosi.

² Universidade Federal do Paraná. ORCID: 0000-0002-2090-0589

RESUMO

A entrevista foi realizada no dia 2 de setembro de 2015 nas dependências da Faculdade de Direito da UFPR e no âmbito do VIII Congresso Brasileiro de História do Direito (ocorrido na cidade de Curitiba entre os dias 31/08 e 04/09/2015), no qual o historiador François Hartog³ apresentou a conferência “A presença da testemunha”. O entrevistador⁴ agradece o auxílio de José Otávio Nogueira Guimarães para a realização da entrevista.

Palavras-chave: François Hartog; historiadores; entrevista.

ABSTRACT

The interview was carried out on September 2, 2015 at the UFPR Faculty of Law and within the scope of the VIII Brazilian Congress of the History of Law (held in the city of Curitiba between 08/31 and 09/04/2015), in which the historian François Hartog presented the conference “The presence of the witness”. The interviewer is grateful for the help of José Otávio Nogueira Guimarães to carry out the interview.

Keywords: François Hartog; historians; interview.

3 François Hartog é professor de história antiga e moderna na École des Hautes Études en Sciences Sociales (EHESS) em Paris (França).

4 João Paulo Arrosi é doutor em filosofia e história do direito pela Universidade Federal do Paraná e mestre pela mesma instituição.

João Paulo Arrozi – Gostaria que o Sr. nos contasse brevemente sobre sua formação, sobre a influência da obra de Georges Dumézil e de historiadores como Jean-Pierre Vernant e Pierre Vidal-Naquet, entre outros, que de certo modo, parece-me, são seus antecessores e foram caros interlocutores seus. Aproveito para, ascendendo através de Jean-Pierre Vernant e da noção de antropologia histórica, lhe perguntar também sobre a influência – se existe – em sua formação da obra de Louis Gernet, um historiador que se debruçou intensamente sobre o direito grego.

François Hartog – Sobre a minha formação e os clássicos, sobre a passagem pela história e a escolha pela antiguidade e sobre a escolha pela história grega – que não foi de modo algum algo previsto –, foi justamente o encontro com Vernant e Naquet que me conduziu para essa escolha. E, um pouco antes, a leitura de um certo número de livros de Dumézil, porque ele propunha uma interpretação da antiguidade, notadamente da religião romana e da história romana, que abria perspectivas muito mais estimulantes intelectualmente que os cursos de história romana aos quais tínhamos acesso na universidade. Primeiro Dumézil e depois Vernant, Vidal-Naquet e Marcel Détienne. Foi também uma escolha fortemente marcada pela antropologia e por uma vontade de romper com o humanismo clássico. Então se tratava de uma visão da antiguidade que no final dos anos 1960 e começo dos anos 1970 era ainda, poderíamos dizer, um combate que queria, não modernizar a antiguidade, não presentificar a antiguidade, como foi dito mais tarde, mas sim fazer da antiguidade, grega no caso, um espaço de questionamento que tinha um papel a desempenhar no debate contemporâneo. Então não se tratava de presentificar, de modernizar, mas fazer, como Lévi-Strauss fizera ao seu modo com os indígenas, o que ele chamava – como nós chamávamos em sua época - de um objeto bom a ser pensado. E fazer dos gregos um bom objeto a ser pensado era a postura proposta por Vernant. Havia, como eu mesmo acabei percebendo mais tarde, um certo paralelismo com a postura de Lévi-Strauss no Brasil ao longo dos anos 1930. E decidindo fazer dos ameríndios, sobretudo dos Nambikwara, uma maneira de refletir sobre essas sociedades que estavam em vias de desaparecer e refletir sobre sua própria sociedade a partir dessas pequenas comunidades indígenas. Vernant propôs algo de análogo com a Grécia. Ir, partir – se eu considero esse título – partir para a Grécia, não para celebrar uma Grécia eterna, mas para, partindo dessa Grécia que num primeiro momento fora interrogada do ponto de vista político, principalmente sobre a temática do nascimento da razão e também da cidade, interrogar esta Grécia a fim de colocar essas questões em relação a problemas que indagam sua própria sociedade, isto é, aquela França que saía da Segunda Guerra Mundial e que estava inteiramente por ser reconstruída e que era também atravessada ainda por uma esperança revolucionária.

JPA – Nas conferências pronunciadas aqui no Brasil em 1974, depois publicadas sob o título *A verdade e as formas jurídicas*, Michel Foucault apresentou um quadro esquemático baseado em três grandes tipos – ideais, poderíamos dizer – de averiguação da verdade ao longo da história ocidental: a prova, o inquérito (*enquête*) e o exame. Parece-me que nos três tipos, talvez especialmente no caso da prova (o pôr-se à prova, ao desafio e os juramentos dos contendores aí implicados), mas também no inquérito e mesmo talvez no exame, a figura do *histôr* e da testemunha comparecem de alguma maneira (seja na perspectiva do *histôr* enquanto ‘aquele que investiga e julga’, seja na do *histôr* como ‘terceiro que comparece para testemunhar o que viu ou sabe’). Que relações, se é que existem, se apresentam entre “as formas jurídicas” foucaultianas e a sua noção de “regimes de historicidade”? Talvez seja mais adequado perguntar que relações

existem entre regimes de verificação/jurisdição e regimes de historicidade. Gostaria que o Sr. nos falasse um pouco sobre essas possíveis relações.

FH – No que concerne ao *histôr*, minha posição é um pouco diferente. Porque o *histôr*, creio eu, é uma palavra antiga que aparece em Homero e não é uma testemunha em Homero. Ele não viu, ele não ouviu. Ele tem um papel diferente. Ele é aquele que vamos procurar quando há o diferente. E, segundo os exemplos homéricos, ele também não julga. Então ele não é testemunha, ele não julga, mas tem um papel bastante preciso que é aquele do garante. E não é ele que dá a solução da diferença; não é ele que resolve o diferente. Mas ele se torna o garante do que é acordado entre as duas partes. E, então, nesse sentido, ele é testemunha, mas testemunha do engajamento assumido pelas partes. Ele não deve dizer “Eu o vi, foi ele que fez, que assassinou tal pessoa” ou “foi ele que trapaceou” (no caso da Ilíada, por causa [da corrida] de carros), mas o *histôr* tem a autoridade suficiente – isso seria um problema de estatuto social –, tem a autoridade suficiente para dizer “se vocês estão de acordo em resolver o problema de vocês e vocês me constituem como garantidor do acordado... e consequentemente se um de vocês vier a romper esse pacto, terei motivos para dizê-lo e intervir”. Parece-me que desse *histôr* arcaico não resta muita coisa. Ou mais exatamente, de Heródoto, nós retomamos algo, mas de maneira um pouco diversa. Porque ele, Heródoto, não é um *histôr* constituído – se eu posso dizer – naturalmente por seu estatuto. Ele se faz *histôr*. E para se fazer um *histôr*, ele examina, investiga. E justamente nesse sentido é que, a partir de Heródoto, temos uma afirmação do verbo *historeîn* como ‘examinar, investigar, ir ver’, e então de se tornar testemunha na acepção comum do termo. E a posição de *histôr* o conduz também – e isso me parece um aspecto muito importante do que será a história – ao que os gregos chamaram de *historía* e na sequência chamou-se de ‘história’, ‘o historiador’, ‘o *histôr*’, aquele que *historeî* [examina], se ocupa dos dois lados: ele não faz a história dos atenienses, mas ele fará a história da guerra entre os atenienses e os lacedemônios. Heródoto não faz a história da guerra, a história das guerras médicas colocando-se unicamente no lugar dos gregos. O que ele fala, o que ele afirma desde a primeira frase de seu livro é “os gregos e os bárbaros”. Para mim, essa visão dos lados é um traço bastante forte, estruturante e estrutural da história. O historiador é aquele que leva em conta os dois lados. Isso não quer dizer que ele se coloca numa posição que ignora o que poderia haver de desequilíbrio entre os dois lados. E não é ele que irá dizer “isso tanto faz pra mim, eu verifico as ações de ambos os lados, eu não tenho opinião formada sobre isso ou aquilo”. Mas se não forem considerados ambos os lados, alguma coisa faltará na abordagem do historiador. E nós podemos estender isso até hoje.

O segundo ponto é sobre o regime de verificação/regime de jurisdição e o regime de historicidade. Não vejo relações diretas, a não ser o termo “regime”, que é um termo que de fato eu não inventei e que foi usado por Foucault e desde então fizemos muito uso para todo tipo de regime. Na perspectiva de Foucault, o tempo não é um fator determinante no estatuto desses diferentes regimes de verificação. Há esses três regimes, mas não há um que é anterior ao outro. Ele não implica relações tão diferentes. Em todo caso, não é isso que interessa muito a Foucault. Foucault não é alguém que é pensador do tempo. O tempo não é um objeto para ele. Ao passo que para o regime de historicidade o tempo é um elemento central. E são as modalidades de transformação e relação com o tempo que constituem a noção mesma de regime de historicidade.

JPA – No prefácio de sua coletânea de artigos *Os antigos, o passado e o presente*, publicada no Brasil em 2003, o Sr. menciona que o “nosso presente se questiona ainda sobre o lugar que os antigos podem ocupar em nossos programas acadêmicos e nos cânones da cultura moderna”.

Ao se evitar o perigo dos extremos – nem o “milagre grego” de um humanismo acrítico, o gênio fora do comum de gregos e romanos, nem tampouco o exotismo grego da polêmica multiculturalista (parafraseando José Otávio Guimarães) –, como o Sr. vê o lugar dos antigos num país como o Brasil, cuja região foi conquistada por europeus há pouco mais de quinhentos anos, seja para a historiografia brasileira, seja para uma cultura multifacetada e relativamente recente? E para os programas acadêmicos, especialmente no curso de Direito, em que a secular disciplina de Direito Romano vem sendo substituída pela História do Direito, em que a Antiguidade e a Alta Idade Média parecem ter menos apelo do que a Baixa Idade Média e a Modernidade (portuguesa e brasileira)?

FH – Sobre a primeira parte da questão, sobre os antigos, e sobre os antigos em relação aos modernos, e qual o lugar dos antigos para o Brasil, você está mais apto para responder a esta questão. Há traços comuns na maneira de colocar a questão na Europa e também há elementos mais específicos. Os traços comuns seriam: questionar se os antigos têm ainda algo a nos dizer. Dito de outra forma: temos questões a lhes propor? Somos nós que os fazemos falar. Sabemos ainda lhes fazer perguntas? Imaginamos ainda que é interessante lhes fazer perguntas? Ou, ao contrário, consideramos que não, que acabou. A única relação que poderíamos ter com eles é uma relação passiva, de manutenção da herança. É preciso refazer traduções, editar ou reeditar textos. É preciso meditar sobre as inscrições, ainda fazer escavações. No fundo, isso não é nada mais do que a manutenção de uma herança ou mesmo de escavações arqueológicas. É uma maneira de se inscrever na valorização do patrimônio. E então encontramos ao mesmo tempo razões econômicas, e também um ambiente presentista. De modo bastante esquemático, penso que isso é válido para todo mundo. E a resposta não está de forma alguma dada. Os debates sobre se ainda é o caso de ensinar o latim, de ensinar o grego, a quem, por quanto tempo, por quantas horas, são recorrentes. No caso de um país como o Brasil, sendo uma antiga colônia, seria plausível perguntar o que isso concerne a vocês, brasileiros, tendo em vista que isso não fora jamais o passado de vocês. O passado dos brasileiros seria a chegada dos portugueses e de outros, seria a questão indígena, aí é que estariam as raízes de vocês, o passado de vocês. E os gregos e os latinos seriam apenas produtos derivados dos portugueses e dos europeus em geral. Então não haveria por que vocês se ocuparem deles diretamente. Porém penso que essa visão é um pouco estreita. Pois também na Europa podemos dizer que os gregos e os romanos há dois mil anos ou mais não existem mais. Então, também lá nossos ancestrais são os gauleses, os saxões, ou são não sei quem. Em suma, também não há essa conexão que poderíamos considerar como direta com eles. Então, em relação ao Brasil, isso acrescenta uma espécie de camada suplementar, uma instância suplementar. Mas isso não apaga a questão que é essa cultura, que podemos, grosso modo, chamar de ocidental, essa cultura que é feita em parte de todos esses textos produzidos pelos romanos, pelos gregos e dos quais com certeza o direito romano é um elemento considerável. E não se dispor a compreender o que fez essa cultura é se privar de uma inteligibilidade que é constitutiva, de elementos que são constitutivos desse mundo europeu. E, então, podemos dizer que o que nós queremos justamente é romper, o que nós quisemos foi romper com esse mundo e claramente escolher outra coisa. O problema não é simplesmente deslocar, porque isso não impede que os conceitos que utilizamos, as referências que utilizamos, essa cultura que se constituiu no Brasil entre o século XVI e XX é em parte feita desses elementos europeus e em particular do que provém da igreja e do catolicismo. Mas também do que foi presente no país; portanto, essa relação com os escravos, os índios, tudo que “fez” o Brasil. Então, ignorar que esses conceitos têm uma história, que esse direito romano ele tem uma longa tradição, que os jesuítas que desempenharam um papel muito importante,

que eles são completamente produzidos por essa cultura, é se fechar para muitas coisas. Penso que os debates sobre o colonialismo têm já um distanciamento para que possamos olhar isso com uma certa frieza. Não podemos compreender a cultura do Brasil sem essas dimensões. E no meio dessas dimensões há também os gregos e os romanos. Isso não significa dar-lhes uma posição privilegiada ou única, mas reconhecer simplesmente que essa cultura é composta ou componente de todos esses elementos, e que seria uma pena se privar desses instrumentos intelectuais que foram forjados por séculos e com os quais podemos tentar apreender seu próprio nome [sua noção, a noção de Brasil, de cultura brasileira]. Não se trata simplesmente de fazer dessa cultura uma espécie de museu que vamos visitar no domingo à tarde quando não sabemos o que fazer. Acho muito interessante que o direito romano tenha sido substituído pela história do direito. Não conheço nada da organização dos estudos jurídicos no Brasil... considere-se que o direito romano não é mais um instrumento para intervir no espaço de hoje, que no direito romano não há mais uma pertinência para além da história do direito; portanto, que ele não é mais diretamente mobilizável para fabricar o direito hoje. Ele se torna uma referência de segundo grau com a qual o futuro jurista deve estar um pouco familiarizado, mas sabendo que isso não servirá diretamente no serviço de sua futura profissão.

JPA – Tanto na coletânea supramencionada quanto em *Evidência da história*, o Sr. escreve que na antiguidade grega “o historiador não tardará a se inclinar diante do filósofo que, a partir do século IV a.C., vai tornar-se a principal referência e, por assim dizer, o padrão do intelectual grego. A partir de então, o historiador criticará o filósofo, tentará apresentar-se às vezes como filósofo, ou vai dedicar-se a mostrar que a história é filosófica”. Fazendo um salto analógico para o presente mas num sentido inverso, talvez não de todo inverso, à relação que o Sr. menciona entre as figuras do historiador e do filósofo gregos, trabalhos como os de Michel Foucault e, nas suas trilhas, os de Giorgio Agamben, por exemplo, parecem mostrar um modo de fazer filosofia (cada um à sua maneira, claro) que depende de um uso (ou abuso) da história, da filologia histórica, que se apresente minimamente competente, erudito e especializado. O que gostaria de lhe perguntar é o seguinte: a autoridade da historiografia nos dias de hoje faz com que o material histórico seja um instrumento e um objeto privilegiados para a reflexão filosófica, especialmente política? A autoridade da filosofia se vale da autoridade da história? A autoridade da história se beneficia do uso que dela faz a filosofia? *Cui bono*?

FH – Uma questão um pouco complicada. Partindo da antiguidade, creio que temos esse momento, que apreendemos muito bem entre Tucídides e Platão, no qual a história tem uma ambição, com Tucídides, de ser a ciência política; e a queda de Atenas, a derrota de Atenas, que põe fim a essa ambição. A ambição é retomada pelos filósofos, por Platão, por Aristóteles, e o historiador tem dificuldades, com Xenofonte, por exemplo, no IV século a.C., de encontrar seu lugar. E eu acho que essa situação vai durar. Há também outros exemplos, como o de Políbio, que tenta mostrar que a sua história tem um alcance filosófico, porque é um alcance moral. O filósofo, o historiador, se apresenta como filósofo moral. Uma história oferecendo exemplos, [...] de filosofia moral, e sendo assim, tendo um lugar legítimo a reivindicar. Se saltarmos muitas etapas, a história profissional moderna do século XIX, em particular na França, se define contra a filosofia por várias razões, mas sobretudo por uma razão ligada à Revolução Francesa e ligada ao fato de que, como dizemos, a Revolução Francesa foi feita pelos filósofos do século XVIII que conduziram, como Rousseau, essa revolução. E como consequência, o que queremos ver a partir de então é uma história que se interessa apenas pelos fatos, por essa ideia, os fatos, não há nada

além dos fatos. A situação não é a mesma na Alemanha. Na Alemanha, justamente, não houve Revolução Francesa. E a relação entre história e filosofia se coloca em termos completamente diferentes. Na Itália se coloca também em termos diferentes, porque a Itália se divide um pouco entre a referência alemã e a francesa, mas sobretudo a referência alemã. E essa diferença, essa distância que tem a história na França foi mantida até hoje. Os historiadores sempre disseram, mesmo Braudel por exemplo, que do que se devia desconfiar mais é da filosofia da história. O marxismo resolveu a questão, visto que o marxismo foi ao mesmo tempo a filosofia e a história, e era a verdadeira filosofia da história, a verdadeira história ou a verdadeira ciência da história; e o materialismo histórico conjugava simultaneamente a história e a filosofia em sua abordagem e em seu método. E os filósofos, nessa perspectiva, os filósofos que não eram marxistas, foram lançados no idealismo e não tinham nenhuma via, nenhum capítulo, não se interessavam, nada tinham a dizer sobre a história. Ou então as produções que não eram senão reprodução da ideologia burguesa. Com o fim ou colapso da perspectiva revolucionária, com o fim do comunismo e com a queda do muro de Berlim e da URSS evidentemente a situação mudou. E a filosofia reconquistou a legitimidade que não tivera mais. Mas era uma filosofia diferente, de múltiplas manifestações, era de todo modo uma filosofia que dá lugar e mesmo se inscreve numa perspectiva hermenêutica. O exemplo mais considerável dessa perspectiva é Paul Ricoeur. E essa perspectiva hermenêutica, que é também compartilhada por um historiador como [Reinhart] Koselleck, conduz a uma espécie de convergência entre certas abordagens históricas e filosóficas. No caso de Foucault é diferente, pois ele não se inscreve nem no marxismo, nem na hermenêutica. Ele desenvolveu uma abordagem que é num sentido bastante marcado por Nietzsche, uma perspectiva arqueológica, quer dizer, partimos do presente para ir em direção ao passado, ou a genealogia, é a mesma coisa, o mesmo processo, e também uma espécie de aliança, um pouco conjuntural, com os historiadores, com certas abordagens de historiadores sobretudo os da escola dos *Annales* (que justamente o que lhes interessa é a série e não mais os indivíduos). No caso de Foucault, ao mesmo tempo muitos historiadores se interessaram por ele, mas também muitos o criticaram. Sobretudo sua noção de *épistémè*, que não se sabe onde começa ou onde termina. E ele desenvolveu, ele tentou constituir sua abordagem arqueológica, a arqueologia do saber, num espaço ao qual ele não reivindicava, ao menos nesses anos, como estritamente filosófico. “No fundo, é isso que eu faço. Eu não creio na filosofia. Eu não trabalho pela filosofia. Eu empreendo esse trabalho que é sempre, no fundo, de dinamitar tudo o que se apresenta e mostrar que nada é fixo...”; não é o mesmo empreendimento de Derrida, mas que também participa desse momento. E eu não creio que hoje, contrariamente ao que me parece indicado na questão, que os filósofos se ocupam bastante da história. Penso ao contrário que eles se ocupam pouco dela, que eles... há esse grande desenvolvimento da filosofia moral e esse grande desenvolvimento da filosofia analítica, mais nos EUA e na Inglaterra que no continente [europeu], mas que está também bastante difundida, e então temos toda essa dimensão de pesquisa sobre as ciências cognitivas. E tudo isso, nisso tudo, não há história. Parece-me, pensei nisso rapidamente, que os filósofos não se ocupam muito de história e que os historiadores tratam pouco de filosofia. E isso não é novo. E as reflexões como aquelas que tento conduzir estão entre a história e a filosofia. Não é uma filosofia da história, mas é uma reflexão que não hesita em lançar mão da filosofia e que não hesita em reconhecer a dimensão filosófica da abordagem ou do resultado. Meu trabalho sobre os regimes de historicidade não é filosofia, não é uma filosofia da história, mas tem incidências, pode ter incidências, sobre a maneira de considerar a abordagem do contemporâneo pelo filósofo.

JPA – “A obsessão da morte transformou o historiador ocidental moderno em homem da dívida. À exigência de ser verdadeiro veio acrescentar-se uma dívida, nunca completamente solvável, em relação aos mortos ou de alguns mortos.” Gostaria que o Sr. comentasse essa sua frase de *Evidência da história*. Como essa dívida acresceu-se para os historiadores modernos e contemporâneos nas modalidades de aculturação da morte?

FH – Sobre a questão da dívida, o primeiro que teve essa visão do trabalho do historiador como um homem endividado em relação à morte foi Jules Michelet, que construiu essa definição, do papel do historiador como aquele que visita o cemitério e que deve permitir aos que estão mortos (sem ter podido dizer ou se exprimir, pensando certamente no povo) de ter sua palavra e poder dizer a história. Aquele que os faz falar. E como ele diz... há aí uma referência ao poeta Camões, que era administrador dos bens dos falecidos... o historiador é, para retomar essa expressão de Camões, o administrador dos bens dos falecidos. Essa concepção do historiador endividado foi retomada por Michel de Certeau, que a fez dele, dizendo no fundo que o historiador é aquele que enterra os mortos, a história é um ritual funerário. É aquele que enterra os mortos para dar lugar ao presente. Na sociedade, ele tem essa função, de enterrar os mortos para que a sociedade possa se dar um presente. O próprio Ricoeur retomou essa concepção de historiador e do trabalho do historiador através de Certeau e Michelet. E essa problemática da dívida encontrou um reconhecimento e um espaço ainda maior a partir do momento em que se tratava de todos esses mortos, de todas essas vítimas – retornando à nossa conversa de ontem – que no século XX desapareceram em razão do nazismo, dos campos, dos *gulags*, das ditaduras, etc. Então, mais uma vez, esse esquema do historiador como aquele que tem uma dívida em relação a esses mortos, e não somente a esses mortos que não apenas não puderam dizer, mas que também não têm túmulo, não têm sepultura. Isso é o homem da dívida. Somos ao mesmo tempo sociedades que, sobretudo na Europa, têm tendência de expulsar a morte, de fazê-la desaparecer do espaço. Morremos no hospital, somos cremados, tudo isso de modo a tornar a morte quase invisível. Há então uma relação entre a remoção da morte nas sociedades e a definição do historiador como homem da dívida? Não tenho certeza, ao menos não uma relação direta, mas a visibilidade da morte hoje em dia me parece ter mais a ver com a questão do tempo. Quer dizer, no fundo, é bastante difícil de considerar que não somos imortais. Então o melhor é fingir, você está lá e depois não está mais. E é isso. Não há essa encenação que existia nas sociedades do antigo regime ou ainda no século XIX, essa encenação da morte que é justamente o reconhecimento do tempo que passa.

JPA – O atual regime, o do “presentismo”, mostra um ressurgimento da figura da testemunha, mas sob novos termos e novas configurações dessa “figura”, dessa “presença” atual, como o Sr. apontou em sua conferência (*A presença da testemunha*). A chamada literatura de testemunho é expressiva nesse sentido. O regime de historicidade de hoje também mostra uma progressiva “juridificação” (se é que posso usar esse neologismo) dos processos e operações memoriais – “Justiça de Transição”, “Verdade e Reconciliação”, “Anistia” – em que o direito à memória se transforma cada vez mais num imperativo, num dever – ou seja, numa dívida. Uma dívida a ser quitada, solvida, mas que não se paga, ou não se paga de todo, que permanece “em transição”, transição que não atravessa até o fim, que é um passo em suspenso. É um estar-em-débito (*esse in culpa*) permanente, num lembrar permanente e num passado que não passa. Como o historiador contemporâneo, enquanto “homem da dívida”, pode enfrentar o desafio de não permanecer

preso a essa nova espécie de “aitiologia”, a essa “*Historia ancilla memoriae*” [História serve da memória] ?

FH – A situação que você descreve parece ser essa mesma, a de uma dívida que não pode ser solvida? É difícil de dizer, mas o que vemos a propósito de nossas sociedades em dívida, eu havia pensado em algo, mas não lembro o quê. Na perspectiva de Michelet ou de Certeau que evoquei, talvez mesmo de Ricoeur, a dívida talvez jamais seja solvida, mas os mortos terminam por ser enterrados. A dificuldade é maior quando não há nada a enterrar, se posso dizer assim. Quando é o caso de desaparecidos, quando é o caso daqueles que pereceram ou desapareceram na ditadura, seja aqui, na Rússia, na Europa, ou aqueles que desapareceram nas câmaras de gás, que por definição nunca terão tumbas. Não podemos nesse sentido enterrá-los. E o ritual fúnebre é suficiente ou não? E é nesse sentido que há esse sentimento ou percepção de algo que não pode ser realizado até o fim. Os desaparecidos, enquanto não se sabe como desapareceram, há a possibilidade de encontrar alguma coisa, restos? Ou não? Há algo que não se pode terminar. E então nesse contexto, a dívida permanece. Sobretudo para as pessoas próximas, se ainda vivem. Há algo de inacabado no que chamamos de período ou justiça de transição? Não sei dizer, mas o principal efeito dessa justiça de transição é de poder recolocar o tempo em marcha, que esse presente sobre o qual nos detemos seja solvido, que haja possibilidade de o superar. Voltando à terminologia empregada, é recolocar o tempo em marcha. E é isso que Claude Lanzmann queria fazer, conforme ele mesmo disse, em seu filme *Shoah*. No fundo era uma maneira de tentar recolocar o tempo em marcha. Mas o tempo pode ser recolocado em marcha? E no caso da justiça de transição? Mais ou menos, sem dúvida. Também no caso da França com o processo tardio dos crimes contra a humanidade nos anos 1980, com Klaus Barbie, Touvier, Papon, dos quais podemos dizer, com um recuo, que são processos diferidos que vêm fechar alguma coisa que provém da justiça de transição e que não pôde ter sido assumida, depois da guerra, e pelos anos que sucederam a guerra, por diferentes razões e em particular pela conjuntura da guerra fria, mas também pelo egoísmo. Tudo isso. E tivemos, nesses anos 1980, enquanto os sobreviventes começam a desaparecer, essas manifestações da justiça de transição, que também levaram muito tempo... e também o tempo próprio dessa justiça que é bastante longo como todos sabem. Eu veria esse processo como algo que vem dar fim a esse ciclo de justiça de transição que na época não pôde acontecer. E no caso da comissão brasileira, que vem muito tempo depois do fim do regime militar, talvez ela seja algo da mesma natureza: quer dizer, aquilo que não pôde acontecer por inúmeras razões intervém na forma dessa comissão – não sei exatamente que tipo de resultados obtiveram – mas enfim que de todo modo claramente se inscreve nessa perspectiva de justiça de transição e que por consequência então tentam recolocar em marcha o tempo. O Brasil não ficou parado no tempo da ditadura militar, mas havia assim uma espécie, provavelmente, para um certo número de pessoas, um tempo que fora interrompido e que enquanto não nos era permitido dizer o que havia acontecido, o que havíamos sofrido, continuaria nesse tempo, nesse presente, que não era mais o do Brasil dos anos 2005 ou 2010 e que lá havia também, de forma simultânea do não-simultâneo, do contemporâneo do não-contemporâneo, havia lá um desacordo, um descompasso temporal que era, que é, prejudicial à sociedade.

Data de Recebimento: 26/05/2022

Data de Aprovação: 30/05/2022

Experiências

HISTÓRIA DO DIREITO

Roman Law as Pamphlet:

Fritz Schulz and the Prinzipien des römischen Rechts between Cesar and Hitler¹

Direito Romano como Panfleto:

Fritz Schulz e os Prinzipien des römischen Rechts entre César e Hitler

Renato Sedano Onofri²

¹ This investigation was developed in the context of the postdoctoral research project intitled *Civil Code, legal sites of memory and identity-building in the legal-science field*, carried out at *Humboldt-Universität zu Berlin* with financial support from the *Fritz-Thyssen-Stiftung*. I am deeply thankful to both institutions, as well as to Professor Dr. Dr. Stefan Grundmann for their constant assistance. I would also like to thank Professor Dr. Andreas M. Fleckner, whose lectures on Roman law during the summer term of 2021 provided encouragement and the perfect environment to reflect on Fritz Schulz and his *Prinzipien*.

This work is dedicated to the memory of Mário José Bertotti (1955-2021), whose genuine intellectual curiosity will always remain an inspiring force.

² Guest postdoctoral researcher at Humboldt University in Berlin with financial support from the Fritz Thyssen Foundation. ORCID: 0000-0003-1045-0091.

ABSTRACT

This paper argues that Fritz Schulz's (1879-1959) book *Prinzipien des römischen Rechts*, first published in 1934, in addition to being a scholarly piece on Roman law, also consists in a Roman-law-based statement against Nazism. The argument is articulated in three parts: the first one is dedicated to understanding the development of national socialist views on Roman law; the second one deals with the *Prinzipien* against the background of Nazi legal conceptions, trying to grasp how both the structure of the book and some of Schulz's word choices were not exclusively determined by Roman law scholarship, but also intended to debate with, and ultimately re-signify, Nazi misconceptions; the third and last part is dedicated to an overview of reactions on the *Prinzipien*, with an emphasis on the silence of potential Schulz allies. Two main conclusions are stated: *a)* the same framework that allowed the development of the Nazi legal doctrine also contained the elements of Schulz's reaction against it; *b)* Schulz's expulsion from his career and country creates long-term difficulties concerning the evaluation of his work, ignored in Germany for years, in comparison with that of others who, like Hans Kreller, could stay and eventually adapt their writings to post-1945 circumstances.

Keywords: Fritz Schulz; Prinzipien des römischen Rechts; National Socialism; Roman law

RESUMO

O presente articula a hipótese de que o livro *Prinzipien des römischen Rechts*, publicado por Fritz Schulz (1879-1959) em 1934, além de ser uma peça de literatura acadêmica no campo do Direito Romano, também constitui uma reação baseada em Direito Romano contra o Nazismo. O argumento é desenvolvido em três partes, sendo a primeira delas dedicada às origens da visão nazista acerca do Direito Romano; na segunda parte, abordam-se os *Prinzipien* contra o pano de fundo da doutrina jurídica nazista, procurando-se compreender como a estrutura do livro e a terminologia empregada por Schulz dialogam e, eventualmente, ressignificam concepções tidas como equivocadas na doutrina do Nacional Socialismo; a terceira e última parte é dedicada ao panorama das reações ao livro, enfatizando-se o silêncio a que eventuais aliados de Schulz estavam submetidos. Da investigação, extraem-se duas principais conclusões: *a)* os quadrantes intelectuais que viabilizaram o desenvolvimento da doutrina jurídica nazista continham também os elementos para a reação empreendida por Fritz Schulz; *b)* a perseguição e expulsão de Schulz de sua carreira e de seu país criam dificuldades para a correta avaliação de sua obra, ignorada por anos na Alemanha, em comparação a outros que, como Hans Kreller, puderam permanecer e ajustar a própria obra para que permanecesse relevante após 1945.

Palavras-chave: Fritz Schulz; Prinzipien des römischen Rechts; Nazismo, Direito Romano

Wer hub es an? Wer brachte den Fluch? Von heut
 Ists nicht und nicht von gestern, und die zuerst
 Das Maß verloren, unsre Väter
 Wußten es nicht, und es trieb ihr Geist sie
 (Friedrich Hölderlin, *Der Frieden*)

Mieux maintenant la parfaite conformité d'apparence entre un petit bourgeois de Combrats de son âge et le duc de Bouillon me rappelait (...), que les différences sociales, voire individuelles, se fondant à distance dans l'uniformité d'une époque (Marcel Proust, *A la recherche du temps perdu : Sodome et Gomorrhe*, II, p. 74)

Introduction

Fritz Schulz's (1879-1959) *Prinzipien des römischen Rechts* (Principles of Roman Law) is an unconventional book, written in unconventional times. Although authored by a leading scholar in the field of Roman Law, the *Prinzipien* may not be approached exclusively through its scientific precision and correctness, since it is filled with political innuendo.

First published in Germany in 1934, the book was developed after a series of lectures given by Fritz Schulz at *Friedrich-Wilhelms-Universität zu Berlin* (now *Humboldt-Universität zu Berlin*) during the summer term of 1933. Schulz's ideas met the public only a few months after the *Machtergreifung* of January 30th, 1933, that is, the seizure of power by the *Nationalsozialistische Deutsche Arbeiterpartei* – the Nazi Party (NSDAP) led by Adolf Hitler (1889-1945).

The time proximity between the political events that took place in Germany in 1933 and the development of Schulz's lessons is not a mere coincidence. Both those events and Schulz's *principles* are, in a sense, results of the same process; both had a common intellectual framework and shared the same language. Nonetheless, the political orientation under National Socialism and the principles of law portrayed by Fritz Schulz are incommensurable.

At the time he was lecturing on the *Prinzipien* in Berlin, Schulz could be regarded as the most prominent Romanist of his generation – a generation that counted Ernst Levy (1881-1960) and Paul Koschaker (1879-1951) among its ranks. The *Prinzipien* were the last lectures of Schulz's career as a professor before he was forced by the Nazis to leave his position in Berlin. This circumstance provides us with a hint: what we actually access through the eleven *principia* – that is, as Schulz (1934, p. 1) explains, the eleven *beginnings* (*Anfänge*) from which Roman positive law flowed and which contained the foundations of law and justice cultivated in the classical period – is not only a comprehensive overview of Roman law in the spirit of Rudolf von Jhering³, but also a Roman-law-based statement against the legal conceptions adopted by the national socialist worldview.

To understand how Roman law could be used for resistance against totalitarianism, one must insert Schulz's book in the context of its time. National Socialism made Roman law a

³ Rudolf von Jhering's *Geist des römischen Rechts* (The spirit of Roman law), whose first volume was published in 1852, is a constant discussion partner in Schulz's *Prinzipien*. See Schermaier (2010, p. 690).

political symbol for the legal order whose replacement was sought. However, this symbolism was not new *per se*, since it originated in the theoretical knots within the hegemonic private law paradigm at the turn of the 20th century. The overcoming of this paradigm, crystalized in German Pandectism, came about gradually through elements provided from within itself, which were combined in new and, in some cases, unexpected fashions⁴.

The role of positivism might, in this case, offer a fruitful example. Gustav Radbruch (1878-1949) formulated the hypothesis according to which positivism made jurists defenseless against National Socialism. This idea may be seen as unsustainable since Rüthers' (2012) book on *unrestricted interpretation*, first published in 1968⁵. In fact, National socialist legal doctrine fought against positivism, taking advantage of decades of non-Nazi criticism of it. Schulz also debates with this critical literature, which ultimately led him to formulate, over Roman law material, a version of positivism capable of contradicting a legal theory that aspired to intervene in social life as a whole by making all of life's substance a legal matter.

The first task I must fulfill, then, is to try to understand how national socialist views on Roman law came into existence. Not only does this mean going back to the 19th century to get to know its predecessors, but also fundamentally going outside of Roman law scholarship to get acquainted with those who established that Roman law was a "cold", "individualistic" order that needed to be replaced by a German, "lively", "concrete" order. For, without the background of the legal thought taken over, processed, and rendered by National Socialism, as well as the role Roman law played in its rhetoric, Schulz's approach in the *Prinzipien* cannot be fully comprehended.

It becomes clear, at this point, that this is not a paper on Roman law, but the result of historic research concerning a book on Roman law. Its main argument – which is not in itself fully new⁶ – consists in articulating Schulz's principles against the background of the Nazi legal science of his time. By doing so, I hope to make clear that the structure of the book, as well as some of Schulz's word choices were not determined exclusively by Roman law scholarship, but also intended to debate with, and ultimately re-signify, Nazi misconceptions.

For this purpose, I will leave Fritz Schulz and the *Prinzipien* almost untouched in the first part of the paper, while attempting to offer an overview of the development of the conceptions against which he reacts, comprehending also the Nazis' claims against Roman law; in the second part, the *Prinzipien* will be approached from the perspective of their dialogue with Nazi legal thought; in the third and last part, some of the reactions to Schulz's book will be analyzed in an attempt to grasp how the book was inserted and perceived at its time by foes and allies alike.

1. The National Socialist representation of Roman law

In this section, as already stated, I will not be primarily occupied with Fritz Schulz and the *Prinzipien*. Rather, I will attempt to outline the theoretical knots originated during the 19th

4 Here, the vocabulary is provided by Kuhn (2012) as read and adapted for cultural sciences by Conrad's (2006) analysis of the so-called *cultural turn*.

5 On this point, see also Walther (1998).

6 Werner Flume (1959, p. 21; 1958, p. 505) stated that the *Prinzipien* were an impassionate pamphlet (*Kampfschrift*) against the terror installed by the Nazi regime and an appropriate political act marked by Schulz's personality. More recently, Schermaier (2010) developed the same point.

century, which were eventually appropriated by the Nazi legal doctrine and its representation of Roman law⁷. By debating with the Nazi representation of Roman law, Schulz's book also expresses his position on this literature, whose discussion is crucial for interpreting the *Prinzipien*.

Roman law played a central role in the national socialist rhetoric. Indeed, the 1920 NSDAP program contained an explicit demand, formulated in its 19th point, to *replace* Roman law – which was no longer in force in Germany – with a *German common law*. This will be examined more closely below (section 1.2).

A look at German private law literature of the second half of the 19th century shows that this demand took advantage of a series of themes then worked up within the legal scientific paradigm, such as, for example, a discussion on the difference between the Roman and the Germanic concepts of property, which was ultimately radicalized.

Theories and themes first discussed in a given circumstance, generally within the parameters admitted by the field, might be “displaced” from their original knot as social, economic, technical, and political transformations occurred. They formed, in some cases, autonomous paradigms of their own, or were tied to other displaced themes, thus forming new wholes – Roman property became a battle horse against an economically liberal and juridically positivistic order⁸.

1.1. Fragments floating over time and space

Processes like this could support the assumption that National Socialism did not arise out of nowhere. It articulated ideas debated in the public arena over decades and thus made common in every household. Although this framework might seem almost incomprehensible to us today, it was formed by then normal mentality factors (Senn, 2007, p. 408).

As the quote from Marcel Proust at the beginning of this text suggests, some thought structures at a given time transcend national and social boundaries and become familiar in various circles. It is interesting to note that the quote was made after an observation on anti-Semitism among French aristocrats in view of the *Dreyfus Affair*, an issue that is recurrently discussed in Proust's book⁹. Although many of his aristocratic and military characters are not particularly anti-Semitic, all of them are aware of the meaning and possible social consequences of displaying themselves as *dreyfusard*.

7 Stolleis (2006, p. 32) states that an actual Nazi legal doctrine did not exist. The main features associated with Nazi legal thought – for example, Carl Schmitt's concrete order doctrine or Helmut Nicolai's racial legal doctrine – never went beyond the status of rough drafts.

8 For an in-depth look at this clarification model for scientific paradigm shifts, see Conrad (2006), already mentioned.

9 The *Dreyfus Affair* was a legal and political issue that took place in France from 1894 to 1906. Alfred Dreyfus (1859-1935), a republican French artillery officer trained at the Polytechnical School, was the victim of a miscarriage of justice, being then wrongly convicted for collaborating with German espionage. However, his innocence was proved after a review of the original case, which was prompted by evidence of the errors made since the beginning of the investigation. Among the motives underlying the false accusation made against Dreyfus were anti-Semitic ones. The writer Émile Zola wrote an open letter to the president of France, Félix Faure, which was published on January 13th, 1898, in issue 87 of *L'Aurore Littéraire, Artistique, Sociale*, under the strong title *J'accuse...!*, advocating for the review. About the *Dreyfus Affair*, see Arendt (2017, pp. 115-156). For an overview of Proust's portrayal of the *affair*, see Campos (2008).

One may also remember that, if France had Comte Gobinou and Édouard Drumont, the *Jewish issue* was discussed in Germany decades before the rise of the NSDAP in different intellectual circles, from Richard Wagner to Karl Marx¹⁰.

This showcases how some features generally associated with National Socialism, such as racism and anti-Semitism, were spread – in fact, internationally spread – well before their appropriation by the Nazi movement (Senn, 2007, p. 408; 414-415).

That might also be the case with the crisis Romanists in Germany had to endure in the first decades of the 20th century. In his observations on this period, Paul Koschaker (1966, pp. 313-314) argued that Roman Law as an academic field was already irrelevant when the Nazis took a stand against it. The Nazis' aggressions could be seen, then, as the result rather than the cause of the crisis¹¹. In this context, Simon (1989, p. 172-173) holds that a sense of continuity between Romanist research under the Nazis and the efforts undertaken during the previous decades is identifiable.

Indeed, the critique on Roman law and its depreciation in comparison to Germanic laws was far from being an original Nazi intellectual creation, as Whitman's (2003) critical approach on the "hatred Roman law" demonstrates. Carl Schmitt (1936a, pp. 181-182), himself advocating the need to get rid of Roman law and liberal jurists, points out to Georg Beseler (1809-1888), Julius von Kirschmann (1802-1884) and Otto von Gierke (1841-1921) as pioneers in this dispute. Veritably, Georg Beseler (1843, p. 42) characterized the reception of Roman Law in Germany as a "national misfortune" (*Nationalunglück*)¹². Kirchmann (1848), in his speech about the worthlessness of jurisprudence as a science, considered that the law lived and developed itself autonomously through the people and not through its science, that is, not through the body of jurists occupied with Roman law, allegedly aliened from the character of the German people. Schmitt (1936, p. 182) perceived Kirchmann's ideas as a true manifest to German jurists of his own time.

In this context, still during the 19th century, the debate concerning the Roman and Germanic concepts of property became a central topic (Kroeschell, 1995, p. 253). It led to the idea that Romanist legal thought, present in Germany especially through Pandectism, did, in a manner contrary to the German spirit, endorse egoistic behavior aiming at private profits at the expense of collective interests – this is a point which Schulz later explicitly refuted, as we will see below (section 2.2.4). Opposed to this schema, a German conception of law was presented as a collectivist order.

10 Richard Wagner wrote in 1850, under the pseudonym K. Freigedank, an essay on *Das Judentum in der Musik* (Judaism in music), published in the *Neue Zeitschrift für Musik*. The text appeared again in 1869, now under Wagner's own name, in an extended brochure. About this topic, see Kiesewetter (2015). Karl Marx also occupied himself with the *Judenfrage*, as he reviewed two writings by Bruno Bauer concerning the Jewish political emancipation in the *Deutsch-Französische Jahrbüchern*. Marx (1844) does not differentiate Judaism from Christianity when regarding the problem of constructing the State and its behavior towards the bourgeois society underneath it. He criticizes Bauer for looking at the matter from a theological standpoint. He proposes then, unlike Bauer's approach, moving away from the "Sabbath's Jew" to observe the "day-to-day Jew" (*der Alltagsjude*), pointing out that a Jew's worldly cult was haggling and his God, money. Judaism would be, then, recognized as an antisocial element, whose political emancipation would mean the emancipation of mankind from Judaism (Marx, 1844, p. 209).

11 In the sense of the text, Stolleis (2006, pp. 74-75). Lange (1934, p. 1493), in turn, when reviewing Fritz Schulz's *Prinzipien* from a Nazi standpoint, holds that the crisis began with the "national socialist revolution".

12 About the Nazi reading of Beseler's work, see Landau (2013, p. 328).

The construction of this antithesis, as later taken over by the Nazis, might be linked back to the work of Carl Adolf Schmidt (1814-1871)¹³, who, in 1853, as a response to Rudolf von Jhering's first volume of *Geist des römischen Rechts* (The Spirit of Roman Law), published in 1852, wrote a piece entitled *Der principielle Unterschied zwischen dem römischen und dem germanischen Rechte* (The fundamental difference between Roman and Germanic Law) (Landau, 2013, pp. 334). Schmidt was the first Germanist to present the Roman and Germanic concepts of property as an opposing pair (Kroeschell, 1995, p. 255; Meder, 2017, p. 418).

Years later, Otto von Gierke (1841-1921) reformulated Schmidt's ideas – without explicitly referring to his work – to criticize the draft of the German Civil Code (*Bürgerliches Gesetzbuch* – shortened, BGB) (Luig, 1995, p. 94). Speaking to the Legal Society (*Juristische Gesellschaft*) in Vienna in 1889, with a lecture suggestively entitled *Die soziale Aufgabe des Privatrechts* (The social task of private law), Gierke (1948, p. 5) put forward that Roman law was fundamentally divided into public and private law, the former being marked by the sovereignty of an absolutist administrative order, and the latter by the sovereignty of the individual. This dichotomy was absent from early German history, as law was conceived as a unit and, therefore, without a sovereign State or sovereign individuals (Gierke, 1948, pp. 5-6; 1919, p. 8)¹⁴.

The State and the law, according to this Germanic unit ideal, should be incompatible both with the atomization of society, endorsed by Roman law, as well as with the annihilation of all individualism, as propagated by socialism. Gierke (1948, p. 10) proposes, on the one hand, seasoning the individualism in private Law with “some drops of socialist oil”, and, on the other hand, letting flow through public Law a hint of natural freedom¹⁵. In the end, this should mean that no right was free of duty¹⁶; land property, which, as conceived by Roman law, could only be exceptionally limited from the outside, should have no place in the future: a right to a piece of the planet should always serve a collective purpose and therefore be limited from within by its own nature (Gierke, 1948, pp. 14-16).

Fritz Schulz later argued this image of an individualistic and free of duties Roman property to be fundamentally wrong (see section 2.2.4 below). Nonetheless, it served Gierke to hold that the fight for a contemporary law – a law concerned with its social aspects – was also the fight to install a Germanic mentality – and, consequently, a fight against Roman law (Gierke, 1948, p. 12). The draft of the BGB, as seen by Gierke, could not heal the deep wound opened by the reception of a foreign order – he obviously meant Roman law –, which created a dichotomy between the mental world of German jurists and the national legal worldview (Gierke, 1889, pp. 1-2). The core of the BGB consisted, according to Gierke (1889, pp. 2-4), in a Pandectist compendium cast in legal paragraphs. Therefore, it took an antisocial direction, consecrating, through a strict formalism, a one-sided capitalistic tendency, which revealed the triumph of Roman legal conceptions over Germanic ones.

¹³ Kroeschell (1995, p. 256) also indicates that the common phrases used against Roman Law were taken from books by Schmidt and his followers.

¹⁴ This topic was later discussed, and its core idea fundamentally refuted, by Schulz. I will address it in more detail below (section 2.2.2).

¹⁵ Gierke formulates as follows: “Schroff ausgedrückt: in unserem öffentlichen Recht muß ein Hauch des naturrechtlichen Freiheitsraumes wehen und unser Privatrecht muß ein Tropfen sozialistischen Öles durchsinken!”

¹⁶ Kroeschell (1995, p. 258) indicates that Gierke's critique on the BGB found its place in article 153 of the Weimar Constitution, which stated in its 3rd paragraph: “Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich Dienst sein für das Gemeine Beste.” Roughly translated, “property obliges. Its use should at the same time be at the service of the common good.”

This identification of German private law with Roman law remained present in the Nazi rhetoric and was refuted by Schulz in the *Prinzipien*. In the following topic, I will discuss its role in national socialist literature and propaganda.

1.2. Until they are captured in a dangerously imaginative whole

Before moving on, it might be interesting to remember that, like Otto von Gierke, Heinrich Dernburg (1829-1907) also spoke in Vienna to the *Juristische Gesellschaft* while occupied with the critique of the BGB draft. He too gave a very suggestive title to his lecture: *Die Phantasie im Rechte* (The phantasy in law). Although admitting that the methods of natural sciences were recognized as the most fruitful ones in jurisprudence, Dernburg (1894, p. 35) argues that they were not appropriated to grant the development of the law, since they were aimed at the study of physical occurrences. The evaluation of a legal occurrence, in turn, depended on the adequacy to its purposes, which are outside the experience, coordinating invisible forces in the sphere of the spirit. Therefore, this task could be better fulfilled by *phantasy* – something Schulz would explicitly contradict while laying the methodological grounds of his *Prinzipien* (see item 2.1 below) –, making pure dogmatism an unwanted feature at law schools, for law was not a herbarium from which one could learn by observing different types of legal sentences (Dernburg, 1894, p. 37)¹⁷.

And there Dernburg (1894, p. 17) sees a reason why the reception of Roman law in Germany was disrespectful towards the phantasies of the German people: it threw away much of the old, poetic national law, which would have been worth preserving. He felt that, in his time, legislators were not less destructive than the doctors of the 16th century.

The definition of what a juridical occurrence closer to a German popular representation of life would look like, one may argue, was really a matter of phantasy. However, both Gierke and Dernburg signal, as other jurists before them (topic 1.1 above), the opening of a gap between the law in force and the representation of a genuinely German law. The thought that the legal substance was nationally alienated turned Roman law into a symbolic enemy.

The fact that the animosity against it went on after the enactment of the BGB reveals that, by targeting Roman law, one was not aiming the *Corpus Iuris Civilis* or Pandectism. This symbolism might be confirmed by the fact that the animosity against Roman law was carried on and intensified even after the enactment of the BGB, as the *corpus iuris civilis* lost its place as a source of law. It was assumed that the law then in force in Germany, as Gierke suggested, was directly derived from Roman law, making it an individualistic and materialistic order. This was ultimately explored by National Socialism and the annihilation of Roman law was explicitly declared as a political goal.

¹⁷ Dernburg's views seems to be related to a mechanical model of nature explanation, typical during the second half of the 19th century (Rheinberger, 2007, p. 15). In Germany, the epistemological debate concerning this model grew around the notion that the way consciousness works and thoughts are created could not be apprehended by natural sciences. Du Bois-Reymond (1872, p. 25) stated that, if, on the one hand, astronomy could predict exactly where a celestial body would be in a given period, on the other hand, nothing about the functioning of the brain could be clarified or predicted like these movements; since there were no mechanical causes, there would also be no mechanical effects to be studied within natural sciences. At the end, he states that what was left for the natural scientist, regarding the relation between the physical world the creation of thought, is to concede that it has always been and would always remain ignored – the author, then, closes his conference with the catchphrase *ignorabimus!* (Du Bois-Reymond, 1872, p. 36). Although not explicitly mentioned by Dernburg, Du Bois-Reymond's formulation might have been at the foundation of his representations of law as a product of phantasy to which the natural sciences' methodology could not say much.

This was expressed, as already stated, through the NSDAP program, originally published on February 25th, 1920 in Munich. The program's 19th point, in fact, voiced a demand for replacing Roman law, which only served the materialistic world order, with a German common law¹⁸.

For Koschaker (1966, p. 312), the wording of point 19 was anything but clear. However, its meaning could be determined through its confrontation with the first 18 points of the program, which set socialistic demands. Supported by these demands, point 19 meant that a common private law, mastered by a socialistic spirit, should be put into force. And, indeed, Feder (1931, p. 8) clarifies that, in the future German empire, the German soil (meaning the land property), solely occupied by German nationals (*Volksgenosse*), should serve the residence and subsistence needs of the entire people¹⁹.

The Nazi program, in harmony with Gierke's thought, assumed that German private law was impregnated with Romanistic content (Landau, 1989, p. 12). Therefore, as Schmitt (1936a, p. 182) later explained, the battle against Roman law was not fought only to abolish some legal clauses. Rather, it was a fight to reform the entire body of German jurists or, in other words, displace the Romanistic mentality.

Nicolai (1932, pp. 5-6), a Nazi legal theorist, held that point 19 of the NSDAP program was so generally formulated that every statute, every legal formulation, was affected by it, but none explicitly mentioned, since the replacement of the whole legal system was intended. So, in order to determine what it meant and how the German legal order should be affected by it, Nicolai explores the relationship between race and law in Roman and Germanic history. According to him, Roman patricians were originally Nordic-Germanic – however, the larger the Empire grew, the more prevalent the “race chaos” became, culminating in the dissolution of every natural bond through blood²⁰.

To reign upon such a “mass of races”, the empire became a soulless State machine, as Gierke (1948, p. 5) had pointed out earlier. Only Rome's external power and violence could hold its population together. Lacking underlying moral binding, which could only result from a “community of blood” (*Blutsgemeinschaft*), Justinian's 6th century compilation favored individual activities aimed at material profits. Thus, a merchant, not an individual with a heroic spirit, would be favored by the legal sentences of a “Jewified” (*verjudet*) commercial empire (*Handelsweltreich*) (Nicolai, 1932, pp. 7-8)²¹.

The author goes on to argue that the reception of Roman Law in Germany had caused not only the introduction of a spiritually alienated legal system, but also a racial mixture, a process intensified by capitalism and by the individualistic bourgeoisie. That gave Jews the opportunity to do in Germany what they had previously done in the Roman republic, as they infiltrated every legal institution, from the legal doctrine to the administration of justice. Then and now, he

18 Point 19 was written as follows: “Wir fordern Ersatz für das der materialistischen Weltordnung dienende römische Recht durch ein deutsches Gemeinrecht” (Feder, 1931, p. 21). The transcription was taken out of the 1931 edition of the program, supplemented by Gottfried Feder with an exposition on the party's official worldview.

19 *Volksgenossen*, -*genossinen* was employed by the Nazis both with a social meaning, indicating the member of a solidary community, as well as a racist meaning, indicating the community sharing the “German blood”. See Schmitz-Berning (2010, pp. 660-664).

20 Koschaker (1966, p. 333) explains that underlying this depiction was the thesis of the degeneration of the Nordic-Germanic race through amalgamation with Mediterranean, Near-East and Semitic ideas. However, Schulz (1934, p. 90) holds that Roman law remained a creation of the Roman spirit, as I will explore below (2.2.3).

21 For an overview on the notion of *Verjudung*, see Schmitz-Berning (2010, pp. 630-632).

continues, this process cost the understanding of what law really is, since the State was turned into a legislative machine that took arbitrary decisions through parliamentary representation. A genuinely German legal system should do without legislation, relying on the customary law, which could be compiled in text, but not altered by a legislator (Nicolai, 1932, pp. 8-9).

That is why, despite the emptiness of its words, point 19 of the NSDAP program was read by Schmitt (1936a, p. 181) as a command loaded with first rank constitutional utterance directed to a certain portion of the German legal profession in order to change the entirety of the German legal system²². In this context, to make sense of this directive, one had to comprehend Roman Law as a symbolic enemy, since the then applicable law was portrayed as an unwanted heritage of Romanist mentality; the new order, backed up by a conjectural Germanic representation of law, should neither serve the capitalistic, materialistic world – and, therefore, the Jews that profited from the market –, nor be conceptualized under formalistic principles; it should rather be the denial of positivism through the scrutiny of concrete order, thus overcoming the dichotomies between legal and moral and between State and society (Schmitt, 2006, pp. 54-55)²³.

1.3. And then phantasies engender real-life consequences

The word fantasy, taken from Dernburg's (1894) intervention, is used here somewhat freely, envisaging, one has to admit, some pathetic and aesthetic effect. Nonetheless, it is difficult to think about another term to explain why Nicolai (1932, p. 10) would, after quoting a Psalm from the Bible, add a footnote to explain that the Holy Scriptures contained a lot of Nordic wisdom, which reached the Jews through the originally Nordic Persians.

Perhaps it was not fantasy – but surely not only scientific goals, either – that conducted the doctrine throughout the *crescendo* that culminated in a radical opposition between the Roman and German property theories. Kroeschell (1995, p. 254-255) argues that the Pandectists were fully aware that private property comprised limitations. If they were to insist on its absoluteness, it should be understood normatively, not descriptively. In their view, not only was inclination towards unlimited – if only in principle – property based on an appropriate interpretation of Roman sources, but it also went back to constitutional and political reasons, since shared property, in its feudal form, had been constitutionally abolished in many lands throughout Germany²⁴.

From this emerges that, even where the scientific substance was not solid enough, it sufficed to eventually bring up real consequences to the research, teaching activities and lives of many of those implicated with Roman law in Germany. In fact, as Dieter Simon (1989, p. 164)

22 In German, Schmitt (1936, p. 181) wrote: "Punkt 19 des Parteiprogramms ist eine verfassungsrechtliche Bestimmung ersten Ranges". Landau (1989, p. 13; 2013, p. 327) does not hold Schmitt's statement to be an exaggeration, as Koschaker's mitigating remarks concerning the Nazis' behavior towards Romanists may suggest. In fact, Koschaker (1966, p. 312-314) ironically writes that point 19 might not have won many electors to the NSDAP, except among students that had received bad grades on Roman law. He argues that Romanists were not taken seriously and therefore were left alone by the regime. Koschaker, then, does not assign to the party's program any normative or constitutional role, or he simply did not see the constitution the same way Schmitt did. Schmitt (1936a, p. 183) defines constitution as the total order of a nation, the order of the concrete orders. As he explains in an earlier book, it is not to be sought in a constitutional text, but in the concrete life of the people and the institutions (Schmitt, 2006).

23 Below (item 2.2.2), I will explore Carl Schmitt's conceptions more closely by confronting them with those of Fritz Schulz.

24 Kroeschell (1995, p. 254) lists under these constitutional texts the Constitution of St. Paul's Church (*Paulskirchenverfassung*) of 1848 and the *Prussian Constitution* of 1850.

puts it, the Romanist corporation had been doomed to extinction, even though the study regulations of January 18th, 1935 had reserved the same number of hours for Roman law history as for German law history. The problem, nevertheless, was the supporting role Roman law was doomed to play, due to the fact that the new study organization should serve the national socialist worldview. This meant overcoming the difference between public and private law by detaching the course of studies from the great legislative works, as well as disfiguring the systematics of private law, as seen in the BGB (Wolf, 2013, pp. 45-46).

In these circumstances, Roman law should serve exclusively as an introduction to the BGB, which was allegedly based upon Romanistic legal thought. Roman private law *per se* should no longer be taught, as it had to be integrated in the new subject of *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* (history of private law in modernity) (Simon, 1989, p. 165; Wolf, 2013, p. 47)²⁵.

Furthermore, the replacement of the BGB with a *Volksgesetzbuch* (a popular national code) was planned, and a specific committee of the Academy for German Law had actually held several meetings and carried out many conferences in order to outline the new legislation. Had the plan been successful, the permanence of Roman law as a minimally relevant academic field would have needed an entirely new justification (Simon, 1989, p. 165)²⁶.

The preservation or extinction of an academic domain is not a mere detail that might remain overlooked in a context full of human tragedy. This story contains its own human tragedy, for behind Roman law there are Romanists and, behind Romanists, there are names like Fritz Schulz, Ernst Levy, Herman Kantorowicz, Fritz Pringsheim, among others, that were expelled from their professions, had their families thorned and were ultimately evicted from their homeland.

Unwittingly, Simon (1989, p. 165) provides an example of how permanent the injuries to these persons and their field of studies were. He correctly states that, by the time the Nazis raised to power, a substantial number of the leading Roman law scholars were Jewish, subsequently listing the names of removed Romanists. Without disclosure, Schulz appears among them. Even though his mother was born Jewish, she converted to Protestantism in 1888, also changing her name from Clara to Clara Maria. This was the religion Fritz Schulz was raised in (Ernst, 2004, p. 107).

Notwithstanding, after the enactment of the *Gesetz zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums* – shortened, BBG, that is, act for the restoration of civil service – in 1933, Schulz was framed as “non-arian” (*nicht arischer Abstammung*). However, his place as a professor should be legally secured, since he had been serving since 1912, as he was called to the University of Kiel. That meant, according to the act, that, as a pre-war servant (*Vorkriegsbeamter*), he could not be sent into retirement (Schermaier, 2010, p. 686).

Maybe Schulz did not feel his position was in danger. Ernst (2004, p. 132, footnote No. 214) reports that, after listening to a broadcast, he questioned how Hitler could do any harm when he could not even properly master the German grammar. Another fact that might indicate this underrating was how he filled in the form to collect the data required by the BBG: applying

25 Stolleis (2006, p. 72) reports that, at this point, the need for this reform was felt long before the Nazis' demands.

26 The materials resulting from the work on the *Volksgesetzbuch* were compiled and organized by Werner Schubert (1988) as part of the series comprising the Academy for German Law's committees' protocols.

Nazi terminology, he simply wrote “paternally Arian, maternally Jewish” (*väterlicherseits arisch, mütterliche Seite jüdisch*) (Lösch, 1999, p. 185).

Shortly thereafter, his salary was, without legal basis, shortened and, on September 30th, 1933, he was ordered to leave his post in Berlin for another professorship (Ernst, 2004, p. 126; Schermaier, 2010, p. 686). It is problematic to state, nonetheless, that Schulz experienced his “catastrophe” – the term is employed by Ernst (2004, p. 122)²⁷ – for being Jew, since no grounds for the decision were provided, even though statutorily required (Schermaier, 2010, pp. 686-687).

As a Romanist, Schulz reached the peak of his academic career in Berlin, at 52 years of age, being then the “most distinguished professor of his age group covering both Roman and German private law” (Ernst, 2004, p. 122). The literature dealing with the 1933-1945 period in Germany is conscious about Nazi ideology continuing the intellectual framework *from before* its existence and then *being continued afterwards* in different ramifications of cultural life²⁸. The confusion concerning the reasons why Schulz was persecuted might be related with the lack of reaction from his contemporary fellows against the expulsion of their colleagues (Simon, 1989, p. 171). Without implying that, under the Nazis, it would have been possible to act in any other way, one could feel enabled to perceive this misunderstanding as a sign of the perpetuation of the silence of Romanists from 1933 to 1945²⁹.

According to Ernst (2004, p. 123), the persecution of Schulz was “probably fueled by a mix of political and racial motives”. On the political side, the *Prinzipien des römischen Rechts* might have boosted the mix and prompted its explosion in the hands of a professor who already had against him his half Jewish heritage and his engagement in political activities with the Deutsche Demokratische Partei (DDP), expressing democratic convictions despised by the NSDAP (Ernst, pp. 119-120 and 123). Schermaier (2010, pp. 698-699) also holds that, by teaching the lectures in 1933 and publishing the book in 1934, Schulz did not make his already precarious situation much easier.

As already stressed in the introduction, I will argue that the *Prinzipien des römischen Rechts* were not only a scholar piece on Roman Law, but also a statement against the National Socialist conception of law, which, nonetheless, explored the same scientific background – or *paradigm*, one may say. An attempt to grasp this relation demanded this somewhat long – and yet far from long enough – introduction on the main features of the intellectual framework of the time in which Schulz’s ideas came about.

27 The same term is employed by Flume (1959, pp. 5-6) to indicate the experience of loss he and his family had to deal with after the passing of his father.

28 See, for example, concerning legal thought, Senn (1999; 2007); Rückert (1995); Simon (1989); Stolleis (2006). The continuity *forward*, that is, of the National Socialist mentality after 1945, was the theme of a temporary exhibition organized by the German Historical Museum, in Berlin, from August to December 2021. The exhibition followed the fate, in the Federal Republic of Germany, of artists described as *unavailable* by the Nazi leadership in the “List of the Divinely Gifted” (*Gottbegnadeten-Liste*) of 1944.

29 During lectures on Roman Law in the summer term of 2021 at Humboldt University in Berlin, Dr. Andreas Fleckner shared the thought that if Fritz Schulz had not been persecuted by the Nazis, he would have had a place next to Friedrich Carl von Savigny and Theodor Mommsen in the canon of the *Berliner* Romanists. Werner Flume (1959, p. 7) seems to hold a similar opinion, as he reports that Schulz had the portrait of his master and friend Emil Seckel (1864-1924) on his desk until his last days, adding that, if the portraits of Savigny and Mommsen were also hung on the wall of his study, then his position in the newer history of science would be correctly displayed.

2. Fritz Schulz's *Prinzipien* as lessons on Roman law and reaction against National Socialism

Up until this point, I have tried to outline the legal intellectual environment in which the *Prinzipien* were conceived and with which they debate. I will now attempt to indicate how Schulz's book relates to it.

This framework was in development, as we have seen, for decades before the Nazis rose to power, and it was also the formative frame of Schulz's own intellectual life. If one cannot jump over one's own shadow, then it was arguably inevitable for him, as a Romanist, to deal with the questions posed in his discipline. How he did so is what led me to write the first sentence of this article: he wrote an unconventional book in unconventional times. This is the point I will now start to argue³⁰.

2.1. Nature and structure of the book

The book *Prinzipien des römischen Rechts*, published in 1934, is the first of Schulz's three general overviews on Roman law. It is also the only one among them to have been originally written in German, since the other two, *History of Roman Legal Science*, of 1946, and *Classical Roman Law*, of 1951, were written in English and published during his exile in Oxford, England. Nevertheless, as Flume (1959, p. 17) argues, one might read them as a unit, forming a trilogy connected through theme and method.

The *Prinzipien*, according to Flume (1959, p. 21), were written in less than a year, as the threat of losing his position at the university in Berlin hanged over the author. As already stated, the basis for the text was the series of lectures given during the summer semester of 1933, an important fact for understanding the nature of the work. For, as a series of lessons, it has an intrinsically didactical character.

On his memorial speech, Flume (1959, p. 24) portrays Schulz as someone who combined incomparably well the activities of researching and teaching. His teaching abilities would be therefore also visible in his works. The question concerning what Schulz is trying to teach in his *Prinzipien* does not fall out of purpose. He clarifies that, under the concept of *principles*, its elementary and guiding norms, rather than the basics of positive Roman Law, were to be presented. Instead, his efforts were directed to recognizing the fundamental views on Law and justice that guided those Romans occupied with the development of law (Schulz, 1934, p. 1). In a review of the book, Jalowicz (1936, p. 280) wrote that Schulz sought the *spirit* of Roman law and might even have chosen that title for his *Prinzipien*, had it not been appropriated by Jhering years before.

Schulz (1934, p. 1) states that such principles might have been difficult to read off the sources, for the Romans neither expressed, nor consciously handled them in the jurisprudence. But, unlike Dernburg, he does not assign to phantasy the role of a creative force for his investigation³¹. On the contrary, the foundations of law should be recognizable through the work of

30 Here, the main source is the 1934 German edition of the *Prinzipien*. The English translation, published in 1936, is also marginally referred to.

31 In the original, Schulz (1934, p. 1) wrote: "Gleichwohl handelt es sich hier nicht etwa um Phantasien."

Roman jurists, being revealed from concrete legal historical facts. Certainty concerning Romans' basic views and their mentality should be easier to achieve than knowledge of single events of Roman legal history, which could only be reconstructed through the battered (*trümmerhaft*) interpolated – and, therefore, insufficient – sources (Schulz, 1934, pp. 1-2).

It becomes clear, as Flume (1959, p. 17) states, that Schulz's concerns, not only in the *Prinzipien* but in the entire trilogy, are primarily methodological, since the legal solutions, in their singularity, matter chiefly as a means to grasp how Roman jurisprudence was practiced.

Schulz (1934, p. 2) notes that this venture was tackled only once in its full extent. Indeed, he asserts that it was Rudolf von Jhering, in the *Geist des römischen Rechts* (The spirit of Roman law), who did it in a groundbreaking manner. Other attempts, such as that by Carl Adolf Schmidt (1853), already mentioned above, fell short. The specialty of the enterprise might explain the uncommon structure chosen by the author for a didactical presentation of Roman Law history, despite some similarity with the first volume of Jhering's (1873) *Spirit*: a chapter, or a lesson, is dedicated to each of the eleven *beginnings* identified as principles. Dogmatic categories or common denominations for historical periods are far from the focal point, giving way to terms like "isolation" (*Isolierung*), "simplicity" (*Einfachheit*), "humanity", "fidelity" (*Treue*), through which the formation of Roman positive Law should be understood.

Given the animosity against Roman Law, it might have seemed expectable that new writings on this domain would attempt to justify themselves in the light of the new law and State orientations. This expectation was later articulated by Hans Kreller (1887-1958), to whom point 19 of the Party program put Romanists in a position to have to prove the worthiness of their field's tradition for the construction of law under the third Reich (Kreller, 1936a, p. 409). He himself attempted at self-justification, as he wrote a didactic presentation on Roman law history, whose first edition was published in the series "Outlines of German Law", edited by Heinrich Stoll and Heinrich Lange, two prominent Nazi academics³². Kreller (1936b, p. 1-3) affirmed the correspondence between his purposes and those reserved by National Socialism for his field. Even though the content of his book does not seem ideologically determined (Simon, 1989, p. 164), Kreller, at least as a formality, writes down his commitment with the established necessity to reform the study of Roman law according to Nazi plans.

Notwithstanding the fact that Kreller (1936b, p. 2-3) disagrees with the idea that Roman law had received oriental influences, as exposed by Nicolai (topic 1.2 above), he justifies its study not only with the Romanistic formation of the BGB, but also, in part, through racial reasons and the will of the *Führer*. The racial reasons were composed by the "evident fact" of the "blood relation" originally linking the Roman and Germanic populations, which had led Adolf Hitler to declare the Antiquity's idea of State, besides Christianity, an important resource in the historical constitution of the German people. In this context, however, Roman law should not be taught for a matter of *classicism*, but as a means to grasp how the legal problems of their time were solved – and here there is methodological proximity with Schulz's approach. Comprehending the law as an expression of the nation's life was the task required of national socialist jurists and which differentiated them from positivist "knowers of paragraphs".

32 A second edition was published in 1948, after Kreller had been submitted to the process of "denazification" (*Entnazifizierungsverfahren*) (see Pfefferle, 2014, p. 335). In spite of that, Simon (1989, p. 166) notes that, with some changes in writing, the introduction to the text, in which the commitment with the Nazi movement was contained, could be preserved in surprisingly numerous passages.

Schulz, in turn, completely renounces any such commitment. In fact, he takes the opposite direction, stating that Roman Law was his only object of study and was not put in the service of any other purpose. Even if an occasional comparison with either Greek or Germanic laws should take place, it would be for the sake of better comprehending the Roman principles (Schulz, 1934, p. 3).

One might even say that dedicating the work to his wife Martha was also a sign of Schulz's unwillingness to compromise with the Nazis. As Ernst (2004, p. 123) explains, Schulz might have gotten away with being "only half-Jewish". However, despite Martha's conversion to Lutheranism, she, and the couple's children, could not escape being targeted. Schulz was advised to divorce his wife, as others had done. However, not only did the couple remain married, but he also dedicated his following book, the *Prinzipien*, to his "dearest spouse, life's most faithful consort" (*coniugi carissimae, consorti fidissimae vitae*)³³.

2.2. Roman law in dialogue with National Socialism

This topic will be focused on identifying some of the dialogues established between Schulz and not only the Nazi legal thought, but also the literature that preceded it. It is arguable, in sight of the findings articulated here, that, through Roman law, Fritz Schulz was taking part in some of the heated discussions of his time in various branches of the legal science.

This shall demonstrate the insertion of the *Prinzipien* in the context of the stream of theories originated in the scientific entanglement of the 19th century and also how Schulz positioned himself in this scene. I have selected the four points below to make the indicated dialogues clearly noticeable. These are examples and, in addition to them, many others could be found. Nevertheless, these choices are not random. Below, I will attempt to understand if and in what sense Schulz takes part in the debate concerning positivism and the urge for a legal theory that could embrace society as a whole.

Further associations are undoubtedly not precluded. Nevertheless, I believe the selected points should suffice to prove my argument.

2.2.1. Role of statute in the development of classical Roman law

The second chapter, presenting the first principle of the book, is entitled "Statute and Law" (*Gesetz und Recht*). By itself, the title might be perceived as a challenge to some conceptions of the time, such as Nicolai's (1932), presented above (section 1.2), since it comes from an underlying difference between statute and law. This separation was seen by some as undesirable, owing to the fact that the legal system should be handled as a living unit, as Kreller's introduction (item 2.1 above) roughly outlines³⁴.

33 Flume (1959, p. 22) notes, in consideration of Schulz's behavior towards his own relationship with Martha, that he experienced the enthusiasm he held for the humanistic character of the classical law of marriage. Further context on the dedication of the book to Martha Schulz will be provided below, in section 3.1.

34 Below, in item 2.2.2, I will explore this issue in more detail.

From the beginning, Schulz makes it clear that the representation of the Roman empire as a soulless legislative machine is far from correct (once again, see section 1.2 above). By analyzing the sources of law and law development during the classical age, he states that the law-inspired Nation is not statute-inspired (*das Volk des Rechts ist nicht das Volk des Gesetzes*) (Schulz, 1934, p. 4; 1936, p. 7). The author argues that statute, understood in a broad sense to embrace “any general enactments of law by the State” (Schulz, 1936, p. 6), was not a major force in the advancement of law. In fact, Schulz (1934, pp. 4-5) sees that the rejection of codification and a strict reserve towards legislation – and therefore towards any kind of legal ordinance by the State – formed a principle according to which Romans handled statutes.

Even though the beginnings of Roman law history are marked by the XII Tables’ codification, Schulz (1934, p. 5) highlights that it was an isolated fact brought out by the influence of Greek codifications. It took until the 5th century for a new codification to be seriously considered, resulting in Theodosius’ failed attempt. As a matter of fact, the second Roman law codification took place at the end of its history, in the surviving east portion of the empire under emperor Justinian. This codification may be perceived as the result of the application of the Greek spirit to the Roman material.

Thus, the main role in the creation of legal rules was not directly played by the State through statutes, but by a jurisprudence-guided praxis of law (Schulz, 1934, p. 9). He holds that there is a correspondence between, on the one hand, the production of law during Rome’s classical age and, on the other hand, Savigny’s opinion about the task legislation should have among other sources of law, famously expressed in his work *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (On the vocation of our times for legislation and the legal science), of 1814. According to Schulz (1934, p. 8-9), the grounds of Savigny’s often criticized ideas might have been similar to those of the Roman’s: codification induces to literal interpretation, distracting from consideration of the nature of things; it feigns concealment and completeness which it does not have; it demands abstract formulations of legal norms; and, finally, sets them too rigidly for the future. The collaboration between practice and jurisprudence at the creation of law, according to Schulz, following Savigny (1959, p. 79), might be designated with “*de[m] herrschende[n], nicht ganz passend[n] Sprachgebrauch als Gewohnheitsrecht*”, that is, such as in the dominant, but not fully appropriate usage *customary law*. However, the phrase should not be taken in its modern definition, for, in the classical period, customary law did not have the same force as statutory law (Schulz, 1934, p. 9-10).

Schulz’s depiction of the sources of Roman law stands in vivid contrast with the image of a purely formalistic and rational legal order, only approachable through strict positivism. Indeed, he argues that, during the republican and classical periods, law was formed preferably gradually, hand in hand with case law, through the path of juristic discussion and in cooperation with magistrates, and not through rigid statutory rules or a binding customary law. He concedes that the immense elasticity of this legal system came at the expense of its certainty, which the Romans accepted (Schulz, 1934, pp. 11-12).

This approach cannot be reconciled with that of Nicolai (1932, p. 7), to whom the law as compiled by Justinian was the legal order of a *soulless State machine* lacking inner legal feeling³⁵. It is also far from some Germanistic conceptions on the creation of the Roman legal

35 Earlier, Gierke (1948, p. 5) had referred to Roman public law as the administrative order of an absolutistic State machine.

order disseminated since the 19th century, such as Schmidt's (1853)³⁶. Schmidt (1853, pp. 64-65) argues that Roman law was imposed through statute according to a model that was in fact the continuation of the pre-state form of subjective imposition of one's own will, now transferred to the Roman state. The law of the Greek and Germanic nations, on the other hand, was portrayed as the result of an objective principle, determining the formation of law from a moral conscience hanging above any sort of subjective force (Schmidt, 1853, pp. 47-48 and 68).

But, apart from such an extreme point of view, the opposition between Germanic and classical Roman law, from the perspective of their sources, as described by Schulz, loses some of its sharpness. One might even be tempted to argue that Nicolai's (1932, p. 8-9) use of Tacitus's quotation, *plurimae leges, pessima res publica*, holding that law, in German sense, should be ideally free from statute, could be applicable to Roman classical legal order.

This apparent approximation grows in significance if one looks at it against the national socialist background. Schulz's remark that the Romans were willing to give up security in order to keep the elasticity and the case-law-based formation of their legal order comes up on a collision course with Carl Schmitt's remarks in a book also first published in 1934 – the same year of Schulz's *Prinzipien*. Schmitt (2006, p. 27-28) argues that the stability and security of the 19th century were the features that enabled the emergence of legal positivism. In his opinion, however, Hans Kelsen (1881-1973) and the school of Vienna were representatives of a legal thought that politically turned norms or statutes against the nation's leader. The rule of law (*Heerschaft des Gesetzes*), in this context, is seen as a tool to destroy the concrete order of the king or *Führer* (Schmitt, 2006, p. 13).

In fact, National Socialism saw a contradiction between legal certainty and justice. The liberal State was portrayed as a statute-inspired legal order, under which any effort to reach material justice would give place to pure formalism in the name of legal security (Rüthers, 2012, p. 134). That is why, even though statutory reform was largely employed by the Third Reich³⁷, an anti-positivistic attitude providing the means to overcome the old order through interpretation was the preferable path. Schmitt (2006, p. 49), when dealing with this issue, declared himself convinced that the *general clauses* (*Generalklausen*) were a mechanism through which a new legal mentality could be enforced, provided that they were perceived not as mere correctives to positivism, but as a specific instrument of a new way of legal thinking.

2.2.2. Isolation as Roman legal principle

a) A matter of the time

As can be seen in Dernburg's (1894) and Gierke's (1948) speeches, legal positivism had been sensed as problematic since well before 1934, when Schulz's and Schmitt's books came

36 Schmidt's argument circled around the idea that Germanic law was founded over an objectivity principle, which determined a close connection between law and customs. On the other hand, Roman law was founded over the subjectivity of the will, as portrayed in Pandectist-liberal-fashion by Jhering. Schmidt's work contained anti-democratic conceptions and hostility against migration movements, since, according to him, respect for the objectivity principle required individuals to share a harmonized view of their customs (Landau, 2013, p. 333-335).

37 Concerning the reformations of Civil Law through statute during the national socialist rule, see Otte (1988)

out. Its insufficiencies towards the social matters of the times were sensed in different circles of legal thought and, thus, its critique, as I have just introduced above, was neither an exclusively German issue, nor a new subject introduced by National Socialism. In fact, as Duncan Kennedy (2006, p. 46 *et seq.*) argues, the *social* became *globalized*, spreading from Germany and France and then developing simultaneously in many places, where it assumed different facets.

In Italy, for example, the first decades of the 20th century saw the arrival of an alternative approach to legal hermeneutics based on Benedetto Croce's philosophical thinking. With representatives such as Max Ascoli (1908-1978) and Tullio Ascarelli (1903-1959), the *idealismo giuridico* attempted to abbreviate the distance between written norms and the social reality underneath the legal order through a hermeneutic theory which recognized the role of interpretation in the creation of law³⁸.

In the German-speaking space, the crisis is marked by the so-called *Methodenstreit*, in which, similarly to the debate in Italy, the limits of interpretation and the role of judges in relation to statutory law were set in dispute. In 1903, with the publication of his work on the free finding of justice and free science of law, Eugen Ehrlich (1862-1922) sets the *Freirechtsbewegung* (free law movement) in motion³⁹. Ten years later, however, Ehrlich's *Grundlegung der Soziologie des Rechts* (Foundations of legal sociology) triggered a controversy with Hans Kelsen, who reviewed the book for the *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik* in 1915. The antagonism between Ehrlich and Kelsen helps illustrate some of the colors of the debate. On the one hand, Ehrlich threw light on the "living law" (*lebendes Recht*) through legal sociology, while, on the other hand, Kelsen advocated a logical and formal theoretical approach to law⁴⁰. It is significant that it took almost twenty years until Kelsen's *Reine Rechtslehre* (The pure theory of law) first appeared as a book – coincidentally or not, also in 1934.

b) The image of German living law

In the context of the Ehrlich-Kelsen controversy, it becomes noticeable that the tension felt towards positivism acquired, at least in the German-speaking space, specially and dramatically in Germany, contours of a striving for a *living* law. Ehrlich's (1989, p. 81-82) main critique is of a methodological nature, as the author states the insufficiency of an approach that solely considers statutory and customary legal sentences as the subject matter of jurisprudence. He holds that the integration of concrete institutional frameworks is essential to the theory of sources, arguing that, without them, a significant part of the law in force would remain unknown. Ehrlich (1989, p. 415-417) calls for the investigation of the *living* law, apprehensible through modern legal documents (*moderne Rechtsurkunde*), especially court judgments and business documents.

But another book, also published in 1913, sets a very different tone. Consciously positioning himself halfway between scientific and popular literature, Arnold Wagemann (1858-?), in his *Geist des deutschen Rechts* (*Spirit of German law*), holds in a controversial and ideological fashion that *living* law should be reestablished as the very core of German law. By 1920, he was

38 For a critical overview of the historical development of *idealismo giuridico*, see Cossuta (2012)

39 Ehrlich's writings on the science of law have been compiled in a volume edited by Rehinder (1967).

40 The texts of the controversy were later compiled in one volume. See Lüderse & Kelsen & Ehrlich (2003).

already aligned with the NSDAP and, according to Landau (1989, p. 18), his writings might be considered the main link between the academic Germanists and the legal portion of the party's program. As Rückert (1995, p. 180) argues, in fact, Nazi propaganda directed to and through the legal field could only exist based on an already existing Germanist literature, and Wagemann's work attempts to articulate this literature in a popular, spreadable fashion, favoring its circulation. This sort of popular writings cannot be disregarded, for it composes the background to comprehend the legal debates of the time (Rückert, 1995, pp. 185-186).

Indeed, even though it was published years before the foundation of the NSDAP, Wagemann's *Geist des deutschen Rechts* displays a historical representation of German law that continued to be a topic of the Nazi legal understanding after 1933 (see Rückert, 1995, p. 177-178). The title of the book immediately suggests Jhering's *Geist des römischen Rechts* and, although Wagemann (1913, p. III) declares himself unwilling to enter any competition with Jhering, the Romanist, an opposition against Roman law is explicitly intended. The book opens with the remark that Germans saw themselves as part of nature, while the Romans had the mistaken concept of turning nature into a servant. Therefore, their law did not lead to freedom, but to power, by creating a space of domination around individuals (Wagemann, 1913, p. 1).

The author advocates that nature and humankind are one. Nature appears to the human intelligence as two dichotomies, namely as transient and imperishable, as form and content. "Movement" (*Bewegung*) is the life creating force that determines different stages of evolution for diverse creatures (Wagemann, 1913, p. 3).

Law should, then, be based on the imperishable, not on the transient. Individual human life, unlike nature and the human considered as genus, is essentially transitory and, therefore, could not serve as the basis of law. By observing nature, it would become clear that the individual is of no relevance, since only the survival of the genus has significance (Wagemann, 1913, p. 6).

Nature is then portrayed as the original entity in which law should be found, contradicting the Roman conception, according to which the individual will stand in the center of essential legal categories (Wagemann, 1913, p. 15). Law, in this sense, instead of being created from scratch by reason, should be perceived with the sole help of human moral feelings and knowledge about nature, of human instincts and comprehension. For these abilities should suffice to provide the highest principle of law – and here comes Gierke again: there is no right without duty (Wagemann, 1913, p. 12)⁴¹.

Wagemann (1913, p. 25 *et sqq.*) attempts to prove that this *natural legal sensibility* corresponds to the German understanding of law. German law, thus, had not been invented, but found in the eternal order (*ewige Ordnung*). In this sense, not only was German law the most appropriate order for the German nation, but it was also understood as the *right* order, apprehended through sensitivity from nature.

Two decades later, the motive of law as an order that is unconfined in the logical formality of legal sentences continues to be developed, as we see in Carl Schmitt's work, now with clearer national socialist colors. In his *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens* (On the three types of legal scientific thought), originally published in 1934, Schmitt (2006) distinguishes normativism, decisionism and concrete-order-thinking, stating that legal positivism, as

⁴¹ Landau (1989, p. 20) indicates that many of Wagemann's approaches can be tracked down in the previous Germanistic legal literature, even though he does not quote them individually.

developed during the 19th century was a hybrid from normativism and decisionism. He intends to dispute positivism also in political terms, as seen at the end of section 2.2.1.

Schmitt proposes an institutional approach, in the sense that every normative order has a “concrete life” in the institution. The institution, thus, has its own normativity, which might be shaped through a norm (Rükert, 1995, p. 187). But the order itself is not created through norm, on the contrary: a norm is only a means whose regulatory function and validity is provided by the framework of a preexisting order (Schmitt, 2006, p. 11). On that account, the legal order is tied to concrete concepts not deriving from general rules (Schmitt, 2006, p. 19). The State, consequently, is conceived neither as a system of rules, nor as a sovereign decision-maker, for it should be seen as the “institution of institutions”, as the “concrete order of concrete orders” (Schmitt, 2006, pp. 45-47). German legal history, as briefly narrated by Schmitt (2006, pp. 35-43), highlights the concrete-order-thinking as a German specific feature that does not correspond to positivism.

In such theoretical approaches lies a challenge to positivism. Indeed, Schmitt and Wagemann stretch the domains of law and jurisprudence until the level of *life* itself, since the validity of law as well as its content is determined from a framework lying outside the purely legal field. Living in *nature* or in the *concrete order*, law was everywhere to be found, meaning, therefore, that it could potentially extend its tentacles over all areas of social life.

Freed, to some extent, from the fetters of positivism, law might be steerable through interpretation while an appearance of normalcy is kept by the unchanged statutory substance. In fact, as Stolleis (2006, p. 23) states, in the day-by-day of National Socialism, law was mostly altered through the inobservance of the will of the original legislator and not through legislative activity. To a judge guided by the national socialist worldview, there were no longer methodological difficulties in overcoming the strict normativism by interpreting the law in force by means of *topoi* like the concrete order, the Führer’s will, the needs of the national community and so on.

c) Schulz’s approach to the matter in the Prinzipien

I want to argue, then, that Schulz, by identifying *isolation* as a principle of Roman law, might have had a contemporary problem in sight. Suggestively, he (Schulz, 1934, p. 13) opens the chapter with a quotation taken from Anaxagoras, which states that, at the beginning, all was one, but then the spirit came, separated things from one another and thus created order. In this excerpt, Schulz sees the description of an important task of science in general and especially of jurisprudence: to separate and distinguish.

The author acknowledges the dangers of losing sight of the whole when one is occupied with a small part of it. But, relying on Jhering, he states that legal science may not relinquish the art of analysis, if it intends to go beyond a merely descriptive role (Schulz, 1934, pp. 13-14)⁴². Since, in ordinary life, law appears embedded in the social community, the first fundamental separation should consist in the differentiation between juridical and non-juridical (Schulz, 1934, p. 14).

42 Like Jhering (1874, p. 39), Schulz (1934, pp. 13 and 14) uses the word *Scheidkunst* to refer to the process of analysis, with which the legal science could not part ways. *Scheidkunst* is an old German usage for *chemistry*.

However, this separation did not consist solely in a scientific methodological requirement. It corresponds to a Roman demand for freedom. Law should not penetrate every sphere of life. On the contrary, restraint was required for the creation and recognition of juridical norms. But, in this law-free space, Romans were not entitled to impose their will as they pleased, quite the opposite: there was a net of non-juridical relations, which composed the *officium*, whose density and strength might not be easily grasped in modern culture. These relations could be more binding than the utterance of a judge (Schulz, 1934, pp. 14-15).

Nevertheless, classical Roman jurists kept such relations out of not only the legal regulation, but also their consideration. Isolation implied that the economic and political circumstances which determined the formation of a given legal rule were also excluded from juridical consideration. Further, the economic functions of legal institutes were also out of juridical reach. If law, for example, did not regulate the *interna* of the marriage, jurists' writings also did not deal with them at all. Not even the wedding customs, which brought the marriage to existence, were described. Knowledge of the non-juridical *officium* was always presupposed and, without it, Roman law might become incomprehensible (Schulz, 1934, p. 16-17).

Schulz highlights with these remarks that the sole consideration of the legal sources is not enough to gain perspective on the social forces that acted upon Romans. If Roman jurists silenced, it meant that some affairs should not be regulated by law, for they were already the object of other sorts of social norms, or they should be kept out of the attention of the law, complying with the sense of dignity and decency (Schulz, 1934, p. 15), as well as with the imperative of freedom. By no means did a lack of legal regard lead to unlimited freedom and arbitrariness, since they were other non-juridical, equally binding relations.

Portrayed like this, Roman law loses some of the colors of individualism and arbitrariness. It is certainly not the same picture painted by Schmidt (1853, p. 195), to whom the Romans reckoned the duties of the *officium* exclusively as moral matters, whose observance was left to a person's conscience. It also reveals an outcome quite different from Nicolai's (1932, p. 11), to whom the Romans of later times considered the individual as a being with no relationships to other people, except the ones explicitly regulated through positive law; in the absence of such regulation, one was left in the domains of one's own desires.

But, once the legal field is isolated from ordinary life, the analysis, leading to isolation, continues within the legal field. Here, the sacral and worldly Roman law were separated from each other by the early Republican period. More significant, though, was the isolation of private law from public law (Schulz, 1934, p. 18).

The author seems to concede, at this point, to some Germanistic critics. Here we might recall Gierke's ideas (item 1.1 above), according to which the Roman differentiation between public and private law determined a double purpose for a person without considering that individuals are part of a higher whole (Gierke, 1948, p. 4). Schulz (1934, p. 19), in turn, states that the severance of the two branches, so closely bound together in ordinary life, had serious disadvantages, even though it might have been a useful factor in the development of Roman legal science (Schulz, 1936, p. 27)⁴³.

43 The last sentence, which highlights the advantages of isolating public law from private law in the development of the legal science, is not present in the original German edition of 1934. The English translation of this passage has a milder tone than the German original, for it reads "certain" instead of "serious" disadvantages (*schwere Nachteile*).

The difficulty identified by Schulz is namely the lack of a comprehensive presentation of a legal institute, since private lawyers did not deal with public law matters, even when they were implicated in the subject. A series of examples are offered, among which is private land property. Addressed from a pure private law standpoint, many limitations to its exercise were left out of consideration, which led to a much more liberal and individualist depiction of its regulation than it should be, if the influxes of public law in the matter were also pondered (Schulz, 1934, pp. 21-22).

The severing work did not end here, though, for differentiation and isolation also took place within private law. The authors of the classical period did not occupy themselves with the peregrine law. Consequently, the content of their expositions dealt almost exclusively with the law of the city of Rome, as practiced by Roman and, sporadically, Italic courts. Provincial law was, therefore, with few exceptions, almost fully out of sight (Schulz, 1934, p. 23).

Schulz, at this point, announces an important result of his rendition: the classical jurisprudence, through analysis and isolation, is predominantly occupied with Italic and Roman private law. Gaius's *Institutiones* bear witness to this by looking as though they would present the whole of Roman law; however, after completing the doctrine on legal sources, the author performs a *saltum mortalem*, suddenly landing in private law world, as if there were no law beyond its limits (Schulz, 1934, p. 23).

Isolation provided classical Roman law an almost logical coherence, making the jurists' writings have the effect of a mathematical demonstration, or, even better, of a natural law deduction⁴⁴. But this natural law is not developed from some Greek speculative airiness: it is a Roman natural law, formed by rules arising from the nature of things and deducted according to a certain conceptual and axiological framework. It is also not a simple presentation of the positive, or statutory, law. Schulz (1934, p. 24) argues that the presentations were written in a manner that reveals, rather than an effort to prove its sentences, one to find them in the *ratio iuris* grasped from direct observation of nature.

What Schulz seems to argue here is that, contrarily to Adolf Wagemann and Carl Schmitt (on this topic, see item *b* above), a legal system does not need to penetrate ordinary life, breaking the limits between law and other normative spheres, to consist in the expression of a given culture and of the necessities of a nation. He argues, further, that this feature was not lost in Justinian's compilation. On the contrary, it was made even clearer (Schulz, 1934, pp. 24-25).

Approaching the end of the chapter, Schulz (1934, pp. 25-26) overviews the influence of the Roman isolation principle on modern jurisprudence, stating that the German legal science of the 19th century was strongly seduced by it. That is why in Germany public and private law were strictly separated from each other, and the leaning towards a law of nature appeared, despite the defiance this represented to the historical school's leaders. German jurists in the 19th century would also leave the non-juridical out of consideration, especially in private law. Schulz notes that the path to the changes of the 20th century started to be paved by the scholar who better understood the circumstances of the epoch: it was Rudolf von Jhering who, after recognizing that German jurisprudence was immersed in Roman orthodoxy, fought for the "purpose of the law" (*Zweck im Recht*).

⁴⁴ At this point, Schulz (1934, p. 24; 1936, p. 36) refers to an excerpt of Savigny's *Vocation*, in which he states that there was no exaggeration in saying that the Roman jurists made calculations with their concepts. The excerpt is in Savigny (1959, p. 88).

Schulz closes the chapter on isolation provocatively, pointing out to the book entitled *Das Staatsrecht des deutschen Reiches* (The State law of the German Empire), by Paul Laband, as a last triumph of the Roman isolation concept, although Laband, academically speaking, was a Germanist. In the recension written by Gierke to the book, Schulz (1934, p. 26; 1936, p. 39) sees a rare occasion in which Roman and Germanistic principles confronted each other in the persons of two mutually “congenial” representatives – “congenial”, though, is employed by Gierke (1883, p. 1000) in his review of Laband’s work in a completely different context: he points out that no one might accuse an author of hiding in conscious self-limitation, as he sets himself to a for him *congenial* task aiming a for him reachable objective.

In his already mentioned *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens* (On the three types of legal scientific thought), also published in 1934, Carl Schmitt (2006, pp. 40-41, footnote No. 27) limits himself to state that Gierke’s criticism of Laband had failed and that his position was unclear, for, in his recension, Gierke held the separation of law from politics as the noblest task of jurisprudence.

2.2.3. Nation and Jewification

At first sight, the “nation” theme has, some proximity with analysis and isolation. For a nation is namely a group of people that politically differentiates and individualizes itself from other political communities (Schulz, 1934, p. 74). However, what constitutes the consciousness and the feeling of belonging to a community was, like isolation and ultimately its elimination, a question under debate at the time Schulz wrote the *Prinzipien*. The matter was set at the very core of national socialist worldview.

The opening lines of the respective chapter – “nation” appears as the seventh chapter and sixth principle of the book – suggest a different version of Rome as a world-community in comparison to that which we have seen above (item 1.2). We may remember, before exploring Schulz’s argument, that Wagemann (1913, p. 25-26) portrays the beginnings of the expansion of Roman law as the subjugation by Rome of other italic municipalities. They then turned into the zone of dominance of a foreign legal order which replaced their own homeland’s law. German law, in turn, was always homeland law, whose area of application did not exceed the municipality, even though it shared its main features with other Germanic communities mutually tied by economic interests.

In this picture, the Roman idea of community was not apt to create order, as it missed a fundamental feature of a nation. As already discussed, (item 1.2 above), this feature, would be the homogeneity of race and blood, which was seen as a precondition for the development of a nation’s law. The Roman race “chaos”, in turn, resulted in a purely individualistic order, whose sense of community was provided exclusively by the subjugation to a violent State power.

Thus, based on the race studies of the 19th century, a new concept of nation was formed. It no longer comprehended just historical and linguistic features, but it also incorporated a biological basis for identity (Seen, 1999, pp. 409-410).

Schulz (1934, p. 74), in his opening general remarks on the formation of national consciousness, refutes all of that. He places the shared language as an important, but not indispensable, factor; the essential is a common political and cultural destiny, constituting a historical destiny-community. If the will to build up a distinct political organization grows in a such a

community, then the national consciousness and the nation are born. Once this consciousness ceases to exist, though, the nation also disappears. This means that a biological, racial unity or relationship is neither required nor enough to create the national feeling.

The author goes on to deconstruct the representation of a Roman expansion purely based on violent subjugation. The growth of the Roman imperial nation during the first two centuries of the imperial age corresponded to a new feeling of belonging, although its members might have been very different from one another. The same citizenship was in force from Sicily to Judea, bringing with it material welfare and security, besides the common language, which could be Latin or Greek, and common cultural experiences, such as theater and literature (Schulz, 1934, pp. 74-77). In sight of that, throughout the empire people might have felt as if they were “blood-brothers” (Schulz, 1934, p. 75; 1936, p. 111).

As a cultural community, one might become Roman through education, and thus the empire enabled the rise of “provincial talents”. They could go to the city of Rome to take part in political and cultural affairs without any disturbance of the *status quo*. However, that did not mean, according to Schulz (1934, p. 77-78), that the imperial nationality expanded itself through *denationalization*. At most, one might talk of *denationalization* in the same sense as one might speak of it during the foundation of the German Empire in 1871, as the Prussian, Bavarian and Swabian national feeling were absorbed by the German one.

At this point, Schulz (1934, pp. 77-78, footnote No. 24) disagrees with Jhering, to whom the historical mission of the Roman empire was the overcoming of the nationality principle and its replacement for a universal thought. Schulz argues that, without a national feeling, the Roman empire could not be hold together for so many centuries. He notes that neither Spain, Gaul, Britain nor the Eastern territories have ever declared themselves to be out of the Roman empire or nation. He then concludes, quite differently from Gierke, Wagemann or Nicolai, that the fall of empire was not a consequence of a lack of national feeling, but rather of a lack of national power (Schulz, p. 34, p. 78).

But even though the Greek superiority in philosophy and art was recognized, Rome developed, already around the two last centuries of the republic, the legend of its own providential mission: through weapons and law, organize and lead its world empire, create and secure the *pax romana* in which Roman-Hellenic culture should be cultivated (Schulz, 1934, pp. 79-80).

Any conceptualization of nation engenders the opposition to the non-national, to the foreigner. With the Romans, it was not different. The foreigner, at classical times, was designated as *peregrinus*⁴⁵. Nonetheless, the Rome empire granted citizenship, as Schulz (1934, p. 83) explains, through birth and manumission with some indifference. This also meant that marriage between a Roman and a peregrine of whatever race or descent was not forbidden. This indifference could mean a political advantage, since the manumitted both increased the number of Roman citizens and were able to found numerous colonies (Schulz, 1934, p. 84; 1936, p. 124)

⁴⁵ *Peregrinus* might be defined by negation, that is, a peregrine is one who is not a Roman citizen (Schulz, 1934, p. 81). Nevertheless, they were distributed into three different categories. Those under a magistrate authority, which was often the case in the provinces; those in the municipalities which had a *perpetual alliance* with Rome and, therefore, were granted independency from the standpoint of the law of nations; and, last, the peregrines that were outside the frontiers of the empire (Schulz, 1934, pp. 80-81). In a book released the year before the *Prinzipien* came out, but not mentioned by Schulz, Alfred Heuß (1933, pp. 4-5) argues, in opposition to a traditional line of interpretation, that Rome was not in a situation of constant war against the peregrines and that there was not a state of “natural hostility” – which seems to also be the position held by Schulz.

Schulz then moves forward to analyze the reception of foreign influences in the development of classical Roman law. Had Rome's concept of nation and its corresponding permissive attitude towards the spread of its citizenship enabled the denaturation of its civil law through foreign elements? By facing this matter, Schulz silently goes on to discuss the question, brought up especially by Germanistic literature, about the *orientalization* of Roman law, which ultimately implicates its so-called "Jewification" (*Verjudung*).

As we have seen above (item 2.2.2, *c*), the *isolation* principle might have been enough to discard such assumptions. From a nation standpoint, however, his first remark refers to the impossibility of providing a single, uniform answer in sight of the long history of Roman law, even when he restates the classical period as his only interest. Difficulties also arise from the need to keep in sight all the different law departments and possible influxes from different foreign sciences, such as philosophy and rhetoric. Another point to bear in mind should be that parallel developments of similar legal figures do not automatically imply their reception or an indication of their influence (Schulz, 1934, p. 85).

Despite these barriers, Schulz (1934, p. 85) follows his master Emil Seckel, categorically stating that, from the second century B.C. to the end of the second century A.D., the core of Roman law remained national and almost untouched by foreign thoughts and materials. He sees a growing resistance to foreign influences as the consciousness of Roman legal superiority augmented from the republic to the principality period. Even during the period in which Rome's public law made use of the Greek model, hardly any sentence in Roman private law might be securely reconducted to a Greek influence (Schulz, 1934, pp. 86-87). In this sense, Greek customs might have been more influential than its law (Schulz, 1934, pp. 87-88).

Greek philosophy and rhetoric, in turn, might have presumably gained more space amidst Roman jurists. The tendency towards more abstract and systematic presentation of law seen in the last century of the republic is, according to Schulz (1934, p. 88), certainly a Greek influence, like the doctrines of some jurists might have had Greek philosophical origin. But the author argues that the studies until that point did not allow a definitive conclusion on this matter, for they had not been carried out critically enough.

Turning to potential influences from the East, Schulz (1934, p. 89) is once again peremptory: if Roman law kept itself independent in relation to Greek-Hellenistic influxes, it had preserved itself even more decisively from Eastern-Hellenistic law. It is true that oriental religion made its way into the West, but that was not the case with law (Schulz, 1934, p. 90). Especially in consideration of Jewish-Talmudic law, Schulz holds that its similarities with the Roman order were most likely to result from Roman leverage, and therefore from the influence of Roman law on Jewish law, rather than the opposite (Schulz, 1934, p. 89)⁴⁶.

Also, the fact that emperors and jurists did not have italic origins should not be meaningful in determining any foreign influence over Roman law. Schulz (1934, p. 90-91) finds no evidence of oriental methods and doctrines in the classical writings, as well as in the constitutions until the *Severi* period.

46 Schermaier (2010, pp. 696-697) notes that Schulz's language at this point seems to indicate an acceptance of the Nazi racial ideology and a defense, on these terms, of the purity of Roman law. He holds that for wrong, justifying that the vocabulary might have been chosen to make the text comprehensible also for non-Romanists.

Schulz (1934, pp. 91-92) suggests a comparison between the 212 A.D. Edict of Caracalla and the reception of Roman law in Germany in the 15th century. In both cases, a certain confusion might have been the effect of issuing Roman law as unitary order in a territory in which it was not necessarily well known and practiced. In the Roman case, until Diocletian, a constant battle to popularize Roman against the peregrines' law was fought.

It is from Constantin onwards that oriental influences were clearly perceptible. But they are not portrayed as the cause of a complete denaturation of Roman law, for it kept its own movement. During the 4th and 5th centuries, however, this movement no longer led to national particularity of Roman law. To describe this epoch, Schulz (1934, p. 93) uses a set phrase widely repeated at his time: on the one hand, Roman law lost some of its italic character, while, on the other hand, it got close to the "popular legal worldview" (*volkrechtliche Rechtsanschauungen*). That might have been the case with the fusion of civil and honorary law and also with the mildening of formalism at the conclusion of transactions. One may argue, then, that the destiny of Rome law during the decadence of the empire was much alike the pledge of the Germanistic literature of the time, which articulated the wish to move away from Romanistic formalism to a more popular shape of the legal order.

However, that does not mean that Justinian's compilation did not contain classical jurisprudence. On the contrary, Justinian and his helpers really grasped the classics and put aside postclassic misconceptions. Nevertheless, a complete purification and return to the status before the 4th centuries was not achieved and maybe not even attempted. Holding that also through decadence something good can be born, Schulz (1934, pp. 93-94) reports that Justinian tried to find a compromise between Diocletian, the Roman, and Constantin, the Greek; and there lay the strength and the weakness of his work.

2.2.4. Word choices as statements

The above identified similarity between the destiny of Roman law during the 4th and 5th centuries and the Germanistic pledge of which Nazi propaganda took advantage might be seen as a general strategy applied by Schulz. On the one hand, he demonstrates that classical Roman law was nothing like the portrait painted by National Socialism, thus removing the basis for point 19 of the party program (Stolleis, 2006, p. 78); on the other hand, by showing parallels between classical Roman law conceptions and the ideal depicted in Germanistic and propagandistic literature, he turns the accusations articulated in it into nonsense⁴⁷.

That might have been the effect desired when the author set freedom (*Freiheit*) and fidelity (*Treue*) as classical legal principles. Besides displaying some anachronism when referring to Roman law (Schermaier, 2010, p. 692), those concepts were traditional topics among Germanistic authors who would never conceive applying them to characterize Roman law.

47 Ernst (2004, p. 126, footnote No. 160) considers inappropriate the idea that Schulz might have defended Roman law by making it look *more Germanic*, as Stolleis (2006, pp. 77-79) argued. As stated in the text, it seems safe to assume that, in fact, Schulz worked with these approximations. However, it might be too simplistic to assume they were a mere *capitatio benevolentia* in sight of the certainly upcoming expulsion. In fact, it seems more plausible to read the *Prinzipien* as a Roman-law-based *counterprogram*, not as a defense of the academic discipline. It might also be argued that the features underscored by Schulz, which made Roman law appear *more Germanic*, were actually part of a broader range of historical concerns shared by both Romanists and Germanists, thus forming a common scientific ground for both disciplines.

Freedom was marked as characteristic of Germanic nations among German, French and English authors from the 16th to the 18th century, much under the impulse of the discovery of Tacitus' *Germania*. The theme ultimately became a political key-concept during the 19th and 20th century (Landau, 2013, pp. 329-330; Willoweit, 1995, p. 301). During the 19th century, the Germanic concept of freedom acquired a legal-historical conformation. Its core idea was that a German was not subjugated to any public authority, therefore being limited in his freedom of action only by moral and customs, as well as by the strength of another man⁴⁸. The right to feud and, concerning private law, the capacity of self-defense were assumed as main features of Germanic law. Since children and women were not *men*, being therefore considered unable to defend themselves, this almost anarchical representation of freedom should be tempered by a protective social component (Landau, 2013, p. 331), which ultimately became predominant, as we have seen above (item 1.1).

Schulz, in turn, displaces the idea of freedom from the Germanic world to apply it to the Roman classical period. By doing so, he takes the features usually pointed out in Germanistic literature as proof of the Roman individualism and reclassifies them as elements of the Roman aspiration to freedom. In the first sentence of the respective chapter, Schulz (1934, p. 95) states that limitation is immanent to the Roman conception of freedom, which had never meant one could live exclusively on the authority of one's "own head" (*nach seinem eigenen Kopfe zu leben*). Free, in Roman sense, is the individual or the community not subjected to a *dominus*, being then self-determined (Schulz, 1934, p. 95).

The immanent limitation embedded in the concept of freedom might immediately recall Gierke's formulation, repeated by Wagemann, according to which every right, especially the land property right, should be limited from within. And indeed, if Schulz (pp. 99-102), on the one hand, concedes that Roman private law is, in fact, individualistically shaped, on the other hand, he points out that its concept of property is exactly the same as the German one (Schulz, 1934, p. 102). He underscores that, although the sources fail to provide a definition of the property right, its content is evidently legally limited: the Roman hostility against duties in property law is simply non-existent. These duties might have been invisible, as Schulz (1934, p. 103) argues, because of the isolation principle, which led to a sharp separation between different departments of the legal order. Therefore, by looking exclusively at private law literature, one might not apprehend a comprehensive overview of property regulation.

Nevertheless, private law did leave a wide free space for individual movement – much wider as in German law, as Schulz (1934, p. 104) states. However, this space is not filled with arbitrariness, for a dense net of non-juridical, *fidelity* duties was in force. How dear *Treue* (that is, fidelity) was to the Germanistic literature might be demonstrated by an excerpt taken, once again, from Gierke (1919, pp. 9-10), in a speech giving shortly after the end of the First World War⁴⁹. According to him, fidelity was the highest moral concept among the Germans, which was also present in all legal relationships, providing them with devotion and strength. The Germa-

48 Both Landau (2013, p. 330) and Willoweit (1995, p. 306) indicate that the key formulation, which would reverberate throughout the century, was provided Karl August Rogge, who, in 1820, wrote a book entitled *Über das Gerichtswesen der Germanen*.

49 The original reads: "Die Treue war für die Germanen der oberste sittliche Begriff, durchflocht aber auch alle rechtlichen Beziehungen als ein in den Rechtsbegriff aufgenommenes Element, das ihnen Weihe und Festigkeit verlieh. So konnte auch der Staat sich nicht auf bloße Befehlsgewalt und Gehorsamspflicht gründen, sondern musste seinem Organismus Treuverhältnisse einbauen. Auch unser heutiger deutscher Staat kann den im germanischen Bewusstsein unaustilgbaren Gedanken der Heiligung des Rechtes durch die sittliche Macht der es durchdringenden Treue nimmermehr missen; (...)"

nic State, based on fidelity, was not founded over an appeal to a pure commanding force and obedience duty, since its organism had to take advantage of these fidelity-based relationships. Gierke felt that the German State of his time could not do without fidelity, which sanctified the legal order.

Schulz (1934, p. 161), turning this same moral feature into a Roman legal principle, states that, if one notes how private relationships were influenced by duties of fidelity and friendship, it becomes clear that Roman individualism is a legend (*der "römische Individualismus" ist eine Legende*). In the footnote that closes the chapter, he refers to Biondo Biondi's *Romanità e Fascismo*, in which the author states that Roman individualism is a mere historical falsification. Schulz (1934, p. 161, footnote No. 73) adds that Roman private law was characteristically individualistic due to confidence in non-juridical bonds and on the authority of the *imperium*.

3. Two reactions to the *Prinzipien des römischen Rechts*

3.1. The foe got it

The argumentative strategies pointed out above did not go unnoticed among Schulz's contemporaries. Shortly after the publication of the book, Heinrich Lange wrote a recension detailing the incompatibilities between Schulz's ideas and Nazi doctrine. The review came out in December of 1934 in the *Deutsche Juristen-Zeitung*, directed at the time by Carl Schmitt.

Starting with some remarks on the role assigned to Roman law by the national socialist revolution, Lange (1934, pp. 1493-1494) goes on to remark that Roman law is an international science, in the sense that it is not German, not rooted in the German nation. Schulz's book had, according to Lange (1934, p. 1494), this international character, which one could recognize not only by its content, but also through the quotations put before every chapter. The knowledge on Roman law was more necessary than ever – and this might be the only point on which Lange agrees with Schulz, although for very different reasons –, since its elements should be well known in order to free German law from them. That is why Schulz is portrayed as a "pure dogmatist", who presents law in an unhistorical, positivist fashion.

Lange (1934, pp. 1495-1496) reiterates the Nazis' official view on Roman law in the same line of point 19 of the NSDAP program: public Roman law was, on the one hand, the instrument to squeeze out the provinces in favor of the world city, and, on the other, private law would enable self-serving gains. The phrase *civis Romanus sum* lost its racial content, as the empire became more dependent on foreign slaves and "Jewish trickiness. But those who, like Schulz, set nation, not ethnicity (*Volk*), in the center, had to close their eyes to Rome's racial decadence (Lange, 1934, pp. 1496-1497).

Lange (1934, pp. 1498-1499) also sees a sign of Schulz's positivism in the translation of *humanitas* as *Humanität* (humanity) and *fides* as *Treue* (fidelity). By doing so, one might bypass the deep gap between the Roman and the German essences. The Romans' strength lay in knowledge and cold calculation, whereas the Germans' lay in feeling. That is why law, among Romans, meant analysis and technique, while, among Germans, it meant bonds and order. This difference reveals itself clearly through the construction of an absolute property right, which was not only an expression of dogmatism, but also of materialism and individualism.

One Roman feature, though, could still be usefully observed by German jurists: the case-law-based formation of the legal order, in which one could recognize a “living law” (*lebendes Recht*) in opposition to rigid normativity. Schulz’s book, nonetheless, could not deliver what was expected from the new German Romanistic, thus demonstrating the insurmountable gap between past and future (Lange, 1934, pp. 1499-1500).

Lange’s review – if one assumes that it actually meets all the requirements to be called a review – is unequivocally biased. But, by portraying the *Prinzipien* as a declaration of hostility against the Nazi worldview, he is fundamentally right. Lange (1934, p. 1494) perceived that, from the dedication to the last sentence of the book, one feels the claws of hostility against the Nazi worldview. Schermaier (2010, p. 698) notes that Lange did not write “from the beginning to the end or from the first to the last page”, but referred specifically to the dedication to Schulz’s *Volljüdin* (fully Jewish) wife and the last sentence of the book. As Schermaier rightfully sees it, Lange’s formulation shows he knew the personal circumstance of the Schulz family. Furthermore, he understood Schulz’s last quotation of Goethe’s *Maximen und Reflexionen*⁵⁰ as an insinuation that the Romans, who felt obligated to nation, tradition, fidelity, and authority, could have generated a legal practice that was different from that of then current times.

3.2. The allies were silenced

As Ernst (2004, pp. 123-125) notes, it was not just the Nazis who understood what Schulz’s book was about. Friedrich Alexander Mann (1907-1991) and Werner Flume (1908-2009), both Schulz’s assistants in Berlin, as well as Gustav Radbruch (1878-1949), expressed their perception of the book as a reaction against National Socialism. But, given the political climate in Germany and the real menace hanging over Romanists’ heads (Stolleis, 2006, p. 70), these perceptions seemed to have remained for the most part private or were published after the end of the Nazi regime.

Not surprisingly, Lange was the only German jurist who reviewed the *Prinzipien* during the Nazi regime and for decades after it. Two other reviews appeared in Germany in 1935, but outside the legal circle. Artur Steinwenter (1888-1959), an Austrian legal historian, wrote a favorable review of Schulz’s work for the *Historische Zeitschrift* (Steinwenter, 1935). Matthias Gelzer (1886-1974), at the time, professor of Ancient History in Frankfurt am Main, published his recension at the *Gnomon*, a journal dedicated to ancient sciences in general (Gelzer, 1935).

It is a minor attention, if one considers Germany’s Romanistic tradition and that the book in question was written by a German leading scholar of the field (see item 1.3 above). The consideration for the book outside Germany, conversely, even before its translation into English by Marguerite Wolff, was noteworthy: the *Prinzipien* were reviewed in France (Monier, 1935), Holland (Apeldoorn, 1935), England (Buckland, 1935; Jolowicz, 1936)⁵¹; the English translation was also reviewed in the United States (Moll, 1937; Schiller, 1938).

⁵⁰ The quotation states that the best we can take from history is the enthusiasm it raises (*Das Beste, was wir von der Geschichte haben, ist der Enthusiasmus, den sie erregt*).

⁵¹ In fact, Buckland wrote two reviews on the *Prinzipien*. A second one was released after the publication of the English translation (Buckland, 1938).

The mild reception of the book in Germany might be, at least partially, explained by the warning Schulz himself received from Hans Kreller in December 1934. Kreller, at that time editor of the *Savigny Zeitschrift für Rechtsgeschichte* (today *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*), disclosed that, although Schulz's work would still be welcomed, his duty as editor was to secure the journal's German character. To achieve this, the person of the author should be taken into consideration and, therefore, preference should be given to the young generation, that is, those allied with the new State (Ernst, 2004, p. 133).

A couple of years later, Carl Schmitt articulated the role of German jurisprudence against the Jewish spirit. Besides cleansing the libraries and making sure books by Jewish authors should be confined to a special section, Schmitt (1936b, pp. 1195-1196) is also concerned with the quotation of their work: it would be irresponsible to invoke a Jew as authority, even as a purely scientific one; for this reason, the indication of the Jewish origins of an author was not a mere formality, but essential for the intended "exorcism". Relinquishing this procedure, the legal literature in Germany could not be "purified"⁵².

Schmitt (1936b, p. 1196) recommends precaution at dealing with half-Jews, interrelated Jews, etc., for these subtleties were common Jewish methods to escape the core of the issue.

Schmitt's claim was that the "purification" of the legal science according to the Nazi world-view was not only enforced by the expulsion of Jews and opponents from universities and higher education institutions⁵³. It also involved ignoring unwanted intellectuals who, eventually, would also fall into oblivion outside of Nazi or fascist circles.

It is arguable that, to some extent, considering the Schulz case, this procedure might have worked. And it is exactly a Romanist scholar who gives us this indication. Paul Koschaker (1879-1951), by making the point that Romanists were left in peace during the Nazi period because their discipline was irrelevant (Koschaker, 1966, p. 314), omits that he occupied in Berlin the chair then vacant after the compulsory retirement of Ernst Rabel (1874-1855) for racial reasons (Giario, 2018, p. 14); Schulz's fate must have been known by Koschaker, not only because they were contemporaries and fellows in the same field (Ernst, 2004, p. 122, footnote No. 137), but also because years before, in 1931, Schulz had ranked above Koschaker in the competition to succeed Theodor Kipp at Berlin (Giario, 2018, p. 10).

Could Schulz's and Rabel's absences remain unnoticed? Or were they a forbidden theme? Simon (1989, p. 171-172) puts forward that Koschaker's attitude towards his persecuted colleagues might have been shaped by bystander effect, but that he was without a doubt antifascist. In this case, the second hypothesis seems the most likely, even for the period after 1945. Nevertheless, I am not able to provide a satisfactory answer at this point. What seems undeniable, in contrast, is that it takes generations to fill the ditch opened with that which was left unsaid by those who were silenced by an epoch.

52 At this point, Schmitt (1936b, p. 1195) recounts the drastic consequences inflicted on the German legal science by the *school of Vienna* under its Jewish leader Hans Kelsen. Schmitt accuses the members of the school of only citing one another.

53 On this matter, see Höpel (1998) and Grüttner & Kinas (2007).

Conclusions

Fritz Schulz died on November 12th, 1957, at 79 years of age. He passed away in Oxford as an English citizen. All of his four children emigrated and ultimately “made good”⁵⁴ – a fate that not all of those persecuted by the Nazis had the chance to aspire to.

Hans Kreller – who professed the ideals of the new German State and warned Schulz of his duty to emphasize the German character of the *Savigny-Zeitschrift* –, in turn, died unexpectedly on February 14th, 1958 – nearly three months later, but at an age about eight years younger than that at which Schulz had died.

Both obituaries, Schulz’s and Kreller’s, were published in the same volume of the Romanistic section of the *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, for which Kreller served as editor in the turbulent period from 1935 to 1944. The memorial for Kreller was written by Max Kaser (1906-1997), while the one for Schulz was authored by his former assistant Werner Flume (1908-2009). This is a symbolic circumstance, for both the Romanists lived, in a sense, parallel lives. They practiced the same science, they were both occupied with fundamentally the same scientific problems – the ones pointed out by the paradigm practiced in their epoch –, they both dealt with National Socialism.

If it is true that Schulz could eventually escape to Holland and, later, to England and secure his own and his family’s survival, it is also true that he lost most of his professional career and a great deal of his spiritual environment for none of his deeds. National Socialism was made, therefore, an undetachable feature of his fate.

If it is true that Kreller, already before 1933, had a scientific reputation and somehow managed to keep his work relevant in Nazi Germany, it is also true that only incidentally does Max Kaser mention Kreller’s involvement with National Socialism in one short paragraph of the obituary. In it, he states that Kreller saved the *Savigny-Zeitschrift* from the violent Nazi repression against Romanism, not only securing the journal’s existence, but also maintaining its quality. Kreller, as Simon (1989, p. 166-167) demonstrates, was able to stay and adapt his work to the circumstances after 1945 and, by doing so, detach his destiny from National Socialism to some extent.

Schulz’s *Prinzipien* was a fruit of its time. Not only is it based on Jhering’s heritage, as often mentioned, but it also debates with Schmidt and Gierke, and contradicts Wagemann, Schmitt and Nicolai, while deconstructing the false assumptions that made the wording of point 19 of the NSDAP program possible and comprehensible.

Going back to the premises expounded in the introduction to this article, I believed I have highlighted how different elements of an intellectual framework might be conceived without any immediate connection to their most dramatic consequences. It is possible to assume that, as Carl Adolf Schmidt wrote his reply to Jhreing in 1853, he could not predict that his words would, in the future, be integrated into a destructive ideology.

This goes to show that, concerning the legal field and how authoritarian ideas can take it over, the image of a “scientific revolution” in the Kuhnian sense might be taken *cum grano salis*. If, on the one hand, the conceptualization of normal science, practiced within the parameters

54 About Fritz and Martha Schulz’s four children, see Ernst (2004, pp. 136-138).

of a paradigm, might still be a useful theoretical tool to grasp the internal movements that a scientific field goes through, on the other hand, the concept of revolution – with the notion of suddenness that is inherent in it – is not perfectly applicable.

In this context, the model of theoretical entanglements or knots, as described by Conrad (2006), seems to offer a better explanation on how, as generations change, jurists might be caught up – by criticizing strict positivism, or demanding a legal order that reflects the indissoluble relationship between human kind and nature –, without even realizing it, in the formulation of the *unjuridical paradigm*, as long as they continue to practice *normal science*. Schulz's case shows, however, that the possibility of perceiving *unjuridical* elements as such persists. Schulz himself was not swallowed by the wave of his time: he spoke the then common language, nevertheless stressing those meanings his epoch omitted.

References

- Arendt, H. (2017). *The origins of totalitarianism*. Penguin.
- Bessler, G. (1843). *Volksrecht und Juristenrecht*. Weidmannsche Buchhandlung.
- Biener, C. G. (1781). *Bedenklichkeiten bey Verbannung der ursprünglich fremden Rechte aus Deutschland und Einführung eines allgemeinen deutschen national-Gesetzbuches, nebst einigen Betrachtungen über die Verbesserung der Gesetze in den einzelnen Staaten und Landeshoheiten des Heiligen römischen Reichs*. Johann Jacob Gebauer.
- Buckland, W. W. (1935). Prinzipien des Römischen Rechts by Fritz Schulz. *The English Historical Review*, 50(199), 502-503.
- Campos, R. M. S. (2008). Proust e o Affaire Dreyfus In M. Proust, *Em busca do tempo perdido* (Vol. 4 (Sodoma e Gomorra), pp. 621-637). Globo.
- Conrad, C. (2006). Die Dynamik der Wenden. Von der neuen Sozialgeschichte zum cultural turn. *Geschichte und Gesellschaft. Sonderheft*, 22, 133-160.
- Cossuta, M. (2012). *Interpretazione ed esperienza giuridica. Sull'interpretazione creative nella società pluralista*. EUT.
- Dernburg, H. (1894). *Die Phantasie im Rechte. Vortrag*. Müller.
- Du Bois-Reymond, E. H. (1872). *Über die Grenzen des Naturerkennens*. Veit & Comp.
- Ehrlich, E. (1967). *Recht und Leben: Gesammelte Schriften zur Rechtstatsachenforschung und zur Freirechtslehre. Ausgewählt und eingeleitet von Manfred Rehbinder*. Duncker & Humblot.
- Ehrlich, E. (1989). *Grundlegung der Soziologie des Rechts* (4th. ed.). Duncker & Humblot.
- Feder, G. (1931). *Das Programm der N.S.D.A.P. und seine weltanschaulichen Grundgedanken*. Frz. Eher Nachf.

- Flume, W. (1958). Fritz Schulz †. *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung*, 75(1), 496-507.
- Flume, W. (1959). *Fritz Schulz: Gedenkrede gehalten bei einer von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bonn am 25.7.1958 veranstalteten Gedächtnisfeier*. Hanstein.
- Gelzer, M. (1935). Prinzipien des römischen Rechts by Fritz Schulz. *Gnomon*, 11(1), 1-6.
- Giaro, T. (2018). Memory Disorders: Koschaker Rediscovered and Bowdlerized. *Studia Iuridica (Warszawa)*, LXXVIII, 09-21.
- Gierke, O. (1883). Labands Staatsrecht und die deutsche Rechtswissenschaft. *Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reich*, 7(4), 1.
- Gierke, O. (1889). *Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht*. Veränderte und vermehrte Ausgabe der in Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft erschienenen Abhandlung Otto Gierke (1st ed.). Berlin Duncker & Humblot.
- Gierke, O. v. (1919). *Der germanische Staatsgedanke: Vortrag, gehalten am 4. Mai 1919*. Weidmann.
- Gierke, O. v. (1948). *Die soziale Aufgabe des Privatrechts* (2nd ed.). Klostermann.
- Grüttner, M., & Kinas, S. (2007). Die Vertreibung von Wissenschaftlern aus den deutschen Universitäten 1933–1945. *Vierteljahrshefte für Zeitgeschichte* (1), 123-186.
- Heuß, A. (1933). *Die völkerrechtlichen Grundlagen der römischen Aussenpolitik in republikanischer Zeit*. Dieterich.
- Höpel, S. (1998). Die „Säuberung“ der deutschen Rechtswissenschaft - Ausmaß und Dimensionen der Vertreibung nach 1933. In R. K. Justiz (Ed.), *Die juristische Aufarbeitung des Unrechts-Staats* (pp. 13-45). Nomos.
- Jhering, R. v. (1874). *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung* (3th ed., Vol. 02). Breitkopf und Härtel
- Kaser, M. (1958). Hans Kreller †. *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung*, 75(1), XVII-XXVI
- Kiesewetter, H. (2015). *Von Richard Wagner zu Adolf Hitler. Varianten einer rassistischen Ideologie*. Duncker & Humblot
- Kirchmann, J. v. (1848). *Die Werthlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft* (2nd ed.). Springer.
- Koschaker, P. (1966). *Europa und das römische Recht* (4th. ed.). Beck.
- Kreller, H. (1936a). Die Bedeutung des römischen Rechts im neuen deutschen Hochschulunterricht. *Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht*, 03(08), 409-411.

- Kreller, H. (1936b). *Römische Rechtsgeschichte: eine Einführung in die Volksrechte der Hellenen und Römer und in das römische Kunstrecht*. Mohr.
- Kreller, H. (1948). *Römische Rechtsgeschichte: eine Einführung in die Volksrechte der Hellenen und Römer und in das römische Kunstrecht* (2nd ed.). Mohr.
- Kroeschell, K. (1995). *Studien zum frühen und mittelalterlichen deutschen Recht*. Karl Kroeschell (1st ed.). Duncker & Humblot.
- Kuhn, T. S. (2012). *The structure of scientific revolutions* (4th ed.). University Press.
- Landau, P. (1989). Römisches Recht und deutsches Gemeinrecht. Zur rechtspolitischen Zielsetzung im nationalsozialistischen Parteiprogramm. In M. Stolleis & D. Simon (Eds.), *Rechtsgeschichte im Nationalsozialismus. Beiträge zur Geschichte einer Disziplin* (pp. 11-24). Mohr.
- Landau, P. (2013). Prinzipien germanischen Rechts als Grundlage nationalistischer und völkischer Ideologien. In F. Frank, K. Pierre, M. Ernst Erich, & M. Olaf (Eds.), *Zur Geschichte und Problematik der Nationalphilologien in Europa* (pp. 327-342). Max Niemeyer Verlag.
- Lüderse, K., Kelsen, H., & Ehrlich, E. (2003). *Rechtsoziologie und Rechtswissenschaft: eine Kontroverse (1915/17)*. Nomos.
- Luig, K. (1995). „Römische und germanische Rechtsanschauung, individualistische und soziale Ordnung“. In J. Rückert & D. Willoweit (Eds.), *Die deutsche Rechtsgeschichte in der NS-Zeit: ihre Vorgeschichte und ihre Nachwirkungen* (pp. 95-137). Mohr.
- Marx, K. (1844). Zur Judenfrage. *Deutsch-Französische Jahrbücher*, 1. und 2. Lieferung, 182-214.
- Meder, S. (2017). *Rechtsgeschichte: eine Einführung* (6 ed.). Böhlau Verlag.
- Moll, W. L. (1937). Principles of Roman Law by Fritz Schultz and Marguerite Wolff. *Virginia Law Review*, 23(7), 858-860.
- Monier, R. (1935). Fritz Schulz. - Prinzipien des römischen Rechts. *Revue Historique de Droit Français et Étranger*, 14, 748-750.
- Nicolai, H. (1932). *Die rassengesetzliche Rechtslehre. Grundzüge einer nationalsozialistischen Rechtsphilosophie* Frz. Eher Nachf.
- Pfefferle, R. (2014). *Glimpflich entnazifiziert Die Professorenschaft der Universität Wien von 1944 in den Nachkriegsjahren*. V&R unipress.
- Rheinberger, H.-J. (2007). *Historische Epistemologie*. Junius.
- Rückert, J. (1995). Der Rechtsbegriff der Deutschen Rechtsgeschichte in der NS-Zeit: Der Sieg des „Lebens“ und des konkreten Ordnungsdenkens, seine Vorgeschichte und seine Nachwirkungen. In J. Rückert & D. Willoweit (Eds.), *Die deutsche*

Rechtsgeschichte in der NS-Zeit: ihre Vorgeschichte und ihre Nachwirkungen (pp. 177-240). Mohr.

Rüthers, B. (2012). *Die unbegrenzte Auslegung: zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus / Bernd Rüthers* (7th ed.). Mohr Siebeck.

Savigny, F. C. v. (1959). Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. In J. Stern (Ed.), *Thibaut und Savigny. Ein programmatischer Rechtsstreit auf Grund ihrer Schrift* (pp. 69-166).

Schermaier, M. J. (2010). Fritz Schulz' Prinzipien: Das Ende einer deutschen Universitätslaufbahn im Berlin der Dreißigerjahre In S. Grundmann, M. Klopfer, R. Schröder, C. G. Paulus, & G. Werle (Eds.), *Festschrift 200 Jahre Juristische Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin: Geschichte, Gegenwart und Zukunft*. de Gruyter.

Schiller, A. A. (1938). Principles of Roman Law by Fritz Schulz and Marguerite Wolff: Roman Law and Common Law; a Comparison in Outline by W. W. Buckland and Arnold D. McNair: Roman Law in the Modern World by Charles Phineas Sherman: Studies in the Glossators of the Roman Law: Newly Discovered Writings of the Twelfth Century by Hermann Kantorowicz and W. W. Buckland. *American Bar Association Journal*, 24(12), 1015-1017.

Schmidt, C. A. (1853). *Der principielle Unterschied zwischen dem römischen und germanischen Rechte*. Stiller.

Schmitt, C. (1936a). Aufgabe und Notwendigkeit des deutschen Rechtsstandes. *Deutsches Recht*, 06(09/10), 181-185.

Schmitt, C. (1936b). Die deutsche Rechtswissenschaft im Kampf gegen den jüdischen Geist. *Deutsche Juristen-Zeitung*, 41(20), 1193-1199.

Schmitt, C. (2006). *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens* (3th ed.). Duncker & Humblot.

Schmitz-Berning, C. (2010). *Vokabular des Nationalsozialismus*. De Gruyter.

Schubert, W. (1988). *Volksgesetzbuch: Teilentwürfe, Arbeitsberichte und sonstige Materialien*. de Gruyter.

Schulz, F. (1934). *Prinzipien des römischen Rechts. Vorlesungen*. Duncker & Humblot.

Schulz, F. (1936). *Principles of Roman law* (M. Wollf, Trans.). Clarendon Press.

Senn, M. (1999). Die Verrechtlichung der Volksgesundheit im Zeichen der Hygiene- und Rassenlehren. *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Germanistische Abteilung*, 116(1), 407-435.

Senn, M. (2007). *Rechtsgeschichte: ein kulturhistorischer Grundriss* (4th ed.). Schulthess.

- Simon, D. (1989). Die deutsche Wissenschaft vom römischen Recht nach 1933. In M. Stolleis & D. Simon (Eds.), *Rechtsgeschichte im Nationalsozialismus. Beiträge zur Geschichte einer Disziplin*. Mohr.
- Steinwenter, A. (1935). Prinzipien des römischen Rechts. Von Fritz Schulz. *Historische Zeitschrift*, 152(1), 115-116.
- Stoll, H. (1934). Der erste Juristentag im 3. Reich. 4. Reichstagung des Bundes Nationalsozialistischer. *Archiv für die civilistische Praxis*, 138(3), 337-350.
- Stolleis, M. (1989). Die Rechtsgeschichte im Nationalsozialismus: Umriss eines wissenschaftlichen Themas. In M. Stolleis & D. Simon (Eds.), *Rechtsgeschichte im Nationalsozialismus. Beiträge zur Geschichte einer Disziplin* (pp. 1-10). Mohr.
- Stolleis, M. (2006). *Recht im Unrecht: Studien zur Rechtsgeschichte des Nationalsozialismus* (2nd ed.). Suhrkamp.
- Wagemann, A. (1913). *Geist des deutschen Rechts: volkswirtschaftliche Gedanken und Untersuchungen*. Fischer.
- Walther, M. (1998). Hat der juristische Positivismus die deutschen Juristen wehrlos gemacht? In Redaktion Kritische Justiz (Ed.), *Die juristische Aufarbeitung des Unrechts-Staats*. Nomos.
- Whitman, J. Q. (2003). Long Live the Hatred of Roman Law. *Rechtsgeschichte: Rg: Zeitschrift des Max-Planck-Instituts für Europäische Rechtsgeschichte*, 2003(2), 40-57.
- Willoweit, D. (1995). Freiheit in der Volksgemeinde. Geschichtliche Aspekte des Freiheitbegriffs in der deutschen rechtshistorischen und historischen Forschung des 19. und 20. Jahrhunderts. In J. Rückert & D. Willoweit (Eds.), *Die deutsche Rechtsgeschichte in der NS-Zeit: ihre Vorgeschichte und ihre Nachwirkungen* (pp. 301-322). Mohr.
- Wolf, S. (2013). *Das Jenaer Studium der Rechte im Dritten Reich: Zwischen Tradition und nationalsozialistischer Ideologie*. Peter Lang.

Data de Recebimento: 12/11/2021

Data de Aprovação: 18/04/2022

HISTÓRIA DO DIREITO

A mutabilidade do justo por natureza nas interpretações escolásticas de Aristóteles:

Tomás de Aquino, Domingo de Soto, e Francisco Suárez

The mutability of right by nature in the scholastic interpretations of Aristotle:

Thomas Aquinas, Domingo de Soto, and Francisco Suárez

Gustavo César Machado Cabral¹

Rafael Cronje Mateus²

¹ Universidade Federal do Ceará. ORCID: 0000-0001-8565-1328.

² Universidade Federal do Ceará. ORCID: 0000-0001-5040-495X.

RESUMO

Muda o direito natural? A resposta comum diria que não. O direito natural não muda, ao contrário do direito positivo, criado pelo homem. Assim declaram tanto jusnaturalistas quanto juspositivistas. Porém, um problema se impõe a todo que, buscando na fonte original a primeira referência ao “justo por natureza”, encontra a declaração de que tanto esse quanto o “justo por convenção” mudam. A afirmação de Aristóteles, na *Ética a Nicômaco*, parece contradizer o que é dito logo antes: que o “justo por natureza” tem a mesma força em todos os lugares e não depende do arbítrio humano, e que o “justo por convenção” só se torna justo uma vez que é imposto. Como resolver esse problema? Esse artigo tem a finalidade de apresentar como a Escolástica e a Escolástica Ibérica (ou neoescolástica) enfrentaram esse problema, focando especificamente na obra de Santo Tomás de Aquino (1225-1274), Domingo de Soto (1494-1560) e Francisco Suárez (1548-1617). Fará isso por uma análise comparada dos textos. Espera-se iluminar esse aspecto do pensamento jurídico antigo e medieval, compreendendo melhor como viam o direito natural ou o justo por natureza na sua relação com as mudanças na realidade.

PALAVRAS-CHAVE: Justo por Natureza; Aristóteles; Escolástica; Mutabilidade.

ABSTRACT

Does the natural rights change? The common opinion would be that they don't. Natural rights don't change, unlike positive rights created by men. Both the defenders of juridical naturalism and those of legal positivism would say so. Yet, a problem arises when, researching in the original source for the first reference to the “right by nature”, one finds the assertion that it changes, just like the “right by convention”. Aristotle's assertion on the *Nicomachean Ethics* seems to contradict what is said just before: that the “right by nature” has the same strength everywhere and doesn't depend on human will, and that the “right by convention” only becomes just when imposed. How to solve this problem? The present article has the purpose of presenting how the Scholastics and the Iberian Scholastics (or neo-scholastic) faced that problem, focusing specifically on the works of Saint Thomas Aquinas (1225-1274), Domingo de Soto (1494-1560) and Francisco Suárez (1548-1617). A comparative analysis of the texts will be done to achieve that. It hopes to illuminate this aspect of the ancient and medieval juridical thought, understanding how they saw the natural rights or the right by nature in its relationship with the everchanging reality.

KEYWORDS: Right by Nature; Aristotle; Scholastics; Mutability.

1. Introdução

Para a formação do direito Ocidental, Aristóteles deixou um legado de enorme relevância. Sua investigação sobre a filosofia das coisas humanas (*philosophia peri ta anthropolina* [EN, X, 1181b15]) (Aristotle, 1995, p. 1867) – que inclui a ética e a política –, a invenção da ciência da lógica e a estruturação da dialética, sua visão sobre o Sumo Bem e a hierarquia dos entes e das partes da alma que realizou deram parte substantiva da estrutura intelectual que criou o direito no Ocidente, já em Roma e ainda mais no Medievo.

Dentre o corpo de soluções e problemas que deixou, uma questão em particular é, ainda hoje, um eixo de discussões e uma encruzilhada pela qual filósofos e historiadores do direito precisam passar no caminho da investigação: a questão é se o “justo por natureza” é ou não variável. De outro modo, pode-se dizer: se existe ou não algo que se possa chamar de naturalmente justo.

O símbolo do “justo por natureza” (*physikon dikaion*) aparece na Ética a Nicômaco “dentro de um contexto teórico mais largo” (Voegelin, 2009, p. 177-178) pela primeira vez. Símbolo que, depois do processo de “dogmatização” da filosofia, que começou com os estoicos e ainda permanece, passou a ser chamado de “direito natural” e a ser considerado, na época moderna, como “ideia de um corpo de normas proclamando ter validade eterna e imutável” (Voegelin, 2009, p. 177).

Em Aristóteles, porém, o símbolo não tem essa conotação. Ao contrário, um problema se impõe à primeira vista: o justo por natureza é visto tanto como tendo a mesma força em todo lugar e tempo, como o fogo, quanto como um *kineton*, como algo mutável ou variável em toda parte (Voegelin, 2009, p. 178).

A melhor interpretação do texto da Ética não é objeto desse artigo. Essa discussão, que começa já na antiguidade³ inclusive, ainda é viva hoje. Passa por autores como Leo Strauss, Pierre Aubenque, Pierre Destrée, Eric Voegelin e Marco Zingano.⁴ Importa, aqui, delinear o problema, o quadro teórico de Aristóteles – dentro do qual o problema se insere – e sua difícil resolução, para, então, analisar o modo como os Escolásticos e os neoescolásticos enfrentaram a questão por uma análise comparada de seus textos.

2. O problema em Aristóteles [EN, V, 1134b18-1135a5]

Aristóteles coloca o problema da variabilidade (*kineton*) do justo por natureza (*physikon dikaion*) ao tratar da justiça política na Ética a Nicômaco:

[Nic. Eth. V, 1134b18-1135a5] Sobre a justiça política, parte é natural, parte legal – natural aquela que em todo lugar tem a mesma força e não existe por as pessoas pensarem

3 Zingano, Marco (2017). Comentários. In Aristóteles (2017). *Ethica Nicomachea V 1 - 15. Tratado da Justiça*. Tradução e Comentários de Marco Zingano. Editora Odysseus, p. 234-236.

4 Para uma visão geral sobre a discussão, cf. França, Jefferson Luiz (2015). Alguns Aspectos sobre o Direito Natural na Ética a Nicômaco de Aristóteles (En, V, 10, 1134b18-1135a5). *HYPNOS*, São Paulo, v. 35, 2º sem., 2015, p. 231-245 ; Destrée, Pierre (2000). Aristote et la Question du Droit Naturel (Eth. Nic., V, 10, 1134b18 - 1135a5). *Phronesis*, v. 45, n. 3, p. 220-239, aug. 2000; Strauss, Leo (2014). *Direito Natural e História*. Trad. Bruno Costa Simões. WMF Martins Fontes p. 188-196; Voegelin, Eric (2009). *Anamnese: Da Teoria da História e da Política*. É Realizações Editora, p. 177-218; Aristóteles (2017). *Ethica Nicomachea V 1 - 15. Tratado da Justiça*. Tradução e Comentários de Marco Zingano, Editora Odysseus, p. 234-246.

isto ou aquilo, legal aquela que é originalmente indiferente [*adiaphora*], mas que, quando foi colocada, não é indiferente, p. e., que o resgate [ou fiança] de um prisioneiro deve ser uma mina, ou que uma cabra, e não duas ovelhas, deve ser sacrificada, e, do mesmo modo, todas as leis que são postas para casos particulares, p. e. que o sacrifício deve ser feito em honra à Brasidas, bem como as provisões dos decretos.

Agora, alguns pensam que toda justiça é desse modo, pois aquilo que é por natureza é imutável e tem em todo o lugar a mesma força (assim como o fogo, que queima tanto aqui quanto na Pérsia), enquanto o que veem é a mudança nas coisas reconhecidas como justo. Isso, porém, não é verdadeiro dessa maneira, sem maiores qualificações, mas é verdadeiro em certo sentido; ou, melhor, com os deuses talvez não seja de modo algum verdadeiro, enquanto, conosco, há algo que até é justo por natureza, mas todo ele é variável [*kineton*]; mas, mesmo assim, algum é por natureza, e algum não é por natureza.

É evidente que tipo de coisas, entre as capazes de serem de outro modo, é por natureza, e que tipo não é, mas é legal e convencional, assumindo que ambas são igualmente variáveis. E, em todas as outras coisas, a mesma distinção se aplicará; por natureza a mão direita é mais forte, mesmo assim, é possível que todos os homens se tornem ambidestros. As coisas que são justas por virtude da convenção e da conveniência [ou do acordo político] são como medidas; pois as medidas do vinho e do milho não são em todo lugar iguais, mas maiores no atacado [ou venda conjunta] e menores no varejo [ou venda individual]. Do mesmo modo, as coisas que são justas não pela natureza, mas por decreto [ou decisão] humano não são as mesmas em todo lugar, uma vez que as constituições não são as mesmas, embora exista apenas uma que é em todo lugar a melhor (Aristotle, 1995, p. 1790; Aritóteles, 2017, p. 121-123).⁵

Para situar o problema, é preciso notar que o justo por natureza e o justo legal são divisões do justo político. Essa distinção é relevante, pois, no Livro V da *Ética a Nicômaco*, Aristóteles distingue a justiça enquanto virtude nos seus diversos âmbitos.

Há a **(I)** justiça universal, que é como o cumprimento das leis, que comandam atos virtuosos [EN, V, 1130b20-25] (Aristotle, 1995, p. 1784). Essa justiça é a virtude completa, e não uma parte da virtude. É a justiça como ordem da alma, de Platão [EN, V, 1129b12-1130a13] (Aristotle, 1995, p. 1782).

Há a **(II)** justiça particular, que é chamada particular por ser apenas parte da justiça e da virtude, e não a justiça e a virtude completas, lida com o *justo* em sentido estrito, não no sentido completo de cumprimento das leis. Ela se divide em duas, ambas preocupadas com parte do *justo*: **(a)** a justiça distributiva e a **(b)** justiça retificadora [EN, V, 1130a32-1131a10] (Aristotle, 1995, p. 1784-1785).

A **(a)** justiça distributiva se preocupa com a distribuição justa das honrarias, do dinheiro ou de outras coisas que devem ser distribuídas entre os que tomam parte na constituição da *pólis* [EN, V, 1130b30] (Aristotle, 1995, p. 1784), enquanto a **(b)** justiça retificadora é a que tem o papel de retificar as transações entre homens [EN, V, 1130b35-1131a10] (Aristotle, 1995, p. 1784-1785).

5 Tradução feita com base na versão inglesa do texto: Aristotle. *Nicomachean Ethics*. Trans. W. D. Ross. In: BARNES, Jonathan (ed.) (1995). *The Complete Works of Aristotle. Revised Oxford Translation. Vol. II*. Princeton University Press, p. 1790. Complementos em grego tomados da Aristotle (1894). *Ethica Nicomachea*. J. Bywater (eds.). Clarendon Press, disponível em: <<http://www.perseus.tufts.edu/hopper/collection?collection=Perseus%3Acorpus%3Aperseus%2Cwork%2CAristotle%2C%20Nicomachean%20Ethics>>. A tradução foi comparada com a brasileira feita por Marco Zingano em Aristóteles (2017). *Ethica Nicomachea V 1 - 15. Tratado da Justiça*. Tradução e Comentários de Marco Zingano, Editora Odysseus.

Explicando com maior detalhamento, Aristóteles desenvolve que a justiça distributiva (**a**) tem como característica ser, ao mesmo tempo, intermediária, igual e relativa. Com isso quer dizer que é intermediária entre certas coisas (maiores ou menores), igual por envolver duas coisas (uma igualdade), e relativa por dizer respeito a certas pessoas.

Portanto, o justo envolve quatro termos, pelo menos: as pessoas para as quais algo é justo precisam ser duas e os objetos distribuídos também precisam ser dois. A mesma igualdade que existe entre as pessoas existe entre os objetos distribuídos. Inclusive, é a desigualdade entre as pessoas e os bens que causa as querelas e reclamações, pois quando iguais recebem parcelas desiguais, ou desiguais iguais, surgem as disputas.

Além disso, o critério para essa distribuição é o mérito, mas os homens de tipos diferentes consideram o que seja mérito de modo diferente: os oligárquicos o julgam como riqueza, os democráticos como liberdade (no sentido de ausência de impedimentos externos para a ação individual) e os aristocráticos como excelência moral e intelectual.⁶

O justo, nesse caso, é pensado como uma proporção entre quatro elementos, seguindo a numerologia pitagórica, na qual o quatro representava a justiça. Tem-se que na exata proporção em que o mérito – dependendo do que se pense como mérito – da P1 (pessoa 1) está para a P2 (pessoa 2), assim devem receber os seus objetos O1 e O2.

$$\frac{P1}{P2} = \frac{O1}{O2}$$

É nessa proporção geométrica – pois nela o todo está para o todo assim como cada parte está para cada parte – que a justiça está representada. A injustiça é o que a viola. Essa é a justiça distributiva [EN, V, 1131a10-1131b24] (Aristotle, 1995, p.1785-1786).

A justiça retificadora (**b**) segue outro modelo representativo: a proporção aritmética. Ela se dá não na distribuição de bens em comum no momento da constituição da *pólis* ou de uma sociedade privada, mas nas transações voluntárias e involuntárias entre os homens.

O modelo é diferente pois o mérito das pessoas envolvidas é irrelevante nesse caso: as partes são sempre todas, pela lei, como iguais. O que importa é o caráter distintivo da injustiça cometida, ou seja, a desproporção entre os objetos, e que ela seja corrigida de algum modo.

Essa justiça retifica o dano causado ou o objeto perdido, corrigindo a injustiça por um recurso à igualdade: pretende-se que cada parte tenha no final da transação exatamente aquilo que tinha no começo, sendo tudo que quebra essa igualdade uma injustiça. O justo é o intermediário entre a posse total de um e a posse total de outro; é a posse igual.

O juiz, nesse momento, surge como a justiça animada ou encarnada, capaz de julgar qual seja, no caso específico, o intermediário entre as duas injustiças, qual seja a igualdade de bens. É seu o papel de restaurar a igualdade originária perdida no curso da transação injusta. Ele tira do que está com a maior parte o excedente, e restituiu ao outro, para que ambos tenham o mesmo antes e depois da transação [EN, V, 1131a25-1132b20] (Aristotle, 1995, p.1785-1787).

⁶ Aqui Aristóteles segue a classificação de tipos de homem e tipos de cidade que Platão desenvolve na República, particularmente nos livros VIII e IX.

Explicados os tipos de justiça particular, Aristóteles entra em um tópico antes de passar à justiça política: a reciprocidade ou a justiça na troca, dentro da qual está a graça, *charis* – tema que hoje é mais próximo da economia do que da ética ou do problema da justiça.

O primeiro problema é o do lugar da reciprocidade na justiça: é justo sem qualificação ou não? Se não cabe dentro de nenhum tipo de justo particular, pode ser, ainda assim, compatível com algum deles? É fato que, em alguns casos, estão em franca oposição.

Porém, em associações para a troca, é esse tipo de justiça que mantém os homens unidos – a reciprocidade de acordo com uma proporção – e não com base na igualdade da transação. É, inclusive, por um retorno proporcional de favores que a cidade permanece unida.

Aqui entra no tema da graça (*charis*), brevemente tratado dentro da perspectiva de que é ela que mantém a unidade do corpo social. A troca do mal pelo mal e do bem pelo bem é o que garante que os homens não sejam escravos e que existam transações de bens. Isso se confirma pelo lugar proeminente que o templo das Graças⁷ tem, pois nele que a troca de favores pelos serviços prestados é feita. “Isto é característico da graça [*charis*]: que devermos servir em retorno aquele que nos deu alguma graça, e devemos, em outro tempo, ter a iniciativa de dá-la.” [EN, V, 1133a1] (Aristotle, 1995, p.1788).

Esse retorno proporcional é garantido pela troca de bens variados uns pelos outros: a construção pelo produto do sapateiro. Sem esse retorno proporcional, não há reciprocidade. Ele, para existir, exige que os bens diferentes possam ser medidos uns em relação aos outros. Para isso é que surgiu a moeda, para facilitar a transação de bens diferentes.

É a moeda que, agindo como medida, torna os bens comensuráveis e os iguais, e não haveria associação se não houvesse troca, troca se não houvesse igualdade e igualdade se não houvesse comensurabilidade. A reciprocidade, portanto, bem como seu efeito em manter unida a *pólis*, dependem da graça, e esta dependente das relações de troca, que dependem da moeda [EN, V, 1132b20-1133b29] (Aristotle, 1995, p. 1787-1789).

Assim, conclui essa parte da investigação sobre a justiça e resume seus resultados. A ação justa é intermediária entre a ação injusta e o sofrer a injustiça; a justiça é um meio, portanto, que se relaciona com uma quantidade intermediária (de bens, honrarias etc.); e a justiça, ainda, é aquilo em virtude do que o homem justo é chamado de justo pelo que faz, distribuindo entre si e outro, ou entre terceiros, o que é de cada um, não dando nem mais nem menos. O contrário é a ação injusta e a injustiça [EN, V, 1133b30-1134a15] (Aristotle, 1995, p. 1789).

A investigação, agora, entra no problema da justiça política (*politikon dikaion*). Esse tipo de justiça é próprio dos homens que compartilham a vida tendo em vista a autossuficiência, que são livres e ou proporcionalmente ou aritmeticamente iguais, de tal modo que, entre aqueles que não preenchem essas condições, não existe justiça política, mas só em um sentido específico e por analogia.

Pois a justiça existe apenas entre homens cujas relações mútuas são governadas pela lei [nomos]; e a lei existe para os homens entre os quais há injustiça; pois a justiça legal [dike] discrimina o justo [dikaion] do injusto [adikon] [EN, V, 1134a29-33] (Aristotle, 1995, p.1790).

7 Segundo Hesíodo, filhas de Zeus e Eurynome, as graças são três: Aglaya (esplendor), Euphrosyne (alegria) e Thaleia (bom ânimo). Hesiod (2006). *Theogony. Works and Days. Testimonia*. Ed. and Trans. Glenn W. Most. Harvard University Press, p. 77 [Theogony, 907].

É na investigação sobre as partes dessa justiça política que o problema da variabilidade (*kinoymena*) do *physikon dikaion* surge, em aparente contradição com a afirmativa inicial de que o *physikon* é aquele que em todo lugar tem a mesma força (*men to pantaxoy ten auten exon dynamin*).

Uma resposta plausível para a ausência de solução do problema no trecho em questão da Ética é que não há como resolvê-lo teoricamente, apenas na prática, dada a mutabilidade do objeto da investigação [EN, II, 1103b25-30]. Aristóteles nota que a descrição dos casos particulares sempre carecerá de precisão, uma vez que eles não estão submetidos a nenhuma arte ou preceito geral, cabendo aos próprios agentes considerar o que é apropriado em cada ocasião [EN, II, 1104^a3-9].

Como o problema da variabilidade do justo por natureza depende dos casos particulares que acontecem no seio de uma sociedade, apenas dentro de cada uma é possível encontrar o que muda e o que permanece para ela. É um objeto que não permite teorização, mas exige um juízo prudencial em cada circunstância (Zingano, 2017, p. 238-239).

Dado o modo genérico de abordagem do problema [EN, I, 1098a20-1098b9], e uma vez que ele consideraria um erro buscar uma precisão maior do que a possível na ciência política [EN, I, 1194b12-30], não tentou resolver a questão, senão delineá-la. Caberia a cada homem maduro (*spoudaios*) encontrar a resposta específica para sua sociedade concreta.

Fixado o problema, podemos agora investigar como ele foi enfrentado em um período posterior, foco dessa pesquisa: o Baixo Medievo e o início da Idade Moderna, particularmente com a primeira Escolástica e a sua retomada Ibérica.

3. A Mutabilidade em Santo Tomás de Aquino

Dois textos são particularmente importantes para a análise do problema em questão no pensamento de Santo Tomás de Aquino: os Comentários à Ética a Nicômaco e a Suma Teológica. É neles que esse problema aparece e é enfrentado.

Quanto às versões, escolheu-se a referenciada edição Leonina para os Comentários à Ética a Nicômaco, conferindo-se também a tradução inglesa de C. I. Litzinger, O.P. – surpreendente precisa –; e a tradução brasileira da Suma Teológica, em edição bilingue latim-português. Quando necessário, o texto original foi seguido em detrimento da tradução, que algumas vezes parece cometer sutis anacronismos – compreensíveis, quando às questões jurídicas, para quem não investiga em história do direito.

3.1 *Sententia Libri Ethicorum*

Nos Comentários à Ética a Nicômaco (*Sententia Libri Ethicorum*⁸), Tomás se detém sobre o presente problema na secção XII, ao comentar o que seja a *iustum politicum*, tradução latina de *politikon dikaion*, o justo político.

⁸ As citações e referências foram retiradas da versão leonina: Sancti Thomæ de Aquino (1969). *Sententia Libri Ethicorum*, vol. II, libri IV-X – Indices. Opera Omnia Iussu Leonis XIII P. M. Edita. Tomus XLVII. Ad Sanctæ Sabinæ. Também foi consultada a tradução da obra para o inglês: Thomas Aquinas (1964). *Commentary on the Nicomachean Ethics*. Trans. C. I. Litzinger, O.P. Henry Regnery Company.

Primeiro, fixa que o que o Aristóteles – o Filósofo – chama de justo (*dikaion*) é o mesmo que os juristas chamam de direito (*ius*), de acordo com as Etimologias de Santo Isidoro de Sevilha, nas quais se mostra *quod ius dicitur quasi iustum*, que do direito se diz ser como o justo [*Sententia Ethic.*, lib. 5, sec. 12, 1134b18, l. 17] (Sancti Thomæ de Aquino, 1969, p. 304).

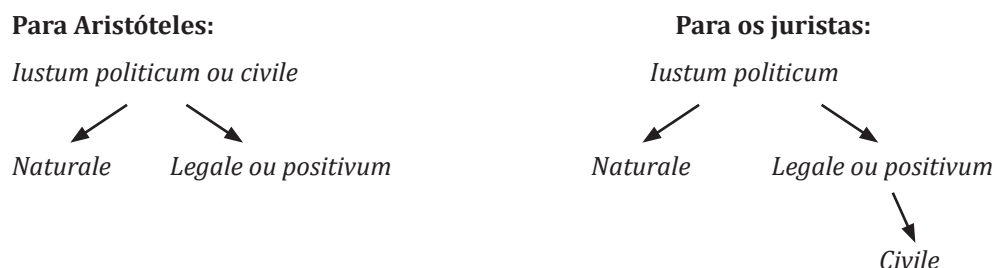
Disso decorre que o texto aristotélico não diz respeito ao problema da Lei (*lex*) tal como será tratado por Tomás na Suma Teológica, e sim ao problema do direito (*ius*) e do justo (*iustum*). Tal distinção não é irrelevante, como se verá.

Em segundo lugar, Tomás explica a separação do *iustum politicum* em *iustum naturale* (justo/direito natural) e *iustum legale* (justo/direito legal) – este último também chamado de *positivum* (positivo) pelos juristas [l. 10-15]. Ele comenta que existe uma contrariedade (*contrarietas*) entre o que diz o Filósofo e o que dizem os juristas quanto ao que seja o *iustum politicum* [l. 17-19] (Sancti Thomæ de Aquino, 1969, p. 304).

Para Aristóteles, diz Tomás, o *iustum politicum* é o *iustum civile* (justo/direito civil). Porém, a identidade entre os dois não está presente de modo explícito no texto aristotélico e que Tomás a veja nele é por ter em mente a classificação de *iustum civile* romana, de justo dos cidadãos ou membros da *civitas*, da cidade de Roma, equivalente, então, ao *politicum* aristotélico, que diz respeito exclusivamente aos membros da *pólis*.

Para os juristas, diz Tomás, não há essa identidade. Ao contrário, o *iustum civile* é parte do *iustum positivum*, o direito civil é parte do direito criado pelos homens, e não a própria justiça política. A fonte dessa contrariedade entre o Filósofo e os juristas é o uso distinto que fazem dos termos *politicum* e *civile*: aquele chama o *iustum politicum* e *civile* pelo uso (*ex uso*) que os cidadãos (*cives*) fazem dele, enquanto esses chamam de acordo com a causa (*ex causa*) que a alguma cidade (*civitas*) constituiu (*constituit*) para si. Esse *iustum* que a *civitas* constitui para si é o que o Filósofo chama de *iustum legale* ou *positivum* [l. 24-29] (Sancti Thomæ de Aquino, 1969, p. 304).

A diferença entre as duas opiniões, conclui, é na fonte na qual cada um se baseia para nomear o que sejam *iustum politicum* e *civile*: a conclusão muda se se toma por base o uso (se usado pelos *cives* é chamado de *civile*) ou a causa (se criado pela *civitas* é *civile*). É que um mesmo nome está sendo dado a duas realidades distintas. A título de comparação, tem-se o seguinte:



O *iustum civile*, para os juristas, é uma parte do *legale ou positivum*. A existência dessas duas opiniões permite que Tomás trate também das subdivisões do *politicum* sob as duas perspectivas: *ex uso* e *ex causa*. Ambas são aplicadas ao *iustum naturale*, aquele que a natureza dotou a mente (ou espírito) do homem (*quod natura menti humanae indidit*) [l. 31] (Sancti Thomæ de Aquino, 1969, p. 304). O curso da análise não seria possível se ele partisse apenas da opinião dos juristas.

Pelo modo *ex uso*, considera que o Filósofo apresenta que, de acordo com o efeito ou a virtude, o *iustum naturale* é aquele que tem, em todo lugar, a mesma força (*eandem potentiam*), ou seja, a mesma virtude (*virtudem*), de induzir ao bem (*inducendum ad bonum*) e defender do mal (*arcendum a malo*) [1134b19, l. 36-40] (Sancti Thomæ de Aquino, 1969, p. 304).

Essa manifestação idêntica (*eandem*) em todo lugar (*ubiqui*) se prova pela identidade da natureza humana, causa desse *iustum*, pois é a mesma em todo lugar, pois há apenas uma natureza humana, ao contrário do *iustum* da cidade ou do príncipe, que só se manifesta para os que fazem parte dela [l. 42-45] (Sancti Thomæ de Aquino, 1969, p. 304).

Pelo modo *ex causa*, o *iustum naturale* não consiste em ver ou não ver (*in videri vel non videri*), pois não tem origem na opinião humana, mas na natureza. Logo, mesmo se não for visto/conhecido ou positivado, ainda existe e a mente humana está dotada dele naturalmente.

Esse conhecimento natural Tomás explica do seguinte modo: nas ciências especulativas existem conhecimentos naturais (*naturaliter cognita*) e princípios indemonstráveis (*principia indemonstrabilia*), bem como aqueles que estão próximos desses (*propinqua his*), aqueles que o verdadeiro estudo dos homens descobre (*quaedam vero studio hominum adinventata*).

É o caso do conhecimento de que devemos evitar o mal (*ut malum esse vitandum*), que não se pode fazer o mal (*nulli esse iniuste nocendum*), não se deve ser ladrão *et cetera* (*non esse furandum et similia*). Outros são aqueles inventados pelo trabalho dos homens (*industriam hominum excogitata*), que se chamam justos legais (*iusta legalia*) [l. 45-57] (Sancti Thomæ de Aquino, 1969, p. 304).

O *iustum naturale*, portanto, é um desses conhecimentos naturais e tem princípios indemonstráveis, não exigindo a criação humana para existir nem para se manifestar na cidade. Ele é aquele justo ao qual a natureza humana se inclina (*quod iustum naturale est ad quod hominem natura inclinatur*) [l. 57-59] (Sancti Thomæ de Aquino, 1969, p. 305).

Nesse ponto surge um outro problema: existem no homem duas naturezas (*Attenditur autem in homine duplex natura*), aquela que ele compartilha com os animais – a que o faz, também, um animal –, e aquela que é própria sua, a natureza humana – que o faz homem e que o permite discernir o torpe do honesto [l. 59-64] (Sancti Thomæ de Aquino, 1969, p. 305).

A existência de duas naturezas se torna um problema por causa da discordância entre os juristas e o Filósofo quanto a qual dessas naturezas fundamenta o *iustum naturale*, exigindo de Tomás – que tenta harmonizar as opiniões divergentes – uma resposta.

Para os juristas, o *ius naturale* é apenas aquele que é consequência da inclinação da natureza que o homem tem em comum com os animais, como o casamento entre homem e mulher, a educação dos filhos e outras coisas semelhantes.

Aquilo que é consequência da inclinação da natureza própria do homem, por causa da qual o homem se chama um animal racional (*rationale animal*), eles chamam de direito das gentes (*ius gentium*), aquele que entre os homens é utilizado, aquele que torna vinculativos os pactos (*sicut quod pacta sint servanda*), que protege os enviados mesmo entre os exércitos (*quod legati etiam apud hostes sint tuti*) e outras coisas semelhantes.

O Filósofo, por outro lado, considera um e outro sob o nome de *iusto naturali*: tanto o que é consequência da inclinação da natureza humana compartilhada com os animais quanto o que é da natureza humana própria, a racional [l. 64-75] (Sancti Thomæ de Aquino, 1969, p. 305).

Há, portanto, uma modificação que os juristas romanos trazem para a compreensão do *iustum naturale*, que não estava presente quanto Aristóteles escreveu a *Ética a Nicômaco*. As distinções feitas por aqueles – mantidas pelos juristas medievais –, colocam empecilhos à boa compreensão do que disse Aristóteles e exigem comentários que atualizem os termos da discussão para que a obra pudesse ser compreendida no tempo de Tomás.

Atualização que não foi feita por uma transposição *ipsis litteris* do conteúdo da obra ao século XII, mas sim por uma aplicação ao seu conteúdo de categorias e distinções posteriores à obra, a fim de perceber em que divergem, em que convergem, e como podem ser harmonizadas.

Com isso Tomás mostrou, por exemplo, que Aristóteles não defendia apenas um direito natural da parte animal, mas também – e indistintamente – da parte racional do homem, integrando as proposições dos juristas e considerando-as sob o único nome de *iustum naturale*.

Depois disso, Tomás comenta o *iustum legale* [1134b20, l. 76-133] (Sancti Thomæ de Aquino, 1969, p. 305-206), sobre o qual não nos debruçaremos aqui. Importa o que se segue a esse ponto: o comentário sobre o problema da mutabilidade (*mobile*) do justo natural posto por Aristóteles.

Diz o Aquinate que um argumento utilizado para afirmar que nada pode ser considerado como justo natural (*nihil sit iustum naturale*) coloca que aquilo que é segundo a natureza é imóvel e em todo lugar tem a mesma virtude (*quod est secundum naturam est immobile et ubicumque sit habet eandem virtutem*), como o fogo que queima igualmente na Grécia e na Pérsia.

Isso, porém, não parece ser verdadeiro sobre o justo, pois se vê que tudo que é justo às vezes muda (*quia omnia iusta videntur aliquando esse mota*). Nada, dizem alguns, parece mais justo do que devolver aquilo que se tomou emprestado, mas mesmo isso muda dependendo das circunstâncias⁹. Assim, vê-se que nada seja naturalmente justo (*sic ergo videtur quod nulla sint naturaliter iusta*) [l. 134-154] (Sancti Thomæ de Aquino, 1969, p. 306).

A solução desse problema, comenta Tomás, é dada do seguinte modo: o que se diz – “o natural é imóvel” (*naturalita sint immobilia*) – não é a situação universal de todas as coisas, mas, em certo sentido, é verdadeiro. É o caso, por exemplo, da natureza das coisas divinas (*natura rerum divinarum*), das substâncias separadas e dos corpos celestes, a que os antigos chamavam de deuses.

Nos homens, porém, contados em meio a coisas corruptíveis, há algo mutável segundo a natureza ou por si (em essência) ou por acidente. Do mesmo modo que em nós ter pés é natural, e não é natural vestir uma túnica, assim também algumas coisas que estão em nós são mutáveis (*moveantur*) e outras são naturalmente justas (*naturaliter iusta*). [l. 155-168] (Sancti Thomæ de Aquino, 1969, p. 306).

Dessas conclusões surge a seguinte questão: se todas as coisas humanas são mutáveis (*mobília*), das coisas que mudam, quais são justas segundo a natureza (*iustum secundum naturam*) e quais não segundo a natureza, mas segundo a posição da lei (*secundum legis positionem*) e o acordo entre os homens (*ad placitum hominum*), se ambas mudam do mesmo modo (*similiter mobília*)?

9 O exemplo do empréstimo da arma tem tradição bimilenar na filosofia, aparecendo já na República de Platão, Livro I, 331C.

A resposta é considerada de modo duplo por Tomás: primeiro, ele mostra como o justo natural é mutável (*Primo ostendit qualiter iusta naturalia sint, mobília*), depois como as coisas justas legais são mutáveis (*Secundo qualiter iusta legalia*). O justo por natureza, conclui depois da análise, (*naturaliter iustum*) é mutável do mesmo modo que as coisas naturais (*aliis naturalis*) são mutáveis.

A isso chegou pelo seguinte raciocínio: assim como o que é natural ocorre do mesmo modo muitas vezes e falha em algumas – no exemplo de Aristóteles, repetido por Tomás, é como a mão direita, que é naturalmente mais forte, embora existam alguns homens ambidestros, sendo ambos os casos verdadeiros –, assim também com o justo por natureza, como no caso do depósito que deve ser observado na maior parte das vezes, mas em uma minoria não.

No entanto, é notado que as essências (*rationes*) das coisas mutáveis são imutáveis. Assim, aquilo que é natural para nós (*nobis naturale*), pertencendo à própria natureza humana (*hominis rationem*), não muda de modo algum – como o fato de que o homem é um animal. Mas o que é consequência da natureza (*consequuntur naturam*), como as disposições, as ações e os movimentos, são mutáveis na minoria dos casos (*mutantur ut in paucioribus*).

Igualmente, aquilo que pertence à própria natureza da justiça (*iustitiae rationem*) não muda de modo algum – como o não roubarás – pois é um ato injusto. Mas aquilo que é consequência (*quae consequuntur*) da natureza da justiça muda na minoria dos casos (*mutantur ut in minori parte*) [1134b30, l. 169-207] (Sancti Thomæ de Aquino, 1969, p. 306-307).

O comentário de Santo Tomás de Aquino é, em alguma medida, criativo. Enquanto comentário, tenta compreender o que Aristóteles escreveu sobre o problema do *physikon dikaion* e da sua variabilidade (*kineton*). A própria tradução do debate para termos latinos, porém, já exige uma reconfiguração dos termos e dos sentidos.

O *physikon dikaion* (justo por natureza) se torna o *iustum naturale* ou o *ius naturale*: ganha uma conotação mais restrita como direito natural. O que Tomás diz, portanto, no seu comentário, refere-se unicamente ao direito, não a Lei Natural – depois desenvolvida na *Summa Theologiæ*.

Esse *iustum* é um conhecimento natural do homem e é composto de princípios indemonstráveis. Ele é essencialmente o mesmo em todos os lugares porque a natureza humana é uma só, e onde quer que ela esteja, aí também estará esse conhecimento natural e indemonstrável. Sendo visto ou não pelos homens, ele está lá e informa as ações humanas.

A variabilidade do *physikon dikaion*, por sua vez, torna-se a *mutabilitas*. Se em Aristóteles o problema é obscuro, em Tomás ganha contornos mais definidos: a *mutabilitas* é limitada pela natureza humana, que não muda em sua essência; apenas aquilo que é justo por consequência da natureza humana e da justiça pode variar, e apenas na minoria dos casos.

Pode mudar, portanto, mas muito limitadamente. Nunca pode ir contra a natureza humana nem contra o conhecimento natural que se tem dele (do justo). Apenas em casos específicos, quando as circunstâncias exigirem, é possível que ele mude e se adeque.

Esse fundamento do *iustum naturale* na natureza humana não é explícito em Aristóteles. Considerando que o *physikon dikaion* é *politikon*, portanto restrito aos membros iguais da *polis*, é possível argumentar que ele não tem nenhuma fundamentação na natureza humana – ou que, pelo menos, ela não é a principal.

É possível considerar que o seu fundamento principal é a justiça distributiva, que distribui originariamente os bens de todos os tipos entre aqueles que fazem parte da constituição da

polis. É possível também que natureza, no texto da Ética, signifique a natureza de cada coisa, e não apenas a natureza humana dada como exemplo (mão direita).

Com isso não se quer ir contra a interpretação de Tomás; apenas apontar que ela não é a única, mesmo que seja sólida e apelativa para o Ocidente (especialmente se considerarmos que ela atualiza o texto para o quadro político pós-Roma e pós-Igreja). As escolhas interpretativas feitas precisam ser lembradas como escolhas, pois elas pavimentaram o caminho das interpretações futuras – como a ênfase nos direitos subjetivos, dependente da fundamentação do direito natural na natureza humana.

3.2 *Summa Theologiæ*

Na *Summa Theologiæ*, o problema do *ius naturale* é tratado principalmente na II^aII^{ae}, q. 57, mas também é relevante considerar o que é dito da Lei Natural (*Lex naturalis*) I^aII^{ae}, q. 94, e na q. 97, sobre a mudança na Lei Humana.

Há uma identidade fundamental entre o Comentário à Ética e a q. 57 da II^aII^{ae} da *Summa*: ambos tentam sintetizar e integrar o pensamento filosófico de Aristóteles, o jurídico do direito romano e o Patrístico da Igreja. A questão 57, porém, vai além tanto na investigação sobre o direito quanto na sobre a mutabilidade.

[II^aII^{ae}, q. 57, art. 1^o] Logo no primeiro artigo da questão, a complexidade do quadro teórico se revela: o direito (*ius*) é estudado como parte da investigação sobre a justiça (*iustitia*). Se, no Comentário, esse ponto foi resolvido rapidamente por um recurso às Etimologias de Isidoro, aqui a questão é aprofundada, chegando-se à conclusão de que o direito é objeto da justiça.

A isso se chega por um silogismo: se, como diz Isidoro, o direito (*ius*) é assim chamado porque é justo (*iustum*), e se o justo é o objeto da justiça, pois, como diz o Filósofo, justiça é o nome que se dá ao hábito que nos leva a praticar coisas justas, então o direito é objeto da justiça, por ser o próprio justo [II^aII^{ae} q. 57, art. 1] (Tomás de Aquino, 2013, p. 46).

Dizer que o direito é objeto da justiça significa que, enquanto virtude, ela é diferente das outras. Enquanto a temperança, a fortaleza e a prudência dizem respeito, antes de tudo, à intenção de quem age, a justiça diz respeito à retidão da ação que a justiça realiza. Por isso que essa ação é chamada, ela mesma, de justa. Para saber se certa ação seja justa, portanto, não se leva “em conta a maneira de proceder de quem age” (*etiam non considerato qualiter ab agente fiat*) (Tomás de Aquino, 2013, p. 47).

Essa objetividade (ou externalidade ou, ainda, alteridade, por dizer respeito à relação com o outro) da virtude da justiça permite que seu objeto seja determinado em si mesmo e que é chamado de justo: o direito.

Há ainda uma outra consideração importante: Tomás considera que há uma razão da obra justa na mente do homem, semelhante à razão da arte que existe na mente do artista, que ali preexiste, “que é uma certa regra da prudência” (*prudentiæ regula*). Quando escrita, essa regra se chama “lei” (*lex*). Essa *lex* que preexiste na mente humana não se confunde com o direito (*lex non est ipsum ius*), pois dele é a regra (*sed aliqualis ratio iuris*).

É o conhecimento que a natureza dotou à mente humana, os princípios indemonstráveis de que falou nos Comentários. Aqui a distinção entre Lei Natural e direito natural se revela com clareza na obra de Tomás, distinção importante para compreender os limites da mutabilidade.

Ao discutir a conveniência da distinção entre direito natural (*ius naturale*) e direito positivo (*ius positivum*), um novo aspecto aparece: a mutabilidade da natureza humana (*natura autem hominis est mutabilis*). Tomando o direito enquanto “obra ajustada a outrem, segundo certo modo de igualdade” [II^aII^{ae} q. 57, art. 2] (Tomás de Aquino, 2013, p. 48), considera que o direito natural é um dos modos de essa igualdade realizar-se.

Aqui direito natural é compreendido, em primeiro lugar, como o que diz respeito à natureza das coisas envolvidas na troca (*ex ipsa natura rei*). Em segundo lugar, porém, observa-se o aspecto imutável da natureza das coisas. A consideração do aspecto imutável faz com que, para seres de natureza imutável e na investigação sobre o que seja o justo natural, a imutabilidade seja tomada como medida da justiça.

Isso, por sua vez, leva à conclusão de que o justo natural é imutável e “há de ser necessariamente o mesmo, sempre e em toda parte” (*oportet quos sit semper et ubique tale*) (Tomás de Aquino, 2013, p. 49). É aqui que um problema aparece: se a natureza humana é mutável, o justo natural para ela é também mutável. “Por isso, o que é natural ao homem pode falhar algumas vezes” (*potest aliquando deficere*) (Tomás de Aquino, 2013, p. 49). O exemplo platônico do depósito da arma é repetido para sustentar essa tese.

Esse ajuste do direito natural (*ius naturale*), complementado em outro artigo, se dá de dois modos: primeiro, pela consideração absoluta da coisa em si mesma (*secundum absolutam sui considerationem*), ou seja, pela consideração daquilo que é natural no sentido de ser adaptado corporalmente a certa relação com outrem (que parece incluir também uma noção de fim da natureza da coisa); e, segundo, em razão das suas consequências (*secundum aliquid quod ex ipso consequitur*) [II^aII^{ae} q. 57, art. 3^o] (Tomás de Aquino, 2013, p. 50).

O exemplo dado para o segundo caso é o da propriedade das posses (*proprietas possessionum*) que não apresenta qualquer razão para pertencer mais a um indivíduo do que a outro se considerada em si mesma, mas que, se considerada sob o ângulo da oportunidade ou do ser adaptado para seu fim, parece conveniente que seja de um e não de outro (Tomás de Aquino, 2013, p. 50-51).

Esses dois modos, pode-se concluir, apontam dois modos de mutação do direito natural: o primeiro pela mudança nas naturezas que, como disse Tomás antes, acontece; e o segundo pela mudança nas circunstâncias ou oportunidades, que passam a exigir outras relações de justiça.

Nenhuma dessas mudanças, porém, parece afetar a *regula iuris* da qual a mente é dotada de modo preexistente, a *lex*. Mas isso não passa de uma aparência, pois a Lei Natural também muda. Esse ponto é explicado na q. 94, art. 5, da I seção da II parte da *Summa*.

[I^aII^{ae} q. 94, art. 5^o] Tomás explica que existem dois modos de mudança da Lei Natural (*lex naturæ*): por adição (*addatur*) ou por subtração (*subtractionis*). Por adição quando a lei divina ou a lei humana acrescentam algo à lei natural coisas que sejam uteis para a vida humana; por subtração quando algo que antes fora segundo a lei natural deixa de ser.

Esse segundo modo, porém, se restringe ao que chama de preceitos segundos (*secunda præcepta*), que são como que conclusões próximas dos primeiros princípios da lei natural. Os primeiros princípios, porém, nunca mudam – ponto que concorda com o que foi dito no Comentário à Ética a Nicômaco de que apenas as consequências da natureza da justiça mudam, nunca a natureza ou a razão da justiça (*ratio* ou *regula iuris*) (Tomás de Aquino, 2015, p. 569-570).

Há ainda um terceiro modo: quando, por ordem divina, uma certa realidade deixa de ser ilícita. Três casos são citados para exemplificar: o infligir a morte, a união com mulher fora do matrimônio ou a apropriação de coisa alheia. Claro que esse modo não está disponível para o homem, mas é curioso que mesmo neles se admita a mudança por ordem divina, como desenvolve no art. 8^a, q. 100 da I^aII^{ae} da Suma Teológica. Assim, a Lei Natural e o direito natural podem mudar dentro da visão tomista. De modo limitado, mas podem.

4. Interpretações da Interpretação: A Mutabilidade na Escolástica Ibérica

O problema da variabilidade (*kineton*) do justo por natureza (*physikon dikaion*), que em Tomás de Aquino se torna o problema da mutabilidade (*mutabilitas*) da Lei Natural e do Direito Natural (*Lex Naturalis, ius naturale*), permanece na Escolástica Ibérica ou Segunda Escolástica.

Duas figuras são centrais para a análise dessa questão: Domingo de Soto, O.P. (1494-1560) e Francisco Suárez, S.J. (1548-1617). O primeiro participou, com Francisco de Vitória, O.P., da fundação do que passou a se chamar de Escola de Salamanca; o segundo, por outro lado, já é, talvez, o último nome dessa escola.

O traço que melhor caracteriza essa escola é a tentativa de recuperar o pensamento de Tomás de Aquino. Porém, como é comum em toda retomada histórica, atualizações e modificações inevitáveis ocorreram. Ao final do movimento, as visões da justiça e do direito já traziam consigo traços de outras correntes filosóficas e teológicas.

Tomar um dos pontos de partida e o ponto final desse movimento intelectual permite analisar como o *status quæstiones* da mutabilidade mudou no século XVI e vislumbrar os passos intelectuais necessários para que a solução moderna para o problema da justiça nos casos concretos se estruturasse – o que já se vê em Suárez.

Aqui serão analisadas duas de suas muitas obras. De de Soto, a obra *De Iustitia et Iure* (1553-1554), particularmente as questões 4^a do Livro Primeiro, 3^a do Livro Segundo e 1^a do Livro Terceiro. De Suárez, a obra *Tractatus de Legibus ac Deo Legislatore* (1612), capítulos XIII a XV do Livro Segundo.

A versão escolhida da obra de de Soto foi uma das publicações da segunda edição, de 1556-1557, pois ela trouxe algumas mudanças relevantes, segundo Wim Decock (2016, p. 84-86). Dentre as versões da segunda edição disponíveis, escolheu-se uma próxima da data de lançamento que tivesse boa legibilidade.

Para a obra de Suarez, escolheu-se a edição bilingue latim-espanhol pela qualidade da tradução espanhola – que é precisa e fidedigna – e pela boa disposição e legibilidade do texto original.

4.1 Domingo de Soto, O.P. (1491-1560)

[I, q. 4, art. 4^o] Pergunta de Soto, no art. 4^o da questão 4^a do Livro Primeiro, se a lei natural (*legem naturalem*) é a mesma em todos os mortais. Para responder, recorre à distinção entre os princípios naturais (*naturalia principia*) e as suas conclusões (*conclusiones*) (Soto, 1569, p. 28).

Quanto aos princípios, a lei natural é a mesma em todos os seres mortais, não apenas quanto à verdade da retidão (*rectitudinis veritatem*), mas também quanto ao conhecimento (*cognitionem*). A identidade da lei natural se mantém tanto no agir quanto no conhecer dada a semelhança (*similia*) entre os princípios da razão prática e os especulativos, que são verdadeiros, firmes e claros à luz da razão natural.

Assim, a todos os homens, selvagens ou bárbaros, desde que em são juízo (*compos sit mentis*), é possível realizar verdades como: deve se apetecer o bem e evitar o mal (*Bonum est appetendum, ac malum vitandum*). Os princípios da lei natural são idênticos em todos os mortais (Soto, 1569, p. 28-29).

Porém, as conclusões dos princípios não têm a mesma clareza e firmeza. A retidão das conclusões sofre com impedimentos especiais e o conhecimento delas sofre com as névoas da razão (*rationis nubila*), que a cegam e que têm origem nos maus costumes. Tanto a retidão quanto o conhecimento das conclusões são deficientes (Soto, 1569, p. 29).

Se a prova de que os princípios a lei natural são idênticos em todos os mortais se fundamentou na identidade entre a razão prática (que rege a ação) e a razão especulativa (que rege o conhecimento da realidade), a prova das deficiências nas conclusões terá como base as diferenças entre as duas razões. Afinal, mesmo que partam dos mesmos princípios claros e firmes, não procedem com um raciocínio semelhante (*non tamen simili ratiotinatione discurrut*) (Soto, 1569, p. 29).

A razão especulativa, uma vez que trata do que é comum e necessário – aquilo que não pode ser de outra maneira –, alcança nas conclusões a verdade sem defeito algum, verdade que vê nos princípios. A razão prática, por outro lado, descendo dos princípios às coisas contingentes nas quais se apoiam as ações humanas, terá defeitos, tantos mais quanto mais descer aos particulares mais distantes dos princípios (Soto, 1569, p. 29).

A partir dessa distinção, fundamentada em alguns exemplos apresentados, é que de Soto afirma que, embora a retidão da verdade nas conclusões das demonstrações especulativas seja a mesma da dos princípios, nas conclusões da razão prática, sobre aquilo que se deve fazer, existem alguns defeitos (Soto, 1569, p. 29). A lei natural é a mesma para todos quanto à razão especulativa, mas quanto à razão prática não. Por isso é possível que, variando as circunstâncias, ações diferentes sejam igualmente justas.

[I, q. 4, art. 5º] Pergunta em seguida se a lei natural (*Lex naturæ*) pode ser mudada (*mutabilis*) ou abolida da mente humana (*humana mentis eradicabilis*) – questão que decorre da anterior. A resposta também é dada com base em uma distinção dos dois modos nos quais a lei natural pode mudar: por adição (*additionem*) ou por subtração (*distractioem*) (Soto, 1569, p. 30).

A mudança decorre do intervalo que há entre os princípios da lei natural e suas conclusões, conforme foi apresentado antes. Dele decorre que não há nada que impeça a lei natural de ser mutável por adição, afinal, até a lei divina foi modificada por adição (Soto, 1569, p. 30).

Porém, a lei natural não é mutável quanto aos primeiros princípios por subtração, de modo que algo que antes fora de lei natural deixe de sê-lo. As conclusões próximas, é verdade, podem mudar, mas unicamente por causa das imperfeições humanas (*humana impedimenta*) (Soto, 1569, p. 30).

Não são mudanças na lei, mas nas coisas (*Quo circa mutation hæc non tam in lege sit qua in rebus ipsis*) – dentre as quais se encontra o homem – que levam a mudanças nas conclusões próximas em casos concretos e particulares, que trazem consigo verdades contrárias à geral (*non mutatur nisi mutatis rebus ex quarum mutatione contraria nascitur veritas*) (Soto, 1569, p. 30).

É isso que explica a colocação de Aristóteles sobre a mutabilidade do direito chamado natural (*ius inquit natura*). O fogo, imutável, é símbolo dos princípios primeiros; as conclusões, de outro modo, são a parte do direito natural que pode mudar. Porém, não mudam a respeito dos deuses, que são imutáveis, e sim a respeito dos homens, que mudam (Soto, 1569, p. 30-31).

Por último, de Soto conclui que a lei natural não pode ser abolida inteiramente da mente humana quanto aos primeiros princípios e preceitos, mas pode quanto às conclusões e aos preceitos segundos – não comumente, mas raras vezes. Para saber disso bastam dois exemplos: o dos bárbaros (*barbari*) e o dos homens do Novo Mundo (*Novi Orbis*), uma vez que ambos os grupos não entendiam como pecado algumas coisas que proíbe a lei natural (Soto, 1569, p. 31).

[II, q. 3, art. 8º] O problema da compreensão do que seja ou não pecado, longe de se restringir ao direito divino – ou ao campo do “sentimento religioso”, como se diria hoje –, era matéria própria de direito natural para os filósofos católicos. Isso se torna claro e evidente no tratamento dado ao Decálogo, que, à primeira vista, parece ser puro direito divino positivo (*ius divinum positivum*) (Soto, 1569, p. 178).

Como diz de Soto, mesmo os preceitos da primeira tábua do Decálogo – que trazem comandos sobre a relação entre o homem e Deus, enquanto os da segunda entre homem e homem – pululam da natureza das coisas (*ex reru natura pullulant*). Portanto, o art. 8º da questão 3 do Livro Segundo, que trata da possibilidade de dispensa dos preceitos do Decálogo, tem pertinência direta para a questão da mutabilidade do direito natural.

O artigo reúne uma coleção de afirmações e de exemplos que sustentam a opinião de que os preceitos do Decálogo são dispensáveis em certos casos. A primeira é a de que, sendo de direito natural, é certo que são dispensáveis, pois Aristóteles já fixara que esse direito é mutável (Soto, 1569, p. 103).

Depois, utiliza São Paulo para fundamentar a dispensa das leis divinas por Deus, por Cristo e pelos prelados, e, também, um bom número de exemplos do Antigo Testamento para demonstrar que dispensas ao direito natural aconteceram na história sagrada quanto ao homicídio, à fornicção, ao furto, ao matrimônio entre irmãos e à guarda do Sábado (Soto, 1569, p. 103).

De Soto apresenta três opiniões sobre a questão, duas, como ele mesmo diz, extremas e uma média. As extremas são a de Guilherme de Ockham, que afirma a dispensa integral do Decálogo pela Vontade Divina – que poderia até ordenar ao homem o ódio a Deus –, e a de Duns Escoto, que afirma a imutabilidade e a indispensabilidade absolutas do Decálogo e de suas conclusões, estando até mesmo Deus impedido de modificá-los (Soto, 1569, p. 104-105).

A média é – sem grande surpresa – a de Tomás de Aquino, que defende, em primeiro lugar, que todos os preceitos do Decálogo, da primeira e da segunda tábuas, são absolutamente indispensáveis (*prorsus indispensabilia*). Em segundo lugar, porém, aqueles preceitos que não se encontram no Decálogo nem estão nele implícitos, mas que são de direito natural, nada impede que sejam dispensáveis (*nihil vetat quo minus sint dispensabilia*) (Soto, 1569, p. 105).

Por último, não se admite a dispensa nem dos preceitos, nem das conclusões dos preceitos, sejam elas de primeiro, segundo ou terceiro grau. Mas, aqueles preceitos que não contêm a mesma noção de justiça, e sim maneiras específicas de guardá-la, podem ser dispensados.

O motivo que fundamenta a opinião de Tomás é a permissão de dispensa de um preceito quando o seu cumprimento em determinado caso vai contra o espírito do seu legislador. Como, entretanto, não há possibilidade de o Decálogo contrariar a vontade divina, a sua dispensa é impossível.

Além disso, a intenção do legislador se dirige principalmente ao bem comum, sendo possível dispensar a aplicação de uma lei se, em determinado caso, ela se opõe a ele. Como, porém, a primeira tábua tem uma relação inata com o bem comum, que é Deus, e a segunda com o bem comum dos homens, que é que não haja qualquer injustiça e que todos respeitem o direito, e que é muito perfeito, intrinsecamente bom e contém a mesma natureza da justiça que se refere ao próprio Deus, não há possibilidade de dispensa (Soto, 1569, p. 105).

Outro fundamento é que os preceitos do Decálogo indicam ações intrinsecamente más a homens intrinsecamente racionais. Do mesmo modo que é impossível ao homem ser irracional, é impossível que se dispense a aplicação de um preceito sem alguma razão de justiça e de bondade, logo, é impossível permitir a realização de atos maus em si mesmos racionalmente.

Conclui que, por esses mesmos critérios, apenas os preceitos que não encerram a justiça e a bondade em si mesmos, mas que dispõem algum meio para que elas sejam alcançadas, podem ser dispensados em casos específicos nos quais eles não se dirijam ao bem comum (Soto, 1569, p. 105-106).

Disso parte para afirmar que, no caso Aristotélico, no qual há variabilidade da justiça natural (*iusto naturali*), não se fala do fim mesmo do homem – do bem comum –, nem da ordem da justiça (*quod non includit finem ipsum ordinemque iustitiæ*), senão de uma maneira específica de aplicá-la. Por isso ela muda e pode ser dispensada (Soto, 1569, p. 106).

Fundamenta, em seguida, que a dispensa das leis divinas por Deus não é idêntica à dispensa da lei humana pelo legislador humano, pois, enquanto aquela é justa por sua natureza intrínseca e original, essa o é apenas na medida em que estão postas. Não havendo na lei humana uma justiça inerente, ela pode ser dispensada em alguns casos sem que o bem comum se perca.

Porém, a dispensa da lei divina, que é justa em si, não pode ocorrer senão quanto a sua parte positiva – as leis cerimoniais e judiciais, no Antigo Testamento, e os sacramentos, no Novo. Quanto à parte natural, a dispensa é impossível, pois Deus não poderia ir contra a justiça, já que isso seria ir contra Si mesmo (Soto, 1569, p. 106-107).

Quanto aos exemplos do Antigo Testamento nos quais Deus ordenou que atos ordinariamente considerados injustos em si mesmos fossem realizados, de Soto responde – depois de demonstrar que uma resposta anterior, do Cardeal Caetano, cai em vício lógico de petição de princípio – com base nas duas classes de potestade que tem Deus sobre o universo (*Deus in quam duas habet potestates universum orbem*): a primeira, que Ele é Senhor por direito de toda a criação, e a segunda, que é legislador e juiz universal de todos (Soto, 1569, p. 107).

Por ser Senhor da criação, Deus pode dar a outro aquilo que é de qualquer um, mesmo contra a vontade do atual possuidor. Essa transferência, diz de Soto, não se qualifica como dispensa, pois, por exemplo, se um pai der a um amigo a roupa de um de seus filhos contra a

vontade do filho pequeno, o recebedor não se beneficia com a dispensa do furto, porque o pai é o verdadeiro senhor (*dominus*) do bem, podendo dá-lo a quem entender (Soto, 1569, p. 107).

A mesma justificativa se aplica a todos os casos de aparente homicídio, roubo, furto, fornicção etc. do Antigo Testamento. A opinião de Escoto – de que a natureza injusta dos atos permanece a mesma, mas que podem ser realizados com dispensa divina – é rejeitada, e o que se afirma é que, enquanto senhor e dono de tudo, Deus pode dar o que quiser a quem quiser quando quiser, sem que nisso haja injustiça. Não há, portanto, dispensa da lei divina na sua parte natural; há uma mudança na natureza do ato pela doação divina (Soto, 1569, p. 107-108).

Ao distinguir entre as duas potestades divinas sobre o universo – a de Senhor (*dominus*) e a de legislador e juiz (*legislator et iudex*) –, de Soto fundamenta melhor a resposta do que Tomás de Aquino, que não as distingue claramente ao enfrentar a mesma *quæstio* no art. 8^a, q. 100 da I^aII^{ae} da Suma Teológica (Tomás de Aquino, 2015, p. 659-660). A conclusão a que chegam, entretanto, é a mesma.

[III, q. 1, art. 2^o] De Soto questiona, então, se é congruente com o gênero “direito” a sua divisão em duas espécies, quais sejam, direito natural e direito positivo. Importante para o presente trabalho é o reconhecimento de que certos entes e atos podem sofrer modificações na sua natureza, o que, por sua vez, muda aquilo que é justo em cada um dos casos (Soto, 1569, p. 178).

4.2 Francisco Suárez, S.J. (1548-1617)

[II, Cap. XIII] No capítulo XIII do Livro Segundo da obra *Tractatus de Legibus ac Deo Legislatore* (1612), Suárez pergunta se os preceitos da lei natural são por si mesmos e intrinsecamente imutáveis. Uma mudança em relação ao pensamento tomista – que está longe de ser total – já se anuncia na forma da exposição. Ao invés de seguir o modelo rígido da *quæstio*, que começa pela apresentação das teses opostas sobre a pergunta, procede pela fixação de uma tese e termina pela resposta às teses apresentadas inicialmente, Suárez disserta sobre os pontos de modo mais livre e mais próximo do modo de escrita filosófica moderna – em alguns trechos mais do que em outros.

As divergências também aparecem quanto ao problema da mutabilidade. Já no início do capítulo ele desconsidera que a lei natural (*legis naturalis*) possa mudar por adição, admitindo somente a mudança por subtração ou diminuição (*ablationem seu diminutionem*). Seu argumento é que se a lei anterior permanece a mesma, apenas recebendo um acréscimo, ela não muda, mas sofre um aperfeiçoamento extensivo (*perfectio extensiva*) (Suárez, 1967, p. 150).

A mudança da lei e de sua obrigação propriamente dita acontece apenas por subtração (*ablationem*). Isso pode acontecer nas coisas (*rebus*) de duas maneiras: ou por uma diminuição intrínseca (*ab intrínseco deficientis*) ou por diminuição extrínseca (*extrinsecus*), essa última causada por um agente externo que tenha poder para tal (Suárez, 1967, p. 150).

Nas leis, essas mutações podem acontecer ou em absoluto e de modo geral em toda lei, o que se chama de ab-rogação (*abrogatio legis*), ou em um caso particular, o que se chama dispensa ou exceção particular (*dispensatio vel particularis relaxatio*) (Suárez, 1967, p. 150).

Suárez trata primeiro da mutação por diminuição intrínseca da lei natural, quando ela muda por si mesma (cap. XII), e depois da extrínseca, quando muda por um agente externo (caps. XIV e XV).

O modo particular da *quæstio* sequer é adotado. Ao invés de começar pelas objeções, Suárez fixa de início a tese que defenderá: a lei natural não pode, por si mesma, diminuir ou mudar, nem no todo – em geral – nem em parte – em casos específicos. Rejeita, portanto, a ab-rogação e a dispensa da lei natural (Suárez, 1967, p. 150-152).

Admite que a lei natural apenas pode mudar extrinsecamente por mudança na matéria das coisas (*mutationem materiæ contingit*), não por tolhimento ou diminuição (*tollatur vel minuatur*): “a lei sempre obriga, e obriga da mesma maneira: o que muda é a matéria da lei” (Suárez, 1967, p. 152).

Ele atribui aquilo que alguns chamam de mutabilidade à imprecisão da “redação das leis naturais na mente humana”. Não estando fixadas em tábuas ou papéis, e sendo formulada em palavras gerais e indeterminadas, as leis naturais são percebidas como se mudassem, quando, na realidade, um preceito como “se deve devolver o depósito” já traz em si, sobre-entendidas, as hipóteses nas quais não deve ser cumprido. Portanto, não muda, mas não se aplica a todos os casos específicos (Suárez, 1967, p. 152).

Dessa colocação surge a necessidade de explicar o que Aristóteles e, especialmente, Santo Tomás de Aquino quiseram dizer quando admitiram a possibilidade de mudança na lei natural. Explica Suárez que, nesses casos, falam de mudança impropriamente e apenas no nome, pois não é a lei natural que muda, mas a matéria (Suárez, 1967, p. 152).

A impropriedade se dá pela mesma imprecisão na formulação dos preceitos da lei natural de que falou anteriormente: sendo formulados de modo genérico, são tomados como palavras absolutas (*absoluta verba*). Porém, essa formulação expressa suficientemente o conteúdo do preceito da lei natural. Se fosse considerado em si mesmo – e não com base em sua formulação –, nenhuma exceção seria percebida (Suárez, 1967, p. 152):

Este, considerado em si mesmo, não sofre exceção alguma, porque a razão natural (*ratio ipsa naturalis*) dita o que deve ser feito de tal ou qual maneira e não de outra, ou se se dão em tais circunstâncias e não sem elas. Mas, às vezes, ao ocorrerem mudanças nas circunstâncias (*mutatis circumstantiis*), o preceito natural não apenas não obriga a fazer algo – v. g. a devolver o depósito – senão que obriga a não fazê-lo.

A lei natural, completa, distingue a mutabilidade na matéria mesma e a acomoda em seus preceitos. Uma coisa manda em uma matéria para uma situação e outra para outra, e assim se mantém sempre imutável por mais que, segundo nossa maneira de falar e em puro nome, pareça mudar (*quasi mutari videatur*) (Suárez, 1967, p. 153).

Sobre a questão da mutabilidade da lei natural no caso dos bárbaros e dos homens do novo mundo, Suárez também afirma que, conquanto alguns dos seus preceitos possam ser esquecidos, não há qualquer mudança intrínseca nela. Ele é firme na sua defesa da impossibilidade de mudança intrínseca por diminuição, seja por ab-rogação ou por dispensa (Suárez, 1967, p. 153).

[II, Cap. XIV] No Capítulo XIV, Suárez começa a investigação sobre a mudança extrínseca por diminuição, que se estenderá ao capítulo XV. Primeiramente, coloca em questão se o poder humano (*humanam potestatem*) pode mudar ou dispensar o direito natural (*ius naturale*). É preciso, como sempre, atentar que aqui já não é a mudança da lei natural (*lex naturale*) que está em questão, mas sim do direito natural. Suárez mesmo declara a importância da especificidade do objeto da questão (Suárez, 1967, p. 153-154).

Nesse capítulo, alguma estrutura da *quæstio* é utilizada. A parcialidade do uso exige alguma atenção adicional ao identificar quais as teses defendidas por Suárez e quais as atacadas. Em primeiro lugar, ele defende a tese de que nenhum poder humano (*potestate humana*) pode ab-rogar qualquer preceito natural (Suárez, 1967, p. 157).

O argumento inicia pela afirmação de que nem Deus pode dispensar algum preceito da lei natural, e muito menos poderá o homem. Quando houve alguma dispensa por autoridade divina, isso se realizou pelo uso de seu poder absoluto (*absoluta potentia*) e, mais ainda, de seu senhorio supremo (*supremo domínio*). Aos homens, ainda, tal poder não seria necessário para o bom governo, motivo pelo qual eles não o detêm.

Em segundo lugar, se esse poder tivesse sido concedido aos homens, tanto o Papa quanto o Imperador o teriam naquilo que lhes cabe, podendo dispensar dos preceitos naturais, respectivamente, nas coisas espirituais e temporais. Ao contrário, nenhum têm esse poder.

Por último, nos preceitos naturais a razão (*ratio*) é a mesma para o todo e para as partes, de modo que não é possível que sejam verdadeiros para o todo sem o serem para cada uma das partes. Afinal, cada preceito versa sobre uma verdade absoluta (*absoluta veritate*) que é necessária por sua própria natureza (*ex natura rei necessaria*). Como não podem ser ab-rogados (mudados no todo), também não podem ser dispensados (mudados em alguma parte) (Suárez, 1967, p. 157).

Como segunda tese, defende que pelos homens podem ser dispensados, algumas vezes, os preceitos de direito natural cujas obrigações dependam do consentimento da vontade humana. Isso não se daria com uma retirada direta ou precisa (*non directe ac precise auferedo*) da obrigação de lei natural, mas mediante alguma remissão por parte da matéria (*sed mediante aliqua remissione, quæ fit ex parte materiæ*).

Suárez pensa especificamente no caso da dispensa do voto, do juramento e de coisas semelhantes (*voto, iuramento, & similibus*), os quais dependem da mudança da vontade. Desse modo, não é contra a lei natural que haja mudança ou variação nessa matéria legal, pois estão sujeitas à vontade dos homens desde seu fundamento racional.

Naturalmente, portanto, um homem pode, em alguns casos, retirar uma obrigação natural (*auferre obligatione naturalem*) perdando-a (*remittendo*) ou convertendo-a (*perficiendo*) – como pela transformação ou aperfeiçoamento de um empréstimo em doação.

É desse modo, diz Suárez, que se pode entender o relaxamento do direito natural (*relaxatio iuris naturalis*), que pode ser admitido no gênero das dispensas. Porém, não é, a rigor, dispensa do direito natural, mas se chama de dispensa por se realizar por meio de uma remissão vinda de algum poder superior e de alguma jurisdição (*quia fit per remissione quandam ex potestate superiori & iurisdictionis*).

Conclui a segunda tese apontando que, nesses casos, não se trata propriamente de uma dispensa do direito, mas de uma dispensa do fato (*tamen in rigore potius est dispensatio facti, quam iuris*). Claramente, Suárez rejeita opinião de Tomás – embora afirme defendê-la – e de de Soto quanto à possibilidade de dispensa da lei e do direito natural (Suárez, 1967, p. 157-158).

Por último, como terceira tese defende que o direito humano (*ius humanum*) pode mudar a matéria do direito natural (*materia ius naturæ*) de tal maneira que, por causa dessa mudança, varie a obrigação de direito natural (*obligatio iuris naturalis*). Suárez afirma que essa modalidade de mudança não se opõe à necessidade e à imutabilidade do direito natural, sendo, inclusive,

conveniente e muitas vezes necessária, já que muitas mudanças acontecem na vida humana (Suárez, 1967, p. 158).

Para explicar como entende essa mudança, ele cita Santo Agostinho quando diz que, na medicina, existem prescrições para os enfermos e prescrições para os sãos, para os débeis e para os fortes, e isso sem que as regras da medicina mudem em si mesmas. Elas se multiplicam, e ora aplica-se uma, ora outra. O mesmo, diz Suárez, acontece com o direito natural. Não muda em si, mas muda sua matéria (Suárez, 1967, p. 158).

Depois de expor suas teses, Suárez passa a responder as opiniões que havia apresentado no início do capítulo. No curso da resposta, traça uma distinção entre o que é de direito natural positivo e o que é de negativo (*ius naturale positive et negative*). De negativo é aquilo que o direito natural não proíbe, senão que admite, mas sem positivamente comandar (*præcipiat*). Aquilo que o direito natural comanda se diz de direito natural positivo; aquilo que proíbe se diz positivamente contrário (*positive contra*) ao direito natural (Suárez, 1967, p. 158-159).

[II, Cap. XV] No capítulo XV, Suárez ainda trata da possibilidade de mudança extrínseca por diminuição, mas agora da lei natural (*lege naturale*) e por Deus, não mais pelos poderes humanos. A tese que defende é a de que Deus não pode dispensar (*dispensare*) nenhum preceito da lei natural – não propriamente (Suárez, 1967, p. 171).

Não dispensa propriamente, pois – como Suárez repetiu reiteradas vezes – o que acontece é uma mudança na matéria ou nas suas circunstâncias, sem as quais o preceito natural já não obriga por si e prescinde de qualquer dispensa. Esse pensamento ele atribui a Santo Tomás, Tomás de Vio, Ricardo de Mediavilla e outros (Suárez, 1967, p. 171).

Tomás, é verdade, nega que Deus possa dispensar os preceitos da lei natural (I^aII^{ae}, q. 100, art. 8^o), mas não com esse mesmo fundamento. De Soto também nega, mas com base na distinção entre as potestades divinas (II, q. 3, art. 8^o). Apenas Suárez – dentre os autores analisados nesse artigo – nega essa hipótese específica da dispensa da lei natural pela negação absoluta de toda dispensa, considerando que ela não existe em sentido próprio.

Conclusão

O problema da variabilidade do justo por natureza, deixado em aberto por Aristóteles, não encontrou solução definitiva – e, dado o funcionamento da filosofia, é provável que nunca encontre. A centralidade do problema para uma investigação filosófica sobre a justiça e o direito fez com que, a partir do século XII, se tornasse parte constitutiva do pensamento jurídico Ocidental.

Com o fim de iniciar uma investigação mais ampla sobre as soluções dadas ao problema em aberto, este artigo se propôs a estudar algumas das principais: a de Santo Tomás de Aquino e as de dois representantes da Escolástica Ibérica, Domingo de Soto e Francisco Suárez.

Depois de colocado o problema em termos aristotélicos – tanto quanto foi possível –, a glossa tomista foi apresentada. Certas características suas chamam a atenção, especialmente para o historiador: pressupondo que não há erro nas colocações de Aristóteles – o que seria uma hipótese plausível –, Tomás introduz distinções e categorias jurídicas do direito romano, das Escrituras e da patrística a fim de harmonizar as afirmativas contrárias – quiçá contraditórias.

O justo por natureza (*physikon dikaion*) passa a ser o direito natural (*ius naturale*); no justo político (*politikon dikaion*) vê o *iustum civile* romano; no justo por convenção (*nomikon dikaion*) vê o *iustum legale* ou *positivum*. A variabilidade (*kinoymena*) passa a ser mutabilidade (*mutabilitas*).

Isso se justifica porque o problema não é visto, primariamente, como de interpretação da obra aristotélica. A preocupação de Tomás é de entender o mesmo problema na ordem da realidade. Por isso o compromisso com os limites do texto é colocado em segundo lugar. A investigação sobre a justiça e o direito tem grau mais elevado de importância.

Ao fim, a mutabilidade do direito natural é admitida, mas dentro de certos limites. A ênfase de Tomás é no fundamento racional da mudança, e por isso só a admite se estiver de acordo com a natureza das coisas – que podem mudar – e se mantiver as mesmas razões da lei natural. Conclui que apenas aquilo que é justo por consequência da natureza humana e da justiça pode variar, e apenas na minoria dos casos. A lei natural, por sua vez, pode mudar por adição, por subtração, ou por determinação divina.

De Soto e Suárez partem do trabalho de Tomás – como ele partiu do de Santo Alberto Magno – para construir as suas obras. A identidade dos exemplos, das questões, das opiniões citadas e da ordem das matérias revela, para além de qualquer dúvida, que fazem parte de uma tradição de pensamento.

Suárez, como foi notado, já é um dos últimos representantes dessa tradição – talvez o último –, e já não a segue irrestritamente. De Soto, porém, é tomista na forma e na matéria. Pela análise torna-se claro que ambos se percebem como legítimos intérpretes de Santo Tomás de Aquino e que, mesmo discordando ou apresentando novos fundamentos para as mesmas soluções, não pensam estar inovando nem criando uma nova filosofia jurídica.

Em de Soto, a ênfase na distinção entre os tipos de razão – especulativa e prática –, os efeitos intelectuais do pecado e do vício e o papel que isso tem na explicação da mutabilidade, bem como a distinção entre as duas potestades divinas – Senhor (*Dominus*) e Legislador e Juiz (*legislator et iudex*) – são dignas de nota.

Em Suárez, chama a atenção a preocupação com os usos próprios e impróprios das categorias jurídicas, especialmente para negar a possibilidade de ab-rogação e dispensa da lei e do direito naturais. Ele restringe mais a mutabilidade do que seus predecessores – o que é curioso se a opinião comum de que, no final, ele já seria um representante do voluntarismo moderno for considerada.

A negação da dispensa em Suárez, porém, já parece acenar a escolha moderna pela positividade abrangente e extensa de todas as possibilidades jurídicas. Ao invés de deixar margem de ação para os magistrados e potestades, parece preferir uma lei que comande (sendo essa sua característica principal) a uma lei que admita mudanças, ab-rogações e dispensas, intrínseca ou extrinsecamente.

Conquanto o número de autores e o grau de detalhamento da análise seja insuficiente para formar uma imagem completa das interpretações Escolásticas do problema da variabilidade do justo por natureza de Aristóteles, este artigo serve para demonstrar que havia uma preocupação de resolver o problema, que ele tinha certa centralidade no pensamento jurídico e que as opiniões não eram perfeitamente idênticas.

Referências Bibliográficas

- Aristóteles (2017). *Ethica Nicomachea V 1 - 15. Tratado da Justiça*. Tradução e Comentários de Marco Zingano, Editora Odysseus.
- Aristotle (1894). *Ethica Nicomachea*. J. Bywater (eds.). Clarendon Press.
- . Nicomachean Ethics. Trans. W. D. Ross. In: BARNES, Jonathan (ed.) (1995). *The Complete Works of Aristotle. Revised Oxford Translation. Vol. II*. Princeton University Press.
- Decock, Wim (2016). Domingo de Soto: De iustitia et iure (1553-1554). In: S. Dauchy et al. (eds.), *The Formation and Transmission of Western Legal Culture. 150 Books that Made the Law in the Age of Printing*. Springer.
- Destrée, Pierre (2000). Aristote et la Question du Droit Naturel (Eth. Nic., V, 10, 1134b18 – 1135a5). *Phronesis*, v. 45, n. 3, p. 220-239.
- França, Jefferson Luiz (2015). Alguns Aspectos sobre o Direito Natural na Ética a Nicômaco de Aristóteles (En, V, 10, 1134b18–1135a5). *HYPNOS*, v. 35, p. 231-245.
- Hesiod (2006). *Theogony. Works and Days. Testimonia*. Ed. and Trans. Glenn W. Most. Harvard University Press.
- Sancti Thomæ de Aquino (1969). *Sententia Libri Ethicorum, vol. II, libri IV-X – Indices. Opera Omnia Iussu Leonis XIII P. M. Edita. Tomus XLVII. Ad Sanctæ Sabinæ*.
- Soto, Fratrís Dominici (1569). *De Iustitia et Iure in Libri Decem*. Excudebat Ioannes Baptista a Terranoua.
- (1922). *Tratado de la Justicia y el Derecho. Tomo Primeiro*. Editora Reus.
- (1926). *Tratado de la Justicia y el Derecho. Tomo Segundo*. Editora Reus.
- Strauss, Leo (2014). *Direito Natural e História*. Trad. Bruno Costa Simões. WMF Martins Fontes.
- Suárez, Francisco (1967). *Tratado de Las Leyes y de Dios Legislador en Diez Libros. Volumen I (Libros I y II)*. Instituto de Estudios Políticos.
- Thomas Aquinas (1964). *Commentary on the Nicomachean Ethics*. Trans. C. I. Litzinger, O.P. Henry Regnery Company.
- Tomás de Aquino (2015). *Suma Teológica I seção da II parte, questões 49-114, vol. IV*. 3ª ed. Edições Loyola.
- (2013). *Suma Teológica II seção da II parte, questões 57-122, vol. VI*. 3ª ed. Edições Loyola.
- Voegelin, Eric (2009). *Anamnese: Da Teoria da História e da Política*. É Realizações Editora.

Zingano, Marco (2017). Comentários. In Aristóteles (2017). *Ethica Nicomachea V 1 - 15. Tratado da Justiça*. Tradução e Comentários de Marco Zingano. Editora Odysseus.

Data de recebimento: 05/05/2022

Data de aprovação: 05/06/2022

La Sala del Crimen de la Real Audiencia de México:

Construcción y conflictos jurisdiccionales durante los siglos XVI y XVII

A Sala do Crime da Real Audiência do México:

Construção e conflitos jurisdicionais durante os séculos XVI e XVII

The Sala del Crimen's jurisdiction in the Real Audiencia de México:

Building and jurisdictional conflicts during the XVIth and XVIIth centuries

Oscar Hernández Santiago¹

¹ Universidad Autónoma del Estado de Hidalgo. ORCID: 0000-0002-6067-6243

RESUMEN

Este trabajo analiza el proceso de construcción de la jurisdicción de la Sala del Crimen de la Real Audiencia de México durante los siglos XVI y XVII, así como algunos de los conflictos suscitados en su interior y con otras jurisdicciones. Para ello se toman como fuente expedientes judiciales y legislación de la época.

Palabras clave: Derecho indiano; justicia criminal; Nueva España; Real Audiencia de México; Sala del Crimen.

RESUMO

Este trabalho analisa o processo de construção da jurisdição da Sala do Crime da Real Audiência do México durante os séculos XVI e XVII, assim como alguns dos conflitos suscitados em seu interior e com outras jurisdições. Para isso tomam como fonte expedientes judiciais e a legislação da época.

Palavras-chave: Derecho indiano; justiça criminal; Nova Espanha; Real Audiência do México; Sala do Crime.

ABSTRACT

This article analyzes the construction process of the Sala del Crimen's jurisdiction in the Real Audiencia de Mexico during the XVI and XVII centuries. Moreover, it studies some of its internal and external problems with other jurisdictions. It takes in consideration as sources the legal records and statute law.

Keywords: criminal justice; Derecho indiano; New Spain; Real Audiencia de Mexico; Sala del Crimen.

1. Introducción

Bartolo de Saxoferrato, uno de los juristas más célebres de la Edad Media, señalaba que la *iurisdictio* era el “poder público introducido por la necesidad de juzgar conforme a derecho y equidad” (Vallejo, 1992, p. 45). Aunque la definición mostraría diferentes alteraciones y matizaciones entre los publicistas medievales subsiguientes, ésta, en lo particular, sería la más imitada entre los autores del *ius commune*, quienes se encargarían de establecer diferentes gradaciones al término. Éstas servían para comprender al orden jurídico medieval como una entidad fragmentada, en la que existían varias autoridades yuxtapuestas que interactuaban entre sí sobre una misma base territorial o sobre diversos *stati* de las personas, a veces coincidentes y a veces disímboles, en un universo jurídico caracterizado por la pluralidad y la fragmentariedad (Grossi, 1996, pp. 59-100).

Sin embargo, no debe observarse a esta pluralidad como un aspecto pernicioso, sino que, a pesar de esta aparente colisión de jurisdicciones, al interior del sistema existían categorías perfectamente delineadas que permitían, ante el surgimiento de una controversia, una respuesta inmediata para su resolución apelando a la jerarquización.

La resolución de estos conflictos no siempre era fácil, pues cada una de estas autoridades o corporaciones disponía de un linaje diferente que le otorgaba legitimidad.² El ya mencionado Bartolo agregaría a su *Digestum Vetus* un *arbor iurisdictionum* en el que explicaba que “la jurisdicción se divide en imperio y jurisdicción. El imperio es dividido en mero y mixto” (Saxoferrato, 1570, p. 45). El *imperium* era así concebido como el máximo nivel de jurisdicción, tal y como indicaba el Digesto: “El imperio, o es mero, o es mixto. Mero imperio es tener potestad de espada para castigar a los hombres facinerosos, el cual también se llama potestad. Es mixto imperio, al cual está también aneja la jurisdicción, el que consiste en dar la posesión de bienes. La jurisdicción es también facultad de dar juez” (D.2.1.3). En consecuencia, *imperium* y *iurisdictio* podían ser entendidas como palabras con similar contenido y que reflejaban, en esencia, los límites del poder entre las diferentes y variadas jurisdicciones locales (Lee, 2016).

La jurisdicción, la capacidad de decir el derecho, era una forma inherente de manifestar el poder sobre personas, corporaciones y espacios geográficos. Por esta razón, en el siglo XVI, una de las primeras medidas por parte de la corona castellana sería la instauración de audiencias en los territorios recién descubiertos y en las que se seguiría el modelo ensayado en la península.

De este modo, las líneas siguientes servirán para realizar un recorrido histórico por la fundación de la Sala del Crimen de la Real Audiencia de México, así como analizar algunos de los conflictos suscitados en su interior y otros más que la confrontarían con diversos foros de justicia indianos.

2. La construcción de una jurisdicción

Siempre ha sido notable la anécdota sobre Enrique VI, rey normando, quien preguntó a los conocidísimos juristas Azo y Lotario, quién detentaba el *merum imperium*. La respuesta de Lota-

² Para un entendimiento de la *iurisdictio* resultan de imprescindible consulta: Costa, P. (1969). *Iurisdictio. Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale (1100-1433)*. Giuffrè Editore; y Calasso, F. (1965). *Iurisdictio nel diritto comune classico. Annali di Storia del Diritto*. 9, 89-110.

rio fue que pertenecía al soberano, mientras tanto Azo contestó que se encontraba en sus posesiones. Al final, el rey regaló a Lotario un caballo y Azo quedó con las manos vacías. Este último concluyó que, por intentar ser justo, la justicia había sido injusta con él (Pennington, 1993, p. 51).

La anécdota, cierta o no, permite valorar la forma en que los príncipes fueron obteniendo, con base en las interpretaciones y glosas de los juristas, una mayor concentración de sus facultades jurisdiccionales. El fenómeno no sería exclusivo de Castilla, sino bastante recurrente en la literatura de las diversas entidades territoriales europeas (Lee, 2016).

En consecuencia, quien se encontraba en el pináculo de este esquema era el rey, máximo representante de la judicatura castellana y quien era además su corporeización (Kantorowicz, 1997). Él poseía la facultad de impartir justicia, tal y como lo indicaban las *Partidas*: “El rey debe guardar las leyes a su hechura y a su forma porque recibe poder y razón para hacer justicia” (Partida 1, 1, 15). Fue así como en el siglo XIV, el rey comenzó a desenvolverse como *fons totius iurisdictionis* mediante la progresiva instauración de procedimientos (pesquisas y recursos) y la formación de los órganos impartidores de justicia (consejos, audiencias y corregidores) (Garriga, 2006).

Aunque las *Partidas* eran claras al indicar al rey como el encargado de impartir justicia, en la praxis el proceso de acumulación del poder regio llevaría varios siglos más de forma pausada y matizada, atendiendo siempre a las tensiones entre el rey y la pluralidad de fueros locales sobre los que se asentaba la Monarquía Católica, un conflicto entre los *iura propria* y el regalismo.

En 1371, el rey decidió fundar la primera Audiencia en Valladolid, la cual sería luego trasladada a Granada en 1505. Con anterioridad, la justicia había sido itinerante y en algunos casos no lo dejaría de ser, pero el establecimiento de un foro otorgaba mayor seguridad y certeza a los súbditos para obtener justicia. De esta manera, la audiencia, tanto en Castilla como en Indias, se consolidaría como la institución por excelencia de la jurisdicción real, aunque no fuera la única y por encima de ellas estuviera el Consejo de Indias (Heras Santos, 1996).

Sus facultades no fueron del todo claras en un primer momento, empero, a medida que se fortalecía el poder del príncipe, la Audiencia cobraba mayor significación y sus brazos se extenderían por la península, por lo que no fue extraño que la Corona hubiera apresurado su establecimiento en las Indias, en 1511, en la isla de Santo Domingo.

No obstante, no todas las audiencias indianas compartían las mismas funciones e importancia, como bien señala el profesor Antonio Dougnac (1994, p. 137), quien las ha clasificado en “virreinales, presididas por un virrey; pretoriales, presididas por un presidente-gobernador; y subordinadas, presididas por un presidente letrado”. En el caso de la Real Audiencia de México (de tipo virreinal), ésta sería instaurada mediante una Real Provisión el 29 de noviembre de 1527, mientras que sus *Ordenanzas*, semejantes a las de la audiencia de Santo Domingo, le serían otorgadas el 22 de abril de 1528. En ellas se indicaba que en caso de oscuridad de las mismas se atendería a las ordenanzas de Valladolid y Granada (Arregui, 1981).

Recuérdese también que el territorio de la Real Audiencia de México era vasto y comprendía “las provincias, que propiamente se llaman de la Nueva España, con las de Yucatán, Cozumel y Tabasco: y por la Costa de la Mar del Norte y Seno Mexicano, hasta el Cabo de la Florida: y por la Mar del Sur, desde donde acaban los términos de la Audiencia de Guatemala, hasta donde comienzan los de Galicia [...]” (Recopilación, II, 15, 3).

Las audiencias sufrirían cambios en su estructura durante los años siguientes, derivado principalmente de las ordenanzas que la Corona les otorgó. En 1530 les fueron entregadas unas

nuevas, y entre 1563 y 1590 recibirían otras más que parecen no haber tenido aplicación en la Nueva España.

En cuanto a su composición, estaba integrada por el virrey, quien fungía como su presidente, y en orden de importancia le seguían los oidores y fiscales, cuyo número variaría durante los tres siglos del virreinato. Durante los primeros años, los oidores serían los encargados de impartir justicia en materia civil y criminal, pero conforme las necesidades apremiaban se vislumbró la posible instauración de una Sala del Crimen para las audiencias de Lima y México. Así fue como en una carta de 1564, el virrey Luis de Velasco, “el viejo”, solicitó al rey el establecimiento de una Sala del Crimen con alcaldes “como los hay en Valladolid y Granada y con la misma comisión y orden que ellas tienen” (Archivo General de Indias, México, 19, N. 32, s/f).³

La petición del virrey se basaba en la excesiva carga de trabajo a la que eran sometidos los oidores. Ante la posibilidad de que el rey desestimara su reclamo, le proponía que “por la poca necesidad que hay de los oidores que residen en el Nuevo Reino de Galicia que son tres”, éstos fueran enviados como alcaldes del crimen a la Nueva España con el salario que ostentaban, mientras que para las labores de justicia de la Nueva Galicia bastaría “un caballero por gobernador que fuese hombre de bien y un letrado por alcalde mayor con que las apelaciones viniesen a esta Real Audiencia”.

Después de la visita del licenciado Jerónimo Valderrama en 1563, la Corona comprendió que los reclamos eran certeros y procedió a establecer las salas criminales en 1568 para que “los delitos fueran mejor castigados e inquiridos y puedan vivir con más quietud y sosiego”.

Respecto a su jurisdicción, quedó establecido que ésta cubriría una distancia de cinco leguas a la redonda de la sede de la Sala, e incluía el conocimiento de los litigios criminales en primera instancia, mientras que para el resto del territorio novohispano funcionaría como tribunal de alzada. Así lo expresaba una Real Cédula expedida para tal efecto (Recopilación, V, 3, 1):

[...] y que los dichos nuestros oidores de las dichas ciudades de Lima y México no traigan varas de justicia, ni hagan Audiencia de provincia, ni conozcan de los negocios criminales que solían conocer antes que hubiese los dichos alcaldes, sino que sólo se ocupen en despachar los negocios y pleitos civiles [...] y los dichos alcaldes en lo criminal, en las causas en que conocieren en primera instancia se ha de suplicar de su sentencia para ellos mismos y no ha de haber otra instancia, ni recurso y de las causas que hubiere conocido la justicia ordinaria, se ha de apelar para la sala de los alcaldes que han de conocer de la dicha causa en vista y revista [...]

Sin embargo, por otra cédula de 1571, se permitió a los alcaldes del crimen conocer asuntos fuera de esta jurisdicción “en casos graves y habiéndolo consultado con el virrey” (Recopilación, V, 3, 9).

La Sala estaba integrada en ese momento por cuatro alcaldes del crimen y así permanecería en los dos siglos siguientes. Además, la Sala necesitaba para el buen despacho de sus asuntos de diversos funcionarios subordinados: alguacil mayor, teniente, relatores, escribanos de cámara, abogados, tasadores, repartidores, receptores ordinarios, procuradores, intérpretes y portero.

3 En adelante AGI.

Las cédulas fueron nítidas en prohibir a los alcaldes entrometerse en cuestiones de gobierno, y tampoco podían aprehender al corregidor de la ciudad de México (Recopilación, V, 3, 7 y 13). Aunque también eran claras en apremiar a los alcaldes para juzgar de manera efectiva: “porque la parte especial del buen gobierno, paz y quietud de nuestros vasallos consiste en la administración de la justicia mandamos a los nuestros alcaldes del crimen [juzguen] con particular cuidado los delitos que se cometieren para castigarlos sin omisión alguna y excepción de personas ni otros respetos [...]” (Recopilación, V, 3, 8).

Sobre la cotidianidad de las actividades de la Sala, sus actividades se desarrollaban de la siguiente forma (Dougnaç, 1994, pp. 142-143):

Debían comenzar éstos en el verano a las 7 a.m. y en invierno a las 8 a.m. permaneciendo por tres horas para oír relaciones y pleitos. Si conviniera, podían quedarse una hora más para hacer audiencias y publicar sentencias, lo que necesariamente debía hacerse martes y viernes. Los lunes y jueves, a las 3 p.m. en invierno y 4 p.m. en verano, debían hacer acuerdos y si cayeren en feriados, se haría la sesión al día siguiente hábil [...] Los jueves correspondía que el presidente, oidor decano y fiscal participaran en la junta de hacienda. Dos días cada semana y los sábados (salvo que hubiera pleitos de pobres) debían verse los juicios de indios. A las sesiones de la Audiencia debían acudir por lo menos tres oidores, penándose con pérdida de su emolumento diario a los que no asistieran [...].

Si bien las leyes no lo enuncian, funcionó además una cofradía llamada “de la caridad” (AGI, México, 26, N. 83, s/f):

[...] para que diese de comer a los pobres presos de ella y a los de la cárcel de la ciudad y señalaron en ellas aposentos que sirviesen de capillas, donde cada día se dijese misa y hubiese capellanes nombrados para este efecto y aposentos de enfermerías y aposentos médicos y cirujanos y boticario que diese las medicinas que fuesen necesarias para los tales pobres presos [...].

Los alcaldes también tenían algunas prohibiciones, de las cuales la más vistosa era la relativa a que ni ellos ni sus hijos se casaren “sin particular licencia” del rey. La medida era necesaria para evitar cualquier forma de “vínculo” con los poderes fácticos novohispanos, situación que podía ocasionar una falta grave a las funciones de los alcaldes (AGI, México, 22, N. 63, s/f).

Sin embargo, a veces resultaba necesario que los hijos de los alcaldes se casaran. En estos negocios, el virrey enviaba al monarca un detallado memorial de sus virtudes, el cual servía como auxilio para que la propuesta fuera aceptada. Así sucedió en 1606 con el alcalde Antonio de Morga, quien a través de la intercesión del virrey Juan de Mendoza y Luna, marqués de Montesclaros, solicitó el permiso para esposar a sus hijos. En su ruego, el virrey evocaba a la Corona que el alcalde había “gastado muchos años fuera de su casa en las ocupaciones referidas y [...] no le conozco más hacienda en las Indias que su plaza y téngole por hombre de gran condición” (AGI, México, 26, N. 98, s/f).

Respecto a la carga de trabajo en la Sala, ésta continuaba siendo inacabable, pues en 1594 el virrey Velasco solicitaría al rey que fuera enviado otro fiscal para los negocios criminales, pues el único que tenía la audiencia no bastaba para conocer ni de los pleitos civiles ni de los criminales, y como consecuencia “los delincuentes se quedaban sin castigo o se dilataba tanto que no se aprovecha para el buen ejemplo que tan necesario es en esta República” (AGI, México, 22, N. 126, s/f.).

Diez años después, en 1604, los reclamos parecían continuar, porque el virrey Marqués de Montesclaros se lamentaba que desde “hacía veinte meses”, el licenciado Espinoza de la Plaza, fiscal de lo civil, tramitaba también los pleitos criminales, aunque la ingente labor era realizada por el fiscal “con mucha satisfacción” (AGI, México, 26, N. 7, s/f.).

3. Virreyes vs alcaldes del crimen

Como se advirtió, la composición de la Sala del Crimen varió en su número durante sus casi tres siglos de funcionamiento ininterrumpido. Al tratarse de un tribunal colegiado, podían existir conflictos entre sus miembros, ya fuera entre los alcaldes, oidores y el virrey, quienes a veces iban más allá de las cuestiones meramente jurídicas, tal y como aconteció en 1573.

En una carta del virrey Martín Enríquez, éste escribía a su majestad para desmentir otra misiva suscrita por los alcaldes del crimen, en la cual reclamaban ante la autoridad real que “los hacía venir a [su] aposento los viernes de cada semana a votar los pleitos en [su] presencia y que esto les era de gran inconveniente, para la libertad con que cada uno debe votar y administrar justicia” (AGI, México, 19, No. 108, s/f.).

Para el virrey, la aseveración era por entero falsa, pues constaba, desde los tiempos de los virreyes Antonio de Mendoza y Luis de Velasco, la falta de espacio para las reuniones, una situación que obligaba al conocimiento de los asuntos de manera conjunta en la misma pieza, es decir, en el aposento virreinal. En consecuencia, era ya una costumbre esta situación, pues los alcaldes “no tenían ellos ninguna sala particular sino en los estrados votaban sus pleitos”.

Solicitaba al rey que si a los alcaldes les parecía que votar los asuntos en su presencia significaba privarlos de su libertad entonces “le cortara la cabeza”, pues durante sus cinco años de gestión los alcaldes no habían “conocido de su voluntad en ningún negocio”. El rey quizás tendría dificultad en creerle, ya que se encontraba a dos mil leguas de distancia y “no podía conocer particularmente los hombres ni saber los caminos por donde cada uno va”.

Los alcaldes también lamentaban en su carta que el virrey deseaba ver todas sus cartas, una actitud transgresora de su libertad. A esta aseveración, el virrey contestaría que en alguna ocasión uno de los alcaldes (sin especificar quién) le había mencionado que el presidente de los oidores no era el de los alcaldes y, por ende, no podía ni debía mostrarle la correspondencia.

Por otra parte, reclamaban al virrey las indicaciones para “que no prendiesen a ningún hombre rico sin que primero [se] lo consultasen”, y retomaban como ejemplo el caso de un tal Saldívar de quien había solicitado no fuera aprehendido. El virrey respondería de nuevo que esta acusación era amañada, pues los autos del litigio estaban a su entera disposición para que de los mismos no fuera insinuada una arbitrariedad procesal.

Además, continuaban los alcaldes, el virrey se entrometía en “sacarles los presos”, pero él juraba al rey no recordar “haber hecho tal cosa”, y cuando lo realizó había sido en nombre de los oidores y alcaldes. Lo que sí evocaba el virrey era que en algunas ocasiones había mandado encarcelar “indios revoltosos [pero] mandaba a los intérpretes que los concierten y apacigüen”.

Finalmente, el virrey concluía en su misiva que “de una regla derecha quieren hacer una torcida a lo menos que lo parezca es cosa fácil. Mas de una torcida hacer una derecha téngolo por de mayor dificultad”.

Muy seguramente a raíz de este conflicto, la Corona expidió ese mismo año dos reales cédulas en las que pedía a los virreyes “dejen escribir libremente a los nuestros alcaldes del crimen las cartas que fueren para nos, y no las vean si ellos no se las quisieren mostrar” (Recopilación, V, 3, 40 y 41).

El virrey Enríquez no fue el único en tener enfrentamientos con los alcaldes, unas décadas después, en 1594, Luis de Velasco, “El joven”, también escribía a su majestad para desmentir una carta de los alcaldes y oidores en donde proferían las supuestas “irresponsabilidades” en que los hacía incurrir (AGI, México, 22, N. 127, s/f.).

Indicaba como el doctor Marcos Guerrero, alcalde del crimen, le exhibió el capítulo de una carta enviada al virrey Enríquez (es de suponer que se trataba de la misma analizada líneas atrás), en la cual el rey señalaba a la autoridad virreinal que los alcaldes del crimen no tenían ninguna obligación de mostrarle las cartas que escribiesen al soberano. El virrey no compartía el sentido de la misiva, pues suponía que se trataba de hipótesis diferentes, por lo cual les pidió que “hiciesen lo que quisiesen y si les pareciese que no firmase la suya no la firmaría”.

Don Luis de Velasco decía que los alcaldes lo culpaban de querer conocer los asuntos criminales de los soldados cuando “se hacía gente para la China”, quienes, para soportar su afirmación, traían a colación el asunto de un soldado llamado Melchor de Torres, a quien había sentenciado por haber intentado asesinar “con muchas cuchilladas” al corregidor de la ciudad de México.

La dificultad estaba en que, tratándose de asuntos relacionados con crímenes realizados por militares, el virrey debía conocerlos en primera instancia, mientras que la apelación correspondía a la Sala del Crimen. Así lo había hecho, con base en la legislación expedida desde la metrópoli, y aunque los alcaldes disentían de esta opinión, el virrey consideraba que era “muy grande ver los soldados que no gozan de tener por juez al virrey que es de lo que se quieren favorecer, sino a los alcaldes de quienes temen por cosas que han hecho o que podrían hacer”.

Igualmente, los señalamientos de los alcaldes respecto a que “metía mano en los asuntos que tocaban a los indios” eran inexactos. En su descargo, argumentaba el virrey, estaban las diversas cédulas en las cuales a él se le ordenaba conocer en primera instancia de estos asuntos, lo cual realizaba “con rectitud, limpieza y mucha brevedad”, una situación contrastante con los asuntos turnados a la Sala, en la cual había “muchos negocios y mal despachador”.

4. Alcaldes del crimen vs oidores

Uno más de los posibles conflictos que podían existir al interior de la Sala del Crimen era el referente a los alcaldes y oidores, si bien era cierto que desde 1568 se había establecido que estos últimos no podrían conocer de los asuntos de la Sala, las disputas prosiguieron (Arregui, 1981). Así lo explicaba en 1578, de nueva cuenta, el virrey Luis de Velasco. Narraba que los oidores frecuentemente hacían proveídos en contra de las sentencias y los autos de los alcaldes del crimen, de tal forma que los presos permanecían libres “para continuar sus excesos”. En consecuencia, les parecía que bastaba la presencia de los oidores en las visitas a la cárcel de corte para que fueran excusados de todo castigo (AGI, México, 22, N. 66, s/f.).

Todo lo anterior, concluía el virrey, era un menoscabo a la autoridad y jurisdicción de los alcaldes, por ende, conminaba al rey para establecer definitivamente “si las determinaciones de

revista de esta Sala vienen como fuerza de cosa juzgada para que por ninguna vía se altere por los oidores”.

En 1630, los alcaldes del crimen realizaron una nueva consulta al rey respecto a las facultades de que gozaban los oidores para realizar visitas a los presos en la cárcel de corte (AGI, México, 30, N. 26, fs 1-2). Desde su perspectiva, violaban “leyes, cédulas y ordenanzas” que “perturbaban la jurisdicción de la Sala”, lo cual generaba desencuentros entre ellos. Su principal reclamo era que los oidores habían liberado a Nicolás de Montiel, condenado en revista a trabajos en Filipinas “por haber estuprado y robado una doncella”. No sólo eso, además, los oidores habían disminuido de sobra su fianza de mil a trescientos pesos.

La resolución de esta consulta estableció que los oidores sí estaban autorizados para soltar a los presos en fiado, pero no podían cobrarla, quitarla o moderarla. Y en el caso de los presos sentenciados en revista a pena corporal, no podían ser liberados por ningún motivo.

También podían existir pugnas entre los alcaldes de corte y los alcaldes ordinarios, como un caso en el que la audiencia ordenó al escribano del crimen a que se presentara a seguir un proceso criminal, pero los alcaldes ordinarios se “agraviaron”, pues consideraban que el asunto les competía. Al final, el virrey Martín de Enríquez solicitó su presencia para calmar su enojo y los alcaldes atendieron su requerimiento dándole las gracias “por haber atajado las cosas”. Para el virrey hubiera significado “una gran culpa si yo no les atajase que se allanasen”, pues, continuaba, “para castigar un mestizo y ahorcar un ladrón un alcalde ordinario bastaba” (AGI, México, 19, N. 92, s/f.).

Otro problema que se reportaría años más tarde en 1662 ante el Consejo de Indias, y al cual haría referencia el virrey Conde de Baños, eran las faltas de los oidores y alcaldes del crimen, quienes (AGI, México, 38, N. 98, s/f.):

[...] acudiendo tarde a la Audiencia y repartiéndose tarde a las salas de ella las hacen cerrar y que cuando las mandan abrir es por muy poco tiempo y que el que las tienen abiertas y se hace relación de los pleitos con tan poca inteligencia de sus hechos, que no quedan las partes con la satisfacción que deben de que sean entendido como ellos son. Resultando de esto que no dejan a los relatores hacer relación entera mayormente sino la hacen como ha menester la parte cuyo buen despacho desean algún o alguno de ellos y que lo mismo sucede cuando llegan a hablar los abogados que las defienden a quienes no dan lugar para que informen de su derecho, atajándolos con el pretexto del buen despacho.

El virrey, continuaba en su reclamación, indicaba que quienes más sufrían estas funestas consecuencias eran los “pobres, desvalidos y miserables”, a quienes no bastaban las protestas presentadas por esta disposición. Además, la Sala del Crimen cometía la grave omisión de mandar a ejecutar las sentencias sin permitir a las partes la suplicación correspondiente, y cuando ésta era realizada por los querellantes, casi siempre era negada.

Por lo anterior, el virrey se vio en la necesidad de reunir en la sala del Real Acuerdo tanto a los oidores como a los alcaldes del crimen para reprenderlos, con base en las cédulas promulgadas por la autoridad real para advertirles que, si continuaban por el mismo camino, se procedería “a la demostración que se debe”. Así, el virrey se comprometía en lo subsiguiente a que las salas abrieran en los horarios mandados y a que los pleitos se despacharan con “la satisfacción de las partes”.

En muchos de los casos mencionados en este apartado se desconoce la resolución final por parte del rey o del Consejo de Indias, lo que sí es cierto es que la correspondencia de las autoridades virreinales permite observar las dificultades a las que se enfrentaron durante los primeros años de funcionamiento de la Sala del Crimen, pues la construcción de una nueva jurisdicción conllevaba necesariamente a la confrontación entre sus miembros por la en ocasiones poco clara o dispersa legislación.

5. Conflictos con otras jurisdicciones

El orden jurídico del Antiguo Régimen tenía como nota característica una amplia pluralidad de jurisdicciones que a veces entraban en tensiones por lo que podían existir colisiones entre ellas, como la que enfrentó a la Sala del Crimen con el corregidor de la ciudad de México, don Gerónimo de Montealegre, por el conocimiento de un crimen de homicidio en 1620 y el cual fue decidido por el virrey novohispano Diego Fernández de Córdova, marqués de Guadalcázar (AGI, México, 29, 132, s/f.).

El 13 de agosto de ese año, Antonio López fue asesinado cerca de la catedral de la ciudad. Inmediatamente después, el corregidor se apersonó en el lugar de los hechos para realizar las indagaciones correspondientes. Poco después, la Sala del Crimen, sin la apelación correspondiente por parte de alguno de los interesados, ordenó mediante un decreto que se le turnara el expediente en el estado procesal en el que estuviere, y aunque después la causa le fue devuelta al corregidor, nuevamente los alcaldes del crimen solicitaron al escribano la restitución del expediente, el cual retuvieron sin comunicarlo al virrey “como si fueren jueces han ido prosiguiendo y haciendo autos”. Por este motivo, el corregidor se sentía agraviado en su “jurisdicción” e “imperio mero y mixto” que tenía para conocer de todas las causas civiles y criminales, de las cuales la Sala sólo podría tratar los asuntos por “legítima apelación y provocación”.

El asunto fue turnado para tomar su parecer al licenciado Juan de Valderrama, fiscal de la Real Audiencia, quien determinó que no había lugar para la advocación y retención del asunto por parte de la Sala. En su escrito esgrimía las razones siguientes: “lo primero porque el corregidor previno la causa y es juez ordinario de la primera instancia y en esta no ha habido ocasión de apelación justa de auto interlocutorio para poderla retener; lo segundo no hay omisión justificada con el término después de requerido el corregidor [...] lo tercero los culpados no son tan poderosos que se pueda temer que el corregidor no sea bastante para proceder contra ellos [...]”. Así fue como el virrey, en su resolución final ordenó que el litigio pertenecía “en primera instancia al dicho corregidor y mandaba y mandó que se le entreguen todos los dichos autos con el preso”.

También acontecía que se plantearan conflictos con la jurisdicción de la Santa Inquisición. Como sabemos éste era un tribunal especialmente instaurado para dirimir controversias de la fe. En la Nueva España fue fundado en 1571, pero su competencia se circunscribía únicamente a españoles (Greenleaf, 1981).

En 1572, apenas un año después de su instauración, y cuando los límites de ambas jurisdicciones apenas comenzaban a delinearse, el virrey Martín de Enríquez narraba en una carta que en la cárcel de corte se encontraba un preso condenado a galeras, quien había sido reclamado por el inquisidor, pues consideraba que había “cierta información” sobre él para que su caso fuera tratado por el Santo Oficio (AGI, México, 19, N. 77, s/f.).

Los alcaldes habían esgrimido al virrey que tratándose del “tribunal supremo” (entiéndase Sala del Crimen) el inquisidor no debía decir “que el Papa era superior” y en consecuencia tampoco debía “entrar mandando”. Como se observa, el inquisidor había pretendido anteponer la superioridad del Papa sobre la justicia real. Por ende, el virrey solicitaba al rey que aclarase la situación para que no ocurrieran excomuniones en contra de los alcaldes.

Finalmente, podían presentarse conflictos con el consulado de la ciudad de México, sobre todo en lo referente a que los alcaldes y oidores no visitaran a sus presos en la cárcel (AGI, México, 24, N. 50, s/f.). Esta disputa había nacido por la aprehensión de un mercader por parte de los cónsules para que pagara a su acreedor. Pero en una visita de los alcaldes y oidores a la cárcel, éstos decidieron soltarlo en fiado.

Ante esta situación, los cónsules y el acreedor reclamaron al virrey por considerar que se trataba “de una jurisdicción exenta de audiencia y sin recurso alguno si no es a su juez de alzas”. En su resolución, y después de haber consultado con personas de “ciencia y conciencia”, el virrey concluyó que los alcaldes y oidores no podían visitar a los presos del prior y cónsules sin alguna provisión real, ni él tampoco podría permitir esta acción “porque el comercio pone la mayor fuerza de esta jurisdicción”.

6. Conclusiones

La Real Audiencia de México fue una de las instituciones más activas de la Nueva España. Desde su establecimiento en 1535 desempeñó un papel estratégico en funciones de gobierno y de justicia, ante la urgencia de gobernar los territorios recién conquistados desde el marco institucional castellano. Sin embargo, su labor de administración de justicia sería desbordada de manera pronta por la cantidad de negocios que eran sometidos a su competencia.

Por consiguiente, la fundación de una Sala del Crimen se hizo necesaria y para 1568 ésta se encontraba en pleno funcionamiento, con una jurisdicción de cinco leguas a la redonda de la Ciudad de México para conocer en primera instancia los crímenes que ahí se realizaban. También resolvía las apelaciones de los asuntos resueltos por ella en primera instancia, así como las de las demás alcaldías y corregidurías pertenecientes a la jurisdicción de la Real Audiencia de México.

Sin embargo, como se pudo constatar, esta Sala del Crimen no estuvo exenta de pugnas internas, e incluso, en algunas ocasiones, con otras jurisdicciones. Destacaron sobre todo los conflictos entre el virrey y los alcaldes del crimen; entre éstos y los oidores de la Real Audiencia; y las disputas con el Tribunal del Santo Oficio, el Consulado de Comercio y el corregidor de la ciudad de México.

En todas estas desavenencias es posible descubrir una innegable contienda por la *iurisdic-tio*, entendiendo ésta no sólo como la facultad para juzgar sino más allá de esto, la asunción de un poder que debía ser ejercido por un juez, representante del Rey en estas tierras. Precisamente en esta actuación descansaba su legitimidad, su *auctoritas*, ante las distintas corporaciones, estamentos y jurisdicciones que componían a la variada y dispersa Monarquía Católica.

Estos conflictos eran y son propios de todos aquellos ordenamientos jurídicos en donde necesariamente se encuentran entrelazadas diversas corporaciones e instituciones de impartición de justicia. Además, en las décadas aquí estudiadas, el fenómeno se acrecentó precisamente por la mocedad de la Sala del Crimen y a que aún no era tan nítidas las estratificaciones

jurisdiccionales, su sedimentación sólo acontecería con el transcurso de los años y a la promulgación de un mayor *corpus* normativo para dar paso a un polimorfismo jurisdiccional cada vez más mesurado.

De esta forma, se ha mostrado en las líneas anteriores un breve repaso al proceso de configuración de la Sala del Crimen, el cual sería bastante conflictivo durante sus primeras centurias, pues al final, como afirmaba Francisco de Quevedo, “no hay juez que no afirme que el entendimiento de la ley es el suyo, y con decir que se le dan, suponen que no le tiene” (1862, p.176).

7. Fuentes

Archivo General de Indias.

Arregui Zamorano, P. (1981). *La Audiencia de México según los visitantes (Siglos XVI y XVII)*. UNAM.

Calasso, F. (1965). *Iurisdictio nel diritto comune clásico*. *Annali di Storia del Diritto*, 9, 89-110.

Costa, P. (1969). *Iurisdictio. Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale (1100-1433)*. Giuffrè Editore.

Dougnac, A. (1994). *Manual de historia del derecho indiano*. UNAM.

Garriga, C. (2006). Justicia animada. Dispositivos de la justicia en la Monarquía Católica. *Cuadernos de derecho judicial*, 6, 65-67.

Greenleaf, R. E. (1981). *La Inquisición en Nueva España. Siglo XVI*. FCE.

Grossi, P. (1996). *El orden jurídico medieval*. Marcial Pons.

Heras Santos, J. L. (1996). La organización de la justicia real ordinaria de la Corona de Castilla durante la Edad Moderna. *Estudis. Revista de Historia Moderna*. 22, 105-139.

Kantorowicz, E. (1997). *The King's two bodies. A study in medieval political theology*. Princeton University Press.

Lee, D. (2016). *Popular Sovereignty in Early Modern Constitutional Thought*. Cambridge University Press.

Pennington, K. (1993). *The Prince and the Law, 1200-1600: Sovereignty and Rights in the Western Legal Tradition*. University of California Press.

Quevedo, F. (1862). *Obras en prosa. Festivas y satíricas*. Publicaciones ilustradas de la maravilla.

Sánchez Bella, I. (ed.) (1992). *Recopilación de las Leyes de Indias (1680)*. Miguel Ángel Porrúa.

Saxoferrato, B. (1570). *In primam Digesti Veteris partem*. Iuntas.

Vallejo, J. (1992). *Ruda equidad, ley consumada. Concepción de la potestad normativa (1250-1350)*. CEC.

Vallejo, J. (1992). Power Hierarchies in Medieval Juridical Thought. An essay in Reinterpretation. *Ius commune. Zeitschrift für Europäische Rechtsgechichte*, 19, 1-29.

Data de Recebimento: 04/05/2021

Data de Aprovação: 08/04/2022

HISTÓRIA DO DIREITO

Organizando a liberdade:

Justiça e política sob os governos liberais da última década do Império do Brasil (1878-1885)¹

Organizing freedom:

Justice and politics under liberal rule in the last decade of the Empire of Brazil (1878-1885)

Filipe Nicoletti Ribeiro²

1 O artigo decorre do primeiro capítulo de minha tese de doutorado, *Da monarquia parlamentar ao regime da ordem: tensões partidárias, conflitos políticos e a ascensão do militarismo na passagem do Império para a República* (1880-1891), defendida em 2021 no Programa de Pós-Graduação em História Social da Universidade de São Paulo, sob orientação da prof.^a dr.^a Monica Duarte Dantas. Agradeço à CAPES pela concessão da bolsa que viabilizou a pesquisa e elaboração da tese.

2 Universidade de São Paulo. ORCID: 0000-0002-7379-8936

RESUMO

Este artigo explora, a nível de projeto e interesses políticos, as iniciativas liberais de reorganização da justiça na fase final no Império do Brasil, lançando luz sobre as disputas partidárias em torno do tema. Tendo em vista, de um lado, a centralidade da organização da justiça à conformação das instituições imperiais e, de outro, a tendência de expansão – a nível de dimensão e atribuições – da magistratura, o Judiciário teve protagonismo na significativa liberalização institucional das décadas de 1870 e 1880, intervindo de forma crescentemente assertiva nas relações sociais e na garantia dos direitos dos cidadãos e, mesmo, dos escravizados. Em meio à expansão da esfera pública e à nacionalização do abolicionismo, que penetrou nas instituições e, particularmente, nos meios liberais, os limites impostos pela justiça ao poder privado geraram, contudo, reações virulentas, em especial no meio rural do Centro-Sul, que estiveram no cerne de uma latente insurgência conservadora contra a cada vez mais notória permeabilidade do Estado imperial a demandas de grupos tradicionalmente marginalizados, impactando decisivamente a trajetória político-institucional do país.

Palavras-chave: Brasil Império; organização da justiça; partidos políticos; escravismo.

ABSTRACT

This article, paying special attention to political interests and projects, explores the liberal initiatives of justice reform in the Brazilian Empire's final years, casting light on the party strife around the subject. Taking into account, on the one hand, the judiciary's relevance to the organization of imperial institutions, and, on the other hand, to the trend of expansion – both in size and scope – of the judicature, the judiciary played a crucial role on the institutional liberalization of the 1870s and 1880s, intervening evermore decisively in social relations and in upholding the rights of citizens and even slaves. Amidst the expansion of the public sphere and the nationalization of abolitionism, penetrating institutions and liberal sectors alike, the limits imposed by the judiciary to private power provoked virulent responses, especially in the rural South, which were at the core of a latent conservative insurgency against the permeability of the imperial state to demands of traditionally marginalized groups, with a direct impact on the country's political and institutional trajectory.

Keywords: Empire of Brazil; judiciary power; political parties; slave power.

1. Introdução

A organização do Poder Judiciário foi um elemento de controvérsia fundamental às perspectivas conflitantes quanto à organização institucional do Estado brasileiro, à separação dos poderes, à efetivação da cidadania e, assim, à conformação das identidades e disputas partidárias ao longo de todo o regime monárquico. A Carta outorgada em 1824 dispunha sinteticamente sobre a codificação das leis e organização da justiça, determinando a formulação dos códigos civil e criminal e prevendo que ao Judiciário fosse garantida independência em sua esfera de atuação, sendo composto de juízes, responsáveis pela aplicação da lei, e de jurados, responsáveis pela pronúncia sobre o “fato”.³

Segundo o texto constitucional, a nomeação dos juízes de direito (de primeira instância) caberia ao Executivo, sendo eles vitalícios e sujeitos à demissão somente por sentença. A segunda e última instância, por sua vez, seria da alçada de órgãos colegiados, as Relações, organizadas nas províncias do Império à medida em que fossem consideradas necessárias. A Carta previa, também, a criação do Supremo Tribunal de Justiça, que teria a competência de julgar as sentenças em grau de revista. Finalmente, determinava que, no cível, os processos deveriam ser precedidos pela iniciativa da conciliação entre as partes, que caberia aos juízes de paz, eleitos diretamente pelos cidadãos (Dantas, 2017, pp. 6-48).

Estabelecidos esses alicerces, restava um amplo espaço à atuação do legislador ordinário na codificação do direito material e processual e no erguimento do edifício judiciário. O embate entre o que os coevos alcunhavam de “princípio da autoridade” – que tinha mais destaque nos meios conservadores – e “princípio da liberdade” – sustentado com mais vigor nos meios liberais – subsidiou parte importante da luta política no Império, em que se digladiavam perspectivas diferentes sobre, por exemplo, as competências do poder central e das províncias e localidades, as prerrogativas das autoridades policiais e das autoridades judiciárias e a ênfase na preservação da ordem ou na garantia dos direitos civis e políticos dos cidadãos. Assim, não é de se estranhar que, nas décadas finais do Império, marcadas por acentuado crescimento demográfico, complexificação social, ampliação da esfera pública e pelo início do processo de emancipação, a controvérsia se tenha tornada ainda mais decisiva (Costa, 1966; Koerner, 1998; Graham, 2011; Dantas, 2020).

Nesses termos, a centralidade da questão judiciária à dinâmica partidária do Império, aprofundada em seus conflagrados anos finais, é o tema deste artigo. Para expor sua relevância, os projetos em disputa e os tensionamentos por ela causados, atentarei, de um lado, a uma renovada historiografia, que tem abordado de forma cada vez mais aprofundada o tema e, de outro, à documentação institucional, resgatando projetos, debates e diplomas que expõem os confrontos e compromissos possíveis em torno da questão em suas distintas dimensões.

O artigo será dividido em quatro seções, seguidas de considerações finais. Primeiramente, serão abordadas as diferenças históricas entre as perspectivas de conservadores e liberais quanto ao tema, destacando que elas não impediram que houvesse, no período final do regime, uma acentuada tendência de expansão do Judiciário e de suas atribuições em um contexto geral de ampliação do papel do Estado como mediador e regulador das relações sociais, fiador dos direitos dos cidadãos e, crescentemente, também dos escravizados. Esta mesma tendência tor-

3 A grafia das citações diretas foi atualizada conforme o acordo ortográfico vigente.

nou, por sua vez, a normatização e organização da justiça foco de disputas partidárias cada vez mais acirradas, sendo as seções centrais do artigo dedicadas a explorar as iniciativas liberais de reorganização judiciária após o retorno do partido ao poder, em 1878, passada uma década de situação conservadora, e as causas de seu insucesso. Por fim, na parte final, será abordado o entrecruzamento dessas disputas com a incandescente “questão servil”, que contribuiu para aprofundar a polarização que marcou a vida política do país na década de 1880.

2. Autoridade e liberdade

Seguindo as disposições constitucionais, as primeiras iniciativas legislativas de organização da justiça ocorreram ainda na década de 1820, com a criação dos juízes de paz e delimitação de suas atribuições e a organização do Supremo Tribunal de Justiça. Pouco depois, nos estertores do Primeiro Reinado, em 1830, foi promulgado o Código Criminal e, no início da Regência, em 1832, o Código do Processo Criminal de Primeira Instância. Assentado, como o Código do Processo, nos princípios liberais que prevaleceram na primeira metade da década de 1830, o Ato Adicional, de 1834, também tocou na questão da organização judiciária (Costa, 2013; Dantas, 2017; Dantas, 2020).

O Código do Processo determinou que as províncias fossem divididas em distritos de paz, termos e comarcas. Em cada distrito de paz, haveria um juiz de paz, tendo sob sua autoridade escrivães, inspetores de quarteirão e oficiais de justiça. Correspondendo aos municípios, os termos se comporiam de dois conselhos de jurados (júris de acusação e de sentença), juiz municipal, promotor público, escrivão e oficiais de justiça. Nas comarcas, que poderiam ser formadas por um ou mais termos, haveria pelo menos um juiz de direito vitalício.

O Código do Processo ampliou as atribuições (especialmente criminais) dos juízes de paz em relação às previstas na lei de 1827. Eles passaram a ter centralidade na formação da culpa, nos termos de bem viver e de segurança, na concessão de fiança “aos declarados culpados no Juízo de Paz” e no julgamento de contravenções às posturas municipais e de pequenos delitos. A predileção por um modelo de “justiça cidadã” também se evidenciou nas competências do júri de acusação – que deveria, após a formação da culpa, deliberar sobre a continuidade do processo – e do júri de sentença, que decidiria sobre a culpa do réu. O papel do juiz de direito (nomeado pelo governo) ficava, assim, limitado à convocação do júri e aplicação da sentença.

O Ato Adicional abriu espaço à participação da esfera provincial na organização do Poder Judiciário, determinando que competiria às assembleias provinciais (criadas pela emenda constitucional) legislar sobre “a divisão civil, judiciária e eclesiástica da respectiva Província”, cabendo a esses órgãos a criação de termos e comarcas. Ademais, o Ato determinou competir às assembleias fixar a respectiva força policial e determinar a suspensão ou demissão do magistrado condenado em processo de responsabilidade.

Durante o conturbado período da Regência, parte significativa da elite política imperial passou a enxergar nas disposições do Código do Processo e do Ato Adicional elementos de afrouxamento da autoridade do Estado e, assim, a encarar ambos os diplomas como diretamente responsáveis pela radicalização das tendências centrífugas que estiveram no âmago de muitos dos movimentos revoltosos que se espalhavam pelas diferentes regiões do país, ameaçando sua unidade. Nesse contexto, sua revisão, visando o fortalecimento do governo central, ganhou

adesões, o que deu ensejo a que o “Regresso” alcançasse maioria parlamentar no final da década de 1830.

Assim, foi promulgada, em maio de 1840, a Interpretação do Ato Adicional, que, preservando a divisão de competências entre o poder central e as assembleias provinciais, delimitou-as em favor do primeiro, explicitando não caber à esfera provincial a faculdade de criar e suprimir cargos públicos e nomear e demitir empregados estabelecidos e indicados por leis gerais. Pouco depois, em 3 de dezembro de 1841, foi sancionada a reforma do Código do Processo Criminal, alterando as competências das autoridades judiciárias e policiais e criando novos cargos sob a alçada do poder central, além de modificar a forma de escolha ou indicação dos já existentes (Dolhnikoff, 2005; Dantas, 2020).

A lei de 3 de dezembro determinou que o governo central nomearia, em cada província, um chefe de polícia, sob os quais serviriam delegados e subdelegados, também nomeados a partir do centro. Estas autoridades policiais passaram a concentrar as competências dos juízes de paz na alçada criminal, dentre as quais o auto de corpo de delito, a formação da culpa, os termos de bem viver e segurança, o julgamento de contravenções às posturas das Câmaras Municipais e dos delitos menores, previstos no § 7º do art. 12 do Código do Processo, além de “atribuições criminais e policiais” não explicitamente mencionadas. Antes indicados sobre lista tríplice formulada pelas câmaras municipais, os juízes municipais – cujas atribuições no crime foram também ampliadas em detrimento dos juízes de paz – passaram a ser de nomeação exclusiva do governo imperial, dentre os bacharéis em direito. Tendo a duração de um quadriênio, os juizados municipais se converteram em uma espécie de “noviciado” à magistratura vitalícia, dado que a reforma do Código do Processo limitou a nomeação ao cargo de juiz de direito aos que tivessem “servido com distinção os cargos de Juízes Municipais, e de órfãos, e Promotores Públicos”.

O júri de acusação foi extinto e o papel do júri de sentença, reduzido, cabendo ao juiz de direito apelar “ex-officio” quando considerasse a decisão dos jurados destoante das evidências resultantes do processo. Sua composição e forma de organização também sofreram mudanças, com a adoção de critérios de renda e alfabetização mais rígidos aos potenciais jurados e a intervenção de autoridades ligadas ao governo central na organização das listas de jurados. Trocando em miúdos, a lei de 3 de dezembro e seu regulamento – baixado em janeiro de 1842 e composto de cerca de quinhentos artigos – neutralizavam o papel das localidades no tocante à administração da justiça e aos negócios policiais, ao passo que “desapareciam com a província como instância decisória” (Dantas, 2020, pp. 112-116).

Não foi por acaso que a legislação regressista deu ensejo a violentas contestações de setores da elite política congregados no então nascente Partido Liberal, que a acusavam de inconstitucional, pegando em armas para combatê-la (Hörner, 2011). Por outro lado, não obstante inicialmente encararem essas mudanças como imprescindíveis à recuperação da autoridade do Estado, ao combate aos facciosismos locais e, portanto, à imposição da ordem nas diferentes paragens do país, o caráter draconiano de muitas de suas disposições – que, ao deixar a polícia e a magistratura sob a discricionariedade do poder central, davam aos governos meios para agir arbitrariamente – levou, nas décadas seguintes, alguns dos próprios regressistas e seus herdeiros, coligados no Partido Conservador, a consentirem na necessidade de sua revisão (Koerner, 1998, pp. 92-96).

Com vistas a atender, ao menos parcialmente, às determinações constitucionais sobre a independência do Judiciário, iniciativas de Eusébio de Queirós Coutinho Matoso Câmara, durante sua passagem pela pasta da Justiça, em 1850, ampliaram consideravelmente as garantias aos

magistrados vitalícios. Firmou-se, em primeiro lugar, o princípio da antiguidade como critério (parcial) para o acesso aos tribunais superiores, o que restringiu a influência do governo nessas cortes. Além disto, as comarcas existentes foram divididas em três “classes” ou “entrâncias” distintas, vetando-se que um juiz de direito fosse transferido a comarca de entrância inferior à que ocupasse. Ademais, foi determinado que a nomeação inicial desses magistrados seria sempre às comarcas de primeira entrância e que as remoções a comarcas de segunda ou terceira entrância ocorreriam passado um determinado número de anos no exercício do cargo. Finalmente, foi concedido aos juízes a prerrogativa de recusar remoções não solicitadas, sendo colocados, nesses casos, na condição de “avulsos”, se bem que com potenciais desvantagens para a carreira (Decreto nº 557, 26/6/1850; Decreto nº 559, 28/6/1850; Decreto nº 560, 28/6/1850; Decreto nº 562, 2/7/1850; Decreto nº 697, 26/7/1850).

Essas e outras mudanças diminuíram a influência do governo sobre os magistrados vitalícios, que também se tornaram menos suscetíveis às vicissitudes das lutas políticas nas localidades. Aos liberais, contudo, estavam longe de suficientes, sendo a plena revisão ou derrogação das “leis reacionárias” da década de 1840 crucial a seu projeto de nação. Com efeito, alguns dos elementos fundamentais das críticas liberais não foram tocados por essas medidas. Seguiram, por exemplo, as sobreposições entre as atribuições da polícia e da justiça, com evidente vantagem da primeira, além de permanecerem intocados os juízes municipais, magistrados “temporários” não previstos no texto constitucional e geralmente encarados como vulneráveis às influências políticas. Ademais, os diplomas conservadores deixavam de lado elementos caros aos adversários, em especial a restituição, aos magistrados eletivos e ao júri, das muitas competências deles retiradas e a ampliação do acesso à segunda instância, o que significava o espraçamento dos tribunais da Relação pelas diferentes regiões do país.

Outro aspecto importante da contrariedade liberal estava no fato de que as mudanças promovidas por Eusébio de Queirós se provaram vantajosas às demandas mais diretamente políticas dos conservadores, tendo em vista que a reclassificação das entrâncias das diferentes comarcas permitiu ao governo redesenhar o mapa judiciário e redistribuir a magistratura pelo território, dado relevante quando se tem em perspectiva a dinâmica das disputas partidárias do período (Koerner, 1998, pp. 87-92, 116-118).

As iniciativas liberais de reforma judiciária não foram em geral bem-sucedidas mesmo quando a agremiação gozou de direta influência nos gabinetes ministeriais, como durante o período da Conciliação, em meados da década de 1850, e da Liga Progressista (1862-1868), frágil coligação entre liberais históricos e conservadores dissidentes. Entre os empecilhos ao reformismo liberal, se destacava a maioria conservadora encastelada no Senado vitalício ao longo do Segundo Reinado. A queda da Liga Progressista, no contexto da Guerra do Paraguai, em 1868, e a ascensão de um dos mais proeminentes líderes da ala “emperrada” do Partido Conservador – o senador fluminense José Joaquim Rodrigues Torres, visconde de Itaboraí – à presidência do Conselho impuseram golpes ainda mais traumáticos às perspectivas liberais (Holanda, 1977, pp. 7-56, 105-132).

Contudo, a dissolução da Liga levou seus antigos membros, na oposição, a se rearticularem e alinhavarem uma efetiva coalizão partidária, com um programa bem definido, dando ensejo, assim, ao sistema bipartidário que prevaleceria até a queda do Império. O novo Partido Liberal, cujo programa foi elaborado por um dos principais juristas do Segundo Reinado, o senador José Tomás Nabuco de Araújo, que tinha entre as prioridades de sua atuação a reorganização da justiça, possuía caráter acentuadamente reformista.

A nível institucional, o fio condutor das reformas propostas – a começar pela reforma eleitoral até a ampla reorganização judiciária – era a efetivação da independência entre os poderes. Ela se traduzia, em primeiro lugar, na neutralização do Poder Moderador (“o rei reina e não governa”) a partir da responsabilização dos ministros (ante o parlamento) pelos seus atos, o que seria complementado pela desconcentração de competências no Executivo, em favor do Legislativo e do Judiciário, e pela descentralização de prerrogativas do governo central em favor das províncias e das localidades, restaurando-se as disposições originais do Ato Adicional, complementadas pelo protagonismo de autoridades localmente eleitas. Nesses termos, cercear a atuação dos agentes diretos do governo na Corte e nas províncias, dando especial atenção às competências discricionárias das autoridades policiais, estava no cerne das expectativas liberais (Melo, 1979, pp. 41-60).

Se essas perspectivas pareciam inalcançáveis durante o ministério Itaboraí, a cisão no Partido Conservador gerada pela pressão da Coroa quanto à necessidade de se engendrar o processo de emancipação dos escravos, uma vez terminada a guerra, deu aos liberais – que mantinham suas posições no Senado – maior poder de barganha. A queda de Itaboraí, em 1870, levou ao governo a ala moderada do Partido Conservador, que reconhecia que a própria razão de Estado tornava imprescindíveis medidas destinadas a gradualmente extinguir a escravidão, tendo em vista que o Brasil era então o único país do hemisfério ocidental a não prever um ponto final – mesmo que remoto – ao cativeiro.

Uma cruenta guerra parlamentar eclodiu na Câmara dos Deputados durante a discussão do projeto de reforma do “elemento servil”, no decorrer do ano de 1871. Presidindo o gabinete ministerial, o senador José Maria da Silva Paranhos, visconde do Rio Branco, e seu lugar-tenente e ministro do Interior, João Alfredo Correia de Oliveira, enfrentaram a dissidência liderada pelo “emperrado” deputado fluminense Paulino José Soares de Sousa, sobrinho de Itaboraí e filho e homônimo do visconde do Uruguai, principal idealizador, como ministro da Justiça, da lei de 3 de dezembro e de seu regulamento (Needell, 2006, pp. 272-313).

Se, na casa temporária, onde havia unanimidade conservadora, a aprovação do projeto se provou custosa, era de se esperar que, no Senado, a resistência dos dissidentes não fosse menos aguerrida. Esta perspectiva deve ter levado Rio Branco à constatação de que, sem o concurso dos liberais, o projeto estaria fadado ao fracasso na câmara vitalícia. Tal diagnóstico pode ter estado entre as razões pressurosas que levaram o gabinete a lançar mão de um projeto de reforma judiciária que atendia a algumas das bandeiras históricas dos liberais, de fato convertido em lei em 20 de setembro de 1871, uma semana antes do projeto emancipacionista (Lei nº 2033, 20/9/1871).

Para além da barganha com a oposição liberal, a outra razão para a convergência entre a questões servil e judiciária (que, como veremos, se cruzariam novamente anos depois) pode ser encontrada nas próprias disposições da chamada Lei do Ventre Livre. A determinação de que todos os nascidos de mães escravizadas seriam doravante livres era acompanhada de mecanismos destinados a comprometer o Estado imperial com o processo gradual de emancipação, ampliando de forma inaudita sua esfera de atuação nessa seara. Foi criado o fundo de emancipação, destinado à libertação indenizada dos escravizados, sendo a eles assegurada também a prerrogativa de acumular pecúlio e, assim, adquirir sua própria alforria, um processo que frequentemente geraria disputas com os proprietários, mediadas pela justiça. Com efeito, o papel do Poder Judiciário como fiador dos direitos dos escravos e árbitro das relações antes privadas entre senhores e cativos era central e ainda mais acentuado pela brecha aberta na lei à

multiplicação das ações de liberdade, que podiam ser baseadas, por exemplo, em denúncias de maus tratos (Lei nº 2.040, 28/9/1871).

Quando combinadas, as disposições da Lei do Ventre Livre, para cujo cumprimento a ampliação do acesso à justiça (em especial no meio rural) era uma necessidade, e da reforma de 20 de setembro, que estendeu as competências dos magistrados em detrimento da polícia, deram ensejo ao rápido espraiamento do Poder Judiciário pelo território nacional (Koerner, 1998, pp. 122-124). Esta última lei – que consistia, segundo os coevos, em uma tentativa de compromisso entre o “pensamento da liberdade”, sustentado pelos liberais, e o “princípio da autoridade”, caro aos conservadores – criava duas categorias de comarcas, as gerais, às quais continuavam a se aplicar as regras então vigentes, e as especiais, que seriam as sedes das Relações e outras suficientemente próximas a elas para se ir e voltar em um só dia, contanto que contassem um único termo. Nas comarcas especiais, a primeira instância passaria a ser exercida exclusivamente pelos juízes de direito, abolindo-se os juízes municipais, cujas atribuições, somente em casos de impedimento dos magistrados vitalícios, seriam transferidas a “juízes substitutos”, nomeados dentre os doutores e bacharéis em direito com experiência no foro.

Central à lei era a separação entre justiça e polícia. Os cargos de juízes municipais (nas comarcas gerais) e substitutos dos juízes de direito (nas especiais) passavam a ser incompatíveis com quaisquer empregos policiais. Das autoridades policiais, por sua vez, eram retiradas todas as competências tangentes ao julgamento de crimes e infrações, passando à alçada dos juízes de direito, nas comarcas especiais, e dos juízes municipais, nas comarcas gerais, a pronúncia dos culpados nos crimes comuns, o julgamento dos delitos de baixo potencial ofensivo previstos no mencionado § 7º do art. 12 do Código do Processo, bem como das infrações dos termos de segurança e bem viver. A polícia mantinha as competências ligadas ao “preparo do processo” dos delitos menores, mas somente até a sentença. No tocante aos crimes em geral, era criado o “inquérito policial”, em que ficavam demarcadas as funções das autoridades policiais na investigação, inquirição de testemunhas e formação dos autos de corpo de delito, sendo seus resultados remetidos aos juízes e aos promotores públicos, cujo papel, como membros de um embrionário ministério público, era ampliado, sendo possível, por exemplo, que os promotores interviessem em processos nos quais coubesse “ação pública, embora promovidos por acusação particular”.

Os juízes de paz foram, de um lado, fortalecidos – sendo de sua competência o julgamento das infrações das posturas municipais (com apelação para os juízes de direito) e a concessão da fiança provisória, decidida em definitivo pelo magistrado togado –, mas, de outro lado, perderam a função antes acumulada com as autoridades policiais de julgar as infrações dos termos de segurança e bem viver, que passou à alçada dos juízes de direito e juízes municipais, nas comarcas especiais e gerais, respectivamente.

Tocando mais diretamente nas garantias aos cidadãos e ao direito de defesa, o acesso à fiança e ao habeas corpus foi encorpado. Nesta seara, a lei seguia tendência iniciada no período da Liga Progressista, quando o Executivo baixara avisos instando as autoridades policiais a respeitarem os preceitos legais quanto às prisões, prevenindo abusos contra a liberdade individual, que ocorriam em prisões preventivas fora dos casos previstos na lei e na demora para a formação da culpa e concessão de fiança. As disposições do diploma de 1871, por sua vez, circunscreveram a discricionariedade da atividade policial nas prisões preventivas, impondo a exigência de mandado para a prisão de acusados por crimes cometidos mais de um ano antes ou em localidade distinta daquela onde se encontrava o suspeito. Ademais, instaram os tribunais a conceder

habeas corpus “a réus presos indiciados em crime inafiançável, fora do flagrante delito, isto é, em casos em que a prisão não tinha respeitado as restrições da lei” (Koerner, 1999, pp. 75-76).

A dilatação das competências do Judiciário deu ensejo a que as assembleias provinciais passassem a criar comarcas de forma mais acelerada do que nos anos anteriores, tendo seu número dobrado entre a década de 1870 e a primeira metade do decênio seguinte (ACD. 27/7/1883).⁴ No tocante à segunda instância, fenômeno similar ocorreu, tendo sido promulgados, ainda sob Rio Branco, diplomas reorganizando e ampliando o número de Relações.

Em lei de 1873, previu-se a criação de outros sete destes tribunais, redesenhando as circunscrições dos que já se encontravam em funcionamento. Às Relações sediadas na Corte (cuja jurisdição a lei limitava ao Município Neutro, Rio de Janeiro e Espírito Santo), Salvador (Bahia e Sergipe), Recife (Pernambuco, Paraíba e Alagoas) e São Luís (Maranhão e Piauí), se somariam os tribunais de Belém (Pará e Amazonas), Fortaleza (Ceará e Rio Grande do Norte), Goiás (Goiás), Cuiabá (Mato Grosso), Ouro Preto (Minas Gerais), São Paulo (São Paulo e Paraná) e Porto Alegre (Rio Grande do Sul e Santa Catarina). O número de desembargadores em cada um desses tribunais seria ampliado, bem como, conforme o regulamento da lei, expedido em 1874, suas competências. O regulamento também criou o cargo de Procurador da Coroa, Soberania e Fazenda Nacional, “órgão do ministério público perante a Relação”, cujo titular seria “livremente nomeado” dentre seus desembargadores (Lei nº 2.342, 6/8/1873; Decreto nº 5.618, 2/5/1874). Apesar das efetivas dificuldades logísticas e orçamentárias para a imediata aplicação dos diplomas, suas determinações seriam gradualmente implementadas nas décadas de 1870 e 1880.

A iniciativa de conciliar “autoridade” e “liberdade” alcançou, portanto, em 1871, um compromisso que seria crucial à tendência de expansão – a nível de dimensão e atribuições – do Poder Judiciário, que só se confirmaria nos anos seguintes. A lei de 20 de setembro foi também um golpe importante no legado da reforma do Código do Processo, desarmando a polícia – e, portanto, o Poder Executivo – de suas atribuições mais discricionárias. Contudo, o meio termo – especialmente no que dizia respeito à criação do pouco transparente inquérito policial, à manutenção de juízes “temporários” nas comarcas gerais e ao papel ainda tímido dos magistrados eletivos – esteve longe de contemplar a totalidade das expectativas dos liberais, que, não deixando de reconhecer os avanços que promovia, alcunhariam a reforma judiciária de “manta de retalhos”, na qual se tentava costurar princípios antagônicos (ACD. 28/8/1883). Aos “emperrados”, por sua vez, ela causou profunda contrariedade, sendo logo acusada de gerar um afrouxamento excessivo da autoridade pública, abrindo espaço à impunidade e à desordem. Arrefecida nos anos imediatamente seguintes, essa controvérsia retornaria ao centro das disputas partidárias a partir da ascensão liberal ao poder, no ano de 1878.

3. Freios e contrapesos

O primeiro ministério liberal a chegar ao poder após a refundação da agremiação era chefiado pelo senador alagoano João Lins Vieira Cansação de Sinimbu, um antigo conservador que passara às fileiras da Liga Progressista e, posteriormente, do Partido Liberal. A indicação

⁴ É importante enfatizar que a criação de uma comarca pela assembleia provincial precisava, para ser efetivada, que o governo central nomeasse o juiz de direito, promotor público e empregados em geral, o que por vezes levava anos.

de Sinimbu à presidência do Conselho causou alguma surpresa, tendo em vista que, apesar de liderança antiga e dispondo de bom trânsito no parlamento, sua influência política não era preeminente. Contudo, o senador era um vocal defensor da eleição direta, bandeira hasteada pelos liberais no final da década de 1860 e que ia ganhando adeptos também no Partido Conservador. Além disso, ao nomeá-lo, o imperador, pessoalmente contrário à eleição direta, provavelmente esperava um chefe de gabinete mais dócil a seus desígnios – que envolviam a convocação de uma Constituinte destinada a reformar os artigos da Carta referentes ao sistema eleitoral indireto, ao passo que a maioria da elite política preferia a via legislativa ordinária – e menos comprometido com a amplitude reformista do programa liberal (que envolvia a própria circunscrição das atribuições do Poder Moderador) do que, por exemplo, Nabuco de Araújo (Holanda, 1977, pp. 183-186).

Com efeito, na Fala do Trono de 1878, em que se delineou o programa de Sinimbu, ficou evidente – para o desgosto de muitos de seus correligionários, alguns dos quais logo o abandonaram –, que o cerne de seu governo seria a reforma eleitoral, não havendo menção a pontos decisivos do programa de 1869 e outros que iam ganhando adesão nos meios liberais, dentre os quais medidas destinadas a apressar o vagaroso processo de emancipação iniciado pela Lei do Ventre Livre, como a ampliação do fundo de emancipação e a proibição do tráfico interno de escravos (ACD. 15/12/1878).

Para além das possíveis pressões da Coroa, Sinimbu tinha suas razões para adotar uma postura cautelosa. As tendências radicalmente antiescravistas de setores ainda minoritários, mas não insignificantes, do Partido Liberal eram conhecidas e os temores causados por seu ingresso nos legislativos provinciais e na Assembleia Geral – após uma década de governos conservadores que sustentavam que a lei de 1871 deveria ser a palavra final no processo de emancipação – parecem ter sido consideráveis no meio rural e explorados pela oposição. Já foi aventado pela historiografia, inclusive, que a iniciativa de promover um Congresso Agrícola na Corte, reunindo lavradores importantes do Rio de Janeiro e províncias limítrofes, ainda em 1878, pode ter sido uma tentativa do ministério de apaziguar os ânimos (Youssef, 2019, pp. 239-243).

Alguns dos projetos que começaram a pulular na Câmara no alvorecer da situação liberal indicavam que seria difícil ao presidente do Conselho ignorar por completo as expectativas de seus correligionários mais avançados. Entre as primeiras propostas apresentadas, no início da nova legislatura, esteve uma assinada por três deputados baianos – Aristides César Spinola Zama, José Luís de Almeida Couto e Marcolino de Moura e Albuquerque – que revogava as disposições da lei de 10 de junho de 1835 – que instituía a pena de morte a escravos acusados de crimes contra a integridade física de seus senhores, familiares dos senhores, feitores e administradores –, na prática extinguindo os aspectos mais draconianos do regime jurídico excepcional a que estavam submetidos os escravizados (ACD. 21/12/1878; Pirola, 2015). Além de abolir a pena de morte, a extinção da pena de açoites era também prevista no projeto, que revogava o artigo do Código Criminal que a instituía:

A assembleia geral decreta:

Art. 1º Fica abolida a pena de morte no Império do Brasil.

Art. 2º Fica revogada a lei de 10 de Junho de 1835.

Art. 3º Fica igualmente revogado o art. 60 do código penal.

Art. 4º Enquanto o governo não apresentar às câmaras um projeto decretando a pena

que deve substituir a do grau máximo do art. 192, será esta a de galés perpétuas; sendo a de 20 anos de prisão com trabalho a média, e a de 12 anos o mínimo.

Art. 5º O grau máximo das penas do art. 193 será de 20 anos de prisão com trabalho, e o mais como está determinado no mesmo código.

Art. 6º Revogam-se as disposições em contrário.

O disposto no art. 1º formalizava um fato consumado havia décadas, tendo em vista que, desde o ano de 1857, a Coroa passara a comutar, sistematicamente, as sentenças que previam a pena de morte a escravos. Se tal prática era ressentida na lavoura escravista, em especial no Centro-Sul – onde, na transição entre as décadas de 1870 e 1880, recrudescia a rebeldia escrava –, a perspectiva da abolição da pena de açoites era tremendamente impopular. Não esperando a morte nem os açoites, propalava o discurso senhorial, a sensação de impunidade dos escravizados aumentaria e os impeliria ainda mais à criminalidade e à insurreição, dado que considerariam mais vantajoso se entregar à custódia do poder público do que permanecer sob a discricionariedade de seus proprietários (Queiroz, 2008).

Tendo em vista a necessidade de conciliar expectativas contraditórias, o ministro da Justiça de Sinimbu, Lafaiete Rodrigues Pereira (senador por Minas Gerais), apresentou à Câmara, em fevereiro de 1879, um projeto, posteriormente subscrito por parecer da comissão de justiça criminal, que restringia a aplicação da pena de açoites, mas previa alternativas draconianas. Conforme o projeto, as penas estabelecidas pela legislação criminal aos cidadãos seriam aplicadas aos escravos com as seguintes modificações: a pena de galés e prisão perpétua simples seria convertida em quinze anos de prisão celular com trabalho, sendo cinco anos de isolamento absoluto e silêncio e dez anos de trabalho em comum durante o dia e silêncio; a pena de galés ou prisão, com ou sem trabalho, por vinte ou menos anos, seria convertida na de prisão celular com trabalho por metade desse tempo, com isolamento absoluto e silêncio durante o primeiro terço e trabalho em comum de dia e silêncio nos dois terços restantes; finalmente, o art. 60 do Código Criminal (pena de açoites) continuaria a vigor somente como alternativa à pena de galés e prisão por menos de três anos. Cumprida a pena, o escravo seria restituído ao senhor ou a seus herdeiros (ACD. 21/2/1879; ACD 2/5/1879).

Não obstante as punições severas previstas no projeto, que não deixaram de ser apontadas como desumanas nas fileiras do próprio partido governista (Youssef, 2019, pp. 252-253), a oposição bem sabia que a reversão, mesmo que gradual, da excepcionalidade a que a legislação criminal submetia os escravizados ia de encontro às expectativas senhoriais, que encaravam os açoites e outras punições físicas como principal ferramenta de “disciplina” e contenção da rebeldia escrava.

Com efeito, no Senado, as inflexões do governo na questão não deixaram de ser questionadas pelos conservadores, que se colocavam na posição de defensores dos interesses das “classes conservadoras” e dos limites constitucionais, trabalhando para barrar os “abusos” do Poder Executivo em mãos liberais. Exemplar desta dupla tendência foram as imputações, desferidas em meados do ano de 1879, pelo senador paranaense Manuel Francisco Correia contra Lafaiete. Correia denunciou, da tribuna da câmara vitalícia, um aviso do ministro da Justiça ao presidente de Alagoas, datado de outubro do ano anterior, que declarava competir ao governo “a suprema inspeção sobre a observância das leis”. Apontando tais palavras como uma demonstração da interpretação nociva que os adversários faziam das prerrogativas do Executivo, se esquecendo, no poder, de que a observância das leis era de competência de cada um dos poderes constitu-

cionais, dentro de suas respectivas órbitas de atuação, Correia ligou o aviso a um caso anterior, que tinha relação direta com o projeto de Lafaiete sobre a conversão das penas impostas aos réus escravos.

No final do ano de 1877, na província do Rio de Janeiro, um escravo fora condenado pelo júri e sentenciado pelo juiz de direito em crime “incurso no médio das penas do art. 193 do código criminal”, que previa doze anos de prisão com trabalho, convertida, no caso de réu escravo (conforme o mencionado art. 60) em trezentos açoites e ferro ao pescoço por um ano. Assumindo a pasta da Justiça, Lafaiete recomendou a não conversão da pena, na prática retirando o réu escravo do regime excepcional a que estava submetido, um precedente que poderia passar a subsidiar decisões de magistrados em todo o país, em um período no qual ideias emancipacionistas e abolicionistas penetravam nos meios jurídicos (Koerner, 1998, pp. 131-142). Para Correia, a extrapolação das prerrogativas do Executivo era óbvia, invadindo, ao mesmo tempo, as esferas constitucionais do Poder Moderador, ao qual cabia perdoar ou atenuar as penas, e do Legislativo, único competente para criar ou derrogar leis (AS. 23/7/1879).

A ocasião escolhida por Correia para essas apreciações não era fortuita, ocorrendo durante a discussão do orçamento do Ministério da Justiça para os exercícios de 1879-1880 e 1880-1881. No começo de julho, o parecer emitido pela comissão de orçamento do Senado, contando com ampla maioria conservadora, ressaltara o aumento dos gastos previstos na proposta do Executivo e ampliado por crédito extraordinário aprovado pela Câmara dos Deputados, decorrente, fundamentalmente, da “criação de novos termos e comarcas” e de gratificações a magistrados.

Por mais “lato e absoluto” que fosse o “direito das assembleias provinciais” em criar comarcas, segundo o disposto no Ato Adicional, alegou o parecer, ele não podia “chegar ao ponto de determinar a aplicação da renda geral do Império a serviços especiais, sem prévia deliberação do poder legislativo”. A contrapartida de tal prerrogativa estava no dever de não se onerar excessivamente o Estado, o que era ignorado pelo ministério que, “a pretexto de garantir-se essa atribuição das assembleias provinciais”, condescendia no preenchimento das comarcas criadas e nomeava “juízes municipais para termos insignificantes, que poderiam estar reunidos, por forma tão abusiva que urge tomar providência eficaz contra o aumento sucessivo, tanto no que se vota, como no que efetivamente se despende com este serviço” (AS. 8/7/1879).

Os conservadores imputaram parte significativa dos abusos à atuação do governo. Denunciaram que, ao invés de prover as comarcas vagas (recém-criadas ou não) com juízes de direito avulsos, o ministro da Justiça preferia indicar novos magistrados, impondo obrigações crescentes ao tesouro. O senador cearense Domingos José Nogueira Jaguaribe aproveitou para ironizar o caráter partidário dessas nomeações feitas pelos liberais: “Dizem eles que o país é rico e os amigos não podem esperar”. Não obstante, um outro opositor reconheceu que, dentre os nomeados, havia juízes com “opiniões conservadoras” (AS. 23/7/1879).

De qualquer forma, não era de se estranhar que a criação de novos termos e comarcas experimentasse um considerável incremento após o retorno dos liberais ao poder. Além da já mencionada tendência de expansão do Judiciário a partir da reforma de 1871, que ampliou seu leque de atribuições, havia o inegável interesse político de maiorias liberais em assembleias provinciais, após um longo inverno distante do poder, em atender as demandas dos correligionários e contrabalançar a influência conservadora na magistratura construída ao longo de uma década.

Contudo, o controle conservador do Senado dava à oposição uma ferramenta privilegiada para conter a “prodigalidade” do governo dos adversários. No caso da criação e provimento de comarcas, ela se deu na lei orçamentária pela recuperação de um precedente de 1870 – em cujo exercício foram vedadas “novas nomeações para comarcas enquanto existirem juízes de direito disponíveis da mesma entrância, vencendo ordenado” –, convenientemente reinterpretado como uma espécie de emenda permanente, que seguia em vigor (AS. 8/7/1879). A oposição também conseguiu inserir um parágrafo no art. 3º da mesma lei (dedicado ao Ministério da Justiça) que ampliava as atribuições do Legislativo geral na supervisão da criação de termos e comarcas e nomeações ao Judiciário, em detrimento das assembleias provinciais e do governo:

§ 2º A proposta do Poder Executivo orçando a receita e fixando a Despesa anual na parte concernente ao Ministério da Justiça conterá uma verba com o título – Novos termos e comarcas – com o crédito exigido pelo pessoal respectivo, e tabelas explicativas, nas quais serão declaradas as comarcas novamente criadas ou restabelecidas pelas Assembleias Provinciais, durante o exercício anterior, e os termos que o Governo julgar conveniente prover de Juízes Municipais ou Substitutos, ainda não compreendidos no orçamento em vigor.

Antes de votar-se o crédito necessário para a despesa com o pessoal dos referidos termos e comarcas, não serão estas classificadas e providas de Juízes de Direito e Promotores Públicos, nem para aqueles serão nomeados ou removidos Juízes Municipais ou Substitutos (Lei nº 2.940, 31/10/1879).

Que o Senado impunha um obstáculo considerável ao reformismo liberal não devia surpreender a Sinimbu e seus colegas, e a própria moderação do programa ministerial também decorria de tal prognóstico. Com efeito, em novembro de 1879, a câmara vitalícia rejeitou o projeto de reforma eleitoral por vias constitucionais, principal bandeira do gabinete (AS. 12/11/1879). Além dos diversos conservadores (a começar por Rio Branco) que se opunham ao voto direto, outros membros da agremiação (liderados por João Maurício Wanderley, o barão de Cotegipe) insistiam que a participação direta do Senado na Constituinte era imprescindível, o que os liberais temiam como uma reversão do precedente do Ato Adicional, que atribuía exclusivamente à Câmara dos Deputados (renovável periodicamente por eleições) a prerrogativa de reformar a Constituição (Otoni, 1983, pp. 196-197). Ademais, diversos liberais se ressentiam da propalada “sujeição” de Sinimbu aos desígnios da Coroa e não se conformavam com o caráter pouco “democrático” do projeto, que não tocava em pontos caros a muitos membros do partido, como a extensão dos direitos políticos plenos a libertos, estrangeiros naturalizados e não católicos e o voto distrital (Holanda, 1977, pp. 195-227; Ribeiro, 2018a).

O diagnóstico da inviabilidade política de seu governo levou Sinimbu a pedir demissão do cargo no início de 1880, o que implicou também em uma considerável derrota da Coroa. O novo presidente do Conselho, o senador liberal baiano José Antônio Saraiva, foi alçado ao poder com um projeto de reforma por vias legislativas ordinárias que, atendendo a diversas das reivindicações de seus correligionários, também abria espaço às emendas senatoriais, deixando ao parlamento a palavra final sobre a questão. Esse compromisso, consignado na Lei Saraiva, promulgada em janeiro de 1881, acabou por tornar a organização da justiça um tema ainda mais central ao arranjo político-institucional do Império e, portanto, à luta partidária (Ribeiro, 2018b).

Destoando do projeto original, que previa protagonismo às autoridades eletivas locais, a versão finalmente aprovada pelo Senado dava centralidade à magistratura togada em todo o

processo eleitoral. O alistamento seria preparado, nos termos, pelos juízes municipais e organizado em definitivo pelos juízes de direito nas comarcas, cabendo a estes últimos julgar também os requerimentos individuais de cidadãos para inclusão no rol de eleitores, com recurso em casos determinados para a Relação. Aos juízes de direito competiria, ainda, assinar os títulos eleitorais, que seriam entregues aos cidadãos pelos juízes municipais, nos termos, e pelos juízes de direito, nas comarcas especiais. Ademais, os juízes de direito presidiriam as mesas responsáveis pela apuração geral dos votos nos diferentes distritos, nos casos das eleições para deputado provincial e geral, além de julgarem da “validade ou nulidade, não só da eleição de vereadores e juízes de paz, mas também da apuração dos votos”, com recurso para a Relação. Por fim, previsivelmente, o julgamento de crimes contra os direitos políticos dos cidadãos ficaria sob a alçada dos magistrados (Lei nº 3.029, 9/1/1881).

Nesses termos, era impossível negar a validade das observações do deputado liberal mineiro Cândido Luís Maria de Oliveira, de que a “reforma judiciária” era o “complemento necessário e indispensável da grande reforma eleitoral”, pois o “juiz hoje está armado de poder imenso”, decidindo sobre o “direito privado do cidadão” e, também, sobre “seu direito político” (ACD. 22/8/1883). Que estas constatações eram compartilhadas tanto por seus correligionários, como por seus adversários, ficou explícito na profunda cizânia que tomou conta do parlamento uma vez que os liberais finalmente tentaram levar a cabo um amplo projeto de reorganização judiciária, no ano de 1883.

4. Justiça e política

Para compreender os eventos de 1883, é preciso retornar ao final da década anterior, mais especificamente, a janeiro de 1879. Nesta ocasião, o então titular da Justiça, Lafaiete, levava à Câmara dos Deputados um projeto de lei reformando o Poder Judiciário, sob cuja alçada, em suas palavras, estava “a principal função do Estado, a função que é, por assim dizer, a razão final do mesmo Estado – a de fazer respeitar o direito, protegendo contra as agressões da força e contra as insídias da má-fé e da fraude” (ACD. 29/1/1879).

Não obstante, alegou Lafaiete, a magistratura não se encontrava em condições de exercer esse papel primordial adequadamente, sendo três as principais causas de suas deficiências: a “falta de independência pessoal dos juízes”, a “modicidade de vencimentos” e o “pouco rigor nas condições para a primeira investidura”. Obviamente, tal diagnóstico se aplicava especialmente aos juízes municipais, dada a forma de sua nomeação e a provisoriedade de sua posição. Mas, também no caso dos juízes de direito, a legislação existente ainda não garantia por completo sua independência. A lei das entrâncias (de 1850) limitara o arbítrio do Executivo, obstando que um juiz fosse removido de comarca de entrância superior para comarca de entrância inferior. Contudo, a existência de comarcas de primeira entrância em regiões de fácil acesso e que dispunham das comodidades da vida moderna, ao passo que havia comarcas supostamente mais importantes, de segunda ou terceira entrância, em áreas afastadas e pouco desenvolvidas impunha sobre os magistrados vitalícios a contínua pressão do “medo” e da “esperança” da remoção de uma comarca “excelente” a uma “inóspita”, ou vice-versa. Além disso, o critério da antiguidade para o acesso aos tribunais superiores não era absoluto, tendo o governo influência nessas indicações.

A solução formulada por Lafaiete passava pela extinção dos juízes municipais e da diferenciação entre comarcas gerais e especiais, determinando que o exercício pleno da primeira

instância caberia, em todas elas, aos juízes de direito. Quando impedidos, os magistrados vitalícios seriam substituídos, nos termos, por juízes suplentes, que também acumulariam algumas das competências dos juízes municipais no crime, mas sempre com recurso (dos despachos de pronúncia e não pronúncia) ao juiz de direito. No cível, os suplentes teriam tão somente as competências a eles delegadas pelo titular da comarca.

A nomeação dos juízes de direito seguiria sob a alçada do governo, mas com a condição de que comprovassem cinco anos de “prática de advocacia no cível, comércio e crime” ou que tivessem exercido, pelo mesmo período, cargos públicos nas esferas judiciária, administrativa e acadêmica, tais como promotor público, curador de órfãos, suplente de juiz de direito, procurador dos feitos da fazenda e fiscal das tesourarias gerais, diretor do contencioso do tesouro, lente das faculdades de direito, diretor-geral ou chefe de seção no Ministério da Justiça e, por fim, juiz municipal e de órfãos anteriormente à prevista extinção de ambas as funções. A antiguidade pura (baseada no tempo de carreira) se tornaria o único critério para as promoções às comarcas de segunda e terceira entrância e aos tribunais superiores, circunscrevendo o papel do governo à indicação do mais antigo dentre os magistrados habilitados. As remoções só poderiam ocorrer a pedido ou em casos já especificados na legislação, sempre para comarcas de igual categoria.⁵

As Relações de Belém, Fortaleza, São Paulo, Porto Alegre e Ouro Preto passariam a contar com nove membros cada. Além disso, os acórdãos surgidos das apelações a sentenças emitidas na primeira instância deveriam ser detalhados em seus fundamentos, sob pena de nulidade e responsabilidade dos juízes. As atribuições do Supremo Tribunal de Justiça, por sua vez, seriam ampliadas, cabendo a esta corte, para além da revista das sentenças apeladas, a fixação da unidade da jurisprudência.

O projeto estendia o papel do STJ na revista das decisões da segunda instância, ao alargar a interpretação do que poderia conformar sentença notoriamente injusta ou manifestamente nula. No rol das sentenças que poderiam ser classificadas como notoriamente injustas (competindo ao tribunal, se assim as julgasse, sua reforma), seriam incluídas, para além das contrárias à “disposição expressa da lei” ou “aos princípios que logicamente se deduzem dela”, os casos em que houvesse falsa aplicação ou interpretação errônea da lei, violação dos “princípios geralmente consagrados pelo Direito das Gentes” e dos “princípios universais de direito que por sua evidência não carecem e deixam de estar escritos em lei” e, finalmente, infração de cláusula contratual ou verba testamentária cuja clareza excluísse possibilidade de dúvida. Entre as sentenças manifestamente nulas, estariam as emitidas por “juiz incompetente, suspeito, peitado ou subornado”, bem como as fundadas em “documentos ou depoimentos julgados falsos em juízo competente” e as resultantes de processo em que houvesse violação das “formalidades substanciais”.⁶

5 Nos casos de “rebelião, guerra civil ou estrangeira”, sedição e insurreição, na província, e “conspiração”, na comarca. O presidente provincial também podia, por “razões de utilidade pública”, solicitar a remoção, sendo neste caso ouvido o Conselho de Estado, “precedendo audiência do magistrado, sempre que dela não resultar inconveniente”, dando-se ao “juiz removido conhecimento das razões da remoção” (Decreto nº 559, 28/6/1850).

6 O art. 21 determinava que o STJ não teria “faculdade para conhecer do merecimento da causa” submetida em grau de revista, aceitando os fatos e circunstâncias da sentença tais como estabelecidos pelo tribunal de apelação, “competindo-lhe tão-somente pronunciar-se sobre a questão de direito nas suas relações com os fatos”. Nas Relações, segundo o art. 22, os “feitos” seriam examinados por um relator e dois adjuntos e sempre julgados por todos os desembargadores presentes.

Em alguns casos, ações ordinárias poderiam derrogar sentenças emitidas por tribunais superiores ou a que o STJ houvesse negado revista. Nestes casos, se incluíam as sentenças passadas por “juiz incompetente, suspeito, peitado ou subornado”, as fundadas em documentos falsos, as resultantes de processo permeado de erros (comprovados posteriormente por documentos que viessem à tona) e de processo que comprovadamente ignorasse ou infringisse formalidade substancial, bem como as contrárias à disposição expressa na legislação.

Os potenciais casos de suspeição e incompatibilidade de juízes e funcionários da justiça seriam latos. Magistrados deveriam se declarar suspeitos quando tivessem laços de parentesco com algum dos envolvidos na causa, ou quando eles próprios ou seus familiares próximos tivessem “causa em que se controverte questão de direito idêntica” pendente de decisão em outro foro, ou ainda quando interessados diretos em demanda cujo julgamento coubesse a alguma das partes. Também seriam suspeitos os juízes que desfrutassem de laços de amizade ou nutrissem conhecida inimizade e que fossem credores, devedores, tutores, curadores, “donatários” ou “amos” de algum dos litigantes, ou que atuassem como gerentes, administradores, acionistas e membros de “sociedade que é parte no pleito”. Graus de parentesco diversos (de cunhado a ascendente direto) davam azo à incompatibilidade de juízes, advogados e escrivães em servir ou advogar em tribunal no qual já se encontrasse familiar. Finalmente, juízes de direito, desembargadores e ministros do Supremo Tribunal de Justiça só poderiam aceitar cargo eletivo ou de nomeação do governo geral ou provincial se se desligassem da magistratura.⁷

A centralidade da questão eleitoral no programa do ministério Sinimbu e o (correto) prognóstico de que uma proposta liberal de ampla reorganização da justiça – que, além de tudo, conferia ao governo o poder de redesenhar o mapa judiciário do país – não encontraria recepção amistosa no Senado devem ter pesado decisivamente para a pouca atenção dispensada pela Câmara ao projeto de Lafaiete, que não chegou a ser discutido. Seu sucessor, o senador baiano Manuel Pinto de Sousa Dantas – ministro da Justiça entre 1880 e 1882 e interino do Império a partir de 1881 –, apesar do enfoque na implementação do novo sistema eleitoral, não deixou de cogitar reformas que também tocavam na criação de tribunais correccionais – destinados a combinar a celeridade da justiça ao devido processo legal, no julgamento dos delitos de menor potencial ofensivo – e na reorganização da polícia da Corte, presentes em seus relatórios ministeriais (Relatório do Ministério da Justiça, 1882). Entre os anos de 1882 e 1883, ainda outro ministro da Justiça – o deputado baiano João Ferreira de Moura – encomendou projetos de reforma que previam a implementação de concursos para o preenchimento da magistratura e tocavam na questão da administração da justiça, tendo como cerne a reorganização do STJ (Relatório do Ministério da Justiça, 1883). Foi, contudo, em meados de 1883, quando Lafaiete ascendeu à presidência do Conselho, tendo como ministro da Justiça um indicado do senador Dantas – o deputado baiano Francisco Prisco de Sousa Paraíso – que a reforma judiciária ganhou protagonismo, se convertendo na principal bandeira do gabinete.

Os motivos para esta inflexão se ligavam a mudanças ingentes na dinâmica político-partidária do Império após cinco anos de situação liberal. Para além da já mencionada centralidade atribuída pela Lei Saraiva à magistratura togada no processo eleitoral, havia o próprio recrudescimento da polarização partidária, para a qual contribuiu o voto direto distrital e os

7 Essas incompatibilidades eleitorais seriam, em grande parte, implementadas pela Lei Saraiva. O diploma de 1881 vetaria a eleição de desembargadores, juízes de direito, juízes municipais, de órfãos e substitutos, bem como promotores públicos, nas províncias em que exercessem “autoridade ou jurisdição”. No caso da eleição desses funcionários em outras circunscrições, eles ficariam avulsos (magistrados vitalícios) ou seriam obrigados a renunciar aos cargos antes de tomarem assento no Legislativo geral ou provincial (Lei nº 3.029, 9/1/1881).

mecanismos implementados com vistas a garantir a lisura nos pleitos, tornando as eleições mais competitivas, o que ficou evidente na numerosa bancada conservadora resultante da eleição geral de 1881 (Javari, 1979, pp. 373-378). Tais transformações se combinavam, de um lado, à própria radicalização de setores da sociedade tradicionalmente excluídos dos corredores da política formal, cujas expectativas ampliadas exigiam respostas do sistema representativo (Graham, 2011), e, de outro lado, a nível de cálculos mais imediatos, ao maior equilíbrio na distribuição dos assentos senatoriais, estando os liberais, ao se aproximar a metade da década de 1880, perto de reverter a histórica superioridade numérica conservadora na câmara vitalícia.⁸ Esse cenário deve ter pesado decisivamente para que a pressão por uma reforma judiciária se tornasse mais incisiva, ao passo que as perspectivas de sua aprovação se mostravam mais promissoras.

Assim, quando Prisco Paraíso levou à consideração dos deputados um projeto de reforma judiciária que, com algumas alterações, remetia ao apresentado anos antes por Lafaiete, ele encontrou uma maioria reduzida, mas bem mais decidida a defender as bandeiras do partido governista, ao passo que ansiava pelos lucros políticos implicados no profundo reordenamento e redistribuição da magistratura existente, bem como na nomeação em massa de um grande número de novos magistrados. Nesses termos, o líder da maioria na Câmara, Cândido de Oliveira, evidenciou, sem meias palavras, o desejo liberal de substituir a lei de 1871 por uma que satisfizesse por completo as ideias do partido (ACD. 22/8/1883). Esta perspectiva recrudesceu, por sua vez, os temores da oposição conservadora, mesmo de seus membros mais moderados. Unida sob o estandarte da resistência e sob a direção do “emperrado” Paulino de Sousa, líder da minoria, os conservadores escolheram como porta-vozes os mesmos correligionários que, em 1871, haviam combatido em todas as frentes a reforma judiciária e a reforma emancipacionista, um prenúncio de que, novamente, a questão servil e a questão judiciária se tornavam, em conjunto, fulcrais à dinâmica e aos projetos políticos de então.

O projeto apresentado por Prisco Paraíso mantinha a extinção dos lugares de juízes municipais e de órfãos, abolindo a distinção entre comarcas especiais e gerais, cabendo, aos juízes de direito, a plena jurisdição civil, comercial e criminal na primeira instância, secundados pelos suplentes, nos termos. O critério da antiguidade absoluta para as promoções dos magistrados era preservado, bem como a ampliação das competências do Supremo Tribunal de Justiça e as prescrições concernentes à suspeição e incompatibilidade dos magistrados (ACD. 19/6/1883).

Havia algumas diferenças entre ambas as versões, dentre as quais duas se destacavam. A primeira dizia respeito a uma questão de forma, que ganhava relevância dada a significativa representação oposicionista na legislatura eleita após a Lei Saraiva. Os mais de quarenta artigos da proposta de 1879 foram condensados em oito, visando dirimir possíveis expedientes protelatórios que poderiam ser adotados pela minoria, estendendo indefinidamente os debates, tendo em vista que, em segunda discussão, cada artigo de um projeto de lei era discutido individualmente. A segunda diferença era de conteúdo e atendia a uma velha bandeira liberal, ao ampliar as atribuições dos juízes de paz, devolvendo à sua esfera de atuação algumas das competências deles retiradas pelas “leis reacionárias” da década de 1840.

Aos magistrados eletivos passaria a atribuição de – cumulativamente com os subdelegados – processar as infrações dos termos de segurança e bem viver e também as contravenções

⁸ Os cálculos a que procedi partiram da identificação dos laços partidários de quase todos os senadores, para o ano de 1884, e da comparação entre a composição das comissões senatoriais entre este ano parlamentar e o de 1879.

às posturas municipais e aos crimes que não incorressem em pena maior que “multa até cem mil réis, prisão, degredo, ou desterro até seis meses, com multa correspondente à metade deste tempo, ou sem ela, e três meses de Casa de Correção, ou Oficinas públicas”, conforme constante no mencionado § 7º do art. 12 do Código do Processo. Ia-se além, assim, do disposto na reforma de 1871, que devolvera aos juízes de paz o julgamento dos termos de segurança e bem viver, deixando, contudo, o processo sob a alçada da polícia. No cível, os juízes de paz julgariam as causas que, não tratando de bens de raiz, envolvessem o valor máximo de 200 mil-réis. Em ambas as esferas, haveria possibilidade de apelação ao juiz de direito.

Passado menos de um mês da apresentação do projeto, as comissões reunidas de justiça civil e criminal da Câmara, compostas inteiramente por liberais e contando com a relatoria de Cândido de Oliveira, apresentaram parecer e um substitutivo que alterou sensivelmente o texto original. O parecer apontou a reorganização judiciária como “complemento indispensável” da Lei Saraiva, que alegou ter restituído ao parlamento toda a autoridade oriunda do voto nacional. Além de fortalecer o Legislativo, a reforma eleitoral também conferira aos juízes de primeira instância e aos tribunais de segunda instância protagonismo em todo o processo eleitoral, sendo indispensável garantir que gozassem das “condições constitucionais de independência e de liberdade no exercício das funções”. Por outro lado, os cidadãos deveriam dispor de meios de coibir “os abusos e excessos dos maus juízes”. Nesse sentido, as comissões reunidas alegaram que seu parecer se centrava em alguns princípios cruciais: a nomeação de juízes independentes, capacitados e idôneos, a neutralização da influência governamental nas promoções e a efetiva responsabilização dos magistrados por seus atos (ACD. 12/7/1883).

As comissões aprovaram a adoção, pelo governo, do princípio constitucional “desenvolvido no código do processo criminal” e “rudemente postergado pela reacionária e inconstitucional lei de 3 de Dezembro de 1841”, isto é, a transferência aos juízes de direito da plenitude da jurisdição de primeira instância, removendo dos “anômalos” juízes municipais as atribuições que a reforma de 1871 ainda mantivera sob sua alçada, na condição de “preparadores dos feitos, separando assim a competência para a instrução do processo” de seu julgamento, que deveriam caber a um mesmo magistrado. Contudo, observou o parecer, o projeto do governo resolvia apenas parcialmente o problema. Extinguindo os juízes municipais, mas mantendo os juízes de direito, sediados nas cabeças de comarcas, distantes da maioria de seus jurisdicionados, obrigavam-nos a delegar, nos termos, diversas de suas funções aos suplentes, perpetuando uma “injusta desigualdade”. Para que os cidadãos gozassem do devido acesso à justiça, era necessário que o magistrado vitalício reunisse a “plenitude das funções” nas mais recônditas localidades, tendo em vista a baixa capacitação dos suplentes para exercer – mesmo que somente por delegação do titular – as atribuições tangentes ao “preparo dos feitos”, dentre as quais a inquirição de testemunhas, vistorias, exames e reuniões de credores.

A solução era dupla. Mais imediatamente, o projeto substitutivo retirava do rol de potenciais juízes de direito os suplentes que não tivessem formação jurídica, mesmo que contassem com os anos de experiência exigidos. Suas funções eram, também, rigorosamente delimitadas, cabendo quaisquer decisões definitivas ou interlocutórias com caráter definitivo, em caso de impedimento do juiz titular, ao juiz de direito da circunscrição vizinha. A pronúncia dos acusados também ficava fora de sua esfera de competências, pertencendo exclusivamente ao titular. Tais medidas revertiam, alegou o parecer, outra “odiosa desigualdade” decorrente da lei de 1871 e que consistia no acesso dos cidadãos residentes nas comarcas especiais ao julgamento colegiado, em segunda instância, de seus recursos aos despachos de pronúncia, enquanto, nas

comarcas gerais, a apreciação dos recursos oriundos das decisões dos juízes municipais cabia à alçada de um juiz singular, isto é, o juiz de direito.

Mais significativamente, as próprias comarcas deveriam ser extintas, passando a haver em cada termo um juiz vitalício, mudança que, alegou o parecer, acompanhava uma tendência já disseminada pelo país, tendo em vista o espraçamento das comarcas de termo único pela ação das assembleias provinciais, sendo elas – calculadas em 256 – mais da metade de todas as comarcas do Império, fato que, por si só, devia impelir parlamento à ação, sob o risco de que a reforma se operasse sem seu concurso ou supervisão. Para dirimir os temores acerca dos potenciais excessos das assembleias provinciais na criação de novas jurisdições, o parecer defendia a ampliação do número mínimo de jurados qualificados – condição para que um município fosse erigido em termo – de cinquenta, conforme a legislação vigente, para cem. Assim, haveria limites a potenciais abusos dos legisladores provinciais.

Abordando a nomeação dos magistrados vitalícios, o parecer aderiu, como o projeto do governo, ao “preceito constitucional, que a legislatura ordinária não pode alterar”, de caber exclusivamente ao Executivo esse direito. Apesar de interpretar o Ato Adicional no sentido de encarar o cargo de juiz de direito como um “emprego provincial, sobre cuja criação, supressão e nomeação podem deliberar as assembleias provinciais”, conspurcado pelas leis regressistas, o parecer ponderou, pragmaticamente, que as dificuldades financeiras das províncias não permitiam que arcassem com os vencimentos de magistrados e outros empregados, devendo o governo central se responsabilizar por tais empregos até que a ideia “descentralizadora” estivesse “amadurecida”.

A rejeição aos concursos não deixou de ocasionar discordâncias no seio das comissões, levando um de seus membros a dar seu voto com restrições ao parecer. O texto reconhecia não serem injustificadas as alegações de que as nomeações diretas davam certo arbítrio ao governo. Contudo, ressaltava que o sistema de concursos tinha seus males, destacando a própria composição das “comissões julgadoras” como um dos mais significativos, dado que, se formadas por membros da magistratura, operariam uma mera “deslocação de atribuições” do Executivo ao Judiciário, o que não evitaria potenciais abusos, e, se compostas por indicados do governo, seguiriam sujeitas à sua influência. Além disto, se eram adequados para auferir os conhecimentos dos candidatos, os concursos não davam garantia alguma no tocante à sua capacidade profissional e moralidade. A prerrogativa da nomeação pelo governo dos bacharéis e doutores em direito, complementada pela exigência de experiência na advocacia, na judicatura ou na academia – pela qual se poderia auferir seu procedimento no cotidiano – e pela “rigorosa aplicação da lei penal contra os erros e prevaricações”, se apresentava, assim, como a solução mais adequada à realidade do país.

O parecer aprovou a extensão das competências dos juízes de paz, enquanto não se criassem os “tribunais correccionais, que as circunstâncias do país, e especialmente das nossas grandes cidades tanto reclamam”. Além disto, o relator das comissões subscreveu a iniciativa do governo em delimitar a “esfera do ministério público, fazendo-se ele representante das classes desditosas perante as autoridades civis”, tendo em vista a expansão das funções dos promotores públicos (que herdavam as prerrogativas dos curadores de órfãos), passando à sua alçada o ofício nas causas “em que são interessados menores, interditos, escravos e todos aqueles que são por direito considerados miseráveis, usando de todos os recursos e meios de ação e defesa permitidos na lei, inclusive os de embargo e apelação” (ACD. 19/6/1883; ACD. 25/7/1883). Finalmente, as comissões eliminaram totalmente a competência da polícia na formação da

culpa, complementando o “mais notável, senão único melhoramento trazido pela lei de 1871”, a separação entre polícia e justiça.

Para além dos ataques a pontos específicos do projeto substitutivo – que foi subscrito pelo ministro da Justiça e levado ao plenário – e às novas imposições ao tesouro ocasionadas pela expansão do Judiciário e do previsto aumento dos vencimentos dos juízes e empregados deste poder, a oposição denunciou seu caráter partidário. Uma das mudanças propostas pelas comissões ao projeto, determinando que os termos, como as extintas comarcas, seriam divididos em três entrâncias, sendo assim o governo autorizado a proceder à sua classificação (sujeita à aprovação do Legislativo), era particularmente temida. Mais do que neutralizar a mencionada emenda conservadora à lei orçamentária de 1879, a disposição daria ao Partido Liberal a oportunidade de reorganizar por completo o Judiciário, podendo nomear um sem-número de novos magistrados, cuja promoção na carreira se daria à revelia dos governos, inclusive conservadores, após um eventual retorno da agremiação ao poder. Trocando em miúdos, o projeto tinha o potencial de encastelar uma duradoura maioria liberal em todas as esferas e instâncias do Judiciário.

Essa proposta “eminentemente política” era também incoerente em sua “celeuma contra os juízes municipais”, reclamaram os conservadores. Para o fluminense Domingos de Andrade Figueira, um dos principais porta-vozes da oposição (e também opositor contumaz do ministério Rio Branco, em 1871), ao justificarem a extinção desses juízes pelo disposto na Constituição – que previa unicamente a existência de magistrados vitalícios –, ao passo que transferiam competências civis e criminais aos juízes de paz (também temporários), os liberais evidenciavam que o respeito à lei fundamental não era sua prioridade. Figueira considerava os juizados municipais um noviciado ideal à magistratura vitalícia, pelo qual os egressos dos cursos jurídicos tinham acesso à prática jurídica para complementar sua formação. Apesar de não aprovar os concursos, defendendo caber ao governo a “responsabilidade constitucional de nomear magistrados”, o deputado fluminense indicou que os juizados municipais não só contribuíam para demonstrar as habilitações e aptidão moral dos candidatos à magistratura, mas que também eram um contrapeso ao arbítrio do governo liberal nas nomeações de magistrados vitalícios “entre os praticantes dos escritórios da advocacia administrativa, em que a situação atual tem prosperado”.

Em termos mais pragmáticos, a existência dos juízes municipais, que serviam por apenas quatro anos, proporcionava aos conservadores a perspectiva de, ao retornarem ao poder em um futuro mais ou menos próximo, disporem de meios para contrabalançar a influência liberal que se ia construindo na magistratura após anos de governos deste partido. Enxergadas sob essa ótica, as críticas oposicionistas às promoções pautadas unicamente no critério da antiguidade – para além de discordâncias a nível de doutrinas e princípios – eram também compreensíveis.

Os conservadores ainda atacaram frontalmente o projeto por promover o suposto enfraquecimento da autoridade pública, para muitos deles já excessivamente desarmada pela reforma de 1871. Segundo Andrade Figueira, esta lei, “cassando por suposto princípio de liberdade a facilidade que tinham as autoridades de prenderem os criminosos”, instituiria um “estado de anarquia”, potencialmente extremado pelo projeto liberal, quando colocava, no lugar dos juízes municipais, suplentes com atribuições reduzidas, que iam “até a formação do corpo de delito”, não podendo “prender os criminosos”. Convenientemente deixando em segundo plano que o substitutivo das comissões previa a existência de um juiz de direito em cada termo, disseminando os magistrados vitalícios, Andrade Figueira expunha o cerne dos temores conservadores,

que gravitavam em torno do cerceamento das prerrogativas de outra autoridade – para além da polícia – criada pela lei de 3 de dezembro:

A reforma judiciária, que o país pede, está exatamente em sentido oposto à oferecida na proposta. É preciso antes de tudo tratar dos meios de repressão no interesse de punir os criminosos, de garantir a vida e a propriedade dos cidadãos. (*Apoiados*.) A reforma de que precisa o país, não pode ser conseguida introduzindo-se apenas na legislação princípios que seus próprios autores não aplicam nos países a que pertencem. A escola liberal tem apregoadado a separação da polícia da justiça como princípio cardeal do direito penal. Desarmaram a autoridade policial, não somente da faculdade de prender o réu, com recurso para o magistrado, como a lei de 3 de Dezembro estabeleceu, como da faculdade de julgar desses pequenos delitos que a comissão propõe que passem para os juízes de paz.

Parece que os países cujos publicistas apregoam tais doutrinas, deveriam dar o exemplo de sua adoção; entretanto nas cidades de Londres, Paris, Bruxelas e outras dos estados mais civilizados do mundo, essas autoridades não só prendem como processam, julgam e condenam. Reconhecem como necessidade suprema, que estas atribuições para a pronta prisão do réu, para a pronta repressão desses delitos, mesmo os de natureza policial, que muitas vezes acarretam grandes crimes, sejam separadas; preferem aplicar nos nossos sertões, com uma população disseminada por vasto território, essa tão preconizada teoria, querem, por virtude dela, determinar que em uma vasta comarca só uma autoridade, o juiz de direito, tenha a faculdade de prender os réus.

O SR. MANUEL PORTELA: - É o sistema da impunidade.

O SR. ANDRADE FIGUEIRA preferia substituir essa longa proposta do governo por um artigo de lei concebido em termos simples, dando aos juízes de paz e autoridades policiais a faculdade de prenderem os réus em seus distritos, pondo-os imediatamente à disposição da autoridade judiciária (*Apoiados*.) (ACD. 27/7/1883).

Para os liberais, como destacado pelas comissões, era inaceitável – e, “felizmente”, já fora eliminada “para sempre dos textos das nossas leis” – a prerrogativa outorgada à polícia de “processar, prender e julgar o cidadão”. Por outro lado, em um país da dimensão do Brasil, onde era comum que a “circunscrição policial das subdelegacias” fosse extensa, era necessário que o “juiz de origem popular” (o juiz de paz) contribuísse para a “prevenção dos delitos” e “coleta de provas do crime perpetrado” (ACD. 12/7/1883).

O ministro da Justiça, por sua vez, redarguiu aos oposicionistas que o projeto ainda ficava aquém do que desejavam os liberais, mas que caminhava decisivamente no sentido correto da plena aplicação do “princípio da separação dos poderes”, garantindo a independência do Judiciário. Prisco Paraíso ironizou os ataques conservadores ao caráter partidário do projeto, apontando o contrassenso de realizarem tais críticas enquanto defendiam a manutenção dos juízes municipais, que estavam longe de “vestais”, sobre os quais “a política não exerce influência alguma”. Ao garantir a disseminação dos juízes de direito pelo território, o projeto liberal, alegou Paraíso, não só ampliava e facilitava o acesso à justiça, como também, adotando o princípio da antiguidade para as promoções, impunha obstáculos ao “patronato” (ACD. 31/7/1883).

Em contraste com outros momentos, a maioria liberal parecia suficientemente arregimentada em torno do projeto a ponto de ficar evidente, no decorrer dos debates, que a versão saída das comissões seria aprovada sem maiores mudanças. Cientes disto, os conservadores tentaram arrancar algumas concessões dos adversários. Andrade Figueira alegou que, não tendo a polícia papel algum na formação da culpa e perdendo por completo a competência de prender, sem ordem do juiz, a existência do inquérito policial instituído pela reforma de 1871 – e criticado pelos

liberais – deixava de ter sentido. Propondo sua abolição, Figueira solicitou que os adversários, no espírito da “transação”, cedessem em um ponto caro ao Partido Conservador, devolvendo à polícia a competência de prender preventivamente, sem a qual ela perdia a capacidade de exercer adequadamente suas funções na garantia da “ordem” e da “tranquilidade pública”:

Inventem quantos corretivos quizerem para o arbítrio da polícia; tornem a sua responsabilidade efetiva; decretem processos sumários; esgotem enfim todos os meios para estabelecer corretivos eficazes contra o arbítrio da polícia, mas não a desarmem. Suprimam a polícia, mas não a desarmem. Melhor era suprimir a polícia que existe do que mantê-la no estado em que se acha, sem retribuição, sem força armada para a execução dos seus atos e até sem esta condição necessária de prender os criminosos (ACD. 4/9/1883).

Aprovando a extinção dos inquéritos, os liberais ignoraram a contrapartida aventada por Andrade Figueira. O projeto entrou em terceira e última discussão pouco depois da abertura do parlamento, no ano de 1884, sendo aprovado pela Câmara (ACD. 21/5/1884). Ante a perspectiva de ser esse “projeto manco”, que não previa “uma só disposição para aumentar a força da autoridade” ratificado pelo Senado, os conservadores passaram a adotar uma postura crescentemente obstrucionista, com vistas a forçar a derrocada da situação liberal (ACD. 7/5/1884). Atuando desta forma, levaram a polarização a níveis extremos, deixando evidente ao país que a época em que eram possíveis os compromissos em torno de questões importantes – como a eleitoral, no início da década – chegava ao fim.

5. Tudo ou nada

Os primeiros meses de 1884 assistiram, em meio à crescente agitação abolicionista, ao recrudescimento das acusações conservadoras quanto à fraqueza do governo na manutenção da ordem, quando não de cumplicidade com a “anarquia”. Sendo os discursos e eventos parlamentares reproduzidos por diversos órgãos de imprensa nas diferentes províncias, a oposição se utilizava das tribunas das duas câmaras para amplificar a cizânia que já tomava conta do meio rural. Casos ocorridos em diferentes paragens do Centro-Sul, que demonstravam a proximidade entre agentes do governo e o movimento abolicionista, eram levados ao parlamento como evidências da responsabilidade direta do ministério no agravamento da questão servil, sendo ao mesmo tempo reverberados pelos jornais oposicionistas.

Em maio, por exemplo, o senador Correia levou à câmara vitalícia uma denúncia do *Correio Paulistano* – órgão de imprensa da ala majoritária do Partido Conservador paulista, comandada pelo então deputado Antônio da Silva Prado – referente às oscilações no comando da força policial de São Paulo, tendo sido demitidos, em curto intervalo, dois chefes de polícia, supostamente por terem manifestado contrariedade à nomeação de delegados ligados ao movimento abolicionista (AS. 26/5/1884). Na outra casa do parlamento, por sua vez, Andrade Figueira interpelava o governo sobre a atuação de juízes abolicionistas no Rio de Janeiro, contribuindo para o agravamento da desordem no meio rural (ACD. 15/5/1884).

A conflagração que se espraiava por diferentes regiões do país evidenciava, apontavam os conservadores, a inviabilidade política da situação liberal. Episódios que ilustravam essa polarização foram também levados ao plenário. Correia, por exemplo, abordou os casos das assembleias provinciais de Alagoas e Pernambuco. Na primeira, o legislativo, de maioria liberal,

propôs moção, aceita pelo presidente da casa, dando assento simbólico a Joaquim Nabuco (à época sem cargo público), então de passagem pela província, ato que só não foi levado a cabo devido à retirada coletiva da minoria conservadora do recinto, em protesto, para não proporcionar quórum à votação (AS. 26/5/1884). Em Pernambuco, a oposição conservadora adotou o mesmo procedimento, com vistas a obstar a votação da lei orçamentária, após acusar a maioria liberal de impedir a discussão da matéria, tentando passá-la a fórceps e, até mesmo, apelando à força policial e a “turbulentos” para constranger os deputados conservadores (AS. 27/5/1884).

A atuação dos parlamentares oposicionistas tinha relação direta com o que ocorria fora dos corredores da política oficial, em especial nas áreas rurais do Centro-Sul, particularmente impactadas pelo recrudescimento da rebeldia escrava e da atuação abolicionista (Lima, 1981; Machado, 2010). Com efeito, é difícil firmar em que medida a crescente insurgência conservadora, nessas áreas, contra a situação liberal e o papel do Estado no processo de emancipação era encorajada por seus representantes no parlamento e até que ponto a atuação desses parlamentares era antes uma resposta a esse fenômeno. Provavelmente, ambos os movimentos se retroalimentavam.

A historiografia tem sugerido que, ao menos desde a década de 1870, tomou corpo, no Centro-Sul, uma crescente reação anti-institucional de setores da lavoura escravista e seus associados contra a intervenção cada vez mais assertiva do Estado – em especial por meio de seu braço judiciário – nas relações sociais, que com frequência crescente se dava em defesa dos direitos dos escravizados e egressos da escravidão e em detrimento do poder senhorial privado. Esse fenômeno era ilustrado não só pela adesão de parte das elites ao republicanismo – que, no caso paulista, se encorpou como reação à política de Rio Branco –, mas também pelo pulular, nas áreas escravistas do Rio de Janeiro, Minas Gerais e São Paulo, de clubes da lavoura, que chegavam a organizar milícias privadas para combater os “incendiários”, fossem escravos fugidos e insurretos ou abolicionistas (Pang, 1981).

Arregimentando-se paralelamente ao Estado, esses setores da sociedade também crescentemente o encaravam como a principal ameaça a seus interesses. O recrudescimento dos linchamentos e “justiçamentos” privados de escravos (que eram arrancados à força da custódia das autoridades), a tendência do júri, especialmente em áreas rurais, em absolver réus escravos para entregá-los aos senhores e as expulsões, ameaças e atentados contra magistrados e agentes da polícia suspeitos de simpatias abolicionistas complementavam o quadro de desconfiança em relação às instituições, norteados pela reivindicação da restauração do poder privado dos senhores e da legitimidade da violência senhorial como garantias da ordem e da segurança, ante a impunidade promovida pelo Estado, em especial as comutações de penas capitais pela Coroa e o crescente consenso contrário às punições físicas, a começar pela pena de açoites. As próprias iniciativas das autoridades públicas na defesa de suas prerrogativas, resistindo, por exemplo, às tentativas de linchamento de cativos réus ou suspeitos de terem cometido crimes, ampliava essa percepção de que o Estado dificultava a “ação da justiça popular”, um cenário que “reforçava a percepção, em parte da população livre das zonas rurais do sudeste, de desordem social”.

Ainda nos primeiros momentos da situação liberal, esses ressentimentos foram expressos candidamente por um dos principais jornais republicanos do interior. Em 1879, a *Gazeta de Campinas* comemorava um linchamento ocorrido em Itu, propondo que a população colocasse “em um caixão o desfigurado cadáver do assassino”, linchado, e o enviasse “de presente ao senhor d. Pedro II, para que visse pessoalmente o resultado de seus injustos perdões”. No mesmo

período, o órgão de imprensa publicou editoriais “solicitando a instituição de leis especiais para reprimir os escravos homicidas e as pessoas livres que agissem como cúmplices dos mesmos” na perpetração furtos e quaisquer “crimes que levassem a perturbação ao interior das fazendas”, ressaltando ser a pena de açoites a “única capaz de servir de exemplo ao delinquente e aos seus colaboradores”, dado que “tudo que não fosse a volta do escravo para o poder do senhor, além de ser improfícuo, teria péssimas consequências” (Pirola, 2018; Queiroz, 2008).

No âmbito da política formal, a radicalização da atuação conservadora também precisa ser compreendida tendo em vista, de um lado, a aproximação da campanha para a eleição geral, que deveria ocorrer necessariamente em 1885 (passados quatro anos da anterior). Mais profundamente, o recrudescimento da questão servil e a atuação cada vez mais organizada e nacionalizada do abolicionismo, que contava com o apoio tácito ou declarado de membros relevantes da coalizão governista – dentre os quais o próprio ministro da Justiça, cujo chefe político, o senador Dantas, era também o líder da ala abolicionista do Partido Liberal – assombrava os conservadores e os setores da lavoura dos quais se arvoravam em porta-vozes. Nesse contexto, a libertação do Ceará, ocorrida no primeiro semestre de 1884 e promovida pela aliança entre o presidente liberal da província – pertencente ao grupo político de Dantas e nomeado pelo ministro do Império, o deputado sul-rio-grandense e abolicionista Francisco Antunes Maciel – e lideranças do abolicionismo, ao passo que movimentações similares ocorriam no Amazonas e no Rio Grande do Sul, podia ser encarada como um prenúncio do que estava por vir a nível nacional, caso o Partido Liberal seguisse no poder (Alonso, 2015).

Assim, se os liberais desarmavam a autoridade e promoviam a “anarquia”, precisava ficar evidente ao eleitorado dos distritos rurais que os conservadores eram os únicos a verdadeiramente representar os interesses do “país real”, alcunha por eles dada à grande lavoura escravista. Tais interesses não envolviam, como explicitou Andrade Figueira, o aumento dos salários dos magistrados e empregados da justiça, nem o arbítrio do governo na sua nomeação e, muito menos, as concessões ao abolicionismo, mas “atender às condições de vida e segurança dos cidadãos em geral”, armando “a autoridade dos meios de ação para bem cumprir sua missão” e pondo “em execução a lei do recrutamento para obrigar a parte turbulenta da nossa sociedade a tomar o hábito do trabalho” (ACD. 7/5/1884).

Hasteando tais bandeiras e inspirados no exemplo das minorias conservadoras das assembleias provinciais – e na própria atuação da dissidência de 1871 –, a oposição passou a adotar a tática de abandonar o plenário da Câmara, negando, desta forma, quórum às discussões. A iniciativa partiu de Andrade Figueira que, durante a discussão do orçamento do Ministério da Fazenda, acusou os governistas de votarem seguidos encerramentos aos debates e o presidente da Câmara de ignorar requerimentos dos conservadores, tentando calar a oposição. Sendo o objetivo liberal a instauração de uma “ditadura financeira”, acusou Figueira, ele convidou, em um ato teatral, seus correligionários a abandonarem o salão da Câmara, impedindo a continuidade dos trabalhos. Em seguida, os opositores – dentre os quais um punhado de dissidentes liberais – publicaram uma “carta à nação” na imprensa, acusando o governo de “atropelo formal do regimento da câmara dos Srs. deputados”, ilustrado no “esbulho da liberdade de discussão”.

O procedimento da minoria foi duramente criticado pelo deputado liberal baiano César Zama, que se declarou incrédulo “do espetáculo tão novo e tão estranho, que não sei como qualificá-lo, sobretudo quando tal espetáculo nos é dado pelo partido que se intitula neste país – o partido da autoridade e da ordem”. O regimento, lembrou Zama, determinava que, em segunda discussão (estágio no qual se encontrava o projeto de lei de orçamento), “a câmara

na sua sabedoria” podia solicitar o encerramento do debate de “qualquer assunto que esteja submetido à sua apreciação, na ocasião que mais conveniente lhe parecer”. Assim, a única explicação para a atitude da oposição era a execução de “um plano de campanha, há muitos dias talvez premeditado (*apoiados*), e para o qual ainda não tinham encontrado ocasião oportuna”. Não podendo prevalecer numericamente, seguiu Zama, “o partido da ordem tornou-se hoje faccioso; a minoria quis impor à maioria a sua vontade”, recordando não ser a primeira ocasião em que Paulino de Sousa e Andrade Figueira adotavam tal procedimento:

Não é o Sr. conselheiro Lafaiete o primeiro que tenha sido vítima de uma tática semelhante (*apoiados*), abra-se a história de um passado bem recente, e ver-se-á que o Visconde do Rio Branco, que era um dos homens mais notáveis deste país (*muitos apoiados*), conservador na aparência, mas com as ideias mais adiantadas [...], quando se tratava de uma lei que devia encher de vergonha àqueles que lhe fizessem oposição, pois que se tratava de acabar com a escravidão, de uma lei que merece hoje a qualificação de lei áurea (*apoiados*), os nobres conservadores procederam da mesma forma por que procedem hoje (*apoiados*), batendo covardemente em retirada para que se não votasse essa lei (*Apoiados.*) (ACD. 27/5/1884)

A liderança conservadora escolheu um momento particularmente delicado para a adoção da tática obstrucionista, tendo em vista que conflitos internos grassavam no ministério, que passava por uma reorganização. Em meio à fragilidade ministerial e ao impasse parlamentar, ocorreu a eleição do presidente da Câmara dos Deputados, em que o candidato governista auferiu apenas dois votos a mais que um liberal dissidente, sustentado pelos conservadores (59 votos contra 57). Ficando evidente que, apesar de contar com maioria, o gabinete não dispunha de números para dar quórum às sessões – o que foi confirmado por uma moção de confiança apresentada por Cézar Zama, em cuja votação o ministério angariou sessenta sufrágios, contra 56 dos oposicionistas –, Lafaiete pediu demissão ao imperador (ACD. 3/6/1884).⁹

Se esperavam que a Coroa optasse pela indicação de um chefe de gabinete conservador – Paulino de Sousa à frente –, seguida da dissolução da Câmara e convocação de eleições, os oposicionistas tiveram uma amarga surpresa quando o imperador, consultando diversos chefes liberais, escolheu respeitar a maioria formada pela primeira eleição direta do país e indicou o senador Dantas à presidência do Conselho, uma demonstração de que parte significativa da elite política estava ciente de que a surdez institucional à radicalização da questão servil não era uma opção (Alonso, 2015, cap. 7).

Para além das políticas cogitadas no programa do ministério Lafaiete – a restrição ao tráfico interprovincial de escravos, já de fato implementada pelos legislativos de diversas províncias, e a ampliação do fundo de emancipação –, o programa de Dantas previa medidas que ultrapassavam consideravelmente o sistema da lei de 1871. Nele, entre outros pontos, havia menções à criação de impostos adicionais sobre a propriedade servil para encorpar o fundo de emancipação, à libertação incondicional (sem indenização) de todos os escravos maiores de sessenta anos e à promulgação de uma nova lei de locação de serviços (ACD. 9/6/1884).

O projeto emancipacionista, apresentado à Câmara pelo filho de Dantas, Rodolfo Epifânio de Sousa Dantas, e subscrito por quase três dezenas de deputados liberais – inclusive seu autor, o afilhado do presidente do Conselho, Rui Barbosa –, incorporava algumas das bandeiras do

9 Para que uma sessão tivesse quórum, precisavam estar presentes mais da metade dos deputados, em um total de 125.

abolicionismo. O texto previa, dentre diversas disposições, a realização de nova matrícula de todos os escravos do Império e fixava o valor da propriedade servil por faixa etária. Criava, ainda, onerosos impostos sobre essa propriedade e sobre sua transmissão – via herança e outras transações –, além de vetar a penhora e os escritórios de compra e venda de escravizados.

Os libertos sexagenários – libertados incondicionalmente – poderiam escolher permanecer na companhia de seus senhores ou aos cuidados do Estado. Os libertos pelos outros mecanismos do projeto – como o fundo de emancipação, a ausência de matrícula e a transgressão de seu domicílio legal – teriam sua movimentação limitada e suas relações de trabalho tuteladas pelo Estado. Os libertos eram obrigados a encontrar ocupação, mas os contratos de trabalho seriam regulados por juntas presididas pelos juízes de direito, ao passo que os juízes de paz julgariam (entre outros quesitos) as questões salariais entre empregados e empregadores, sempre com recurso aos juízes de direito. Aos libertos que não pudessem se “empregar em estabelecimentos e casas particulares” e aos ingênuos – nascidos de ventre livre, a partir da lei de 1871 – que assim desejassem, o governo estabeleceria “colônias agrícolas”, em cujos regulamentos ficariam previstas regras para a “conversão gradual do foreiro ou rendeiro do Estado em proprietário dos lotes de terra que utilizar a título de arrendamento” (ACD. 15/7/1884).

Trocando em miúdos, essa “transação abolicionista” (nas palavras de Rui Barbosa) previa o progressivo reconhecimento da cidadania formal dos egressos da escravidão e os incluía em uma cultura jurídica que os enxergava como sujeitos de direito, dando ainda mais centralidade ao Estado – em especial ao Poder Judiciário – na gradual superação do escravismo, que tentava a partir da aplicação de preceitos liberais e abolicionistas, com algumas concessões às preocupações “ordeiras” da lavoura. Estas concessões, contudo, pareciam distantes de satisfazer as “classes conservadoras” e seus representantes no parlamento, que atuaram para impedir que o projeto fosse dado à discussão e, mais ainda, que fosse o eixo da eleição geral que se avizinhava, tornando a questão servil uma questão explicitamente político-partidária, rompendo, assim, o suposto compromisso cimentado pela lei de 1871.

Tentando desatar esse nó, Dantas e seus aliados fizeram de tudo para que a oposição apresentasse uma moção de desconfiança que efetivamente mencionasse a questão servil, evidenciando à Coroa que cabia ao país se manifestar sobre o tema, como forma de superar o impasse parlamentar. O sucesso do estratagema, que redundou na dissolução da Câmara – após votação de moção de desconfiança de autoria de um liberal dissidente –, frustrou profundamente os opositores (ACD. 28/7/1884). Isto ficou indicado na troca de correspondência entre dois pilares do escravismo no Partido Conservador, o então deputado fluminense Francisco Belisário Soares de Sousa e seu primo, Paulino de Sousa:

[...] para mim é impossível a monarquia constitucional. A comédia tem durado muitos anos e não é possível prosseguir mais com o consentimento e aprovação daqueles que nela não acreditam.

A esperança que eu depositava no resultado da eleição desapareceu. O Imperador quer e está acabado. Dantas faz tudo a um tempo – aprovação de seu projeto servil e a desmoralização da eleição. Nossos pais supuseram que se guardaria a ordem constitucional transigindo com o Imperador, eis o resultado final de tantas esperanças – a maior indignidade imaginável no poder (Belisário, 1885).

Na nova legislatura, contudo, que contava com uma restrita maioria liberal – cortada por pequena, mas decisiva, dissidência liderada pelo deputado mineiro Afonso Augusto Moreira

Pena –, os conservadores teriam sucesso em reproduzir e aprimorar a tática obstrucionista ensaiada durante o gabinete Lafaiete. Sem conseguir dar à discussão seu projeto, o ministério Dantas acabou derrotado, na Câmara, por apenas dois votos, em questão de confiança no qual era apontado como incapaz de manter a “ordem e a segurança pública”, em meio a intensos protestos populares contra o obstrucionismo conservador (ACD. 4/5/1885).

O diploma finalmente aprovado, já sob o governo do barão de Cotegipe – que tinha Paulino de Sousa como seu principal pilar, contando com Francisco Belisário na pasta da Fazenda e Antônio Prado, na Agricultura – e conhecido como Lei dos Sexagenários, dentre outras mudanças profundas, restringia o papel da justiça no processo de emancipação, dando mais destaque às autoridades policiais, setor da administração pública que sofreu uma “derrubada” sem precedentes no contexto da transição política (Lei nº 3.270, 28/9/1885; *The Rio News*, 15/10/1885).¹⁰ O projeto de reforma judiciária, por sua vez, jamais seria dado à discussão na câmara vitalícia.

6. Considerações finais

Durante a discussão do projeto de reorganização judiciária, apresentado à Câmara dos Deputados em junho de 1883, o deputado fluminense Andrade Figueira – que, como vimos, era um dos principais porta-vozes da oposição conservadora na casa – disparou, da tribuna, um repto à proposta do governo liberal que também poderia ser encarado como ameaça, quando não prenúncio do que estava por vir:

O SR. ANDRADE FIGUEIRA diz que, contudo, não pode dar à magistratura, que a proposta do governo prepara, um real de aumento; ao contrário, se dependesse do voto do orador negar-lhe recursos para que ela se exercesse, negá-lo-ia de bom grado. (*Oh! Oh!*) Para uma magistratura cujos cargos o governo pretende encher de protegidos, sem tirocínio, por mero arbítrio, o orador negaria recursos até para pagar-lhe as despesas de um ano em verbas de orçamento (ACD. 21/8/1883).

A declaração de Figueira era um sinal explícito de que a atuação da oposição conservadora, em meio a um clima de profunda polarização, caminhava para se tornar fundamentalmente obstrucionista. Para o liberal Cândido de Oliveira, líder da maioria e relator das comissões reunidas de justiça civil e criminal da Câmara, responsáveis por dar parecer ao projeto reformista, era evidente que o bloqueio à atividade legislativa tinha como cerne os interesses puramente partidários dos conservadores, que, cada vez mais destoantes dos da maioria da nação, impediam a ordem a ignorar as regras do sistema representativo, com as vistas fixadas nos espólios deixados pelos liberais, uma vez que fossem bem-sucedidos em derrubá-los:

S. Ex. o que quer é que nada se faça. Segundo a norma que a si mesmo traçou ao entrar para o parlamento, o partido liberal deve manifestar a sua permanência no poder por uma longa e tremenda esterilidade. S. Ex. quer que o partido liberal não se imponha à consideração nacional pelo cumprimento de nenhuma das suas promessas feitas em oposição.

O orador compreende perfeitamente esse modo de ver do nobre deputado. Sem dúvida os conservadores que neste país têm muitas vezes tomado o papel de liberais, ope-

¹⁰ Calculava-se em cerca de dois mil o número de agentes policiais demitidos nas primeiras semanas da situação conservadora.

rando reformas que lhe são impostas pela torrente democrática, pois, mau grado seu se viram obrigados a iniciar a reforma do elemento servil, a desarmarem a polícia, a desorganizarem o foro, a extinguirem o recrutamento, a tornar a guarda nacional uma sinecura dourada, os conservadores que em todas as suas reformas têm deixado infiltrar-se o sentimento liberal, porque é o sentimento da nação brasileira, devem querer que o partido liberal não realize nenhuma reforma. Amanhã SS. EEx. serão poder e então encontrarão a legislação para alterar, reformar e corrigir. O orador tem, porém, muito medo das ideias liberais vazadas na legislação pelo molde conservador.

Nessas reformas há apenas a cor liberal; são reformas mancas, defeituosas, nulas que no dia seguinte ao da sua publicação reclamam revisão. Haja vista a lei de 1871. Aí está a reforma judiciária organizada pelo partido conservador (ACD. 22/8/1883).

As asserções de Oliveira sobre os planos da oposição podiam estar corretas, mas não era exato que Andrade Figueira e seu chefe político, Paulino de Sousa, nutrissem qualquer pretensão de tomar o “papel de liberais” e realizar reformas “impostas pela torrente democrática”. Pelo contrário, seu obstrucionismo provavelmente decorria do diagnóstico de que, efetivamente, suas bandeiras cada vez mais perdiam lastro social. Autoproclamados representantes do “país real” – que nada mais era do que a grande propriedade escravista e seus associados –, sua missão era a reversão da tendência de liberalização institucional que então se consolidava.

Com efeito, a crescente ingerência do Estado imperial nas relações privadas, encarada como uma espécie de virada autoritária por essa ala mais reacionária da elite política, era recebida com particular contrariedade nas áreas em que se concentravam os (ainda muito influentes) interesses escravistas. A gradual neutralização das prerrogativas senhoriais e o reconhecimento, mesmo que sinuoso, dos escravizados como sujeitos de direito, gerava ressentimentos nessas localidades do meio rural onde a face familiar do aparato estatal era frequentemente a de uma autoridade judiciária. A cizânia anti-institucional entre as “classes conservadoras” era notável particularmente no Centro-Sul, aprofundando-se na medida em que avançava a “torrente democrática”, isto é, a permeabilidade do Estado às reivindicações e expectativas de setores previamente marginalizados.

Assim, quando, em meados da década de 1880, a expectativa da aprovação de leis destinadas a apressar a emancipação dos escravos e viabilizar sua gradual integração, como cidadãos, à sociedade no pós-abolição se aliou à perspectiva de uma profunda reorganização e ampliação do escopo de atuação do Poder Judiciário, sob a direção do Partido Liberal, esses ressentimentos deram ensejo a uma insurgência conservadora que, em contraposição à “liberdade organizada”, defendida por Cândido de Oliveira e seus aliados, passou a encarar a própria autoridade pública como uma ameaça à ordem, se mostrando disposta a romper com a legalidade. Era uma inflexão digna de nota.

7. Referências

7.1. Fontes

a) Legislação

Colecção das Leis do Império do Brasil, 1824-1889. Disponível em: <https://www2.camara.>

leg.br/atividade-legislativa/legislacao/colecao-anual-de-leis

b) Poder Executivo

RELATORIO (1882) apresentado á Assembléa Geral Legislativa na primeira sessão da decima oitava legislatura pelo Ministro e Secretario de Estado dos Negocios da Justiça Conselheiro de Estado Manoel Pinto de Souza Dantas. Rio de Janeiro: Typographia Nacional. Disponível em: <http://ddsnext.crl.edu/titles?f%5B0%5D=-collection%3ABrazilian%20Government%20Documents&f%5B1%5D=grouping%3AMinisterial%20Reports>

RELATORIO (1883) apresentado á Assembléa Geral Legislativa na terceira sessão da decima oitava legislatura pelo Ministro e Secretario de Estado dos Negocios da Justiça Conselheiro João Ferreira de Moura. Rio de Janeiro: Typographia Nacional. Disponível em: <http://ddsnext.crl.edu/titles?f%5B0%5D=collection%3ABrazilian%20Government%20Documents&f%5B1%5D=grouping%3AMinisterial%20Reports>

c) Poder Legislativo

Annaes do Parlamento Brasileiro. Camara dos Srs. Deputados (ACD), 1878-1885. Disponível em: <https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/2>

Annaes do Parlamento Brasileiro. Senado (AS), 1878-1885. Disponível em: https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/asp/IP_AnaisImperio_digitalizados.asp

d) Correspondência privada

BELISÁRIO, Francisco (1885). Carta ao conselheiro Paulino José Soares de Sousa criticando a posição atual da Monarquia Constitucional, além de tratar de outros assuntos políticos envolvendo o imperador. Petrópolis, 25 de janeiro de 1885, 4 p. Orig. Ms. Biblioteca Nacional. 63,04,002 n° 105.

e) Imprensa

The Rio News, 15 de outubro de 1885. Disponível em: <http://bndigital.bn.gov.br/hemeroteca-digital/>

f) Publicadas

JAVARI, Barão de (1979). *Organizações e programas ministeriais: regime parlamentar no Império*. 3. ed. Brasília: Departamento de Documentação e Divulgação.

MELO, Américo Brasiliense de Almeida e (1979). *Os programas dos partidos e o Segundo Império*. Brasília: Senado Federal; Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa.

OTONI, Cristiano Benedito (1983). *Autobiografia*. Brasília: Editora Universidade de Brasília.

7.2. Bibliografia

- ALONSO, Angela (2015). *Flores, votos e balas: o movimento abolicionista brasileiro (1868-1888)*. São Paulo: Companhia das Letras.
- COSTA, Vivian Chieregati (2013). *Codificação e formação do Estado-nacional brasileiro: o Código Criminal de 1830 e a positivação das leis no pós-Independência*. Dissertação de mestrado em Culturas e Identidades Brasileiras, Instituto de Estudos Brasileiros, Universidade de São Paulo. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/31/31131/tde-04112013-164930/pt-br.php>
- COSTA, Emília Viotti da (1966). *Da senzala à colônia*. São Paulo: DIFEL.
- DANTAS, Monica Duarte (2021). Administração da Justiça, ordem do processo e embates políticos no Império do Brasil (1826-1832). In: DANTAS, Monica Duarte; BARBOSA, Samuel (org.) *Constituição de poderes, constituição de sujeitos: caminhos da história do Direito no Brasil (1750-1930)*. São Paulo: Instituto de Estudos Brasileiros, pp. 38-61.
- DANTAS, Monica Duarte (2020). O Código do Processo Criminal e a reforma de 1841: dois modelos de organização dos poderes. *História do Direito: RHD*. Curitiba, v. 1, n. 1, jul.-dez., pp. 96-121. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/historiadodireito/article/view/78722>. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/hd.v1i1.78722>
- DANTAS, Monica Duarte (2017). *Uma nação verdadeiramente livre: a organização judiciária e a ordem do processo criminal no Império do Brasil (1826-1832)*. Tese de livre-docência, Instituto de Estudos Brasileiros, Universidade de São Paulo, 2 v.
- DOLHNIKOFF, Miriam (2005). *O pacto imperial: origens do federalismo no Brasil*. São Paulo: Globo.
- GRAHAM, Sandra Lauderdale (2011). O Motim do Vintém e a cultura política do Rio de Janeiro, 1880. In: DANTAS, Monica Duarte (org.). *Revolutas, motins, revoluções: homens livres pobres e libertos no Brasil do século XIX*. São Paulo: Alameda, pp. 485-510.
- HOLANDA, Sérgio Buarque de (1977). *História Geral da Civilização Brasileira*. Tomo II: *O Brasil Monárquico*. Vol. 5: *Do Império à República*. 2ª ed. São Paulo: DIFEL.
- HÖRNER, Erik (2011). Cidadania e insatisfação armada: a “Revolução Liberal” de 1842 em São Paulo e Minas Gerais. In: DANTAS, Monica Duarte (org.). *Revolutas, motins, revoluções: homens livres pobres e libertos no Brasil do século XIX*. São Paulo: Alameda, pp. 329-354.
- KOERNER, Andrei (1999). *Habeas-corpus, prática judicial e controle social no Brasil (1841-1920)*. São Paulo: IBCCrim.
- KOERNER, Andrei (1998). *Judiciário e cidadania na constituição da República Brasileira*. São Paulo: Hucitec / Departamento de Ciência Política, USP.

- LIMA, Lana Lage da Gama (1981). *Rebeldia negra e abolicionismo*. Rio de Janeiro: Achiamé.
- MACHADO, Maria Helena (2010). *O plano e o pânico: os movimentos sociais na década da abolição*. 2. ed. São Paulo: Edusp.
- NEEDELL, Jeffrey D. (2006). *The party of order: the conservatives, the state and slavery in the Brazilian monarchy, 1831-1871*. Stanford, California: Stanford University Press.
- PANG, Laura (1981). *The State and Agricultural Clubs of Imperial Brazil, 1860-1889*. Tese de doutorado em História, Universidade Vanderbilt.
- PIROLA, Ricardo Figueiredo (2018). A lei de Lynch no ocaso da escravidão: linchamentos, justiça e polícia (1878-1888). In: OSÓRIO, Helen; XAVIER, Regina Célia Lima (org.). *Do tráfico ao pós-abolição: trabalho compulsório e livre e a luta por direitos sociais no Brasil*. São Leopoldo: Oikos, pp. 454-480.
- PIROLA, Ricardo Figueiredo (2015). *Escravos e rebeldes nos tribunais do Império: uma história social da lei de 10 de junho de 1835*. Rio de Janeiro: Arquivo Nacional.
- QUEIROZ, Jonas Marçal de (2008). Escravidão, crime e poder: a “rebeldia negra” e o processo político da abolição. *Revista de História Regional*, 13(2), pp. 7-45. Disponível em: <https://revistas2.uepg.br/index.php/rhr/article/view/2269>
- RIBEIRO, Filipe Nicoletti (2018a). A “Constituinte constituída”: o Poder Moderador, o ministério Sinimbu e o Parlamento nos antecedentes da adoção da eleição direta no Império do Brasil (1878-1880). *Almanack*. Guarulhos, n. 20, pp. 242-265. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/alm/a/qdTydsGcdPTRwFXFTLgMWqG/?lang=pt>. DOI: <https://doi.org/10.1590/2236-463320182011>.
- RIBEIRO, Filipe Nicoletti (2018b). Partidos e eleições no Império do Brasil: o caso da Lei Saraiva. *R. IHGB*, a. 178 (477): 73-106, maio/ago. Disponível em: <https://www.ihgb.org.br/revista-eletronica/artigos-477/item/108617-partidos-e-eleicoes-no-imperio-do-brasil-o-caso-da-lei-saraiva.html>.
- YOUSSEF, Alain El (2019). *O Império do Brasil na segunda era da abolição, 1861-1880*. Tese de doutorado em História Social, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8138/tde-30042019-191619/pt-br.php>

Data de Recebimento: 02/04/2022

Data de Aprovação: 01/06/2022

HISTÓRIA DO DIREITO

«Perils of the Sea»:

Ibridazioni tra assicurazione marittima e *Law of Nations* nell'esperienza statunitense tra sette e ottocento

“Perils of the Sea”:

Hibridações entre seguro marítimo e Law of Nations na experiência estadunidense entre os séculos XVIII e XIX

“Perils of the Sea”:

Hybridizations between maritime insurance and Law of Nations in the American experience between the 18th and 19th centuries

Marco Sabbioneti¹

¹ Università degli Studi di Firenze. ORCID: 0000-0001-9279-7624.

RIASSUNTO

La ricostruzione in chiave storica delle complesse relazioni esistenti tra marine insurance e admiralty law nel contesto nord-americano durante il XIX secolo consente di far luce sul rapporto che lega lo *ius gentium* ad ambiti cruciali del diritto interno, quali il diritto commerciale e la disciplina del commercio internazionale. All'esito di tale indagine, gli Stati Uniti si rivelano uno dei contesti storici privilegiati per l'affermazione e lo sviluppo della teoria del primato del diritto internazionale. La tesi favorevole all'esistenza di un rapporto gerarchico-funzionale tra norme di diritto internazionale e norme di diritto interno trova, nella complessa vicenda storica esaminata, una significativa conferma.

PAROLE-CHIAVE: Marine Insurance; Admiralty Law; Neutralità; Regola di guerra; Teoria monistica.

RESUMO

A reconstrução histórica das complexas relações existentes entre o seguro marítimo e o direito do almirantado no contexto norte-americano durante o século XIX permite lançar luz sobre a relação que liga o *ius gentium* a áreas cruciais do direito interno, como o direito comercial e a regulação do comércio internacional. Como resultado desta investigação, os Estados Unidos revelam-se um dos contextos históricos privilegiados para a afirmação e desenvolvimento da teoria do primado do direito internacional. A tese a favor da existência de uma relação hierárquica-funcional entre normas de direito internacional e normas de direito interno encontra significativa confirmação no complexo evento histórico examinado.

PALAVRAS-CHAVE: Marine Insurance; Admiralty Law; Neutralidade; Direito de Guerra; Teoria monística.

ABSTRACT

The historical reconstruction of the complex relations existing between marine insurance and admiralty law in the North American context during the nineteenth century allows us to shed light on the relationship that links *ius gentium* to crucial areas of domestic law, such as commercial law and the regulation of international trading. As a result of this investigation, the United States turns out to be one of the privileged historical contexts for the affirmation and development of the theory of the primacy of international law. The thesis in favor of the existence of a hierarchical-functional relationship between rules of international law and rules of domestic law finds significant confirmation in the complex historical event examined.

KEYWORDS: Marine Insurance; Admiralty Law; Neutrality; War Rule; Monistic Theory.

1. Nella seduta del 10 Marzo del 1806, il commerciante di Baltimora e senatore repubblicano Samuel Smith prende la parola e pronuncia un discorso lungo e appassionato. Oggetto dell'intervento di Smith è la denuncia delle aggressioni perpetrate dal Regno Unito contro le navi mercantili americane². A un tratto, a mò di *coup de théâtre*, dopo aver denunciato la radicale illegittimità della regola di guerra, Smith tira fuori un libro, che si è portato dietro in vista della seduta parlamentare, e lo mostra ai suoi colleghi. L'ostensione è subito accompagnata da una presentazione che non dissimula affatto l'opinione dell'oratore: è un libro scritto per eccitare i pregiudizi e i sentimenti del popolo inglese, «a book eminently calculated to seduce and deceive the good people of England». Il libro in questione è *A War in Disguise* di James Stephen³. Gli argomenti utilizzati da Smith per smontare le tesi formulate dal fiero avvocato britannico sono di un certo interesse, poiché in essi gioca un ruolo significativo la questione assicurativa, il cui intreccio con le vicende storiche del diritto internazionale appare quanto mai fecondo.

Per comprendere l'orizzonte nel quale si colloca la polemica a distanza tra i due accesi patrioti, occorre tener presente che il Congresso, con un provvedimento del 22 Febbraio 1805, aveva eliminato qualsiasi forma di imposizione fiscale sui beni espressamente destinati alla riesportazione, cancellando il prelievo sino ad allora previsto, pari al 3,5% del valore complessivo della merce trasportata.⁴ Agli occhi della controparte britannica, tale riforma rappresentava il riconoscimento implicito di una prassi ormai consolidata, nella quale le importazioni fittizie costituivano la regola.

Stephen, infatti, sostiene che al momento dell'arrivo di una spedizione destinata alla riesportazione questa può essere scaricata e stoccata sul suolo americano senza che sia dovuta alcuna imposta, essendo sufficiente l'impegno formale a corrispondere le tasse dovute in caso di mancata riesportazione. Dalla circostanza che esista la possibilità di soddisfare l'obbligazione tributaria in forme alternative, egli ricava la conferma del fatto che il commerciante non

2 Il discorso di Smith è pubblicato negli *Annals of Congress, 9th Cong., 1st Sess.*, pp. 173-174.

3 James Stephen (1758-1832), parlamentare, avvocato, specializzato nella legislazione mercantile britannica, nonché, per la cronaca, futuro bis-nonno di Virginia Woolf, pubblica a inizio Ottocento un saggio polemico destinato a riscuotere un notevole successo. L'obiettivo di Stephen, tutto politico, è quello di giustificare la legittimità delle due regole introdotte dal governo e dalle corti britanniche a partire dal 1756 (regola di guerra e regola del viaggio continuo), attaccando frontalmente le prerogative riconosciute alle potenze neutrali, accusate di sfruttare le *foreign flags*, prostituendole, per combattere una guerra non dichiarata contro la Gran Bretagna. Insomma, una requisitoria in piena regola, che non impiega molto tempo a far parlare di sé e a diffondersi anche oltre oceano (Stephen, 1805).

4 Il testo in questione è il provvedimento integrativo all'«Act to regulate the collection of duties on imports and tonnage», che si può leggere negli *Acts of the Eight Congress of the United States passed at the second session, which was begun and held at the City of Washington, in the District of Columbia, on Monday, the fifth day of November, 1804, and ended on the third day of March, 1805*, p. 315 e s. Questo il testo del provvedimento: «And be it further enacted, that it shall be lawful for any ship or vessel to proceed with any goods, wares or merchandise, brought in her, and which shall in the manifest delivered to the collector of the customs, be reported as destined or intended for any foreign port or place, from the district within which such ship or vessel shall first arrive, to such foreign port or place, without paying or securing the payment of any duties upon such goods, wares or merchandise, and shall be actually re-exported in the said ship or vessel. *Provided*, that such manifest so declaring to re-export such goods, wares, or merchandise, shall be delivered to such collector within forty-eight hours after the arrival of such ship or vessel. And, *provided also*, that the master and commander of such ship or vessel shall give bond as required by the thirty-second section of the act, intituled "An act to regulate the collection of duties on imports and tonnage"».

ha alcuna intenzione di spezzare il viaggio⁵, che si tratta insomma di una importazione fittizia, insufficiente di per sé a neutralizzare la merce⁶.

Per Smith, Stephen ha preso un abbaglio; o peggio, ha travisato deliberatamente la realtà per fuorviare i suoi concittadini: l'unico modo per introdurre merci di importazione nel territorio degli Stati Uniti è attraverso lo scarico e il pagamento delle imposte doganali; non vi sono strade alternative. Il che significa che l'argomento fiscale non può essere utilizzato come prova a carico per dimostrare l'esistenza di una volontà maliziosa tendente a dissimulare una importazione fittizia. In realtà, quando una nave mercantile giunge in un porto qualsiasi degli Stati Uniti, il comandante deve necessariamente presentarsi in dogana e consegnare i documenti relativi al carico. Nel caso in cui il carico sia destinato alla riesportazione e ciò sia espressamente dichiarato nei documenti di bordo, un ispettore doganale è tenuto a restare sulla nave sino al momento della partenza e nessuna parte del carico può essere scaricata, né possono stipularsi obbligazioni aventi ad oggetto tasse di transito. Soltanto in tale ipotesi trova applicazione l'esenzione fiscale introdotta dal provvedimento del 1805.

Senonché, pochissime navi fanno ricorso a questo privilegio in tempo di guerra, ad eccezione di quelle che provengono da un Paese neutrale o dai domini coloniali britannici.

Per quale ragione?

È qui che il tema assicurativo fa la sua comparsa: i commercianti, che conoscono il *modus procedendi* della Gran Bretagna, e le cui navi giungono da porti di Paesi nemici del Regno Unito, immancabilmente effettuano lo scarico della merce, pagano le imposte doganali e vendono o rispediscono la merce in conformità alle leggi americane. Il motivo per il quale non si avvantaggiano della possibilità di rispeditare la merce senza preventivamente scaricarla, accettando addirittura di pagare imposte non dovute, è legato strettamente ai costi delle assicurazioni: avventurarsi in una riesportazione non preceduta dalla neutralizzazione del carico, li esporrebbe infatti al pagamento di polizze onerosissime, data l'alta probabilità di incorrere in un fermo e contestuale sequestro del convoglio (Smith, 1807, p. 173).

Benché appaia alquanto discutibile che l'obiezione di Smith possa ritenersi di per sé sufficiente a chiudere la diatriba in senso favorevole ai commercianti americani, ciò che in essa risulta rilevante è il riferimento alla questione assicurativa, che rappresenta il sottofondo costante del conflitto tra neutrali e potenze belligeranti in tema di commercio internazionale.

5 Per aver chiaro lo scenario nel quale si colloca la polemica a distanza tra Smith e Stephen occorre aver presenti i due principi imposti durante la Guerra dei Sette Anni dall'«isola che si fece pesce» (Ruschi, 2004/2005, p. 431), ovvero la regola di guerra e la teoria del viaggio continuo. La prima definisce come illecito il commercio neutrale su rotte che fossero precluse ai neutrali in tempo di pace; la seconda afferma invece che lo scalo in un porto neutrale non sana un viaggio che abbia per destinazione finale un porto nemico, allorché tale destinazione sia da ritenersi illecita in forza della regola di guerra o a causa dell'esistenza di un blocco navale (Mannoni, 1999, p. 217). Sulla teoria del viaggio continuo si veda Elliott, 1907.

6 «The payment of duties was the only remaining badge of the simulated intention for which the merchants had to provide; and here they found facilities from the laws of the United States, such as obviated every inconvenience. On the arrival of the cargo destined for re-exportation in the course of this indirect commerce, they were allowed to land the goods, and even put them in private warehouses, without paying any part of the duties; and without any further trouble, than that of giving a bond, with condition that if the goods should not be re-exported, the duties should be paid. On their re-shipment and exportation, official clearances were given, in which no mention was made that the cargo consisted of bonded or debentured goods, which had previously been entered for re-exportation; but the same general forms were used, as on an original shipment of goods which had actually paid duties in America. Nor was this all; for, in the event of capture and further inquiry respecting the importation into that country, the collectors and other officers were accommodating enough to certify, that the duties had been actually paid or secured to the United States» (Stephen, 1805, p. 60).

2. Negli anni difficili delle guerre napoleoniche il fenomeno assicurativo, al di là dell'Atlantico, è tutto sommato ancora giovane benché appaia interessato da un processo di rapida quanto convulsa espansione. La storiografia colloca negli anni Novanta del Settecento la fine della prima fase dello sviluppo storico-economico-giuridico del contratto di assicurazione, dominato per gran parte del XVIII secolo dalla prassi degli accordi personali, conclusi con *foreign o personal underwriters*⁷.

Tra i pionieri in materia di contratto di assicurazione figura senz'altro Francis Rawle, mercante di Philadelphia, discendente da una famiglia di quaccheri fuggiti oltre oceano per motivi di carattere religioso, al quale si deve un vivace libello, che è in realtà una guida su come far soldi e diventare ricchi e famosi nel nuovo mondo, pubblicato nel 1725 da un editore d'eccezione, Benjamin Franklin.⁸

Agli occhi di Rawle, ciò che conta per fondare la prosperità economica di una nazione è la presenza di un tessuto produttivo articolato, di una intensa attività manifatturiera, capace di generare un *surplus* di beni destinati all'esportazione. Detto altrimenti, i fattori che spiegano la ricchezza di un Paese sono tre: produzione manifatturiera, commercio, navigazione. In questa prospettiva, elementi certamente importanti quali l'estensione del territorio, la fertilità del suolo, il numero degli abitanti, la presenza di una moneta avente corso legale, non sono altro che presupposti necessari ma di per sé non sufficienti ad assicurare il benessere e la felicità di uno Stato e dei suoi cittadini.⁹ Il che significa che un Paese è prospero e i suoi abitanti possono dirsi effettivamente ricchi e felici nella misura in cui la bilancia commerciale sia in attivo (Rawle, 1725, p. 12).

A partire da questa premessa, dopo aver passato in rassegna i vari settori produttivi, segnalandone gli elementi di forza e i punti di debolezza, l'autore termina la sua riflessione sottolineando la necessità di introdurre strumenti giuridici volti a garantire la stabilità dei traffici commerciali. È necessario *in primis* minimizzare i rischi oggettivi insiti in tale attività mediante la creazione di un *Insurance-Office*. L'idea è quella di dar vita a un organo apposito, a un ufficio alimentato da un fondo, a sua volta legato all'ufficio prestiti, una struttura «erected and supported by a fund arising out of the Loan-Office» (Rawle, 1725, p. 63). Insomma, una creatura ibrida, ancora puramente embrionale, ma di cui è ben chiara la funzione. Si tratta del resto di una posizione pionieristica elaborata in anni in cui il modello di riferimento è anco-

7 Cfr. Rothers, 2004, in particolare p. 612 e s. Il modello di riferimento è senz'altro la *coffee house* fondata negli anni Ottanta del XVII secolo da Edward Lloyd nei pressi di Tower Street, trasferita in seguito (1691) in Lombard Street non lontano dal *General Post Office*. Le *coffee houses* erano locali molto in voga, tipicamente britannici, luoghi di incontro a buon mercato per gentiluomini desiderosi di rilassarsi in un'atmosfera accogliente, discorrendo di politica e di affari. Ciò spiega l'enorme successo della *coffee house* fondata da Edward Lloyd la cui celebrità, nel giro di pochi anni, si diffonde in ogni angolo dell'impero: «The rooms at Lloyd's were heavy with the elegant aroma of coffee, thick smoke, and the chatter of men sharing the latest intelligence concerning shipping. In 1696 Lloyd took an important step towards making his coffee house as the center for information. He inaugurated *Lloyds News*, a thrice-weekly newspaper carrying the latest foreign and domestic intelligence as well as shipping advice. By the turn of the eighteenth century, Lloyd's Coffee House had become an institution, raising Edward Lloyd to an exalted station far above that of a simple coffee-house proprietor. His shop was one of the most important maritime marts of the empire» (Fowler Jr., 1997, p. 154).

8 Si tratta di Rawle, 1725.

9 La vicenda spagnola illustra in modo esemplare per Rawle il declino cui può andare incontro un paese ricco e favorito dalla natura nel caso in cui in esso non sia riuscito a svilupparsi un adeguato ceto mercantile (Rawle, 1725, p. 9).

ra quello delle polizze sottoscritte da individui o associazioni composte da membri danarosi dell'alta borghesia cittadina¹⁰.

Il primo tentativo di dar vita a un sistema assicurativo fondato sul meccanismo delle sottoscrizioni private di cui abbiamo evidenza certa nelle fonti disponibili risale al 1739, allorché nelle edizioni dell'11, 18 e 25 dicembre del *The New England Weekly Journal* compare il seguente annuncio:

Notice is hereby given to all Merchants, Traders and Others, that a certain Number of Gentlemen of this Town, of good Estates, are agreed and ready to make Insurance upon any Vessels or Cargoes, or both in a lawful Trade. For which Purpose at the Desire of the said Gentlemen, Attendance will be given by Benjamin Pollard Notary Publick, at his Office on the South Side of the Town House in Boston; where all fair Policy's of Insurance will be underwritten, at reasonable Premiums¹¹.

L'esperimento di Pollard¹² ha vita breve: il 28 ottobre del 1745, un annuncio pubblicato sul *The Boston Evening Post* comunica la cessazione dell'attività.

È qui che entra in scena ufficialmente Joseph Marion. Il padre di Joseph, John jr., aveva fatto fortuna rilevando la professione di ciabattino esercitata dal nonno, stabilitosi nel Massachusetts nel 1643, e aveva finito per divenire un esponente illustre della vita politica cittadina. Fin da subito, Joseph si rivela assai più portato per le lettere e per gli studi giuridici che per l'attività artigianale svolta dagli avi. Dopo essersi fatto notare grazie ad alcuni versi composti in occasione del compleanno della Regina Anna, viene nominato segretario del governatore generale della provincia, e nel 1720 apre un ufficio per la copia e la redazione di documenti giuridici, svolgendo di fatto le funzioni di *Notary Publick*¹³. La prima fonte certa di cui disponiamo che ci consente di legare formalmente il nome di Marion alla storia delle assicurazioni nel Nuovo Mondo è rappresentata dall'annuncio pubblicato nel dicembre del 1745 sulle colonne del *The Boston Evening Post*:

The Public is hereby advertised, that the Insurance Office first opened in Boston, Anno Dom. 1724, by Joseph Marion, Notary Publick is still held, and kept by him on the North Side of the Court House, near the head of King Street, where the Money upon the bottom of Ships and Vessels may also be obtained for a reasonable premium; which Affair of Merchandize as well as other Clerkship, the Trading and others may be by him fur-

10 «In the beginning of the business of marine insurance in this country, it was usually effected by policies to which individuals subscribed their names, each one being responsible for the sum set against his name, and no more. It was very common for some person to establish an office as insurance broker or agent. To this office merchants resorted who wished to insure others or to be insured. If one applied to the broker, stating the ship or cargo on which he desired insurance, and the voyage, or time, these were written at the head of a sheet which was laid upon the broker's table. Between him and the assured a premium was agreed upon, and this also was designated. Then he and another of those who were willing to insure such property on such terms wrote their names upon the sheet under the heading above mentioned, stating also the amount which they were willing to insure; and this continued until names enough were subscribed to fill out the whole amount which the insured desired to cover», (Parsons, 1868, p. 14).

11 Cfr. *Reports of 1888-1900, with an Account of the early Insurance Offices in Massachusetts, from 1724 to 1801*, Boston, 1901, cit., p. 31.

12 La particolarità del metodo scelto da Pollard era di individuare *ex ante* un *pool* di possibili sottoscrittori cui proporre l'investimento, laddove, al contrario, la prassi generalmente adottata era quella di esporre la polizza debitamente compilata in bella vista in attesa delle sottoscrizioni degli interessati (Fowler Jr., 1997, p. 158).

13 Cfr. *Reports of 1888-1900*, cit., p. 28 e s.

nished, with Fidelity and Dispatch¹⁴.

Come si vede, il testo fa riferimento a una attività assicurativa già *in fieri* inaugurata nel 1724 dallo stesso Marion, della quale tuttavia non vi è traccia nelle fonti di archivio dell'epoca. Quel che è certo, però, è che Marion era già attivo nel settore assicurativo, come dimostra il tentativo sfortunato di dar vita a un sistema di assicurazioni contro l'incendio, risalente alla fine degli anni Venti. Il 18 novembre del 1728 la *Boston News-Letter* dà conto di tale iniziativa, con un trafiletto che si rivela prezioso, poiché illustra assai bene la genesi e il funzionamento del fenomeno assicurativo in una fase storica ancora palesemente aurorale:

Whereas a scheme is projected for the erecting an Insurance Office for Houses and Household Goods from Loss and Damage by Fire in any part of the Province of the Massachusetts Bay, by the name of the New England Sun Fire-Office of Boston that will tend to the public Good and general security, by preserving many families from utter Ruin and Impoverishment which otherwise might ensue from such Calamities; and for want of such an Office the Town of Boston in particular has in times past greatly suffered: and as many persons seem well inclined and disposed to so universal a Good: these are therefore to notify all such Persons as are desirous to promote and encourage a Work of such Publick Good, Benefit and Safety to the Inhabitants of this Province in General, by their becoming undertakers therein that the said Scheme or proposal may be seen at the Office of Mr. Joseph Marion on the North Side of the Court House or Exchange in Boston, where the said affair may be further conferred upon; and constant Attendance will be given at the said Marion's Office from Ten to Twelve of the Clock daily for the Space of Two Months from the Date hereof for that Purpose¹⁵.

Come risulta evidente, il modello prescelto è ancora quello classico dei *private underwriters*: Marion invita i concittadini danarosi, disposti a contribuire al benessere e alla sicurezza degli abitanti del Massachusetts e desiderosi di impiegare i propri capitali in un'attività a carattere speculativo a proporsi come *underwriters* di polizze assicurative aventi ad oggetto la copertura contro i danni da incendio.

Non stupisce affatto che sia così. È sufficiente un semplice sguardo ad alcuni elementi fattuali per consentirci di comprendere, al contempo, il contesto storico-sociale nel quale si afferma il fenomeno assicurativo e di giustificare la relativa lentezza di tale sviluppo¹⁶. Il dato demografico è certamente il primo elemento che salta all'occhio: nel 1724, la popolazione di Boston non supera gli 8.000 abitanti, mentre, nel 1764-1765, anno del primo censimento coloniale, la popolazione ammonta a soli 15.520 abitanti. Una crescita costante, ma indubbiamente lenta: basti pensare che verso la fine del XVIII secolo i bostoniani sono poco più di 18.000. Tuttavia, a dispetto di numeri ancora piuttosto modesti, lo sviluppo di imprese di carattere assicurativo appariva un esito naturale in un contesto socio-economico come quello coloniale, caratterizzato dalla sostanziale assenza di industrie manifatturiere e dall'accumulo costante

14 Cfr. *Reports of 1888-1900*, cit., p. 32. «Marion's style of business was in keeping with the tradition of Lloyd's. He drew up policies noting vessel, master, intended voyage, and the premium rate. He then left the document on a table, inviting those who would to sign the policy and note the amount they wished to subscribe. When the full amount was underwritten, the policy was sealed. While Marion's notarial office was not as busy as Lloyd's Coffee House, nor did it offer refreshment, it was, nonetheless a public rendezvous where men of business were accustomed to visit.». Il successo della iniziativa di Marion si deve anche al tipo di traffici marittimi allora assicurati. Si trattava infatti per la maggior parte di traffici lungo costa, effettuati mediante *sloops*, *schooners*, e in genere imbarcazioni di piccolo cabotaggio, di proprietà di mercanti con un giro d'affari relativamente modesto, privi per questo di capitali e delle relazioni necessarie per assicurarsi presso i Lloyd's (Fowler Jr, 1997, p. 156).

15 Cfr. *Reports of 1888-1900*, cit., p. 27 e s.

16 Si vedano in proposito Tyler; East, 1938; Nettles, 1962; Hoffman, 1988.

di ingenti capitali, per effetto della massiccia esportazione verso l'Europa di materie prime e di generi di prima necessità. Vi era in altre parole la tendenza a produrre un ingente *surplus* di capitale, suscettibile di venir impiegato, almeno in parte, in attività di carattere speculativo, sia pure mediante soluzioni che, per gran parte del Settecento, prescindono da modelli organizzativi di carattere societario¹⁷.

Non a caso, la prima autentica compagnia assicurativa di cui si ha notizia è la *Insurance Company of North America*, creata a Philadelphia nel 1794. In quell'anno, l'Assemblea della Pennsylvania autorizza la creazione di una compagnia assicurativa marittima, di natura non monopolistica, dotata di un capitale di partenza di 600.000 dollari (Ruwell, 1993, p. 44). Le ragioni alla base di tale scelta sono individuate nella maggiore efficienza e solidità del modello societario; nella insufficienza del numero di sottoscrittori privati presenti a Philadelphia, con conseguente fuga di capitali verso altre piazze finanziarie; nella disfunzionalità di un modello che obbliga l'assicurato ad agire in giudizio contro i singoli assicuratori privati onde ottenere il risarcimento nel caso di ricorso alle vie giudiziarie (Huebner, 1905, p. 253). Nel giro di pochi anni, l'esempio di Philadelphia sarà seguito da altre importanti città statunitensi: New York, Phoenix, Boston¹⁸, Baltimora.

3. L'analisi delle vicende attraversate dalle compagnie assicurative americane nel periodo di tempo compreso tra la fine del Settecento e il Congresso di Vienna ci offre un prezioso banco di prova sugli effetti che le guerre napoleoniche e la conseguente incertezza gravante sulla libertà dei commerci marittimi hanno prodotto sulla vita economico-giuridica di quel Paese e, di riflesso, sullo sviluppo del fenomeno assicurativo in quanto tale, da una parte e dall'altra dell'oceano¹⁹. A conferma ulteriore dell'intreccio inestricabile che in quegli anni lega insieme, in modo tutto particolare, il diritto e le relazioni internazionali con lo sviluppo del diritto commerciale.

È sufficiente infatti paragonare il decennio che termina nel 1802 con quello successivo per rilevare come, nel primo, la *Insurance Company of North America* raccolga premi per un ammontare di circa 6.000.000 di dollari, con perdite per risarcimenti pari a 5.500.000 dollari; mentre, nel decennio successivo, l'ammontare dei premi sia pari soltanto a 1.364.637 dollari, laddove le perdite raggiungono invece la cifra stellare di 1.583.836.47 dollari. Se infatti, da un lato, la grande incertezza causata dal conflitto in atto tra le potenze europee fa esplodere la domanda di coperture assicurative, con una conseguente impennata dei premi, dall'altro, quella

17 Cfr. *Reports of 1888-1900*, cit., p. 24 e s.

18 Con riferimento al Massachusetts, ad esempio, bisogna ricordare, nel 1795, la creazione della *Massachusetts Fire Insurance Company*, dotata di un capitale di partenza di 300.000 dollari, suddiviso in 3000 azioni; nel 1798, la creazione della *Mutual Fire Insurance Company*, con un capitale di 2.000.000 di dollari; infine, il 16 gennaio del 1799, la creazione della *Boston Marine Insurance Company*, istituita allo scopo di «make insurance upon vessels, freight, and goods or for the ransom of persons in captivity and in cases of money lent upon bottomry and respondentia», dotata in questo caso di un capitale iniziale di 500.000 dollari, le cui azioni venivano vendute al prezzo di 100 dollari l'una (Fowler Jr., 1997, p. 165; Dodd, 1954).

19 L'esplosione del volume dei traffici commerciali unita ai rischi crescenti per la sicurezza dei commerci marittimi derivanti dalle forti tensioni internazionali determinano una vera e propria esplosione del fenomeno assicurativo. Tale scenario, al contempo, mette in piena luce l'insufficienza del tradizionale sistema di sottoscrizioni private attuate mediante *brokers*. Se da un lato, infatti, tale soluzione aveva il pregio della flessibilità, essendo market-based, dall'altro, rendeva quanto mai difficile garantire l'effettività delle coperture assicurative in presenza di un contesto storico-sociale particolarmente dinamico e conflittuale. Ciò spiega perché nel contesto americano un sistema assicurativo basato sull'esistenza di grandi società commerciali aventi per oggetto sociale la copertura dei rischi inerenti al commercio marittimo si sviluppa in coincidenza con la fase tumultuosa delle guerre napoleoniche: «The corporate form increased the security of the policy by raising a large capital fund as a bulwark against losses, and enabled a much wider spreading of risk by enabling those with no knowledge of mercantile affairs to participate by buying shares, while entrusting their underwriting decisions to experts» (Kingston, 2016, p. 219).

stessa incertezza è all'origine di perdite significative, derivanti dai continui risarcimenti per sequestri e confische; perdite tanto più gravi quanto più si riverberano su società commerciali giovani, prive di un adeguato *surplus* di capitale cui poter fare affidamento in tempi di crisi e di grande volatilità economica²⁰.

Tutto ciò spiega perché, nel tentativo di minimizzare le perdite, le compagnie assicurative si oppongono alle richieste di risarcimento, favorendo lo sviluppo di un *corpus* giurisprudenziale di diritto commerciale legato alle questioni di *admiralty law*, nel quale profili tecnici, legati alla interpretazione di precise clausole contrattuali, si intrecciano con il diritto internazionale, con il risultato che le corti federali statunitensi si trasformano in un laboratorio privilegiato per la verifica e l'applicazione delle regole dello *ius gentium* in tema di libertà del mare e di commercio neutrale. Tale esito è favorito da una peculiarità intrinseca all'ordinamento americano: il fatto cioè che, in forza dell'art. 3 della Costituzione, le questioni di «*admiralty and maritime jurisdiction*» sono riservate alla giurisdizione federale e che, almeno sino al 1955 - anno in cui la Suprema Corte stabilisce che, in assenza di una regola di diritto federale in tema di *admiralty law* di tenore contrastante, la singola corte federale è tenuta ad applicare, in materia di assicurazioni marittime, la legge dello Stato nel quale si trova - le varie corti federali hanno sempre fatto riferimento a un *corpus* di regole riconducibili al cosiddetto «*federal admiralty common law*», unico ambito nel quale la Suprema Corte ha riconosciuto l'esistenza di una forma di «*federal general common law*». E si dà il caso che i principi di tale diritto comune federale siano il riflesso dei principi giuridici in tema di mare e di commercio marittimo elaborati dalla tradizione dottrinale e giurisprudenziale dello *ius gentium*.

Essendo il contratto di assicurazione marittima una figura giuridica pensata per garantire il diritto a un indennizzo contro i possibili danni derivanti dai pericoli tipici della navigazione, l'intera vicenda storico-giuridica della *marine insurance* nasce e si sviluppa quale questione ermeneutica avente ad oggetto una clausola specifica, la cosiddetta «*perils clause*», alla quale è demandata la definizione dei rischi oggetto di copertura assicurativa. La «*perils clause*» comprende il rischio ordinario legato all'attività marittima e i pericoli derivanti dalla guerra e affonda le sue origini nella storia dei Lloyds di Londra, in quel processo di rapida trasformazione, all'esito del quale tale istituzione, da semplice società per il commercio del caffè, dove armatori e mercanti si incontrano per discutere di interessi comuni legati al commercio marittimo, finisce per assumere le sembianze di una vera e propria associazione di *underwriters*, di assicuratori privati²¹.

La prima definizione della «*perils clause*», ovvero della natura del rischio che gli *underwriters* si impegnano ad assicurare, si trova nell'opera alluvionale di Nicholas Magens (1697-

20 Come abbiamo già rilevato, il sistema assicurativo basato su grandi società di capitali si afferma oltre oceano in coincidenza con uno scenario internazionale particolarmente turbolento. Non era soltanto la flotta britannica a rappresentare una minaccia costante per gli interessi commerciali statunitensi. Anche i Francesi facevano la loro parte. Specie dopo il *Jay Treaty* del 1795, che aveva reso possibile la normalizzazione delle relazioni politiche e commerciali tra Stati Uniti e Gran Bretagna. Il trattato, infatti, conteneva alcune disposizioni che ben difficilmente avrebbero potuto essere accolte con favore dal governo francese. Tra queste, in particolare, merita ricordare l'inasprimento della nozione di contrabbando di guerra, l'accettazione da parte degli Stati Uniti della regola del 1756, il riconoscimento del diritto in capo ai sudditi di Sua Maestà di sequestrare merci non di contrabbando, a condizione di pagarne il corrispettivo. Non a caso, tra il 1796 e il 1797 si moltiplicano gli episodi di fermo e di cattura di navi americane nei Caraibi ad opera di *privateers* francesi, in un contesto estremamente delicato, caratterizzato da un notevole livello di conflittualità, cui gli storici descrivono come «*Quasi-War*». Tutto ciò ebbe un riflesso immediato sul costo delle polizze assicurative: nel 1796 i premi per un viaggio di sola andata verso le Indie Occidentali schizzarono dal 3-6 % al 15-20 % del controvalore assicurato, per raggiungere il 25% nel 1798. Con effetti prevedibili, sia a carico degli assicurati, costretti a sobbarcarsi polizze onerosissime, sia a carico degli assicuratori, nel caso in cui i clienti azionassero la polizza per ottenere il risarcimento previsto dal contratto (Kingston, 2016, p. 220). Sulla «*Quasi-War*», si veda Conde, 1966.

21 Su questo, diffusamente, Martin, 1876.

1764), mercante originario di Amburgo, a lungo direttore della *London Insurance Company*, noto soprattutto per il saggio *The Universal Merchant*, utilizzato da Adam Smith nella sua opera maggiore. *L'Essay on Insurances* di Magens, che è in realtà la traduzione inglese del *Versuch über Assecurenzen* (1753) è un'opera di taglio pratico, rivolta ai primi, pionieristici *traders* in ambito assicurativo, come risulta palese dal suo contenuto, costituito essenzialmente da un repertorio di casi giurisprudenziali e da una raccolta di leggi e ordinanze in materia di assicurazioni. Nella seconda parte di tale opera il lettore si imbatte nella definizione del rischio oggetto del contratto di assicurazione, contenuta in una formula che diventerà lo schema di riferimento nel mondo anglosassone per questa figura giuridica:

Touching the Adventures and Perils which we the Assurers are contented to bear, and to take upon us, in this Voyage, they are, of the Seas, Men of War, Fire, Enemies, Pirates, Rovers, Thieves, Jettisons, Letters of Mart and Countermart, Surprisals, Taking at Sea, Arrests, Restraints, and Detainments, of all Kings, Princes, and People, of what Nation, Condition, or Quality soever, Barretry of the Master and Mariners, and of all other Perils, Losses, and Misfortunes, that have or shall come, to the Hurt, Detriment, or Damage, of the said Ship, or any part thereof (Magens, 1775, p. 552).

Si tratta del modello-tipo al quale si ispirano le polizze assicurative in tema di «sea risque» sin dai primordi, dal tempo cioè in cui tale forma di copertura veniva rilasciata mediante sottoscrizioni private, al di fuori di qualsiasi forma di organizzazione di carattere societario.²²

Ed è precisamente in questo contesto che ci imbattiamo in William Pinkney²³, questa volta nella veste di avvocato di una delle principali compagnie assicurative statunitensi, la *American Insurance Company*. La vicenda coinvolge un certo Archibald McCall, nato nel 1767, uomo d'affari, membro del consiglio comunale di Philadelphia, nonché direttore della prima banca degli Stati Uniti. Negli anni Novanta del Settecento l'attività commerciale di McCall è in piena espansione, con spedizioni che vanno e vengono da mezzo mondo: Caraibi, India, Sud America, Europa, Paesi Baltici. Seguendo le indicazioni fornite a suo tempo da Rawle, e considerato l'alto livello di conflittualità internazionale tipico del periodo, McCall fa ampio ricorso allo strumento delle assicurazioni marittime per tutelarsi contro i notevoli rischi legati al commercio via mare. Tutto ciò, senza beninteso che il notabile di Philadelphia avesse alcuna intenzione di finire negli annali di storia del diritto per questioni legate alle *marine insurances*, è all'origine di una controversia decisa dalla Corte Suprema degli Stati Uniti da cui risulta evidente come in quegli anni le giovani compagnie assicurative lottassero letteralmente per la sopravvivenza, nel tentativo di non finire dissanguate dalle continue richieste di indennizzo.²⁴

Nel caso di specie, infatti, la controversia ruota attorno alla corretta interpretazione di una forma inconsueta di aggettivazione, sulla quale la *Marine Insurance Company* fa leva per

²² Lo schema tipico di polizza assicurativa che si affermerà negli Stati Uniti è descritto da Huebner, 1905, p. 278.

²³ Senatore del Maryland, nato ad Annapolis il 17 marzo del 1764, dopo aver studiato medicina e giurisprudenza, nel 1786 fu ammesso all'avvocatura; membro della convenzione costituzionale del Maryland nel 1788, fu eletto membro del secondo Congresso degli Stati Uniti nel marzo del 1791; nominato da Washington commissario a Londra durante la vigenza del *Jay Treaty* (1796-1804), divenne *attorney general* del Maryland nel 1805; fu rappresentante americano in Gran Bretagna assieme a James Monroe (1806-1807) e successivamente ministro plenipotenziario (1807-1811); nominato *attorney general* degli Stati Uniti durante la presidenza Madison (1811-1814), servì come ufficiale nella milizia del Maryland durante la guerra del 1812, venendo ferito nella battaglia di Bladensburg; eletto membro del XIV Congresso degli Stati Uniti nel marzo del 1815, rassegnò le dimissioni un anno dopo per assumere la carica di ministro plenipotenziario in Russia; eletto senatore nel 1819, svolse tale incarico sino al giorno della sua morte, avvenuta il 25 febbraio del 1822 (Hagan, 1987; Ireland, 1986; Felt Bentley, 1961; Wheaton, 1826).

²⁴ Si veda il caso *McCall v. Marine Insurance Company*, in 12 U.S., 59, 1814.

negare l'obbligo di risarcimento per perdite derivanti da legittimi atti di guerra. Ovviamente, trattandosi anche in questo caso del fermo di una nave neutrale avvenuto da parte di potenze belligeranti, le fattispecie che vengono in rilievo sono quelle dell'«arrest», «restraint» e «detainment». Ebbene, la «perils clause» contenuta nella polizza sottoscritta da McCall contiene una precisazione non abituale in contratti di questo tipo: la compagnia, infatti, si impegna a risarcire soltanto i danni derivanti da un arresto, restrizione o detenzione che siano qualificabili come «unlawful».

Ma vediamo la vicenda concreta che ha dato avvio alla controversia. Essa ha ad oggetto la Cordelia, una nave americana, partita da Tenerife, dominio coloniale spagnolo, con un carico di prodotti locali, e diretta a Philadelphia via Java, dove era programmata una sosta per l'acquisto di spezie. Al momento della partenza, l'equipaggio della Cordelia, il proprietario del carico e la stessa *Marine Insurance Company* erano all'oscuro del fatto che il Regno Unito intendeva sottrarre la colonia al controllo olandese e che, a tal fine, aveva sottoposto a blocco i principali porti dell'isola, tra cui il porto di Surabaya, dove era previsto lo scalo. L'8 Luglio, giunta nei pressi di Surabaya, la Cordelia viene raggiunta da una fregata britannica, appartenente alla flotta impegnata nel blocco dei porti di Java. Il giorno seguente, il comandante della flotta britannica rilascia la nave americana, avvertendo il comandante che la Cordelia sarebbe stata sottoposta a sequestro nel caso in cui avesse tentato di forzare il blocco. Lo stesso giorno, tuttavia, il comandante della Cordelia tenta di entrare nel porto di Surabaya. La nave viene nuovamente fermata, trattenuta per due giorni, e poi di nuovo rilasciata, con l'ordine di abbandonare immediatamente l'area, sotto minaccia di cattura e di *impressment*. Conformemente alle regole di diritto internazionale, la minaccia britannica era legittima, stante l'avvenuta comunicazione alla Cordelia dello stato di blocco.

Dopo il secondo rilascio, il comandante della nave americana rinuncia al tentativo di entrare a Java e fa rotta per Philadelphia, dove la Cordelia giunge l'11 Novembre del 1811. Il carico, del valore approssimativo di 15.000 dollari, doveva essere composto in gran parte di merce deperibile, poiché, dopo l'arrivo negli Stati Uniti, McCall decide di azionare la polizza, trasferendo ogni diritto, titolo e interesse sulla merce residua in capo alla compagnia assicuratrice e chiedendo contestualmente di essere risarcito per la perdita derivante dall'«arrest» e «detainment» subito dalla Cordelia durante la sosta nel Sud-Est asiatico. La *Marine Insurance Company* si oppone alla richiesta di risarcimento, sostenendo che nel caso di specie il fermo e la detenzione non possono considerarsi «unlawful», in quanto posti in essere nel pieno rispetto dei principi di diritto internazionale.

Gli argomenti degli avvocati e la motivazione finale del giudice relatore ci offrono un piccolo spaccato di «*ius gentium* in action», mostrando come, attraverso le questioni assicurative, e quindi attraverso lo specchio del diritto commerciale, sia possibile gettar luce sulla estensione e sulla concreta effettività di norme spesso alquanto volatili e fluide quali sono tradizionalmente le norme di diritto internazionale. Harper, il legale dell'attore, sostiene l'irrilevanza della clausola «unlawful», poiché essa non comprenderebbe l'ipotesi di un fermo posto in essere da «men of war», cioè da una nave militare. In altre parole, il carattere «lawful» o meno del fermo deve essere valutato esclusivamente nel caso in cui esso sia stato effettuato da una nave non militare. In caso contrario, l'aggettivazione «unlawful» deve ritenersi *tamquam non esset*, con la conseguenza che l'obbligo di indennizzo da parte dell'assicurazione non può considerarsi venuto meno. Inoltre, la perdita del carico è avvenuta per effetto del primo fermo, il che significa

che il secondo tentativo di accesso al porto, anche se può aver fatto venire meno l'obbligo di neutralità, non ha determinato di per sé la perdita della merce.

Diametralmente opposta la tesi sostenuta da William Pinkney: in primo luogo, secondo l'ex assistente di Monroe, poiché il blocco è stato posto in essere in conformità allo *ius gentium*, non può ragionevolmente sostenersi la illegittimità del fermo; in secondo luogo, la nave, in forza dell'accordo contrattuale originario, era tenuta a un obbligo di neutralità. Senonché, a seguito del secondo tentativo di ingresso nel porto di Surabaya, compiuto dopo aver ricevuto una formale diffida da parte del comandante della flotta britannica, la Cordelia era venuta meno a tale obbligo, violando il contratto nella sua integralità, e facendo pertanto venir meno la copertura assicurativa. Il giudice relatore, Joseph Story, nella sua motivazione, recepisce *in toto* gli argomenti dei legali rappresentanti della *Marine Insurance Company*. Secondo i principi dello *ius gentium*, la flotta britannica era legittimata, in quanto forza armata di un Paese belligerante, a sottoporre a blocco il porto di Surabaya, appartenente a un dominio coloniale nemico. Il tentativo di entrare nel porto, dopo la comunicazione del blocco, integra perciò una espressa violazione dello *ius gentium*, sufficiente a far perdere alla Cordelia il requisito della neutralità. Conseguentemente, il fermo di tale nave, da cui è derivata la perdita del carico, rappresenta un'ipotesi di «lawful arrest», escluso in quanto tale dall'ambito di applicazione della polizza assicurativa. Con la conseguenza che la *Marine Insurance Company* non è tenuta a risarcire l'attore per il danno derivante dalla perdita del carico.

Il caso McCall è solo uno dei primi e più significativi esempi dell'intreccio inestricabile tra *admiralty law* e diritto commerciale, che segna *ab origine* la storia del fenomeno assicurativo e che fa delle assicurazioni un osservatorio privilegiato per ricostruire le relazioni tra ambiti apparentemente eterogenei della scienza giuridica. Ampliando ulteriormente il discorso, si potrebbe dire che è lo stesso problema della gestione giuridica del rischio a risultare strategico. A suo tempo, Ewald aveva individuato nella nozione di rischio, inteso come una sorta di «technologie politique» (Dodier, 1986, p. 196), la chiave di accesso privilegiata per la comprensione del *droit social*. Ma a ben guardare, la peculiare fecondità di tale nozione fa sì che essa possa prestarsi a impieghi ulteriori e a indagini persino più ambiziose, ma capaci di offrire spaccati vividi di storia giuridica, economica e politico-sociale. È solo una possibile linea di ricerca. Ancora, in gran parte, tutta da esplorare.

4. Negli anni Quaranta dell'Ottocento, John Duer pubblica un'opera monumentale dedicata al tema delle *marine insurances* nella quale è possibile trovare una definizione piuttosto esauriente di tale contratto. Secondo l'autore, l'assicurazione marittima è un

contract of indemnity, in which the insurer, in consideration of the payment of a certain premium, agrees to make good to the assured all losses, not exceeding a certain amount, that may happen to the subject insured, from the risks enumerated or implied in the policy, during a certain voyage or period of time (Duer, 1845, p. 58).

Non sorprende che proprio in quegli anni compaiano i primi lavori sistematici in tema di assicurazioni marittime²⁵. In meno di un secolo, infatti, ovvero nell'arco di tempo che separa la Guerra dei Sette Anni dall'ascesa alla presidenza di James Knox Polk, il contratto di assicura-

25 Si veda anche l'opera in due volumi di Phillips, 1840, nonché il lavoro di Parsons, 1868, preceduto da Parsons, 1859.

zione, e in modo tutto particolare la *marine insurance*, conosce uno sviluppo esponenziale, con un'accelerazione e una intensità che ben pochi istituti di diritto commerciale possono vantare.

Ciò è particolarmente evidente negli Stati Uniti, dove, nel giro di pochi decenni, come abbiamo ricordato, si passa da forme embrionali di assicurazione, proposte a titolo speculativo da esponenti danarosi dell'alta borghesia coloniale, a contratti tipizzati, proposti in serie da imprese create *ad hoc*, munite di ingenti capitali e il più delle volte partecipate dallo Stato. Se volessimo individuare i termini di tale parabola storica, pur consapevoli della inevitabile dose di arbitrio insita in tali periodizzazioni, potremmo fissare come termine *a quo* la *War of Jenkin's Ear*, ovvero il conflitto anglo-spagnolo che ha luogo nello scacchiere caraibico tra il 1739 e il 1748 e, come termine *ad quem*, la creazione della *Insurance Company of North America* sul finire del XVIII secolo.

L'assicurazione marittima, nella definizione di Duer, si presenta alla stregua di un «contract of indemnity», ovvero di un negozio consensuale, avente un oggetto determinato (la copertura contro rischi tipici espressamente indicati), concluso in buona fede da un soggetto titolare di un «insurable interest»²⁶ (non necessariamente il proprietario della nave o della merce: anche il creditore ipotecario, il depositario, il destinatario di merci già pagate etc.)²⁷. L'origine eminentemente pratica di tale fattispecie negoziale è all'origine di una vasta pluralità di modelli contrattuali, di una panopia di polizze con diverse intitolazioni, che offrono allo storico la misura e la complessità di una galassia in rapida e convulsa formazione. Si tratta però di un'evoluzione non caotica, dal momento che tali modelli, nel corso del tempo, tendono a ordinarsi secondo schemi contrattuali uniformi, a partire dalla sistematizzazione di taluni elementi essenziali, quali ad esempio, la natura aperta o chiusa della polizza, l'indicazione del nome dell'imbarcazione da impiegare per la spedizione, la distinzione tra polizze «a tempo» e polizze «a viaggio». Coagulandosi attorno a queste linee di forza, per effetto di una prassi decisamente effervescente, si delineano progressivamente i connotati tipici di una figura contrattuale definita, i cui tratti identitari essenziali sono rappresentati dai seguenti elementi: la definizione del carattere generale del rischio assunto dall'assicuratore («adventure»); l'indicazione dettagliata dei rischi tipici specificamente assicurati («perils»); l'indicazione delle perdite derivanti dagli eventi dannosi; l'indicazione delle fattispecie che rendono nullo (void) e non azionabile il contratto di assicurazione.

26 Particolare importanza assume il requisito dell'interesse assicurabile in quanto elemento decisivo per differenziare il contratto di assicurazione propriamente detto dagli impieghi impropri e puramente speculativi del fenomeno assicurativo: «The most general division of insurances is that of insurances *properly* so called, or insurances upon interest, which are alone embraced in the definition that has been given, and insurances *improperly* so called, in which the party nominally assured having no interest in the subject exposed to hazard, the contract, although, in form, a policy, is, in truth, a wager. The term insurance, by its own force, implies the provision of an indemnity for a contingent loss, and hence it is only by a perversion of its meaning that it is applied to a contract of which the object is not security, but gain» (Duer, 1845, p. 91).

27 «It is a contract of indemnity, in which the insurer, in consideration of the payment of a certain premium, agrees to make good to the assured, all losses, not exceeding a certain amount, that may happen to the subject insured, from the risks enumerated or implied in the policy, during a certain voyage or period of time» (Duer, 1845, p. 58). Non dissimile la definizione proposta da Phillips: «Marine insurance is a contract whereby, for a consideration stipulated to be paid by one interested in a ship, freight or cargo subject to the risks of marine navigation, another undertakes to indemnify him against some or all of those risks during a certain period or voyage» (Phillips, 1840, p. 1). Si veda anche Parsons, 1868, p. 17: «By the contract of marine insurance, the insurer, for a consideration which is called a premium, undertakes to indemnify the insured against loss on property arising from perils, the property and the perils being both defined by the instrument of agreement, aided by the law».

La polizza-tipo è redatta pertanto seguendo uno schema generale²⁸, nel quale la definizione dei dettagli è lasciata alla discrezionalità delle parti, mediante l'apposita predisposizione di spazi vuoti, che i contraenti sono tenuti e riempire a seconda delle circostanze²⁹. Ciò vale in particolare per l'indicazione del viaggio o del tempo di durata della copertura assicurativa, per il nome dell'imbarcazione utilizzata e per la descrizione generale della merce.

Nella definizione generale del rischio assunto, notevole rilievo assumono le clausole «lost or not lost» e «at and from». La prima clausola è lo specchio di un mondo caratterizzato da uno sviluppo rudimentale dei mezzi di comunicazione e ha la funzione di tutelare l'assicurato nei casi, non infrequenti, in cui, a seguito di una prolungata mancanza di notizie, non vi sia certezza circa la sorte della nave e del carico. L'evoluzione delle tecniche e dei mezzi di comunicazione, lungi dal far venire meno l'inciso «lost or not lost», ne ha soltanto modificato l'ambito di applicazione: non si tratta più di tutelare un soggetto contro i danni presunti derivanti dalla perdita di una nave di cui si sono perse le tracce; si tratta semmai di offrire una copertura assicurativa *indipendentemente* dalla condizione in cui la nave o il carico si trovano nel momento in cui il contratto viene stipulato. La clausola «at and from», dal canto suo, ha la funzione di assicurare la nave e il carico non solo durante il viaggio, ma anche durante la permanenza nel porto di partenza (Huebner, 1905, p. 279).

Per quanto riguarda l'indicazione dei rischi assicurati, le polizze americane si attengono fedelmente alla «perils clause» cui abbiamo fatto cenno in precedenza. Tra i «perils of the sea» sono ricompresi i danni causati da vento, mare in tempesta, scogli ed eventuali collisioni³⁰. Il termine «fire» fa ovviamente riferimento ai danni provocati da incendi fortuiti, mentre per «jettison» si intende l'abbandono in mare del carico o il taglio e la rimozione di alberi, vele, sartie o mobilia, effettuato allo scopo di alleggerire la nave in caso di emergenza. Il termine «barratry» indica invece qualsiasi atto fraudolento commesso deliberatamente dal comandante allo scopo di ricavare un vantaggio economico a danno del proprietario, comprese le ipotesi di malversazione o di grave negligenza suscettibili di arrecare un danno considerevole alla nave o al carico. Tra i «barratrous acts» la giurisprudenza e la dottrina annoverano le ipotesi di autoaffondamento, di danneggiamento deliberato della nave tramite un approdo rovinoso, o

28 Nel periodo considerato, non vi sono norme che impongano espressamente la redazione per iscritto del contratto di assicurazione. Tuttavia, dato che secondo i principi del *common law*, un *parol agreement* è ritenuto insufficiente a fondare un'azione giudiziale, la forma scritta si è affermata sin dall'inizio a livello consuetudinario, al punto che non constano ipotesi di contratti di assicurazione meramente orali utilizzati per far valere una pretesa soggettiva dinanzi a un giudice. (Duer, 1845, p. 61). Inoltre, la prassi invalsa a livello generale nel mondo del commercio è nel senso di rendere necessario un document scritto, benché non *ad substantiam*. Duer richiama qui la dialettica tra *municipal law* e *lex mercatoria*, che come vedremo giocherà un ruolo decisivo nello sviluppo storico della giurisprudenza americana: «Insurance, as a branch of the law merchant...does not depend solely on the rules of our municipal law, but upon questions not settled by positive decisions, is governed by the general usage of the commercial world. Hence I adopt the opinion, that the general and uniform practice of merchants, from the earliest times, ought to be considered as evidence of the legal necessity of a written contract» (Duer, 1845, p. 60).

29 Un modello tipico di polizza è il seguente: «By the...Insurance Company. ...on account of...In case of loss, to be paid to...Do...make insurance, and cause...to be insured, lost or not lost, at and from the...day of..., at noon, until the day of..., noon. If on a passage at the expiration of the term, with liberty to renew the policy for one, two or three months, at the same rate of premium, if application be made to the company on or before the expiration of the first term. The risk, however, is to terminate at any port at which she may first arrive during the said extended time, on her being moored therein twenty-four hours in good safety; a pro rata premium to be returned for each entire month not entered of the extended time, there being no loss or other claims made. ...upon the body, tackle, apparel and other furniture, of the good...called the...whereof is master for this present voyage...or whoever else shall go for master in the said vessel, or by whatever other name or names the said vessel, or the master thereof, is or shall be named or called. And it shall and may be lawful for the said vessel, in her voyage, to proceed and sail to, touch and stay at, any ports or places, if thereunto obliged by stress of weather or other unavoidable accident, without prejudice to this insurance. The said vessel, tackle, etc., hereby insured, are valued at...without any further account to be given by the assured, to the assurers, or any of them, for the same». Si veda al riguardo Huebner, 1905, p. 278.

30 «Under perils of the sea, which constitute a part of the risks in almost every marine policy, are comprehended those of the winds, waves, lightning, rocks, shoals, running foul of other vessels, and in general all causes of loss and damage to the property insured, arising from the elements, and inevitable accidents, other than those of capture and detention» (Phillips, 1840, p. 635).

mediante incendio, abbandono, vendita o ingiustificata modifica del viaggio. La polizza contiene infine una clausola di riserva volta a tutelare l'assicurato contro «all other perils, losses and misfortunes» derivanti dal viaggio, a condizione che non si tratti di danni provocati da difetti della merce o della nave assicurata o di danni che siano il frutto di un naturale deterioramento della merce o della imbarcazione.

Un rilievo tutto particolare, nell'economia del nostro discorso, riveste l'indicazione delle fattispecie che rendono *void* e non azionabile una polizza assicurativa, poiché si tratta di ipotesi tipiche nelle quali lo storico può toccare con mano la feconda interazione esistente tra la disciplina giuridica del commercio e le norme di diritto internazionale. Al punto che è proprio nell'ambito dell'attività commerciale, osservata attraverso la lente del fenomeno assicurativo, che è possibile assistere alla più puntuale ed efficace forma di *enforcement* dello *ius gentium*. Tra le ipotesi tipiche di *illegal insurances* figurano infatti, oltre alla violazione di leggi municipali, le seguenti fattispecie: l'assicurazione avente ad oggetto la proprietà del nemico; l'assicurazione di merce destinata al commercio con il nemico; il contrabbando di guerra; la violazione di un blocco navale; la violazione della neutralità.

Circa il primo profilo, la regola generale è quella secondo cui la nazionalità dipende dal domicilio o dalla residenza permanente della parte³¹. Tali elementi possono essere determinati dalla mera verifica della intenzione di risiedere permanentemente in un determinato paese o, più spesso, dalla presenza di una serie di circostanze, quali, ad esempio, l'esistenza di legami famigliari, la natura e l'entità del commercio esercitato, la durata della residenza pregressa. È fondamentale ricordare che l'onere di provare la corrispondenza tra il luogo dell'attuale residenza e il domicilio non grava sull'autore del sequestro. È al contrario onere della parte dimostrare l'assenza di *animus manendi*, il quale si presume sino a prova contraria, secondo quanto stabilito da William Scott³² nel caso *Bernon*: «The presumption arising from a man's residence is, that he is there *animus manendi*; it lies upon him to explain it»³³.

31 La facoltà di sottoporre a sequestro la nave e i beni appartenenti al nemico è riconosciuta non soltanto dallo *ius gentium*, ma anche dal *common law*. Ciò non toglie che per lungo tempo, in Gran Bretagna, anche per effetto dell'autorità di Lord Mansfield, le assicurazioni aventi ad oggetto la proprietà del nemico venissero regolarmente sottoscritte e fossero ritenute valide dalle corti (Duer, 1845, p. 420). La regola generale è quella in base alla quale i beni che vengono trasportati da una nave neutrale verso un paese belligerante, qualora siano destinati a divenire beni di proprietà del belligerante per effetto dello scarico nel porto di arrivo, sono considerati beni del nemico anche durante il viaggio e possono conseguentemente essere sottoposti a sequestro. Il risultato è che il contratto che ponesse il rischio della mancata consegna in capo allo spedizioniere è ritenuto invalido in tempo di guerra, secondo quanto stabilito da William Scott nel caso *Packet de Bilbao*: «It is a contract, that, if made in war, has this effect, that the captor has the right to seize and convert the property to his own use; for he, having all the rights that belong to the enemy, is authorized to have his taking possession considered as equivalent to an actual delivery to his enemy, and the shipper, who put it on board during a time of war, must be presumed to know the rule». Ne deriva che, anche qualora il contratto sia concluso in tempo di pace, se tuttavia la spedizione ha luogo dopo l'inizio delle ostilità, l'accordo delle parti volto a far gravare sullo spedizioniere il rischio della mancata consegna non vale a rendere illegittimo l'eventuale sequestro compiuto da una potenza belligerante. Diverso infine il caso di beni trasportati da uno spedizioniere nemico alla volta di un porto neutrale. In tal caso, l'accettazione preventiva della merce da parte del destinatario, qualora sia assoluta e non sottoposta a condizioni, ha l'effetto di rendere la merce in questione immune dal sequestro (Duer, 1845, p. 421).

32 Sir William Scott, Lord Stowell, anima e pilastro per oltre un trentennio della *High Court of Admiralty*, è una delle figure-chiave nella storia dell'*admiralty law* (Bourguignon, 2004).

33 Una casistica esauriente dei principi in base ai quali è possibile determinare la nazionalità si trova nei *Reports* di Wheaton, il quale li riassume in questi termini: «In respect to the question who are to be considered enemies or not, the general principle is, that every person is to be considered as belonging to that country where he has his domicil, whatever may be his native or adopted country. And the masters and crews of ships are deemed to possess the national character of the ships to which they belong during the time of their employment. And even if a person goes into a belligerent country originally for temporary purposes, he will not preserve his neutral character, if he remains there several years, paying taxes etc. And a neutral consul, resident and trading in a belligerent country, is, as to his mercantile character, deemed a belligerent of that country. And the same rule applies to the subject of one belligerent country, resident in the country of its enemy, and carrying on trade there. But a character acquired by mere domicil ceases upon removal from the country. The native character reverts, and it requires fewer circumstances to constitute domicil in the case of a native, than to impress the national character on one who is originally of another country. And in his favour, a party is deemed to have changed his domicil and his native character reverts, as soon as he puts himself *in itinere* to return to his native country *animus revertendi*» (Wheaton, 1817, p. 27).

La violazione di un blocco³⁴ configura un illecito internazionale in presenza di due condizioni: la conoscenza dell'esistenza di un blocco legittimamente dichiarato; l'esplicita intenzione di forzarlo. La conoscenza si presume tutte le volte in cui lo Stato che impone il blocco abbia provveduto a inviare una tempestiva notifica ai governi degli Stati neutrali interessati, nonché qualora possa ritenersi che l'esistenza del blocco sia un fatto notorio, secondo quanto stabilito da William Scott nella vicenda *The Adelaide*, considerata uno dei *leading cases* in materia:

There are two obligations which I must presume fulfilled, unless the contrary is shewn; because they are obligations arising out of the public duties of governments, the duty of making immediate communication to foreign states, on the part of the government imposing the blockade, and the duty of transmitting such communication immediately on the part of those public ministers to whom it is immediately made (Robinson, 1810, p. 284).

Nel caso in cui la vittima del sequestro appartenga a uno Stato al quale non è stata effettuata la notifica, può non di meno ritenersi operante una presunzione *iuris tantum* di conoscenza qualora il blocco perduri da tempo e la notizia di esso sia divenuta di dominio pubblico. L'intenzione di forzare il blocco si verifica allorché il comandante della nave appartenente a uno Stato neutrale cui sia stata effettuata la notifica o che debba altrimenti essere ritenuto in obbligo di conoscere lo stato di fatto, tenti deliberatamente di fare ingresso nel porto bloccato. Con la precisazione che il comandante della nave neutrale non è legittimato ad avvicinarsi al porto bloccato qualora non avvisti navi militari in rada, confidando nelle possibilità che il blocco sia cessato:

The neutral merchant is not to speculate on the greater or less probability of the termination of a blockade, to send his vessels to the very mouth of the river, and say, if you do not meet with the blockading force, enter; if you do, ask a warning, and proceed elsewhere. Who does not at once perceive the frauds to which such a rule would be introductory. The true rule is, that after the knowledge of an existing blockade, you are not to go to the very station of blockade under pretence of inquiry (Robinson, 1853, p. 79)³⁵.

Tra i motivi che possono rendere nulla e non azionabile una polizza assicurativa figura inoltre l'ipotesi della violazione della neutralità. Le fattispecie che possono ricondursi nell'ambito della *breach of neutrality* sono l'occultamento o la distruzione dei documenti di bordo, il rifiuto di soggiacere a un'ispezione disposta da parte di una potenza belligerante (cui è equiparata l'ipotesi della nave neutrale che viaggia scortata da una nave neutrale nemica), la violazione della regola di guerra. Quest'ultima rappresenta indubbiamente l'ipotesi più problematica, come attestano le lunghe controversie politiche e dottrinali che oppongono in misura crescente a partire dalla seconda metà del XVIII secolo i giuristi, i commercianti e il governo degli Stati Uniti alle rispettive controparti britanniche³⁶. La dottrina americana ha infatti attaccato frontalmente la legittimità di tale regola, facendo leva su tre ordini di considerazioni: 1) l'inesistenza di ogni riferimento ad essa negli scritti dei padri del diritto internazionale; 2) il fatto che i vari trattati

34 La disciplina del blocco navale e delle conseguenze di una sua eventuale violazione acquista una particolare attualità nel periodo delle guerre napoleoniche. Si veda ad esempio Rose, 1893; Sloane, 1898; Stockder, 1916; Forbes, 1938.

35 Si tratta del caso *The Spes and the Irene*, deciso da Scott nel 1804. Il riferimento al "fiume" deriva dal fatto che nel caso di specie si trattava del blocco della foce del fiume Elba imposto dalla Gran Bretagna nel contesto del conflitto con la Francia napoleonica.

36 La tensione crescente tra i due paesi, innescata dal diverso modo di intendere le prerogative dei neutrali, porterà al conflitto anglo-americano del 1812, preceduto dalla lunga e sfortunata vicenda diplomatica passata alla storia come accordo Monroe-Pinkney (Perkins, 1961; Hickey, 1987; Malone, 1974). Una vivida testimonianza di tale periodo storico si trova negli scritti di Madison, 1908, p. 375.

di alleanza stipulati tra le potenze europee nel corso del XVII secolo dimostrano *a contrario* la vigenza del principio opposto a quello che la regola di guerra pretenderebbe di sancire formalmente; 3) la totale assenza di condanne comminate dalle corti di *admiralty* britanniche nei confronti di navi neutrali impegnate nel commercio coloniale o lungo-costa prima del 1756.

Il risultato cui si è giunti, seguendo questa linea argomentativa, è che la cosiddetta regola di guerra non rappresenta affatto la formalizzazione di un principio generale dello *ius gentium* vincolante *erga omnes*; essa è al contrario il frutto di una arbitraria interpretazione delle norme di diritto internazionale in tema di commercio neutrale contro la quale è legittimo e doveroso opporsi. In pratica, l'unico nucleo di verità che residua all'esito di una analisi serrata del fondamento giuridico di tale regola è il seguente: il commercio dei neutrali con le colonie del nemico non è illegittimo poiché tali rotte commerciali sono state aperte solo a seguito dello scoppio delle ostilità; è illegittimo semmai nella misura in cui intrattenere rapporti commerciali con le colonie consente a queste ultime di sopravvivere economicamente, resistendo a una possibile conquista da parte della potenza ostile:

The trade of neutrals with the colonies of the enemy is not unlawful because it is first opened to them during a war. It is only unlawful, when its direct and immediate tendency is to relieve the colonies from a hostile pressure, so close and imminent, that, but for the interference of neutrals, it would inevitably compel their surrender (Duer, 1845, p. 709).

5. Proviamo a tirare le somme del discorso sin qui svolto.

Al di là dell'Atlantico, il diritto delle prede e, più in generale, l'*admiralty law*, deve il suo tumultuoso sviluppo a due fondamentali eventi bellici: il conflitto anglo-americano del 1812 e la guerra civile americana. È infatti sull'onda di questi due snodi storici cruciali che la dottrina e la giurisprudenza statunitensi elaborano un poderoso *corpus* di massime e di principi che interessano il tema di cui ci stiamo occupando, ovvero la disciplina giuridica del mare e le sue ripercussioni sugli altri ambiti del diritto, a cominciare dal diritto commerciale e dalla disciplina del commercio internazionale³⁷. Il filo conduttore della riflessione dei giuristi americani, diversamente declinato a seconda delle mutevoli esigenze della *Realpolitik*³⁸, è rappresentato senz'altro dalla concezione monistica del diritto internazionale, ovvero dalla convinzione che il diritto internazionale consuetudinario eserciti una efficacia diretta sul diritto interno. Si tratta in effetti di una spiccata predilezione di carattere teorico, che trova però potenti addentellati nel testo autorevolissimo della costituzione federale.

La pronuncia che meglio di ogni altra incarna la via americana al diritto internazionale è la celeberrima sentenza redatta dal giudice della Corte Suprema Horace Gray nel caso *Paquete Habana*. Lo scenario nel quale si verifica la vicenda che darà luogo alla controversia giudiziaria

³⁷ Ciò va di pari passo con la già menzionata transizione dal modello dei *private underwriters* al modello assicurativo fondato sulla presenza di grosse società di capitali, la cui ascesa è notevolmente agevolata dal contesto internazionale segnato da una forte conflittualità (Kingston, 2016, p. 222).

³⁸ Com'è stato notato, infatti, l'atteggiamento della dottrina e della giurisprudenza statunitensi, negli anni terribili della guerra civile, non è esattamente sovrapponibile a quello tenuto in occasione del conflitto del 1812. E ciò per ovvie ragioni: a inizio secolo si trattava di difendere le prerogative di un paese neutrale coinvolto suo malgrado nella spirale di tensione e di violenza che caratterizzava il contesto europeo, specie dopo l'ascesa al potere di Napoleone; negli anni Sessanta dell'Ottocento altri erano i nodi al pettine, a cominciare dalla qualificazione della guerra come conflitto internazionale, per finire con la definizione del trattamento giuridico da riservare ai neutrali sorpresi a commerciare co gli Stati della Confederazione. Senza dimenticare il problema, non meno urgente, della sorte della proprietà privata nei territori del Sud. In particolare, per quanto riguarda il secondo profilo, si assiste in quegli anni a una applicazione costante della regola del viaggio continuo, così come erano solite fare le corti di *admiralty* britanniche nel 1812 (Dickinson, 1956; Stucky, 1985).

è quello della guerra tra Spagna e Stati Uniti, dichiarata dal Congresso il 25 aprile del 1898, al culmine di una spirale di tensioni crescenti, giunta al parossismo dopo l'affondamento da parte degli Spagnoli della nave da guerra U.S.S. Maine, nel porto dell'Avana, nel febbraio dello stesso anno.

Tra gli obiettivi strategici fondamentali, agli occhi dello Stato Maggiore statunitense, figurava il blocco navale di Cuba, anche in considerazione del fatto che, a seguito dell'insurrezione anti-spagnola che aveva fatto precipitare gli eventi, le scorte di cibo e di generi di prima necessità presenti sull'isola erano state decimate. Il che lasciava supporre che l'imposizione di un blocco avrebbe rapidamente costretto alla resa i contingenti militari iberici che vi si trovavano. Non a caso, il 22 aprile del 1898, il presidente McKinley proclama formalmente il blocco di Cuba, emanando un documento dal seguente tenore:

Whereas by a joint resolution passed by the Congress and approved April 20, 1898, and communicated to the Government of Spain, it was demanded that said Government at once relinquish its authority and government in the island of Cuba and withdraw its land and naval forces from Cuba and Cuban waters, and the President of the United States was directed and empowered to use the entire land and naval forces of the United States and to call into the actual service of the United States the militia of the several States to such extent as might be necessary to carry said resolution into effect; and whereas in carrying into effect said resolution the President of the United States deems it necessary to set on foot and maintain a blockade of the north coast of Cuba, including all ports on said coast between Cardenas and Bahia Honda, and the port of Cienfuegos, on the south coast of Cuba: now, therefore, I, William McKinley, President of the United States, in order to enforce the said resolution, do hereby declare and proclaim that the United States of America have instituted and will maintain a blockade of the north coast of Cuba, including ports on said coast between Cardenas and Bahia Honda, and the port of Cienfuegos, on the south coast of Cuba, aforesaid, in pursuance of the laws of the United States and the law of nations applicable to such cases. An efficient force will be posted so as to prevent the entrance and exit of vessels from the ports aforesaid. Any neutral vessel approaching any of said ports or attempting to leave the same without notice or knowledge of the establishment of such blockade will be duly warned by the commander of the blockading forces, who will indorse on her register the fact and the date of such warning, where such indorsement was made; and if the same vessel shall again attempt to enter any blockaded port she will be captured and sent to the nearest and convenient port for such proceedings against her and her cargo as prize as may be deemed advisable. Neutral vessels lying in any of said ports at the time of the establishment of such blockade will be allowed thirty days to issue therefrom³⁹.

Come traspare chiaramente dal testo del proclama, al di là del periodo di tolleranza di trenta giorni concesso alle navi spagnole per lasciare l'isola, non era previsto alcun limite alla facoltà della flotta statunitense di procedere alla cattura di navi iberiche sorprese nei pressi delle coste cubane. In particolare, nessuna istruzione veniva data in merito alla condotta da tenere nei confronti dei numerosi pescherecci presenti in quelle acque. Con la conseguenza che un eventuale eccezione avente ad oggetto tale tipo di imbarcazioni, in mancanza di una espressa previsione, avrebbe potuto fondarsi esclusivamente sul diritto internazionale consuetudinario.

Il *casus belli*, giuridicamente parlando, non fatica a presentarsi. Protagonista della vicenda è il *Paquete Habana*, un peschereccio con quattro uomini di equipaggio, munito di una licenza di

³⁹ Il testo si trova in *Papers Relating to the Foreign Relations of the United States*, 1898, 769.

pesca rilasciata dal governo spagnolo, salpato dall'Avana il 25 marzo 1898 in direzione di Capo San Antonio⁴⁰. La nave resta in mare per più di venticinque giorni prima di far ritorno a Cuba con un carico di circa quaranta quintali di pesce. Al momento del rientro, il blocco decretato dal governo statunitense è già attivo. Non a caso, il primo giorno del conflitto il *Paquete Habana* viene catturato al largo di Mariel dalla cannoniera *U.S.S. Castine*. Stiamo parlando di una nave di piccole dimensioni, del tutto inadatta alla guerra, con un equipaggio composto da uomini semplici e semi-analfabeti, retribuiti in natura dal proprietario dell'imbarcazione. Ciò non ostante, il *Paquete Habana* viene sottoposto a sequestro e inviato a Key West in attesa di essere ceduto mediante vendita all'incanto. Il caso giunge dinanzi alla Corte distrettuale di Key West il 23 maggio del 1898.

Fortunatamente per i ricorrenti, la difesa viene assunta da Joseph Parker Kirlin (1861-1927), il futuro difensore della *White Star Line* dopo la tragedia del *Titanic*, figura di spicco della professione legale statunitense, destinato a divenire in breve un riferimento indiscusso in materia di *admiralty law*⁴¹. Kirlin assume la difesa dopo la pronuncia dei decreti di condanna, chiedendo immediatamente al giudice distrettuale James W. Locke di disapplicare tali provvedimenti. Due gli argomenti-chiave sostenuti dal legale: il proclama presidenziale non menziona i pescherecci tra le imbarcazioni passibili di cattura; secondo il diritto internazionale consuetudinario, i pescherecci non possono essere considerati *lawful prize*. Il giudice respinge la richiesta.

Non di meno, i termini giuridici della questione risultano chiaramente definiti già in primo grado. Si tratta in sostanza di dare una risposta alle questioni seguenti: se il diritto internazionale consuetudinario preveda una immunità a vantaggio dei pescherecci; se una Corte degli Stati Uniti sia legittimata ad applicare direttamente il diritto internazionale in assenza di un trattato o di una disposizione di legge di natura interna che la autorizzi a farlo. Questi gli interrogativi da far tremare i polsi cui si trova confrontato il giudice Horace Gray allorché la vicenda approda dinanzi alla Corte Suprema.

Siamo indubbiamente dinanzi a un giudice non comune⁴², passato alla storia per la sua enorme erudizione, unita a una memoria prodigiosa, per l'acribia delle sue ricerche e per la spiccata tendenza, persino in quel contesto culturale, a scrivere pareri di ampio respiro, assai più simili a saggi accademici che a provvedimenti giurisdizionali. Fedele al suo stile e al suo temperamento, Horace Gray affronta il primo punto della controversia (se l'immunità dei pescherecci appartenga o meno al diritto internazionale consuetudinario) con una competenza e una ricchezza di riferimenti culturali tale da lasciare sbigottito il lettore contemporaneo (Stucky, 1985, p. 25).

L'analisi, storicamente imponente, prende le mosse dall'esame dei decreti di Enrico IV, della prassi britannica, francese e olandese negli anni che precedono la dichiarazione di indipendenza americana, giungendo sino alla ricostruzione della condotta statunitense durante la guerra col Messico, della prassi adottata dal Regno Unito in Crimea e della politica seguita dal Giappone in occasione del conflitto con la Cina. Non mancano all'appello gli anni convulsi delle guerre napoleoniche, dai quali emerge l'unico caso, *The Young Jacob and Johanna*, dal quale

40 175 U.S. 677, 678 (1900). Si veda diffusamente su tale pronuncia Stucky, 1985, nonché Koh, 2004.

41 Su Joseph Parker Kirlin, si veda *Maritime Law Association of the United States, Annual Meetings, 1932-39, Appendix II, Annual Report of the Secretary*, May, 1928, richiamato da Stucky, 1985, p. 16.

42 Horace Gray (Boston, 24 marzo 1828 – Washington, 15 settembre 1902), dopo aver prestato a lungo servizio presso la Corte suprema del Massachusetts, nel 1881 fu nominato giudice della Corte Suprema dal presidente Chester A. Arthur. Si veda sul personaggio Davis e Davis, 1955.

si può eventualmente ricavare un argomento contrario al riconoscimento dell'immunità⁴³. Archiviato rapidamente il caso in questione, ritenuto un episodio isolato, in quanto frutto della volontà britannica di stroncare la consuetudine francese di utilizzare i pescherecci a fini bellici, Gray conclude senz'altro a favore della tesi affermativa: trattasi di imbarcazioni alle quali il diritto internazionale consuetudinario riconosce una speciale forma di immunità.

Ciò è sufficiente per mettere fuori gioco il principale argomento sostenuto dai legali del governo, l'idea cioè che in mancanza di una *statute law* o comunque di una prescrizione univoca di volontà in tal senso proveniente dal potere politico, l'immunità in questione debba considerarsi alla stregua di una concessione graziosa, fondata sulla *comity*, ovvero su una mera forma di *goodwill*, priva di qualsiasi consistenza giuridica. Non è così, come dimostra la storia giuridica degli ultimi due secoli: «the period of a hundred years which has since elapsed is amply sufficient to have enabled what originally may have rested in custom or comity...to grow, by the general assent of civilized nations, into a settled rule of international law». Riconosciuto il fondamento giuridico di tale immunità, residua il secondo argomento sollevato dai rappresentanti della difesa: se anche tale immunità è giuridicamente fondata, essa non può condizionare l'esito della controversia, dal momento che il diritto internazionale consuetudinario non rientra nel novero delle fonti interne, da ritenersi vincolanti per le corti e per la generalità dei cittadini. Ebbene, la risposta di Horace Gray, celeberrima, è ritenuta a ragion veduta una delle più limpide ed efficaci esposizioni della teoria monistica, tanto più efficace in quanto formulata nel testo di una pronuncia giudiziale e non nelle pagine, magari autorevolissime, di un trattato dottrinale: «International law is part of our law, and must be ascertained and administered by the courts of justice of appropriate jurisdiction as often as questions of right depending upon it are duly presented for their determination. For this purpose, where there is no treaty and no controlling executive or legislative act or judicial decision, resort must be had to the customs and usages of civilized nations, and, as evidence of these, to the work of jurists and commentators».

Tale pronuncia, di cui è difficile enfatizzare la portata, pur essendo senz'altro la più celebre e significativa dell'intera storia giuridica americana, non può considerarsi un caso isolato. Essa si pone al contrario in linea di continuità con il principio formulato dallo stesso John Marshall nel 1812, in pieno conflitto anglo-americano, nel caso *The Schooner Exchange v. McFaddon*, laddove il mostro sacro della giurisprudenza d'oltre oceano si spinge addirittura sino al punto di utilizzare la teoria monistica per dichiarare l'assenza di giurisdizione in capo alle corti statunitensi in una vicenda che vede coinvolta una nave da guerra francese: «It seems then to the Court to be a principle of public law, that national ships of war, entering the port of a friendly power open for their reception, are to be considered as exempted by the consent of that power from its jurisdiction»⁴⁴.

Ma, prima ancora, la pronuncia di Horace Gray rappresenta la consacrazione giurisprudenziale di un principio accolto dai padri costituenti e trasfuso nella dichiarazione di indipendenza. In una lettera datata 5 giugno 1793, indirizzata a Edmond-Charles Genet, rappresentante

43 Si tratta in effetti di una pronuncia impossibile da ignorare, poiché vi troviamo formulata la tesi in base alla quale l'immunità dei pescherecci sarebbe priva di fondamento giuridico: «In former wars it has not been usual to make captures of these small fishing vessels; but this rule was a rule of comity only, and not of legal decision; it has prevailed from views of mutual accomodation between neighbouring countries, and from tenderness to a poor and industrious order of people. In the present war there has, I presume, been sufficient reason for changing this mode of treatment; and as they are brought before me for my judgment, they must be referred to the general principles of this Court: they fall under the character and description of the last class of cases, that is, of ships constantly and exclusively employed in the enemy's trade» (Robinson, 1806, p. 20).

44 11 U.S. 116 (1812). Cfr. Dumbald, 1955.

francese a Washington, Thomas Jefferson, allora Segretario di Stato, sottolineava senza giri di parole come lo *ius gentium* fosse «an integral part of the laws of the land»⁴⁵; in quello stesso anno, nella causa *Chisholm v. Georgia*, John Jay affermava che gli Stati Uniti «by taking a place among the nations of earth, become amenable to the law of nations»⁴⁶. L'art. I, paragrafo VIII, della Costituzione federale afferma infatti che gli Stati Uniti sono soggetti allo *ius gentium* e lascia al Congresso la facoltà di stabilire quali fattispecie possano configurare una violazione dei principi di diritto internazionale, a cominciare della ipotesi di «piracies» e «felonies». Benché il testo della costituzione non affermi *expressis verbis* che il diritto internazionale consuetudinario sia *self-executing*, in quanto parte del diritto interno, le corti statunitensi hanno sin dall'inizio considerato lo *ius gentium* alla stessa stregua del *domestic law*, applicandolo direttamente alle controversie pendenti⁴⁷.

Si tratta di un principio di cui troviamo inequivoche conferme già agli albori della storia politico-giuridica degli Stati Uniti. Basti, tra tutti, menzionare il caso di Gideon Henfield, processato per violazione della dichiarazione di neutralità emanata da Washington, a seguito dello scoppio del conflitto tra la Francia rivoluzionaria e il resto d'Europa, all'inizio degli anni Novanta del XVIII secolo. L'accusato era un certo Gideon Henfield, un marinaio quarantacinquenne originario di Salem, Massachusetts. Costui, nel maggio del 1793 si trovava a Charleston, in South Carolina, nella speranza di riuscire a imbarcarsi in direzione di Philadelphia (Young, 2011, p. 447; Beveridge, 2000, p. 25). Tuttavia, essendo stato recentemente vittima di una rapina, non poteva permettersi un passaggio a bordo di una nave postale diretta a Nord. Per tale ragione, si imbarcò sul *privateer* francese *Citizen Genet*, comandato da Pierre Johannen, il

45 Cfr. Koh, 2004, p. 44. L'affermazione, assai significativa, è contenuta in una lettera che fa riferimento al caso del *Citizen Genet*, di cui subito diremo, che aveva creato notevoli tensioni tra il governo americano e quello britannico: «In a conversation which I had afterwards the honor of holding with you, I observed that one of those armed vessels, the Citizen Genet, had come into this Port with a prize; that the President had thereupon, taken the case into further consideration, and after mature consultation and deliberation was of opinion that the arming and equipping vessels in the Ports of the United States to cruise against nations with whom they are at peace, was incompatible with the territorial sovereignty of the United States; that it made them instrumental to the annoyance of those nations, and thereby tended to compromit their peace, and that he thought it necessary as an evidence of good faith to them, as well as a proper reparation to the Sovereignty of the country, that the armed vessels of this description should depart from the ports of the United States. The letter of the 27th instant, with which you have honored me, has been laid before the President, and that part of it which contains your observations on this subject has been particularly attended to. The respect due to whatever comes from you, friendship for the french nation, and justice to all have induced him to reexamine the subject, and particularly to give to your representations thereon, the consideration they deservedly claim. After fully weighing again however all the principles and circumstances of the case, the result appears still to be that it is the right of every nation to prohibit acts of sovereignty from being exercised by any other within its limits; and the duty of a neutral nation to prohibit such as would injure one of the warring powers: that the granting military commissions within the United States by any other authority than their own is an infringement on their Sovereignty, and particularly so when granted to their own citizens, to lead them to commit acts contrary to the duties they owe their own country; that the departure of vessels thus illegally equipped, from the Ports of the United States, will be but an acknowledgment of respect analogous to the breach of it, while it is necessary on their part, as an evidence of their faithful neutrality. On these considerations Sir, the President thinks that the United States owe it to themselves, and to the nations in their friendship, to expect this act of reparation, on the part of vessels marked in their very equipment with offence to the laws of the land, of which the law of nations makes an integral part». Si veda Jefferson, 1904, p. 362.

46 Si tratta di una delle sentenze più significative pronunciate dalla Corte Suprema nei suoi primi anni di vita. I giudici riconoscono che l'art. III della Costituzione federale attribuisce alla Corte Suprema la giurisdizione nelle controversie le cui parti siano il governo di uno Stato della federazione e il cittadino appartenente a un altro Stato della medesima federazione. È qui che Jay descrive il valore e il ruolo che il diritto internazionale assumeva agli occhi degli Stati Uniti fin dagli albori della loro storia, ben prima dell'entrata in vigore della costituzione federale: «Prior also to that period, the United States had, by taking a place among the nations of the earth, become amenable to the laws of nations, and it was their interest as well as their duty to provide that those laws should be respected and obeyed; in their national character and capacity, the United States were responsible to foreign nations for the conduct of each State relative to the laws of nations and the performance of treaties». La pronuncia si trova in 2 U.S. 419 (1793).

47 La storiografia ha del resto sottolineato come l'attaccamento ai principi dello *ius gentium* fosse parte integrante del patrimonio ideale dei padri costituenti dal momento che tali principi potevano offrire il «collante» ideale per plasmare un'unione salda e duratura: «If we are to understand the plan for "a more perfect union" which a constitutional convention was soonto produce, it is essential that we recapture something of the ideological climate of that time. It was late in the eighteenth century. Excepting only the ideals of religion, there were probably no ideals of such impact upon the minds of men as the ideals of law. Leaders in law had knowledge of contemporary legal thought and of the great legal systems which has rarely been equalled since in this country. It was axiomatic among them that the Law of Nations, applicable to individuals and to states, was an integral part of the law which they administred or practiced» (Dickinson, 1952, p. 35).

quale operava al servizio della Francia rivoluzionaria. Il comandante promise a Henfield l'onore di fare ingresso in un porto come *prize master* non appena fosse riuscito a catturare una nave come preda di guerra. Fu per l'appunto in veste di *prize master* che Henfield, il 5 maggio, si presentò nel porto di Philadelphia al comando del *The William*, una nave britannica catturata come preda dal *Citizen Genet*.

Su pressione britannica, Henfield viene arrestato, messo sotto accusa e processato dalla corte distrettuale della Pennsylvania. In assenza di una disposizione di legge che disciplini la questione, il giudice Wilson informa la giuria che Henfield dovrà essere giudicato ed eventualmente punito in applicazione dei principi della tradizione giuridica britannica. Al termine del dibattimento, tuttavia, la giuria pronuncia un verdetto di innocenza: Henfield è innocente poiché non ha violato alcuna *statute law*, non potendosi infatti considerare un proclama presidenziale equivalente, giuridicamente parlando, a un provvedimento legislativo. In realtà, dietro il rifiuto di condannare Henfield non si nasconde tanto una *querelle* di diritto interno e un problema di *balance of powers* tra legislativo ed esecutivo, quanto semmai il rifiuto, tutto politico, di accreditare il *common law of England* come legge direttamente applicabile e vincolante per i cittadini americani: a pochi anni dalla dichiarazione di indipendenza per i giurati si trattava evidentemente di un boccone troppo amaro e indigesto.

Ma al di là dell'esito della vicenda in questione, ciò che più interessa, in questa sede, è richiamare le parole del *Chief Justice* John Gray, con le quali, il 22 maggio del 1793, il magistrato introduce il caso alla giuria della Corte distrettuale della Virginia. Gray ricorda infatti ai giurati qual è il quadro normativo di riferimento al qual debbono attenersi per risolvere la questione, fornendo un elenco tassativo delle fonti giuridiche interne: «That you may perceive more clearly the extent and objects of your inquiries, it may be proper to observe, that the laws of the United States admit of being classed under three heads of descriptions. 1) All treaties made under the authority of the United States; 2) The laws of nations; 3) The constitution, and statutes of the United States» (Wharton, 1849, p. 52).

La posizione di Gray si rivela perfettamente coerente con la tradizione giuridico-politica del Paese ancora in fasce di cui il magistrato è un illustre rappresentante: il sistema di *common law* ereditato dai padri fondatori considerava infatti i principi di diritto naturale e internazionale come parte dell'ordinamento giuridico interno, e tale era l'orientamento seguito senza eccezioni dai giudici britannici nelle cause decise oltre oceano prima della rivoluzione americana. Dopo la dichiarazione di indipendenza, ma prima della entrata in vigore della costituzione federale, il *common law* britannico fu pertanto recepito nell'ordinamento giuridico dei singoli Stati, ivi compreso il principio della obbligatorietà dello *ius gentium*, considerato alla stessa stregua del *domestic law* (Glennon, 1991, p. 252). Ciò perché, alla base del *common law* britannico, «allignava la credenza, divenuta quasi un mito», nella cosiddetta *incorporazione*: «il diritto internazionale consuetudinario», specie dopo il suggello dato a tale tesi dalla penna autorevole di Blackstone⁴⁸, «era parte integrante della *common law*» e «al pari di essa assurgeva a *Law of the Land*, come tale direttamente applicabile dal giudice» (Mannoni, 1999, p. 65). Del resto, com'è stato notato, se da un lato l'equazione diritto internazionale-*common law* appariva congeniale ai giuristi anglosassoni date le «analogie tra la crescita del diritto consuetudinario interno e gli sviluppi del diritto internazionale», dall'altro, lo *ius gentium*, essendo considerato

48 «The law of nations (wherever any question arises which is properly the object of its jurisdiction) is here adopted in its full extent by the common law, and is held to be a part of the law of the land» (Blackstone, 1769, p. 67).

una sorta di «law of nature applied by positive consent to the artificial persons of civil societies» (Ruthefort, 1756, p. 471), consentiva alla scienza giuridica d'oltre manica di recuperare il diritto naturale, laicizzandolo (Mannoni, 1999, p. 62).

Al di là dell'Atlantico, se possibile, l'idea della incorporazione del diritto internazionale e quindi l'idea della sua diretta obbligatorietà acquista ancora più forza, al punto da presentarsi come un dato incontrovertibile nella storia giuridica statunitense, sin dai primi anni di vita della giovane repubblica (Bourguignon, 1977). A conferma di ciò, basti ricordare l'opera monumentale di Wheaton, il quale, negli anni Trenta dell'Ottocento, è senz'altro il principale esponente in ambito dottrinale di tale tesi (Wheaton, 1836). Facendo leva su talune coppie concettuali fondamentali, quale ad esempio il binomio civiltà/cristianità, Wheaton identifica il diritto internazionale con i «principi ricevuti e riconosciuti dagli Stati europei e dalla giovane repubblica americana», arrivando a riconoscerne la positività e quindi la sanzionabilità⁴⁹. Si tratta, com'è stato notato, di una positività non basata su un astratto e inconsistente universalismo, ma su una forte rivendicazione identitaria, costruita a partire dalla nozione di cristianità⁵⁰. Entro tale orizzonte antropologico e culturale si è sviluppato col tempo un *corpus* giuridico complesso, formato dai principi naturali di giustizia e di ragione, dai testi della dottrina, dalle decisioni della giurisprudenza e dalle convenzioni e dai trattati internazionali, il quale, pur in assenza di un organo di giustizia permanente e riconosciuto, ha finito non di meno per essere ritenuto vincolante e quindi «sanzionabile pubblicamente e moralmente» (Nuzzo, 2012, p. 21). Il che significa che la dimensione morale dello *ius gentium*, lungi dal divenire un ostacolo insormontabile alla sua positività, ne ha costituito al contrario il fondamento, pur all'interno di una tradizione antropologica e di una storia politico-giuridica precisamente delimitate.

Si tratta, come si è detto, di una posizione che, oltre oceano, appare tutt'altro che isolata. La storiografia giuridica ha infatti sottolineato come le figure più eminenti della giovane repubblica (politici, giuristi, diplomatici) fossero convinti assertori dell'idea della obbligatorietà dei principi del diritto internazionale, in quanto espressione di valori di giustizia e di ragione condivisi, poiché frutto della medesima comunità di popoli resa omogenea dalle comuni radici cristiane, sulla falsariga di quanto scriveva James Kent nei suoi *Commentaries on American Law* (Nuzzo, 2012, p. 23). Da un lato, quindi, l'obbligatorietà dello *ius gentium* trae la propria forza dall'idea di un «diritto internazionale universale ed eterno, in grado di abbracciare l'intera umanità», in quello che appare una sorta di diritto naturale delle nazioni civilizzate. Ma non è tutto. La vincolatività del diritto internazionale viene argomentata anche per altre vie; facendo leva, in altre parole, sull'idea dell'assorbimento dello *ius gentium* nel *common law* britannico, a sua volta incorporato nel *domestic law* statunitense.

Esattamente quello che sostiene il *Chief Justice* Gray nel suo discorso dinanzi alla giuria.

Se quanto abbiamo detto sin qui è vero, non stupisce imbattersi nell'elogio quasi lirico delle virtù dello *ius gentium* formulato da John Marshall, allorché ebbe a definire il diritto internazionale «a law which contributes more to the happiness of the human race than all the statutes which will come from the hands of the sculptor, or all the paintings that were ever

49 Si veda sul punto Nuzzo, 2012, p. 20.

50 «La cristianità qualificava la tradizione giuridica occidentale e attribuiva un valore aggiunto alle regole di condotta cui erano tenute a conformarsi le nazioni» (Nuzzo, 2012, p. 20; Kent, 1826). A ciò deve aggiungersi il contributo di Joseph Story nel quale, oltre al comune orizzonte cristiano, l'altro elemento centrale per la strutturazione giuridica delle relazioni internazionali è rappresentato dallo spirito commerciale (Story, 1834).

placed on canvas» (Baker, 1981, p. 554). Ne deriva che le corti possono applicare direttamente alle controversie pendenti i principi del diritto internazionale, dal momento che il *common law* inglese è stato incorporato nell'ordinamento giuridico americano, e che tale pregressa incorporazione è la conseguenza del fatto che si tratta di un *corpus* di norme espressivo di valori e principi condivisi dalla comunità di nazioni civili di matrice cristiana.

E ciò vale non solo con riferimento alle controversie aventi ad oggetto casi di *admiralty law*, come sarebbe stato facile prevedere nell'ottica di un Paese affezionato alla propria neutralità e preoccupato di difendere la libertà dei commerci via mare, da cui dipendeva in gran parte la sua prosperità e il suo sviluppo sociale ed economico: tra i principi di *ius gentium* direttamente applicabili dalle corti americane figurano infatti anche previsioni non riconducibili al diritto del mare, benché ad esso o strettamente legate, come nel caso della *lex mercatoria* o «general commercial law»⁵¹.

Non a caso, gli Stati Uniti rappresentano uno dei contesti storici d'elezione per l'affermazione e lo sviluppo della teoria del primato del diritto internazionale, affacciata sul palcoscenico dottrinale sull'onda della critica elaborata a inizio Novecento dalla Scuola austriaca contro la teoria hegeliana dello Stato inteso come realtà metafisica, secondo la quale il diritto internazionale è parte di un complesso sistema gerarchico nel quale figurano molteplici sistemi normativi statali, tenuti insieme da un rapporto di dipendenza nei confronti delle norme dello *ius gentium* qualificabili come funzionali o «costituzionali». Da tale assunto discende *naturaliter* una conseguenza giuridica fondamentale: gli individui divengono titolari di diritti e di obbligazioni creati direttamente da norme di diritto internazionale, rese efficaci sul piano interno attraverso la mediazione statale. La dottrina favorevole alla tesi monistica, aderendo non senza rilevanti distinguo alle tesi kelseniane, ha sottolineato la tendenza crescente delle norme di diritto internazionale a scavalcare l'orizzonte statuale ponendosi in interlocuzione diretta con i privati.

Ebbene, la storia delle *liaisons dangereuses* tra *ius gentium* e diritto commerciale presenta all'attenzione dello storico e del giurista un dato inedito, indubbiamente sorprendente: il diritto internazionale mostra una tendenza crescente a giocare un ruolo di primo piano in ambiti giuridici da sempre considerati il *sancta sanctorum* dei privati. In altre parole, ciò a cui assistiamo non è soltanto la capacità dello *ius gentium* di scavalcare l'abituale interlocutore pubblico in settori particolarmente sensibili quali la tutela dei diritti umani o la più recente

51 Una sintesi emblematica, sul punto, si trova in Blackstone: «Whereas no municipal laws can be sufficient to order and determine the very extensive and complicated affairs of traffic and merchandize; neither can they have a proper authority for this purpose. For as these are transactions carried on between the subjects of independent states, the municipal laws of one will not be regarded by the other. For which reason the affairs of commerce are regulated by a law of their own, called the law merchant or *lex mercatoria*, which all nations agree in and take notice of. And in particular the law of England does in many cases refer itself to it and leaves the causes of merchants to be tried by their own peculiar customs; and that often even in matters relating to inland trade, as for instance with regard to the drawing, the acceptance, and the transfer, of bills of exchange» (Blackstone, 1765, p. 263). Il caso più celebre è senz'altro *Swift v. Tyson*, deciso nel 1842 dal giudice Joseph Story. La Corte Suprema stabilì che una Corte federale, nel decidere una controversia di diritto commerciale, non è tenuta a seguire le norme applicate nello Stato in cui opera. Essa, al contrario, è libera di applicare il *general commercial law*, ovvero i principi della *lex mercatoria*, parte integrante dello *ius gentium*, incorporato nel *common law*. La *quaestio iuris* ruotava attorno alla interpretazione della trentaquattresima sezione del *Judiciary Act* del 1789 («that the laws of the several states, except where the Constitution, treaties, or statutes of the United States shall otherwise recognize or provide, shall be regarded as rules of decision in trials at common law in the Courts of the United States in cases where they apply»). Joseph Story, ritenendo che tale sezione faccia riferimento a norme di carattere prettamente locale, ne esclude l'applicabilità alle controversie di diritto commerciale: «We have not the slightest difficulty in holding that this section, upon its intendment and construction, is strictly limited to local statutes and local usages of the character before stated, and does not extend to contracts and other instruments of a commercial nature, the true interpretation and effect whereof are to be sought not in the decisions of the local tribunals, but in the general principles of doctrines of commercial jurisprudence». Tale pronuncia è all'origine di un profluvio di commenti e articoli scientifici. Si vedano ad esempio *Swift v. Tyson Exhumed*, in *The Yale Law Journal*, 79, 1969, pp. 284-310; Fletcher, 1984; Nelson, 2006; Dickinson, 1956.

tutela ambientale; è al contrario la capacità del diritto internazionale di influenzare le relazioni intersoggettive in ambiti strategici, quali quelli delle relazioni commerciali, inducendo gli attori privati ad escogitare soluzioni giuridiche improntate a una rigorosa *compliance* nei confronti delle prescrizioni e delle prassi adottate dalla comunità internazionale. Ne deriva che i fautori della teoria monistica, affezionati all'idea dell'esistenza di un rapporto gerarchico-funzionale tra norme di diritto internazionale e norme di diritto interno, possono trovare nella storia del rapporto tra *ius gentium* e diritto commerciale, una strepitosa, quanto sinora pressoché inesplorata, conferma del loro credo.

Bibliografia

- Acts of the Eight Congress of the United States passed at the second session, which was begun and held at the City of Washington, in the District of Columbia, on Monday, the fifth day of November, 1804, and ended on the third day of March, 1805*, 1848, Peters ed.: Boston.
- Baker, L. (1981). *John Marshall: a Life in the Law*, Macmillan ed.: New York.
- Beveridge, A. J. (2000). *The life of John Marshall – Conflict and Construction: 1800-1815*. Beard Books: Washington.
- Blackstone, W. (1769). *Commentaries on the Laws of England*. Clarendon Press: Oxford.
- Bogatyreva, A. (2016). *England 1660-1720: Corporate or Private?*, in Leonard A.B. *Marine Insurance: Origins and Institution*, 1300-1850, Palgrave Macmillan ed.,
- Crothers, A. G. (2004). Commercial Risk and Capital Formation in Early America: Virginia Merchants and the Rise of American Marine Insurance, 1750-1815. *The Business History Review*, 78, pp. 607-633.
- Bourguignon, H. J. (1977). Incorporation of the Law of Nations during the American Revolution – the Case of the San Antonio. *American Journal of International Law*, 71, pp. 270-295.
- Bourguignon, H. J. (2004). *Sir William Scott, Lord Stowell – Judge of the High Court of Admiralty, 1798-1828*. Cambridge University Press ed: Cambridge.
- Davis, E. B.; Davis, H. A. (1955). Mr Justice Horace Gray: some Aspects of his Judicial Career. *American Bar Association Journal*, 41, pp. 421-424, 468-471.
- De Conde, A. (1966). *The Quasi-War: the politics and diplomacy of the undeclared war with France, 1797-1801*. Charles Scribner's Sons ed.: New York.
- Dickinson, E. D. (1956). The Law of Nations as Part of the National Law of the United States. *University of Pennsylvania Law Review*, 104, pp. 792-833.
- Dodd, E. M. (1954). *American Business Corporations until 1860, with special Reference to Massachusetts*. Harvard University Press ed.: Cambridge.
- Dodier, N. (1986). L'Etat-Providence (note de lecture). *Sciences sociales et santé*, IV, pp. 195-204.

- Duer, J. (1845). *The Law and Practice of Marine Insurance deduced from a critical examination of the adjudged cases, the nature and analogies of the subject and the general usage of commercial nations*. John S. Voorhies: New York.
- Dumbald, E. (1955). John Marshall and the Law of Nations. *University of Pennsylvania Law Review*, 38, pp. 38-56.
- East, R. A. (1938). *Business Enterprise in the American Revolutionary Era*. Columbia University Press: New York.
- Elliott, C. B. (1907). The Doctrine of Continuous Voyage. *The American Journal of International Law*, 1, pp. 61-104.
- Felt Bentley, E. (1961). William Pinkney, 1764-1822. The Death of the Man in the Doeskin Gloves. *The Princeton University Library Chronicles*, 22, pp. 169-177.
- Fletcher, W. A. (1984). The General Common Law and Section 34 of the Judiciary Act of 1789: the Example of Marine Insurance. *Harvard Law Review*, 97, pp. 1513-1580.
- Forbes, J. D. (1938). European Wars and Boston Trade. *The New England Quarterly*, 11, pp. 709-730.
- Fowler Jr., W. M. (1997). Maritime Insurance in Boston: The Early Years of the Boston Marine Insurance Company, 1799-1807. *Entrepreneurs – The Boston Business Community, 1700-1850*. Massachusetts Historical Society ed.: Boston, pp. 151-179.
- Glennon, M. J. (1991). *Constitutional Diplomacy*. Princeton University Press ed.: Princeton.
- Hagan, H. H. (1987). William Pinkney (1764-1822). *Eight Great American Lawyers*. Gale, Making of Modern Law ed.: Littleton.
- Hickey, D. R. (1987). The Monroe-Pinkney Treaty of 1806: a Reappraisal. *The William and Mary Quarterly*, 44, pp. 65-88.
- Hoffman, R. (1988). *The Economy of Early America: the Revolutionary Period, 1763-1790*. Ronald Hoffman ed.: Charlottesville.
- Huebner, S. (1905). The Development and Present Status of Marine Insurance in the United States. *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, 26, pp. 241-272.
- Huebner, S. (1905). Policy Contracts in Marine Insurance. *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, XXVI, pp. 273-299.
- Ireland, R. M. (1986). *The Legal Career of William Pinkney, 1764-1822*. Garland ed.: New York.
- Jefferson, T. (1904). *The Works of Thomas Jefferson*. Paul Leicester Ford ed.: New York.
- Kent, J. (1826). *Commentaries on American Law*. Claiton's Publishing Division ed.: Boston, 1826.

- Kingston, C. (2016). America 1720-1820: War and Organisation, in Leonard, A. B. (a cura di). *Marine Insurance – Origins and Institutions, 1300-1850*. Macmillan: Palgrave, pp. 205-226.
- Koh, H. H. (2004). International Law as Part of Our Law. *The American Journal of International Law*, 98, pp. 43-57.
- Maritime Law Association of the United States, Annual Meetings, 1932-39, Appendix II, Annual Report of the Secretary, May, 1928.*
- Leonard, A. B. (2016). *London 1426-1601: Marine Insurance and the Law Merchant*, in *Marine Insurance: Origins and Institutions, 1300 1850*, Palgrave Mancmillan: London.
- Madison, J. (1908). *The Writings of James Madison*. G.P. Putnam's Sons ed.: New York.
- Magens, N. (1755). *An Essay on Insurances explaining the Nature of the various Kinds of Insurance practised by the different Commercial States of Europe and shewing their Consistency or Inconsistency with Equity and the Public Good*. J. Haberkorn ed.: London.
- Malone, D. (1974). *Jefferson the President – Second Term, 1805-1809*. Editore: Boston.
- Mannoni, S. (1999) *Potenza e ragione – La scienza del diritto internazionale nella crisi dell'equilibrio europeo (1870-1914)*. Giuffrè ed.: Milano.
- Martin, F. (1876). *The History of Lloyds and of Marine Insurance in Great Britain*. Macmillan ed.: London.
- Nettles, C. P. (1962). *The Emergence of a National Economy, 1775-1815*. Joanna Cotler Books ed.: New York.
- Nelson, C. (2006). The Persistence of General Law. *Columbia Law Review*, 106, pp. 503-568.
- Nuzzo, L. (2012). *Origini di una scienza. Diritto internazionale e colonialismo nel XIX secolo*. Klostermann Vittorio GmbH ed.: Frankfurt am Main.
- Papers Relating to the Foreign Relations of the United States*, 1898, Government Printing Office ed.: Washington, 769.
- Parsons, T. (1859). *Treatise on Maritime Law. Including the Law of Shipping, the Law of Marine Insurance, and the Law and Practice of Admiralty*. Allen and Parnham ed.: Boston.
- Parsons, T. (1868). *A Treatise on the Law of Marine Insurance and General Average*, I. Little, Brown and Company ed.: Boston.
- Perkins, B. (1961). *Prologue to War – England and the United States 1805-1812*. University of California Press ed.: Berkeley.
- Phillips, W. (1840). *A Treatise on the Law of Insurance*. Wells and Lilly ed.: Boston.

- Rawle, F. (1725). *Ways and Means for the Inhabitants of Delaware to become rich*. S. Keimer ed.: Philadelphia.
- Reports of 1888-1900, with an Account of the early Insurance Offices in Massachusetts, from 1724 to 1801*, University of Michigan Library ed., Boston, 1901.
- Robinson, C. (1810). *Reports of Cases argued and determined in the High Court of Admiralty*. J. Butterworth ed.: London.
- Rose, J. H. (1893). Napoleon and English Commerce. *The English Historical Review*, 8, pp. 704-725.
- Rossi, G. (2015). 1523-1601: the Beginning of Marine Insurance, in Leonard, A. B. *Marine Insurance* cit. pp. 131-148.
- Rutherford, T. (1756). *Institutes of National Law*. J. Bentham ed.: Cambridge.
- Ruwel, M. E. (1993). *Eighteenth-Century Capitalism-The Formation of American Marine Insurance Companies*. Garland ed.: New York.
- Ruschi, F. (2004/2005). Leviathan e Behemoth. Modelli egemonici e spazi coloniali in Carl Schmitt. *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 33/34, I, p. 431.
- Sloane, W. M. (1898). The Continental System of Napoleon. *Political Science Quarterly*, 13, 1898, pp. 213-231.
- Smith, S. *Annals of Congress, 9th Cong., 1st sess.*, Gales and Seaton ed.: Washington, pp. 173-174.
- Stephen, J. (1805). *A War in Disguise or the Frauds of the Neutral Flags* Whittingham ed.: London.
- Stockder, A. H. (1916). The Legality of the Blockades Instituted by Napoleon's Decrees and the British Orders in Council. *The American Journal of International Law*, 10, p. 492-508.
- Story, J. (1834). *Commentaries on the Conflict of Laws, Foreign and Domestic, in regard to Contracts, Rights and Remedies, and especially in regard to Marriage, Divorces, Wills, Successions and Judgments*. Maxwell ed.: Boston.
- Stucky, S. W. (1985). The Paquete Habana: a Case History in the Development of International Law. *University of Baltimore Law Review*, University of Baltimore ed., pp. 1-53.
- Swift v. Tyson Exhumed*, in *The Yale Law Journal*, 79, 1969, Yale University press ed., pp. 284-310;
- Tyler, J. W. (1997). Persistence and Change within the Boston Business Community, 1775-1790, in *Entrepreneurs – The Boston Business Community 1700-1850*. Northeastern University Press 1997, pp. 97-119.

- 5Wharton, F. (1849). *State Trials of the United States during the Administrations of Washington and Adams*. Carey and Hart: Philadelphia.
- Wheaton, H. (1817). *Reports of Cases argued and adjudged in the Supreme Court of the United States*. Donaldson: New York.
- Wheaton, H. (1826). *Some account of the Life, Writings and Speeches of William Pinkney*. Palmer & Co.: New York.
- Wheaton, H. (1836). *Elements of International Law with a Sketch of the History of the Science*. Fellowes ed.: London.
- Young, C. J. (2011). Connecting the President and the People: Washington's Neutrality, Genet's Challenge, and Hamilton's Fight for Public Support. *Journal of the Early Republic*, 31, pp. 435-466.

Data de recebimento: 01/06/2022

Data de aprovação: 02/06/2022

A crise fiscal-financeira do Império brasileiro:

Uma análise dos Relatórios do Ministério da Fazenda (1870-1889)

*The fiscal-financial crisis of the Brazilian Empire:
An analysis of the Reports of the Ministry of Finance (1870-1889)*

Priscila Petereit de Paola Gonçalves¹

Leonardo Seiichi Sasada Sato²

Paulo Roberto dos Santos Corval³

¹ Universidade Federal Fluminense. ORCID: 0000-0003-4331-220X

² IESP-UERJ. ORCID: 0000-0002-9596-806X

³ Universidade Federal Fluminense. ORCID: 0000-0001-9210-1375

RESUMO

Ao longo do Império foram constantes os conflitos e “invasões fiscais” entre as províncias e o poder central. As assembleias provinciais, reivindicando uma maior autonomia financeira, muitas vezes legislaram sobre impostos que eram, a priori, de competência do Governo central. Esse cenário ganhou maiores contornos quando, a partir da década de 1870, instaurou-se definitivamente uma crise financeira no Império brasileiro. Foi então a partir de 1870 que o debate em torno da uma reestruturação fiscal do Império passou a ser travado em diversas instâncias: no Ministério da Fazenda, na Assembleia Geral Legislativa e no Conselho de Estado. É neste sentido que este trabalho terá como foco analisar as propostas de discriminação das rendas presentes nos relatórios do Ministério da Fazenda, apresentados, anualmente, à Assembleia Geral Legislativa entre os anos de 1870-1888. Para além da análise das soluções fiscais pensadas por cada ministro da Fazenda, objetiva-se, também, apreender a trajetória e a inserção política dos ministros que estiveram à frente do Ministério da Fazenda entre os últimos 18 anos do Império. Considera-se, por fim, que a reestruturação fiscal do Império não se referia apenas a demandas financeiras, mas também a um aspecto que estava implícito as discussões políticas da época: o caráter unitário do regime imperial.

Palavras-chave: Brasil Império; Ministério da Fazenda; Crise fiscal-financeira; Tributação; Discriminação das Rendas.

ABSTRACT

Throughout the Brazilian Empire period, there were constant conflicts and “fiscal invasions” between provinces and the central political power. Provincial assemblies, claiming greater financial autonomy, often legislated on taxes which should be, a priori, within the competence of the central government. This scenario took on greater contours when, from the 1870s onwards, a financial crisis was definitively established in the Brazilian Empire. It was then, from 1870 on, that the debate around the fiscal restructuring of the Empire started to be held in several instances: in the Ministry of Finance, in the Legislative General Assembly and in the Council of State. It is in this sense that this work will focus on analyzing the proposals of income discrimination present in the reports of the Ministry of Finance, annually presented to the Legislative General Assembly, between the years 1870-1888. In addition to the analysis of the fiscal solutions thought by each Minister of Finance, the objective is also to apprehend the trajectory and political insertion of the ministers who were in charge of the Ministry of Finance during the last 18 years of the Empire. Finally, it is considered that the fiscal restructuring of the Empire did not refer only to financial demands, but also to an aspect that was implicit in the political discussions of the time: the unitary character of the imperial regime.

Keywords: Brazilian Empire; Ministry of Finance; Fiscal-financial crisis; Taxation; Income Discrimination.

1. Introdução

Aquilo que se pode denominar “questão financeira” (CORVAL, 2019) trata da capacidade de o Estado realizar “os objetivos e as prioridades fixados pela sociedade por meio da adequada geração de receitas, sustentabilidade do endividamento, orquestração orçamentária, estruturação do gasto e interconexão entre ações fiscais, monetárias, cambiais e negociais” (CORVAL, 2019). No Estado moderno, ao longo da história, a atividade financeira pública mobilizou os modos de criação e arrecadação de recursos a fim de promover, pela via do controle orçamentário e planejador, os valores e os interesses materializados por distintas subjetividades e em variadas ações estatais.

Em regimes democráticos, de maneira especial, a calibragem dos sujeitos, regras e práticas relacionados às finanças públicas torna-se mais acentuada pela imposição da responsabilização política daqueles que exercem o governo ou se encontram no interior das engrenagens e atividades estatais, bem como da expansão do universo plural de sujeitos individuais e coletivos na produção das normas e das políticas públicas.

É neste sentido que o estudo da fiscalidade de um Estado pode revelar suas bases de construção, as tensões entre as mais diversas forças sociais, bem como mensurar sua capacidade de imposição sobre o setor privado. Para a historiadora Wilma Peres da Costa “a discussão da fiscalidade permite, desse modo, olhar para a própria “alma” do Estado” (COSTA, 2000:51). A partir desse referencial, o presente artigo analisará o desenvolvimento das finanças públicas no final do Império brasileiro (1870-1889), tendo como base o estudo dos Relatórios do Ministério dos Negócios da Fazenda.

Diante da independência do país era necessário que registros e estatísticas sobre as receitas e despesas públicas fossem rapidamente organizados pelo Estado e explorados pelos atores públicos e privados afetados pela sua presença e poder nas instâncias de ação do mercado e da sociedade. Não à toa, no Brasil, o Império esforçou-se para produzir o adequado acompanhamento, gestão e controle de suas receitas e despesas. Os Relatórios do Ministério da Fazenda são um ótimo exemplo desse esforço do Governo.

Apresentado anualmente à Assembleia Geral Legislativa, esse documento resumia a situação financeira do país, fixava as receitas e despesas do ano corrente, apresentava a proposta orçamentária para o ano seguinte, expunha a situação da dívida pública e, principalmente, sugeria medidas fiscais visando o aperfeiçoamento do sistema tributário nacional.

Os relatos ministeriais constituem então fontes de agregação e difusão de dados referentes às receitas e despesas públicas, explicitando dispositivos de quantificação utilizados à época, sua estrutura de produção e o seu manejo na esfera pública. É importante destacar que esse Ministério aglutinou não só a tarefa de pensar a economia e o desenvolvimento nacional, mas também grandes nomes do pensamento político brasileiro. Neste sentido, esse artigo também se propõe a analisar o pensamento político-econômico de alguns dos ministros que estiveram à frente do Ministério da Fazenda, entre os anos de 1870 e 1889, cotejando, assim, suas ideias com as medidas ou soluções projetadas para o enfrentamento da crise no final do Império brasileiro. São eles: Ângelo Moniz da Silva Ferraz, Gaspar Silveira Martins, João Lustosa da Cunha Paranaguá, Lafayette Rodrigues Pereira, Francisco Belisário Soares de Souza, e João Alfredo Corrêa de Oliveira.

Assim, buscar-se-á compreender como o debate financeiro passou a permear, especialmente, temas econômicos, jurídicos e políticos, em um momento em que o Estado Imperial alcançou sua maior maturidade em termos de formação político-institucional. À medida que o Estado se consolidava, a questão financeira passava a aparentar autonomia em face da política. Se até há poucos anos as finanças públicas eram assunto que se aproximava da contabilidade, da economia ou da administração pública, o assunto passou a despertar o interesse do Direito, da Sociologia, da Ciência Política, das políticas públicas. Por mais que o interesse tenha sido recentemente despertado, ele não é novo.

O tema foi e é revisitado, por exemplo, nas partes introdutórias do Direito Tributário ou da Administração Pública ou da Contabilidade ou da Economia, mas que só resgatam parte muito restrita do debate. As discussões sobre as finanças públicas atravessam toda a história de qualquer Estado-nação. A aparente tecnicidade do tema oculta concepções e projetos político-econômicos. Neste sentido, é necessário desenvolver estudos sobre momentos históricos que foram essenciais para iniciar e estruturar alguns dos termos das discussões que reverberam pela História.

Desse modo, o presente artigo ao elencar como eixo central a crise fiscal-financeira do final do Império brasileiro, buscará compreender: (i) os elementos constitutivos da referida crise; (ii) como os conflitos e as disputas fiscais acirraram e aprofundaram a crise entre as provinciais e a União; (iii) como se operacionalizaram os conflitos para estruturação do sistema financeiro no Império brasileiro; (iv) a riqueza dos Relatórios do Ministério da Fazenda para o estudo da história tributária nacional; (v) como os referidos relatórios e ministros pontuavam suas propostas, soluções e ou encaminhamentos para a crise fiscal-financeira do final do Império brasileiro; (vi) como tais propostas foram vistas e analisadas pelo Conselho de Estado; e, por fim, (vii) como os ministros da fazenda estudados podem ser entendidos e compreendidos dentro de determinado espectro político, a partir do seu posicionamento sobre a crise financeira do Império.

2. A divisão das rendas e a crise fiscal-financeira do Império brasileiro

Proclamada a independência do Brasil, os decretos de 30 de dezembro de 1822 e de 04 de janeiro de 1823 instituíram, respectivamente, a cobrança dos impostos de importação e de exportação. Desejava-se logo instituir mecanismos para o financiamento do nascente Estado brasileiro. Neste primeiro momento, as províncias não dispunham de rendas próprias, sendo-lhes vedado propor ou deliberar projetos cuja iniciativa fosse de competência particular da Câmara dos Deputados. As províncias apareceriam no orçamento Imperial, simplesmente como dotação de verbas para as despesas de seus serviços, já que a arrecadação da receita era feita de forma centralizada pela Corte⁴.

De modo geral, observa-se que a independência do país não trouxe profundas mudanças em sua estrutura fiscal. O sistema tributário só sofreu significativa alteração no ano de 1832, tendo seu ápice com a promulgação do Ato Adicional de 1834. O artigo 10, parágrafo 5º, da Lei nº 16, de 12 de agosto de 1834, dispunha que competia às assembleias provinciais legislar:

4 Ver DOLHNIKOFF, Miriam (2005). *O pacto imperial: origens do federalismo no Brasil do século XIX*. São Paulo: Globo.

“[...] sobre a fixação das despesas municipais e provinciais, e os impostos para elas necessários, contanto que estes não prejudiquem as imposições gerais do Estado”.

No ano seguinte, o art. 11, da Lei nº 99, de 31 de outubro de 1835, especificou as rendas pertencentes ao governo central, às províncias e aos municípios, dispondo pela primeira vez de uma discriminação das rendas públicas.⁵ Concretizava-se, assim, uma verdadeira reforma fiscal, sendo, pontualmente, discriminados os impostos competentes ao centro e as províncias. A essa última competiam os impostos que taxavam as atividades internas, em geral de difícil cobrança pelo governo central dado o tamanho do território nacional. Por sua vez, o comércio exterior continuou sob o domínio do governo central, fato que se justificaria não só pela sua maior rentabilidade, mas também porque os impostos de importação e exportação eram mais fáceis de serem arrecadados pelo governo geral. Ao se instituírem coletorias e mesas de rendas internas nas províncias, garantiu-se uma autonomia tributária, inclusive, para a formulação de seus próprios orçamentos. Operou-se, assim, uma pequena descentralização do aparato arrecadador do Estado.

A despeito de toda a estrutura e divisão das rendas estabelecida pelo Ato Adicional e legislações subsequentes, as assembleias provinciais continuaram a legislar sobre impostos que, a priori, eram de competência do governo central, entre eles, os impostos de importação e de exportação. Durante todo o Império foram constantes os conflitos e “invasões fiscais” entre essas duas esferas de poder. Como o Ato Adicional permitiu que as províncias pudessem criar tributos que não invadissem a esfera do governo central, muitas delas passaram a considerar como comércio interno os produtos importados que viessem de outras províncias. (COSTA, 2020, pp. 4620) Algumas províncias chegaram a criar impostos de importação sobre produtos exportados por províncias do interior, que desejavam somente um litoral para o escoamento da sua produção.

Essa disputa alcançou, inclusive, o Conselho de Estado, que, em grande medida, posicionava-se quase sempre favoravelmente ao poder central, declarando a ilegalidade dos impostos interprovinciais. Essa disputa permeou a segunda metade do século XIX, alternando-se entre severidade e tolerância do poder central, conforme a folga ou o aperto das finanças centrais, como pontuado pela historiadora Wilma Peres Costa. (COSTA, 2020, pp. 4628) Acontece que, a partir da década de 1870, com o crescimento das despesas públicas, o alto custo gerado pela Guerra do Paraguai e a necessidade de recursos para fazer frente à transição do trabalho escravo para

⁵ **I - Rendas Gerais:** a) direitos sobre importação (15%), chá (30%), pólvora (50%), reexportação (2%), exportação (7%) etc.; b) direitos sobre as embarcações estrangeiras que passassem a ser nacionais, já previstos na lei de 15 de novembro de 1831 (15% de seu valor); c) direitos novos e velhos dos empregos e ofícios gerais, pelas mercês gerais (por exemplo, privilégios e faculdades recebidas). Suas origens remontam à lei de 11 de abril de 1661; d) emolumentos de certidões de polícia etc.; e) dízima da chancelaria. Inicialmente era uma pena que se impunha àquele que fazia má demanda (perdia), revertendo a respectiva receita para o fisco. Eram 10% sobre o valor da causa, conforme o antigo alvará de 25 de setembro de 1655. Mais tarde, essa penalidade foi substituída por um imposto de 2% (Lei nº 98, de 31 de outubro de 1835); f) décima adicional das corporações de mão morta – como filantrópicas – (Decreto nº 98, de 31 de outubro de 1835); g) sisa dos bens de raiz, com a alíquota de 10% sobre a compra e a venda, arrematações, trocas ou doações de bens de raiz (alvará de 3 de junho de 1809); h) imposto adicional sobre bebidas espirituosas; i) imposto sobre barcos do interior; j) imposto sobre despachantes e corretores; k) imposto sobre exportação (alvará de 25 de abril de 1818); l) imposto sobre mineração de ouro e de outros metais (lei de 27 de outubro de 1827); m) imposto do selo do papel (alvará de 17 de junho de 1809), incidente sobre títulos, folhas de livros, papéis forenses e comerciais; n) imposto sobre as lojas (alvará de 20 de outubro de 1812); o) imposto sobre segos, carruagens e carrinhos (alvará de 20 de outubro de 1812); p) imposto sobre venda de embarcações nacionais (alvará de 20 de outubro de 1812); q) imposto sobre loterias (lei de 11 de outubro de 1837); r) taxa dos escravos (lei de 8 de outubro de 1835), cobrada dos proprietários por escravo que possuísse. **II - Rendas Provinciais:** a) décima dos legados e herança; b) dízima dos gêneros (açúcar, café etc.); c) imposto sobre a transmissão da propriedade móvel; d) novos e velhos direitos; e) meia-sisa dos escravos ladinos; f) emolumentos; g) subsídio literário, com diversas finalidades assistenciais; h) décima dos prédios urbanos; i) taxa de viação em estradas provinciais e de navegação em rios internos (passagem no rio); j) imposto sobre casas de leilões e casas de modas (lei de 15 de novembro de 1831); k) outros tributos, desde que diferentes dos privativos do governo central. **III - Rendas municipais:** As rendas municipais compreendem os tributos arrecadados pelos municípios por outorga das províncias.

o trabalho livre, acirrou-se o confronto fiscal entre o governo central e as províncias (COSTA, 2000, pp. 147). O debate em torno do federalismo e da maior autonomia das provinciais passou a aglutinar diversos setores descontentes com o regime monárquico.

Como já mencionado, a Guerra do Paraguai levou a um aprofundamento da dívida pública interna e externa brasileira⁶. Se até então à dívida havia sido contraída para cobrir às despesas com a construção do Estado nacional ou com a construção de estradas de ferro, por exemplo, com o advento da Guerra do Paraguai, os empréstimos visavam cobrir os seus gastos, tendo ocorrido um crescimento exponencial da dívida e, conseqüentemente, dessa sobre as receitas do Estado (COSTA, 2020, pp. 4687). Abaixo, segue planilha apresentando a evolução da dívida externa e interna do Império brasileiro.⁷

Evolução da dívida fundada no Império e juros quinquenais (em mil réis)

Ano	Dívida Externa	Juros	Dívida Interna	Juros	Câmbio
1840	44.240.336	2.216.798	30.282.600	1.993.006	30
1845	59.078.701	5.899.196	48.529.200	2.889.388	25 1/8
1850	53.782.251	2.757.620	54.312.400	4.026.468	27 1/2
1855	52.242.430	3.434.951	59.615.600	3.556.644	27
1860	45.677.229	4.059.526	63.191.000	3.770.364	25
1865	69.073.980	3.639.917	80.376.400	4.801.814	27
1870	156.771.600	8.039.556	234.312.000	14.525.380	20
1875	132.635.580	6.548.942	285.592.200	17.237.439	26 1/2
1880	177.338.386	7.572.426	363.569.700	23.618.487	23
1885	199.800.655	7.956.456	405.640.400	23.954.034	22 1/8
1889	270.395.555	19.148.077	543.585.300	25.178.034	27

Da mesma forma, também é importante lembrar que o Estado brasileiro nesse período já apresentava uma maior complexidade, já tendo que atender aos gastos públicos com estradas de ferro, subvenção a companhias de navegação, correios, telégrafos, colonização e terras públicas, saúde pública e instrução pública.

Dentro desse cenário, coube, então, aos ministros da Fazenda apontar soluções para o enfrentamento da crise financeira e do conflito fiscal. O tema passou a ser tratado de maneira quase que obrigatória nos relatórios da Secretaria dos Negócios da Fazenda, sendo, o seu encaminhamento, algo vital para a sustentação do regime. Neste sentido, abaixo, serão analisados os relatórios dos ministros da Fazenda a partir de 1870, a fim de se verificar as propostas de reestruturação fiscal, de recuperação da crise financeira e de contenção dos “excessos fiscais” das províncias.

6 Ver COSTA, Wilma Peres. *A espada de Dâmocles – O exército, a Guerra do Paraguai e a crise do Império*. São Paulo: Hucitec/UNICAMP, 1996.

7 CARREIRA, L. C. *História financeira e orçamentária do Império no Brasil*. Brasília: Senado Federal/Rio de Janeiro: Fundação Casa Rui Barbosa, 1980.

3. Os Relatórios do Ministério da Secretaria dos Negócios da Fazenda

Há um consenso de que os primeiros anos do Império brasileiro foram marcados por inúmeras dificuldades no cenário econômico, sendo necessário equilibrar as contas públicas, discutir a dívida pública e, sobretudo, estruturar um aparato para a arrecadação e fiscalização das rendas públicas no país⁸. Um dos principais desafios do Ministério da Fazenda foi estruturar e institucionalizar todo um aparato administrativo, fazendário e fiscalizador, agora não mais atrelado a uma metrópole⁹. Além disso, cabia ao órgão o direcionamento da política financeira e monetária do país. É nesse sentido que a figura do ministro dos Negócios da Fazenda tinha um papel de extrema relevância no cenário nacional. Inclusive, esse posto sempre foi almejado por grandes nomes do cenário político Imperial. Muitos dos ministros da Fazenda do Império¹⁰ tinham também ocupado o cargo de presidente do Conselho de Ministros.

Resumidamente, o ministro dos Negócios da Fazenda apresentava anualmente à Assembleia Geral Legislativa um balanço geral das contas públicas referente ao ano anterior; uma proposta de orçamento para o ano seguinte, bem como demonstrativos e gráficos das rendas públicas. O relatório retratava, assim, um panorama geral da situação financeira da Corte e das províncias no Império brasileiro. De todo modo, regularmente, os relatórios também analisavam os seguintes assuntos: meio circulante, dívida pública (interna e externa), dívida ativa, crédito suplementar, próprios nacionais (pau-brasil e metais preciosos), Tesouro Nacional, Tribunal do Tesouro Nacional, Tesourarias provinciais, Alfândegas, Caixa de Amortização, Casa da Moeda, Tipografia Nacional, Mesas de Rendas e Coletorias. Observa-se que a partir da segunda metade do século XIX os relatórios foram permeados por uma sistematização cada vez mais característica, bem como passaram a apresentar novos assuntos, entre eles obras, fábricas, fazendas e escravos da nação, loterias e companhias anônimas.

Os ministros discorriam sobre cada uma dessas temáticas e muitas vezes teciam considerações e/ou apontavam algumas propostas a serem avaliadas pela Assembleia Geral Legislativa. Se nos primeiros anos do Império a maioria das sugestões caminhou para medidas de aperfeiço-

8 Ver Relatórios do Ministério da Fazenda de 1823. Apesar da proclamação da Independência ter ocorrido em 07 de setembro de 1822, somente um ano depois, em 23 de setembro de 1823, Manoel Jacinto Nogueira da Gama, apresentou o seu primeiro relatório a Assembleia Geral Legislativa. No relatório foram pontuados todos os itens que não puderam ser contabilizados. Por exemplo, a relação dos bens nacionais, bem como a falta de informações claras e circunstanciadas do estado da Fazenda Pública de cada província. Reclamava-se da falta de informações claras e de especificações necessárias pelas Juntas da Fazenda. Como uma medida de padronização de dados, Manoel Gama informou que enviou às províncias tabelas e formulários modelos, similares aos feitos pela província de Minas Gerais (muito elogiada pelo Ministro), para todas as demais províncias.

A situação das provinciais também foi assunto do referido relatório. Nas palavras do Ministro da Fazenda: “É evidente, que das províncias deste Império nada podemos esperar na atual circunstância, antes pelo contrário seremos obrigados a socorrer algumas delas, como já fica indicado com mais de 280:000\$000 anualmente.” (p.05) De forma bem clara, Manoel Gama afirmou que os resultados financeiros obtidos jamais seriam suficientes para o pagamento de trinta milhões e meio de cruzados, devidos à título de dívida pública e, ao mesmo tempo, satisfazer o pagamento das despesas ordinárias e extraordinárias do Império. E ver CARREIRA, Liberato de Castro (1889). *História Financeira e Orçamentária do Império no Brasil desde a sua fundação*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional e GONÇALVES, Priscila Petereit de Paola (2014). *Os primeiros passos do leão: Os debates políticos para a criação do imposto de renda no Brasil (1889-1922)*. Tese (Doutorado em Ciências Jurídicas e Sociais) – Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito – PPGSD, Universidade Federal Fluminense.

9 Ver BUESCU, Mircea (1984). *História administrativa do Brasil: Organização e administração do Ministério da Fazenda do Império*. Coordenação de Vicente Tapajós. Brasília, Fundação Centro de Formação do Servidor Público.

10 Manuel Alves Branco (Gabinete Alves Branco – 1847), Francisco de Paula Sousa e Melo (Gabinete Paula Sousa – 1848), Pedro de Araújo Lima (Gabinete Olinda – 1848), Ângelo Moniz da Silva Ferraz (Gabinete Ferraz – 1859), Zacarias de Góes (Gabinete Zacarias – 1866), João Lustosa da Cunha Paranaguá (Gabinete Paranaguá – 1882), Lafayette Rodrigues Pereira (Gabinete Lafayette – 1883), João Alfredo Correia de Oliveira (Gabinete João Alfredo – 1888), entre outros nomes.

amento da arrecadação e da fiscalização dos impostos, nos últimos anos o tema predominante foi o cenário de crise e déficit financeiro do país, e a necessidade de criação ou de ajuste da divisão das rendas entre o centro e as províncias.

Nesse segundo momento, o tom dos relatórios era de muita preocupação com as finanças do Império. A respeito do aumento das despesas públicas, o ministro Lafayette Rodrigues Pereira alertou que no exercício financeiro de 1862-1863 a despesa pública remontou o valor de 57.000:122\$835. Já no exercício de 1871-1872 o valor atingiu o patamar de 101.462:749\$064, representando, assim, aumento de 92,91%. Para a autoridade fazendária, a principal causa desse exagerado aumento nas despesas seriam os gastos com a Guerra do Paraguai. Não era, entretanto, o único elemento. O ministro não deixou de mencionar os serviços e as obras públicas como elementos para o agravamento da crise. Tratavam-se de estradas de ferro, subvenção a companhias de navegação, correios, telégrafos, colonização e terras públicas, saúde pública e instrução pública, ou seja, serviços e obras públicas que se expandiam.

Os constantes déficits dos orçamentos atrelados à necessidade de obtenção de novas rendas traziam, conseqüentemente, outro assunto à tona: a revisão da divisão do sistema de impostos nacionais. De maneira geral, os ministros reconheciam que as províncias, na deficiência absoluta de matéria tributável, viram-se forçadas a também legislar sobre a importação e a exportação. Na urgência de criar fontes de receita, os impostos provinciais teriam alcançado quase todos os objetos já tributados por leis gerais, e até mesmo incidiam sobre objetos que só poderiam ser tributados por leis gerais. Ou seja, a necessidade de promover uma maior arrecadação estava a provocar a sobreposição de tributos entre o governo central e as províncias.

João Lustosa da Cunha Paranaguá apontou a necessidade de um justo equilíbrio entre receita e despesa também nos orçamentos provinciais. Argumentava que sem a receita dos impostos de importação e exportação restariam para as províncias quase que exclusivamente os impostos diretos, com todas as limitações das leis gerais. O ministro João Alfredo Corrêa de Oliveira resumiu, assim, a tensa relação fiscal entre o Governo e as províncias:

Ninguém desconhece hoje que a nossa administração provincial reclama melhoramentos, que têm sido muito adiados. No regime atual, sobretudo em matéria de arrecadação de impostos, chegou-se a conseqüências, que parecem estar em contradição com a ideia capital de nossas instituições políticas. Nem as províncias podem assumir a posição de entidades antagônicas com a comunhão geral, nem convém que exista entre elas tal oposição de interesses que se traduza por medidas vexatórias. Entretanto ambos esses fatos ocorrem. As assembleias provinciais não recuam, muitas vezes, perante medidas prejudiciais às imposições do Estado; e por meio de impostos, mais ou menos justificáveis, procuram, frequentemente, prejudicar, em seu proveito, as rendas das provinciais vizinhas, provocando assim medidas odiosas de represália. (BRASIL, 1887, pp. 30)

O que o então Visconde de Paranaguá tentava explicar era que qualquer providência legislativa a respeito da discriminação das rendas deveria articular, conjuntamente, um plano geral de reforma da administração provincial e municipal. Qualquer providência com o único intuito de salvaguardar a boa arrecadação dos impostos gerais, sem nenhuma atenção às rendas provinciais, seria uma medida altamente impolítica, e que viria dar razão às reclamações exageradas que se levantariam contra a centralização administrativa.

A constatação do déficit orçamentário e da crise fiscal entre o centro e as províncias era então assunto recorrente e incontroverso nos relatórios. Porém, quais teriam sido os caminhos propostos pelos ministros da Fazenda para a solução da crise financeira?

4. As propostas para a crise financeira e para a reestruturação fiscal do Império nos Relatórios Ministeriais da Fazenda (1870-1899)

A partir da leitura dos relatórios fazendários observou-se que, em geral, foram três os caminhos apontados pelos ministros. Para alguns ministros da Fazenda deveria ser vedada às assembleias provinciais a possibilidade de criação de impostos, além dos fixados nas leis gerais, devendo a receita provincial ser constituída por taxas adicionais àqueles impostos. Outro grupo defendia a realização de uma discriminação das rendas de forma legal, acentuada e terminante, detalhando-se os impostos gerais e os provinciais. Porém, no interior desse grupo, alguns propuseram que a divisão dos impostos ocorresse entre os já existentes e praticados. Já outro grupo encaminhou uma proposta que trazia em si a criação de novos tributos, com o objetivo de que a repartição tributária não implicasse em perdas significativas para nenhum dos dois entes.

Dentre os ministros defensores da criação dos impostos adicionais estavam Ângelo Moniz da Silva Ferraz e Francisco Belisário Soares de Souza¹¹. O primeiro, nascido em Valença, Bahia, e formado em Direito pela Faculdade de Olinda em 1834, teve o seu auge político quando da indicação pelo Imperador à Presidência do Conselho de Ministros do gabinete conservador, onde acumulou também a pasta da Fazenda. Político com viés mais conservador, durante o comando do Ministério da Fazenda, Ângelo Moniz da Silva Ferraz adotou importantes medidas de restrição às missões e de reformulação dos regulamentos fiscais e tarifas aduaneiras. No tocante à crise financeira e à postura das províncias, o ministro apontou que cada vez mais aumentavam as despesas da administração provincial e que, diante da escassez de recursos, as assembleias provinciais criavam novos impostos que “*suscitavam dúvidas em relação à sua legalidade*” (BRASIL, 1860, pp. 14). Em sua avaliação, o sistema fiscal estaria fadado ao fracasso, mediante a repartição dos impostos estabelecida à época. A solução proposta então passava pela limitação das assembleias provinciais, que só poderiam criar quotas adicionais aos impostos gerais (BRASIL, 1860, pp. 15).

Essa solução também foi apoiada pelo ministro Francisco Belisário Soares de Souza, porém, já na década de 1880, mais especificamente nos anos de 1885 e 1886, sob o gabinete conservador do Barão de Cotegipe. Diante da sobreposição de diversos impostos e das dificuldades financeiras do país, destacou que muitos estudos apontavam para a necessidade de se fixar rendas exclusivas de competência de cada um dos poderes, geral e provincial. Porém, em sua opinião, essa solução, ainda encontrava grandes dificuldades. Defendeu, então, que o Estado não poderia ser privado de qualquer fonte de renda que desejasse, pelo simples fato de ter cedido às províncias. Assim, propôs em seu Relatório a adoção do sistema de impostos adicionais. Através desse sistema se operaria a cobrança dos impostos de importação e exportação pelo Governo geral, com adicionais direcionados às provinciais, sendo a arrecadação simplificada, ou seja, realizada por um único agente. Desta forma, criando um imposto com adicionais provinciais, defendia que a arrecadação fosse feita pelo mesmo agente, tendo um menor dispêndio com mão-de-obra e maior facilidade de pagamento pelo contribuinte.

11 Ângelo Moniz da Silva Ferraz e Francisco Belisário Soares de Souza foram Ministros da Fazenda dos gabinetes conservadores respectivamente de 1859 a 1861 e de 1885 a 1888.

Visando maiores informações sobre a sobreposição na cobrança dos impostos de importação e de exportação pelas províncias, o referido ministro emitiu uma circular datada de 23 de outubro de 1884 solicitando aos presidentes de província informações, acerca:

(...) das disposições legislativas provinciais estabelecendo impostos sobre gênero de importação, quais eles sejam, de que modo se faz a sua arrecadação, qual a despesa, e, finalmente, quais os meios sugeridos para que a arrecadação se efetuasse com o menor vexame para o comércio e menor dispêndio para os cofres públicos, até que a assembleia geral tome providências definitivas com relação e eles. (BRASIL, 1885, pp. 119)

Considerando a administração provincial desorganizada, Francisco Belisário Soares de Souza desejava concentrar a arrecadação dos impostos provinciais nas alfândegas e demais repartições gerais. Afirmava que assim que as províncias enviassem as informações solicitadas, apresentaria um plano para a sua arrecadação pelas alfândegas e demais repartições gerais. O ministro realmente acreditava que o que afligia as províncias não era a falta de recursos, mas a falta de ordem e de gestão entre a receita e a despesa apurada.

Não devo concluir esse assunto sem dizer-vos francamente que, em meu conceito, não tanto a falta de renda, como a falta de regra e de ordem no dispêndio do que arrecadam, embaraça as provinciais.

(...) Provinciais a oberadas de déficits, com orçamentos desequilibrados, que só tratam de aumentar despesas improdutivas, sem o menor espírito de economia e de previsão. (BRASIL, 1885, pp. 119)

Já representando o segundo grupo, apoiando a discriminação das rendas de forma legal, detalhando os impostos gerais e provinciais, mas sem a criação de novos impostos, podemos citar os ministros João Alfredo Corrêa de Oliveira e Gaspar Silveira Martins¹². Este último, membro da elite da fronteira platina, iniciou seus estudos em Pelotas, formando-se bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de São Paulo em 1856. Representante político da província do Rio Grande do Sul pelo Partido Liberal, Gaspar Silveira Martins defendia o fortalecimento do Parlamento, a limitação da autoridade e do poder do Monarca e a descentralização do poder. Foi ministro da Fazenda no gabinete liberal de Cansanção de Sinimbu. Dentro do cenário político Imperial, o ministro buscava resguardar uma maior liberdade de atuação política e econômica para as províncias, deixando sempre evidente a necessidade de se descentralizar a arrecadação dos impostos. Esse pensamento também era compartilhado por João Alfredo Corrêa de Oliveira, Pernambucano, formado em Direito pela Faculdade de Recife. Ministro da Fazenda e presidente do Conselho de Ministros do gabinete conservador de 1888, João Alfredo Corrêa de Oliveira destacou em seu relatório que sem os impostos de importação e exportação restavam às províncias quase que exclusivamente os impostos diretos, ou seja, restritas devido às limitações impostas pelas leis gerais.

João Alfredo Corrêa de Oliveira reforçou que a questão era complexa e que o estado financeiro das províncias em geral *“é mal; quer por erros administrativos, quer por crises econômicas; quer por calamidades de diversas ordens; quer por todos esses fatores reunidos.”* (BRASIL, 1877, pp. 29) Em seu Relatório, demonstrava uma constante preocupação com a situação financeira das províncias. Preocupava-se com o aumento das despesas das províncias nos últimos anos,

12 Gaspar Silveira Martins e João Alfredo Corrêa de Oliveira foram Ministros da Fazenda respectivamente do gabinete liberal de 1878 a 1879, e do gabinete conservador de 1888 a 1889.

sem que, ao mesmo tempo, a receita tivesse acompanhado essa progressão. Como consequência dessa balança desfavorável, destacou os permanentes déficits, o atraso nos pagamentos mais urgentes e a impossibilidade das provinciais realizarem operações vantajosas de crédito. Compreendia, assim, que, de maneira precária e sob pressão dos déficits, as províncias agravaram os impostos então existentes, e/ou estabeleceram novos, o que só aprofundou a crise fiscal no país. Justificou, ainda, que sem os impostos de importação e exportação restavam as provinciais quase que exclusivamente os impostos diretos, com todas as limitações das leis gerais.

Considerando que João Alfredo Corrêa de Oliveira foi um dos últimos ministros da Fazenda do Império, restou a ele fazer um apanhado de todas as soluções já até então propostas por aqueles que ocuparam o cargo, concluindo que *“todas as soluções suscitam dúvidas insolúveis e acarretam gravíssimos inconvenientes”*. (BRASIL, 1887, pp. 28) Porém, algumas certezas tinha o ministro: 1) que a administração provincial reclamava melhoramentos; 2) que as províncias muitas vezes adotavam medidas fiscais contrárias ao interesse do Governo Geral; e 3) que muitas províncias também prejudicaram, visando proveito próprio, as rendas provinciais vizinhas, provocando assim *“medidas odiosas de represália”*. (BRASIL, 1887, pp. 30)

Neste sentido, em tom mais alarmante, o ministro afirmou que o regime de arrecadação tributária estaria em contradição com a ideia capital das instituições políticas brasileiras. Ponderou que nem as províncias poderiam assumir a posição de entidades antagônicas com a comunhão geral, nem conviria existir entre elas tal oposição de interesses que se traduzisse por medidas vexatórias. Desta forma, defendeu a criação de um plano nacional de discriminação das rendas, em que, de fato, fossem incluídas as demandas provinciais e municipais. O ministro temia a adoção de medidas que só salvaguardassem a arrecadação do Estado, o que, certamente, geraria uma forte insatisfação e levantes contra a centralização administrativa. Em suas palavras:

Não me parece possível, por conseguinte, que se tome providência legislativa a respeito da discriminação das rendas provinciais e municipais, sem que ela faça parte de um plano geral de reforma da administração provincial e municipal. Tomar aquela providência no único intuito de salvar a boa arrecadação dos impostos gerais, sem nenhuma atenção aos embaraços que daí promanam para as rendas provinciais, seria uma medida altamente impolítica, e que viria dar razão as reclamações exageradas que se levantam contra a centralização administrativa. O problema é grave, e deve ser encarado com o maior cuidado. O Governo continuará a colher todas as informações que servirem para melhor exame da questão; mas, por enquanto, confia no patriotismo das assembleias provinciais e dos seus delegados e espera que serão enviados todos os esforços para atenuarem os males atuais, e preparar uma solução que concilie todos os interesses. (BRASIL, 1887, pp. 30)

Gaspar Silveira Martins também se direcionava para a necessidade de uma maior harmonia fiscal entre as províncias e o Governo Geral. Para ele, a divisão das rendas entre impostos gerais e provinciais, que havia sido proposta pelo Ato Adicional, teria sido falha por dois motivos: 1) por se limitar a enumerar os impostos gerais; e 2) ao mesmo tempo, por fornecer competência legislativa para legislar sobre arrecadação, alteração e abolição de impostos. Porém, indo além do que viria a ser proposto por João Alfredo Corrêa de Oliveira dez anos depois, Gaspar Silveira Martins elaborou um plano de discriminação das rendas, fazendo uma distinção da matéria que deveria ser tributável por cada ente. Com o objetivo de cessar o conflito gerado pelas invasões provinciais aos impostos de competência da União, assim propôs:

Poder-se-á considerar matéria tributável geral:

1º A Importação;

2º A exportação;

3º A propriedade imóvel;

4º A navegação dos mares territoriais e grandes rios;

5º A viação nas estradas gerais;

6º A transmissão da propriedade imóvel de qualquer espécie a título oneroso;

7º A transmissão da propriedade móvel, consistente em apólices da dívida pública fundada, por título sucessivo ex-testamento, ou ab intestado, ou por doações causa-mortis.

Poder-se-á considerar matéria tributável provincial:

1º A transmissão da propriedade imóvel, somente, e móvel a título gratuito, quer seja por sucessão ex-testamento ou ab intestado; quer seja por doação inter-vivos ou causa-mortis; com exceção da que consistir em apólices da dívida pública nacional fundada;

2º A viação nas estradas provinciais e a navegação por rios internos;

3º A renda provável ou verificada das indústrias e profissões legais;

4º A renda do capital pessoal, avaliada ou pelas despesas sumptuárias ou pelo valor locativo da habitação do contribuinte. (BRASIL, 1877, pp. 79 e 80)

Silveira Martins enfatizou que, uma vez dividida a matéria tributável, não seria mais lícito às assembleias provinciais lançarem impostos sobre as competências gerais, da mesma forma a Assembleia Geral lançar impostos sobre matéria provincial. Do plano exposto acima, as províncias perderiam os seguintes impostos: os diversos impostos de importação e exportação, a décima urbana, a siza dos escravos e do imposto de transmissão causa mortis, lançados por algumas províncias. Por outro lado, a Fazenda Geral perderia a receita do imposto de indústrias e profissões, este cedido às províncias.

Por fim, o ministro também ressaltou que o Poder Legislativo deveria fixar, definitivamente, quais serviços ficariam financeiramente a cargo das províncias e quais deveriam ser subvencionados pela administração geral. Em mais um quadro sugestivo, opinou que as despesas com a força militar, encarregada de auxiliar o serviço policial e com as cadeias, deveriam ser transferidas para a administração geral. Da mesma forma, deveriam ficar a cargo das províncias as despesas com a instrução pública primária, as obras públicas e a iluminação pública. Os impostos municipais teriam tratamento provincial, devendo ser designados pelas assembleias provinciais dentre as matérias tributáveis nesse âmbito.

Por terceiro, representando a última corrente, alinhavam-se as posições dos ministros João Lustosa da Cunha Paranaguá e Lafayette Rodrigues Pereira¹³, defendendo a realização de uma discriminação das rendas, porém com a criação de novos tributos. O primeiro, natural do Piauí, formou-se pela Faculdade de Direito de Olinda em 1846. O Marquês de Paranaguá, então Visconde de Paranaguá, assumiu a Presidência do Conselho de Ministros do gabinete liberal de 03 de julho de 1882, tendo como plataformas política a descentralização da administração

13 João Lustosa da Cunha Paranaguá e Lafayette Rodrigues Pereira foram Ministros da Fazenda, respectivamente, dos gabinetes liberais de 1882 a 1883 e de 1883 a 1884.

nas províncias e municipalidades, o melhoramento da instrução pública, a emancipação dos escravos, a proibição do tráfico interno de escravos, o equilíbrio orçamentário, o resgate do papel-moeda e uma regularização da política cambiária.

Para o ministro da Fazenda este era um dos assuntos de maior ponderação, e que instava por imediatas providências. Procrastinar a sua solução agravaria as dificuldades da situação econômica do país e justificaria as queixas que, há muitos anos, levantavam as províncias contra os poderes gerais. Acreditava que o justo equilíbrio entre receita e despesa provincial era condição indispensável para que se convertessem em realidade as “*aspirações das provinciais à fecundação das fontes de riqueza e o desenvolvimento das suas forças vivas*”. (BRASIL, 1882, pp. 13)

O ministro Visconde de Paranaguá advogava que a arrecadação das províncias não estava compatível com as suas despesas. Reputava que o Governo mantinha as províncias em um estado de contínua dependência, “à mercê do auxílio dos poderes gerais.” (BRASIL, 1882, pp. 13) Afirmava também que as provinciais tinham como única fonte de renda a lavoura e que, no silêncio do Ato Adicional, que não lhes proibia a taxação da exportação, as províncias passaram a impor 5% adicionais do dízimo de exportação. Desta forma, posicionava-se favoravelmente para que as assembleias provinciais legislassem sobre o imposto de exportação, mas colocava-se contrariamente a qualquer cobrança provincial pelo imposto de importação, esse sim devendo ser unicamente destinado ao Governo Geral.

De uma maneira geral, o Visconde de Paranaguá enxergava o quadro das competências tributárias do país como algo defeituoso, ainda amarrado ao sistema português, e exclusivamente dependente das receitas do comércio exterior, ou seja, os tributos sobre importação e exportação. Assim, para o fim de rever a legislação que regulamentava a cobrança das rendas gerais, provinciais e municipais e propor as medidas tendentes a melhorar as divisões e classificações das rendas, o ministro Paranaguá, nomeou uma comissão¹⁴, incumbindo-a de apresentar um projeto a ser submetido ao Poder Legislativo. A referida comissão, considerando a situação econômica do país, reconheceu que as províncias, na deficiência absoluta de matéria tributável, viram-se forçadas a avançar sobre a importação.

Neste sentido, como solução, propôs a Comissão que o Governo Geral cedesse dois de seus mais rentosos impostos às províncias, quais fossem, o imposto de indústrias e profissões e o imposto de transmissão de propriedade. E para suprir esse déficit no orçamento do Governo Geral, deveria o mesmo reunir em uma só as diversas formas do imposto sobre a renda, aproximando-se, o mais possível, do *income-tax*, por ele considerado um dos mais poderosos elementos da receita na Inglaterra. A referida Comissão propôs também, em paralelo, (i) que se elevasse de 1/10% a 1% a taxa de doações *inter vivos* e a da transmissão de propriedade por título sucessivo, em linha reta; (ii) que se mantivesse a competência legislativa provincial sobre o imposto de exportação; e (iii) que a subvenção paga pelo Tesouro para auxiliar a despesa com a força policial nas províncias, deveria cessar.

Para o ministro, o projeto elaborado teria como fim melhorar a divisão e classificação das rendas gerais provinciais e municipais, de modo que as províncias pudessem equilibrar seus orçamentos, e evitar assim os conflitos latentes existentes sobre a questão. Esse parecer também

14 Comissão composta pelo Procurador Fiscal do Tesouro conselheiro João Cardoso de Menezes e Souza, Diretor Geral das Rendas Públicas conselheiro Manoel Pinto de Souza Dantas Filho, Inspetor da Alfândega da Corte conselheiro Carlos Americo de Sampaio Vianna, Administrador da Recebedoria do Rio de Janeiro Bernardino José Borges, 1º escrivão do Tesouro Joaquim Isidoro Simões, e por avisos posteriores o Honório Augusto Ribeiro e o oficial do Contencioso bacharel Antônio Frederico Cardoso de Menezes e Souza.

foi encaminhado ao Conselho de Estado, tendo sido pautada a sua análise no dia 07 de agosto de 1883. À época acharam-se presentes na discussão os seguintes Conselheiros: Visconde de Muritiba, Paulino José Soares de Souza, Jerônimo José Teixeira Júnior, Joaquim Raimundo de Lammare, Visconde de Bom Retiro, Visconde de Paranaguá, Manoel Pinto de Souza Dantas, Martim Francisco Ribeiro de Andrada, José Caetano de Andrade Pinto, João Lins Vieira Cansação de Sinimbu, Conde d'Eu e José Bento da Cunha e Figueiredo.

Visconde de Paranaguá, agora já ocupando o cargo de Conselheiro do Estado, foi o único que se manifestou, favoravelmente, ao projeto elaborado pela comissão. Ao proferir o seu parecer, reforçou que a questão da classificação e divisão das rendas era um dos pontos mais difíceis da existência política nacional, e que ainda não havia sido solucionada:

Não obstante, as Províncias, cujas faculdades e encargos foram ampliados pelo Ato Adicional, ficaram mal aquinhoadas. As queixas continuaram repercutindo na imprensa e nas Assembleias Provinciais, e afinal traduzindo-as em continuadas invasões, de que dão testemunho quase todos os orçamentos provinciais. E, pois, é da maior urgência para os Poderes do Estado atender a tão justos reclamos, não procrastinando a solução de uma questão vital que pode ter consequências desastrosas." [Grifos nossos] (BRASIL, 1880 – 1884, Vol. X, pp. 109)

Enfatizando a necessidade premente de socorrer as províncias através de uma discriminação e melhor divisão das rendas, Paranaguá defendia uma reforma administrativa objetivando "afrouxar" os laços da União. Para o Conselheiro, o processo de descentralização das rendas e de alguns serviços importantes era visto como medida fundamental para manutenção do regime. Mesmo destacando os inconvenientes da criação do imposto de renda, pontuou que, em seus cálculos, em dois ou três anos já traria um orçamento de 6.000:000\$000.

Por sua vez, os outros 11 Conselheiros posicionaram contrariamente ao projeto da comissão. Visconde de Muritiba e Paulino José Soares de Souza rejeitaram a sugestão de criação de novos impostos, argumentando que a arrecadação seria relativamente insignificante, além do imposto de renda ser "*impopularíssimo*" e "*de difícil arrecadação*". Esse último Conselheiro ainda acrescentou que não caberia a União "*indenizar*" os desfalques orçamentários ocasionados pela revogação de leis que autorizava impostos de importação, bem como não seria o caso de prestar socorro às províncias por motivos "*extraordinários e imprevistos*". Como sugestão para a crise financeira suscitou a possibilidade do aumento do imposto sobre o sal, mercadoria que reputou como indispensável à alimentação, bem como do aumento do imposto sobre os fósforos. De todo modo, concluiu o parecer opinando ser desnecessária a criação de novos impostos ou mesmo da agravação dos já existentes. Em resumo, defendeu o melhoramento da arrecadação e da fiscalização dos impostos já existentes.

O Conselheiro Visconde do Bom Retiro também ressaltou a possibilidade de uma maior taxação do fumo, do sal, dos fósforos e sobre a água. Martim Francisco Ribeiro de Andrada também lembrou a possibilidade de taxação de joias, luvas, vinhos finos e outros gêneros e objetos de luxo. Manuel Pinto de Souza Dantas também pontuou a necessidade de se reduzir despesas. E, por fim, o Conselheiro Conde d'Eu destacou que não lhe parecia justo que o mesmo contribuinte pagasse o imposto predial e o imposto de indústrias e profissões, conjuntamente, com o imposto de renda. Assim, excetuando esse grupo, bem como os funcionários e pensionistas do Estado, que já sofriam descontos, entendia que a renda proveniente da criação desse imposto seria ínfima.

Os motivos foram diversos, mas a maioria dos conselheiros se posicionou contrariamente tanto à criação do imposto de renda, sob a competência do Governo Central, quanto à concessão dos impostos de transmissão de propriedade e de indústrias e profissões às províncias¹⁵. Como retrato da resistência, o Conselheiro Paulino José Soares de Souza, em seu parecer, reforçou que a solução para essa questão não estaria nem na criação de novos impostos e nem em uma nova discriminação das rendas, mas na criação de impostos adicionais às províncias, conforme defendido pelos ministros da primeira corrente, Ângelo Moniz da Silva Ferraz e Francisco Belisário Soares de Souza.

Senhor. Não posso aconselhar a V. Majestade Imperial a aprovação do projeto da comissão encarregada de rever e classificar as rendas gerais, provinciais e municipais do Império por não me parecer verem as suas disposições concebidas de modo que fiquem acautelados os inconvenientes da situação financeira.” (BRASIL, 1880 – 1884, Vol. X, pp. 89)

“[...] o que julgo indispensável é fixar uma norma de proceder invariável no meio das incertezas atuais para determinar por uma vez o regime financeiro das províncias de modo que as respectivas Assembleias tenham mais ação e franqueza no exercício de tão importante atribuição. Em todo caso e para evitar conflitos e não tornar odiosa a tutela do Poder Geral convém que permitidos os impostos adicionais, se arbitre previamente com relação a todos ou aos que assim se entender, a porcentagem máxima das adições que as Assembleias poderão decretar.” (BRASIL, 1880 – 1884, Vol. X, pp. 92)

Na opinião do referido conselheiro a melhor solução para a crise fiscal-financeira do Império brasileiro deveria ser resolvida através da constituição de taxas adicionais para a composição das rendas provinciais. Assim, o Conselho de Estado acabou vetando a tentativa de reforma fiscal empreendida por Paranaguá, deixando de dar direcionamentos a um ponto crucial para a sustentação do Império.

No ano seguinte, 1883, o ministro Lafayette Rodrigues Pereira informou à Assembleia Geral Legislativa que se encontrava em anexo ao seu Relatório os pareceres dos membros do Conselho de Estado, para se manifestarem sobre o relatório e projeto de lei apresentado pela Comissão encarregada de rever e classificar as rendas gerais, provinciais e municipais do Império.

Lafayette Rodrigues, mineiro, formado em Direito pela Faculdade de São Paulo, a convite do Imperador, organizou o gabinete liberal do qual era o presidente do Conselho e ministro da Fazenda. Assim como o ministro Visconde de Paranaguá e como seu sucessor, concordava que as despesas públicas cresciam muito além do limite orçamentário, sendo o déficit constante e agravado a cada ano. Para além das medidas propostas pela Comissão organizada pelo ministro Paranaguá, Lafayette Rodrigues sugeriu: (i) que a propriedade territorial cultivada, a mutação da propriedade móvel, o fumo e outros artigos poderiam se constituir matéria tributável; (ii) que o imposto de indústria e profissões precisava de uma revisão, na medida em que havia profissões não tributadas e outras mal classificadas; e, por fim, (iii) que poder-se-ia elevar a tarifa aduaneira em relação a gêneros exóticos, consumidos por classes altas.

15 Ver GONÇALVES, Priscila Petereit de Paola (2014). *Os primeiros passos do leão: Os debates políticos para a criação do imposto de renda no Brasil (1889-1922)*. Tese (Doutorado em Ciências Jurídicas e Sociais) – Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito – PPGSD, Universidade Federal Fluminense.

O tema era sensível e de grande repercussão. O ministro João Lustosa da Cunha Paranaguá chegou a alertar que o assunto trazia à tona também as aspirações provinciais de descentralização política e administrativa, sugerindo outras medidas, que dependiam, inclusive, de uma reforma constitucional. É patente que os recursos financeiros que garantiram a centralização política no Império brasileiro tinham como base os impostos de importação e exportação, e, conseqüentemente, uma forte dependência do comércio exterior. Mas, para além de uma frágil base tributária, tem-se que o cerne do problema fiscal Império envolvia o debate em torno de uma discriminação das rendas equilibrada, clara e efetiva entre as províncias e o Governo Central.

4. Considerações Finais

Os relatórios permitiram perceber algumas das linhas de soluções propostas pelos ministros da Fazenda no período. Em síntese, uma tendência foi identificada nos relatórios dos Ângelo Moniz da Silva Ferraz e Francisco Belisário Soares de Souza, ministros dos gabinetes conservadores respectivamente de 1859 a 1861 e de 1885 a 1888, que propunham a criação de impostos e quotas adicionais. Ambos identificavam como questão grave a cobrança de tributos provinciais adentrando competências do Governo Central, e propunham a delimitação de competências provinciais em dependência ao Governo Central, sob o argumento da simplificação no recolhimento de tributos.

Uma segunda tendência agrupou Gaspar Silveira Martins e João Alfredo Corrêa de Oliveira, ministros respectivamente do gabinete liberal de 1878 a 1879, e do gabinete conservador de 1888 a 1889. Ambos propunham que a crise fiscal seria solucionada através de uma melhor discriminação das rendas, feita através de dispositivos legais, e sem criação ou majoração de tributos. Ambos enfatizavam que tal discriminação precisava contemplar as necessidades das províncias e dos municípios, sem incorrer no que consideravam equívoco de apenas discriminar as competências para o Governo Central.

A terceira tendência alinhou as posições de João Lustosa da Cunha Paranaguá e Lafayette Rodrigues Pereira, ministros respectivamente dos gabinetes liberais de 1882 a 1883 e de 1883 a 1884. Seu ponto em comum estava na propositura de melhor discriminação das rendas, passando também por novos tributos.

Uma problemática que se mostrou comum nos relatórios foi o conflito entre a autoridade central e as províncias. Trata-se, claro, de conflito marcante na história política do país, resumido enquanto embate entre centralização ou descentralização política. Os pontos abordados aprofundaram essa questão geral, mostrando as finanças públicas enquanto temática que traduz e motiva os embates políticos centrais. A discriminação das rendas era já tema antigo, mas que permanecia sem solução ao fim do período imperial brasileiro, mesmo após o desafio de se estruturar um país.

Aliás, a questão apareceu exatamente após e talvez em decorrência da estruturação do país. Ou seja, para mais que simples manifestação de um problema maior, retratava um problema em si, formulado em condições específicas. Os atritos entre poder central e poderes provinciais não eram apenas atritos localizados, mas eram estruturantes do regime político. O mesmo ocorria com a sobreposição de tributos, o que revela arranjos realizados para que as províncias pudessem se custear, mesmo que invadindo a competência de tributos do governo central. O conflito não era exatamente pontual, mas estrutural do regime.

As despesas públicas formam outro ponto interessante, pois percebe-se onde o Estado alocava seus recursos e quais eram as áreas destacadas nos relatórios. Não só crescia a despesa pública, como se concentrava no incremento aos serviços e obras públicas, como estradas de ferro, subvenção a companhias de navegação, correios, telégrafos, colonização e terras públicas, saúde pública, instrução pública, secas. Esses são elementos que formaram as condições para se debater a crise fiscal e financeira, tal qual foi debatida. Ora, não se tratavam mais de questões que pudessem ser direcionadas através de empréstimos para fundar e estruturar um país nascente. O desafio era outro, consistia em expandir e interiorizar infraestrutura, ofertar serviços públicos, direcionar ocupação do território, enfim, manter a regularidade da estrutura política do país, para além de construí-la. Ou seja, as regras para angariar e destinar recursos precisavam ser definidas, e de forma estável.

As finanças públicas não poderiam mais ser resolvidas apenas por políticos ou por atos de políticos, mas passavam a constituir questão de política, no sentido de demandar políticas perenes. A questão financeira se politizava nesse sentido. Possivelmente seria regularizada em moldes de política financeira, até ser juridicizada, ou seja, submetida a regras jurídicas. Parece ser essa a percepção nos relatórios abordados.

Por fim, cabem algumas reflexões sobre o tema como um todo. Não havia à época um Direito Financeiro, muito menos um Direito Tributário. As discussões ocorriam como Direito Público, eventos de discussão não exclusivamente jurídica, pois não pretendiam normatizar nem conflito nem soluções. As correntes que propunham uma discriminação das rendas mais equilibrada eram as que mais se aproximavam a uma solução que estabelecesse critérios, ou seja, referenciais jurídicos que escapassem à fluidez de eventos políticos isolados e sem regramento.

Essas correntes parecem retratar o tom geral em que os debates deixaram de ser apenas políticos, para começarem a se especializar. Em parte, assim, os relatórios mostram maior especialização e maior consolidação da construção do Estado. Por mais que as definições fossem mais políticas e quase que não jurídicas, percebe-se o início de uma conversão dos termos do debate, para juridicizar a política. Os relatórios, assim, mostravam os elementos iniciais para uma teoria da tributação ou uma teoria das finanças públicas que nunca veio a ser formulada enquanto tal no país, mas que estava presente, de alguma forma, no pensamento daqueles ministros.

Referências Bibliográficas

- BRASIL (1880-1884). Senado Federal, Atas do Conselho de Estado, Terceiro Conselho de Estado, 1880 - 1884, Vol. X.
- BRASIL (1870 a 1889). Ministério da Fazenda. Relatório do Ministro da Fazenda 1870 a 1889. Disponível em: <http://www.crl.edu/brazil/ministerial/fazenda>.
- BUESCU, Mircea (1984). *História administrativa do Brasil: Organização e administração do Ministério da Fazenda do Império*. Coordenação de Vicente Tapajós. Brasília, Fundação Centro de Formação do Servidor Público.
- CORVAL, Paulo Roberto dos Santos (2019). *A Questão Financeira: O desenvolvimento das finanças públicas na passagem do Império à República (1850-1906)*. RJ: CED.

CARREIRA, Liberato de Castro (1889). *História Financeira e Orçamentária do Império no Brasil desde a sua fundação*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional.

COSTA, Wilma Peres (2003). Do domínio à Nação: impasses da fiscalidade no processo de Independência. In: JANCSÓ, István (org.). *A formação do Estado e da Nação Brasileira*. São Paulo: Hucitec.

_____(2020). Finanças e Construção do Estado: fontes para o estudo da história tributária do Brasil no século XIX. *América Latina en la Historia Económica*, Ciudad de Mexico, v. 15, n.13/14.

_____(2020). *Cidadãos e Contribuintes*. Rio de Janeiro: Alameda.

_____(1996). A espada de Dâmocles – O exército, a Guerra do Paraguai e a crise do Império. São Paulo: Hucitec/UNICAMP.

DOLHNIKOFF, Miriam (2005). *O pacto imperial: origens do federalismo no Brasil do século XIX*. São Paulo: Globo.

GONÇALVES, Priscila Petereit de Paola (2014). *Os primeiros passos do leão: Os debates políticos para a criação do imposto de renda no Brasil (1889-1922)*. Tese (Doutorado em Ciências Jurídicas e Sociais) – Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito – PPGSD, Universidade Federal Fluminense.

Data de recebimento: 11/05/2022

Data de aprovação: 27/06/2022

Resenhas

HISTÓRIA DO DIREITO

Comparing Transitions to Democracy

Comparando Transições para a Democracia

Jean-Louis Halpérin¹

¹ École Normale Supérieure. ORCID: 0000-0001-9468-5431.

Resenha de Paixão, Cristiano e Meccarelli, Massimo (eds.) (2021). *Comparing Transitions to Democracy. Law and Justice in South America and Europe*. Springer. 323 p.

Ce livre collectif, réunissant quatorze auteurs sous la direction de Cristiano Paixão et Massimo Meccarelli est une contribution innovante à l'étude des transitions démocratiques du XX^e siècle en Amérique du Sud, en Espagne, au Portugal et en Italie étudiées sous l'angle de l'histoire du droit, plus particulièrement de l'histoire de la justice dans les périodes de sortie de la dictature et de la difficile reconnaissance des crimes commis avant le processus démocratique. En rappelant le combat récent des familles de victimes pour retrouver les corps de leurs parents disparus et le poster du président Bolsonaro (quand il était membre du Congrès) affirmant que « seuls les chiens recherchaient des os », ce livre montre, s'il en était besoin, combien est vive, chez tous ceux qui ont perdu un être cher dans les crimes des dictatures du XX^e siècle, la mémoire de ces tragiques événements et la volonté de connaître la vérité, sinon de voir punis les responsables de ces atrocités. En donnant des évaluations précises du nombre des victimes, de celui (beaucoup plus faible) des actions intentées et de celles (encore moins nombreuses) ayant abouti à des condamnations, en décrivant les obstacles rencontrés par les victimes et leurs familles face aux lois d'amnistie et aux politiques fondées sur l'oubli, cet ouvrage est un salutaire rappel pour les lecteurs du monde entier sur la persistance des crimes contre l'humanité et sur leur poids dans la psychologie de millions de personnes à travers tous les continents.

Au-delà de l'émotion que peuvent ressentir les lecteurs, même ceux bien informés de ces questions dans leur pays, mais ayant eu rarement accès à une étude comparative de cette ampleur, ce livre est un très bel exemple d'histoire du droit à l'époque contemporaine, ou si l'on préfère de l'histoire du temps présent. Dans beaucoup de pays, la discipline de l'histoire du droit s'est d'abord développée pour étudier les traditions nationales, qu'elles remontent à l'Antiquité, au Moyen Âge ou aux Temps modernes. Il a fallu, au cours de ces dernières décennies, des engagements individuels et collectifs de quelques spécialistes de l'histoire du droit pour que l'étude du XIX^e, puis du XX^e siècle, devienne un objet de recherches et d'enseignements à part entière. Sur la période postérieure à la Seconde Guerre mondiale, il a été longtemps objecté que le recul manquait pour apprécier des événements dont les chercheurs avaient pu être des contemporains, du moins dans leur jeunesse. Depuis longtemps cette objection, qui par nature s'affaiblit d'année en année, a été réfutée par les historiens généralistes qui traitent de la seconde moitié du XX^e siècle, qu'il s'agisse de l'établissement des régimes démocratiques en Europe après 1945, de la guerre froide, de la décolonisation ou de la fin de l'URSS. Il n'y a aucune raison pour qu'il en aille différemment pour l'histoire du droit : de la part d'auteurs qui sont pour la plupart séparés des événements analysés par l'espace d'une ou deux générations et qui s'efforcent à l'objectivité en travaillant sur les archives et les discours des acteurs de cette histoire contemporaine, l'on peut trouver la même « objectivité » que chez les historiens étudiant des périodes plus anciennes avec un vocabulaire et un regard qui eux sont nécessairement contemporains. De plus, le sujet traité dans ce livre concerne au plus haut point l'histoire du droit : il s'agit d'analyser le contenu et la portée de textes constitutionnels, de lois (particulièrement de lois d'amnistie), de jugements, de prises de position doctrinales qui constituent autant de pièces de dossiers pouvant être vérifiés ou discutés (« falsifiables » selon le vocabulaire de Popper).

Si les transitions de la dictature à la démocratie sont, bien sûr, un sujet pour les sciences politiques, elles doivent être abordées aussi du point de vue du droit et de ses usages. Or, comme le montre bien cet ouvrage, il faut se garder d'une trop grande naïveté face à des processus qui ont remplacé des pouvoirs autoritaires extrêmement violents par des régimes qualifiés de démocratiques. Les États autoritaires et même totalitaires du XX^e siècle ont utilisé le droit et les juristes pour organiser la répression, par exemple avec l'établissement de juridictions politiques, et même s'ils ont cultivé le secret pour des opérations criminelles en dehors du droit (comme l'opération Condor entre plusieurs pays d'Amérique du Sud rappelée dans ce livre), ils ont prétendu conserver une façade d'« État de droit ». Et nous savons que malgré l'engagement des élus issus de la démocratie de respecter les droits de l'homme et d'établir un système fondé sur la responsabilité des gouvernants, les périodes de transition ont connu aussi des formes d'injustice, fondées notamment sur la volonté de réconciliation nationale à travers le pardon ou, ce qui n'est pas la même chose, l'oubli des crimes du passé récent. L'histoire des sentiments de justice ou d'injustice, ainsi que des mouvements sociaux qui sont inspirés par ces sentiments, fait partie de l'histoire du droit, de même que l'étude de la participation des juristes aux régimes autoritaires comme aux régimes démocratiques, de l'organisation des juridictions à la légitimation des pratiques gouvernementales. L'histoire du droit n'est ni une entreprise de justification de tel ou tel régime, ni un tribunal pour juger le passé, mais une analyse aussi rigoureuse que possible d'événements qui touchent la justice et le droit, en l'occurrence dans une dimension pénale relative aux crimes jugés les plus graves. Si toute société, et toute pratique historique, connaît la nécessité de l'oubli, l'histoire du droit vient à l'appui du droit à connaître la vérité qui a été revendiqué par les victimes et leurs familles et a pu être reconnu par des règles du droit international et de droits nationaux. Sur le thème de la « justice transitionnelle », le cas de la commission vérité et réconciliation en Afrique du Sud est le plus connu. L'on sait aussi que ce sujet a concerné toute l'Amérique du Sud à la chute des régimes dictatoriaux dans les deux dernières décennies du XX^e siècle en Argentine, au Brésil, au Chili, au Paraguay et en Uruguay. En utilisant la méthode comparative, et en partant de l'exemple brésilien, cet ouvrage a l'originalité de rapprocher des situations latino-américaines celles du Portugal et de l'Espagne après la fin du salazarisme et du franquisme. Un tel choix se justifie bien sûr par la proximité chronologique (les années 1970), linguistique et historique (à travers la colonisation) entre ces pays des deux côtés de l'Atlantique. En ajoutant l'Italie au sortir de la Seconde Guerre mondiale, les directeurs de ce volume ont fait le pari réussi d'associer une période un peu plus ancienne (d'une génération antérieure) qui présente beaucoup de points de contact avec les transitions démocratiques des pays hispanophones et lusophones.

Après la présentation de ce « *new object of study for legal history* » par Cristiano Paixão et Massimo Meccarelli, l'ouvrage débute par quatre études consacrées au Brésil. La première par Cristiano Paixão relève la persistance de la violence d'État à l'égard de la population noire du Brésil et le silence du rapport remis en 2014 par la commission nationale de vérité sur les victimes noires de la dictature. Replaçant ces phénomènes dans la longue durée de l'esclavage, de l'interdiction de voter des illettrés dans la première constitution républicaine et des nombreuses discriminations à l'égard des noirs, Cristiano Paixão considère qu'il est vital de sortir du silence l'histoire de la population noire aussi bien dans la période de la dictature que dans celle du régime démocratique lui ayant succédé. Juliana Neuenschwander Magalhães applique la même méthode aux populations indigènes en intégrant l'étude de leur répression sous la dictature, notamment dans le camp de Krenak, à la longue durée du traitement discriminatoire de ces populations. Maria Pia Guerra étudie les mouvements des chômeurs avant, pendant et après

la dictature. Leonardo Augusto de Andrade Barbosa analyse l'usage de l'outil constitutionnel pour affermir le pouvoir des militaires à partir de 1964 et la participation de juristes à cette ingénierie constitutionnelle de la dictature.

La perspective est ensuite élargie à d'autres pays d'Amérique latine : par Claudia Paiva Carvalho sur les crimes sexuels, par Francesca Lassa sur le combat des « entrepreneurs de morale », souvent liés à l'Église, pour obtenir l'établissement de la vérité sur les crimes commis pendant la dictature (avec un très riche tableau comparatif sur le nombre des victimes, des actions et des procès), par Carlo Osmos sur le rôle de la Cour interaméricaine des droits de l'homme et de sa décision de 2009 concernant le Brésil.

La partie consacrée à d'autres situations comparables en Amérique et en Europe réunit les contributions de Cath Collins sur le Chili et les tensions entre la tradition légaliste et la répression menée par Pinochet, d'Alfons Aragoneses sur les recherches des corps des républicains exécutés pendant le franquisme et les politiques différentes des communautés autonomes en ce qui concerne les réparations dues aux victimes et à leurs descendants, d'Antonella Meniconi sur le double processus d'épuration de la magistrature en Italie pendant le fascisme et à la Libération avec notamment le rôle de Togliatti comme ministre de la Justice et la loi d'amnistie de 1946, et de Filipa Raimundo sur la répression pendant la dictature de Salazar et la faible épuration de la magistrature après la chute de régime autoritaire.

L'ouvrage s'achève par trois contributions de caractère plus théorique. Gabriele Rezende s'interroge sur la notion même de justice transitionnelle et ses liens avec les situations de passage d'un régime à un autre. Douglas Antônio Rocha Pinheiro analyse les précautions méthodologiques que réclame le « présentisme » historique au sens de François Hartog. Enfin, Massimo Meccarelli part de l'examen du changement de régime, sans véritable révolution notamment dans le personnel judiciaire, en Italie de 1943 à 1946 pour montrer à la fois les limites de l'approche technique du droit qui avait prévalu sous le fascisme et les obstacles qui se sont opposés à une vraie rupture juridique avec les normes issues de la dictature de Mussolini.

Ainsi construit, cet ouvrage collectif complète remarquablement notre information sur l'étendue et les caractères de la répression sous les dictatures, comme sur les actions et les procès pendant la période démocratique. Les différences entre les contextes – comme ceux de l'Italie en guerre, du Portugal confronté à la décolonisation, de l'Espagne dans la configuration résultant de la mort de Franco et de l'avènement du roi Juan Carlos et les pays d'Amérique latine sortant de dictatures militaires – sont bien mises en valeur, de même que les résultats divergents des procès dirigés contre les auteurs des crimes, avec un nombre de cas jugés décroissant entre l'Argentine, le Chili et le Brésil. En même temps la démarche comparative relève les nombreux points de contact entre toutes ces situations de transition. Après des régimes autoritaires qui ont été soutenus par une partie non négligeable des classes dirigeantes, notamment par des juristes conservateurs, les gouvernants ayant eu en charge la transition démocratique ont voulu éviter la guerre civile et ont prôné une politique de réconciliation qui a conduit rapidement au vote de lois d'amnistie. C'est après l'adoption de ces lois et la consolidation du régime démocratique que les victimes ou leurs familles ont dénoncé le silence qui avait été imposé sur les années sombres et ont revendiqué le droit à obtenir la vérité, sinon à agir en justice contre les criminels. Ces revendications ont été longtemps écartées, notamment par des gouvernements de droite peu soucieux de mettre en accusation certains de leurs soutiens. De ce fait, la transition n'a pas été une rupture totale, mais un processus d'accommodation avec l'histoire de la dictature qui a pu conduire à l'oubli, voire au déni des crimes passés, les actions des victimes étant sacrifiées

sur l'autel de la réconciliation, a fortiori quand elles émanaient de populations marginalisées ou discriminées. Le recours à la comparaison s'avère ici très heuristique, dans la mesure où il révèle les faiblesses de nombreux compromis passés au moment de la période de transition et souvent maintenus des années après, au gré des changements de majorité politique, alors qu'une partie croissante des victimes sont mortes et que les actions de leurs familles ne peuvent être considérées comme un danger pour l'État. L'arrivée au pouvoir ces dernières années de gouvernements portés par une idéologie populiste et nationaliste a relancé les politiques d'oubli, voire de falsification de l'histoire. Qu'elles ou ils épousent une cause militante ou non, les historiennes et les historiens du droit ont un rôle scientifique et critique à jouer pour dénoncer le négationnisme et rappeler des crimes qui ne doivent pas être écartés de l'histoire nationale.

Dans tous ces processus, impliquant à la fois le pouvoir législatif et le pouvoir judiciaire, les juristes ont joué un rôle déterminant dans des pays de tradition civiliste avec des professionnels du droit (juges, avocats et professeurs) de haut niveau. Quoi qu'il en coûte aux réputations établies de ces juristes, il faut rappeler la contribution à la répression ou à sa justification de ceux qui ont soutenu les régimes dictatoriaux. Il faut aussi s'interroger, de manière raisonnée, sur la reconversion de bon nombre de ces juristes dans les systèmes démocratiques. S'agit-il de conversions sincères aux idées démocratiques et de repentance avouée ou tacite pour le passé ? Est-on au contraire en présence de l'opportunisme des juristes serviteurs des régimes autoritaires qui sont parvenus à se recycler en conseillers des démocraties ?

Alors que l'histoire du droit s'intéresse plutôt à la longue durée, ce bel ouvrage collectif amène aussi à s'interroger sur des périodes courtes d'intense changement, périodes de « crise » que l'on a baptisées après coup de « transition » quand le passage d'un régime autoritaire à un régime (plus) démocratique a paru réussi. Les évolutions récentes montrent que les démocraties libérales sont confrontées à leur tour à un contexte de crise et non de stabilité, avec l'émergence des démocraties apparemment fondées sur des votes mais qualifiées d'« illibérales » en raison de violations répétées et graves des droits humains. La lecture de ce livre invite enfin à poursuivre la comparaison avec la France de Vichy et de la Libération, la Belgique et les Pays-Bas pendant et après la Seconde Guerre mondiale, ou avec les transitions démocratiques et les justices transitionnelles dans les pays d'Europe de l'Est après 1989, aux Philippines ou en Indonésie.

Data de Recebimento: 20/06/2022

Data de Aprovação: 21/06/2022

Memória

HISTÓRIA DO DIREITO

In Memoriam Victor Tau Anzoátegui

In Memoriam Victor Tau Anzoátegui

Ezequiel Abásolo

El pasado 12 de junio, a los ochenta y nueve años de edad, y acreditando sobre sus espaldas más de seis décadas ininterrumpidas de vigoroso y fecundo trabajo intelectual, falleció en la ciudad de Buenos Aires el Profesor Víctor Tau Anzoátegui.

Recibido de abogado en 1957 en la Universidad de Buenos Aires (UBA), estuvo entre los últimos estudiantes que se beneficiaron con la enseñanza directa del legendario Maestro Ricardo Levene, el mismo que consolidó la Escuela argentina de historiadores del derecho, cuyos inicios se remontan a finales del siglo XIX. Volcado a la educación superior y a la investigación científica, en 1963 Víctor Tau defendió una brillante tesis doctoral sobre la formación del estado federal argentino, obra que aún hoy mantiene significativa relevancia. Incorporado como novel graduado al plantel docente de la Facultad de Derecho de la UBA, mantuvo un intenso vínculo con Ricardo Zorraquín Becú. Fue en esta época que asumió una de las dos secretarías del recién creado Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano, y que, junto con Eduardo Martiré, impulsó la reunión de las primeras *Jornadas de Historia del Derecho Argentino* – encuentro académico cuya celebración se ha mantenido ininterrumpidamente hasta el presente – y redactó el *Manual de Historia de la Instituciones Jurídicas y Políticas Argentinas*, obra que devino en lectura obligada y clásica.

Hacia 1970 se integra a la Academia Nacional de la Historia como miembro de número. Y en 1973 acompaña a Zorraquín Becú cuando éste decidió fundar el Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, asociación que Víctor dirigió entre 2001 y 2019, y en cuyo ámbito se hizo cargo de la *Revista de Historia del Derecho*. Más o menos por aquellos años también se incorporó a la carrera del investigador del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas de la República Argentina, entidad en la cual alcanzó la máxima jerarquía posible.

Dotado de inquebrantable honestidad intelectual, aguda inteligencia, rigurosa minuciosidad, inagotable curiosidad bibliográfica, y poderosa constancia, su trayectoria vital fue reflejo de un compromiso sin claudicaciones con un abrumador programa de investigación científica. En tanto que autor individual, además de un vasto elenco de preciosas monografías eruditas, Víctor fue responsable de contribuciones tales como *La Codificación en la Argentina (1810-1870)*, *Mentalidad social e ideas jurídicas*, *Las ideas jurídicas en la Argentina (siglos XIX-XX)*, *La ley en América hispana: del Descubrimiento a la Emancipación*, *Casuismo y Sistema. Indagación histórica sobre el espíritu del Derecho Indiano*, *Nuevos horizontes en el estudio histórico del Derecho indiano*, *El poder de la costumbre. Estudios sobre el Derecho consuetudinario en América hispana hasta la Emancipación*, y de la edición de la *Antología del pensamiento jurídico argentino (1900-1945)*. Siendo un autor menos conocido de lo que debería en el ambiente lusófono, no tengo la menor duda de que la difusión de éstos y otros trabajos suyos en el Brasil – de ser posible, en lengua portuguesa –, redundará en genuino provecho para las actuales y futuras generaciones de cultores brasileños de la historia del derecho. Ello así, en tanto que la cuidada producción intelectual de Víctor Tau rezuma simultáneamente sagacidad, erudición, inteligencia y elegancia.

Meticuloso en sus inmersiones en el estado del arte y en un variado elenco de fuentes éditas e inéditas, sus perspectivas rigurosas y profundas lo consagraron muy pronto como referente indiscutible, papel que ejerció amablemente, con palabras serenas y estimulantes, siempre más proclive a escuchar que a ser oído. Así consiguió consagrarse como una figura central. Al punto que ahora mismo, que se produce su partida, puede decirse, sin hipérbole

alguna, que, para historiadores del derecho latinoamericano y para iusindianistas de todo el mundo, merece la consideración como Maestro de tres generaciones sucesivas de estudiosos. Víctor Tau Anzoátegui, descanse en paz!

HISTÓRIA DO DIREITO

Despedida a Paolo Grossi (1933-2022)

Farewell to Paolo Grossi (1933-2022)

Ricardo Marcelo Fonseca

No dia 04 de julho, em Florença, aos 89 anos, faleceu a personalidade que em tantos sentidos diferentes eu considero como a mais importante que conheci no mundo acadêmico, o mestre dos mestres, “maestro general”, como disse uma vez Bartolomé Clavero¹: Paolo Grossi.

Como sempre acontece nesses casos, neste dia pulularam os obituários nas redes sociais lamentando seu falecimento e registrando a sua imensa importância. E não há de fato como contestar a dimensão enorme de seu impacto na Itália, na Europa e na América Latina (no Brasil, creio que ainda muito aquém do que deveria). Li comentários sobre a importância do que ele escreveu sobre o medieval jurídico (ao qual ele imprimiu uma interpretação original e bem-sucedida), sobre o direito canônico, sobre o direito de propriedade (Tomás y Valiente o havia definido como “el gran historiador de la propiedad”²), sobre o seu olhar crítico sobre a modernidade jurídica (e sua crítica ao formalismo, à codificação, ao “absolutismo jurídico”) e, mais recentemente, sobre a atual crise das fontes do direito, sobre a globalização jurídica e sobre o papel atual do jurista. Em cada um destes temas ele foi de fato gigante e decisivo. Já até escrevi, na introdução de uma coletânea de textos seus para a língua portuguesa, uma avaliação sobre esses “eixos” de sua obra³. Li também sobre seu relevante papel que ele teve como Juiz da Corte Constitucional Italiana (e de presidente e depois presidente Emérito deste Tribunal) após sua aposentadoria na *Università degli Studi di Firenze*. Mas acho ocioso repetir isso neste momento, pois tudo isso já é notório. E acho que isso não expressa, nesse momento difícil, o alcance da perda que acabamos de ter. Para mim, para além do que aprendemos lendo seus textos, ele excedia tudo isso.

Paolo Grossi era generoso. Sem isso ele não teria aglutinado tantas pessoas e não teria sido um “caposcuola” que manteve até o final um grupo de professores solidários e coesos como Pietro Costa, Maurizio Fioravanti, Paolo Cappellini, Bernardo Sordi, Luca Mannori, Giovanni Cazzetta, Irene Stolzi e Alberto Spinoza (para falar apenas de alguns do seu círculo florentino e sem contar o inesquecível Mario Sbriccoli). A mesma água florentina que se bebia na segunda metade do século XV pelo visto há de ter circulado também no mundo histórico-jurídico florentino, que concentrou em torno de si uma constelação de talentos e vocações, todas despertadas por Grossi. Para quem presenciou tantas vezes no meio acadêmico brasileiro um sentimento autofágico, competitivo e de traições, eu considerava notável o modo como ele tinha criado um sentido de pertencimento, lealdade e de afetos, que sempre foram a força de sua escola.

Grossi também foi generoso comigo: sem jamais ter me conhecido pessoalmente antes, ele me acolheu para um estágio de pós-doutorado de um ano no seu *Centro di Studi per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, que ele havia idealizado e fundado e que sempre foi uma verdadeira Meca para quem é da nossa área. Tantos haviam sido ali acolhidos, inclusive em momentos difíceis de suas trajetórias profissionais (como por exemplo André-Jean Arnaud e António Hespanha). Fiquei nesse ano inteiro, entre 2003 e 2004, numa sala ao lado da sua (eu dividia

1 É a dedicatória de seu livro: CLAVERO, Bartolomé. *Institucion historica del derecho*. Madrid: Marcial Pons, 1992 (trad. ao português: *Instituição histórica do direito*. Trad. João Luiz Ribeiro. Rio de Janeiro: Lumen iuris, 2018).

2 TOMÁS Y VALIENTE, Francisco. *Laudatio* a Paolo Grossi “in” CAPPELLINI, Paolo et alii. *De la ilustración al liberalismo: symposium en honor al profesor Paolo Grossi*. Madrid: centro de estudios constitucionales, 1995, pág. 34.

3 FONSECA, Ricardo Marcelo. Apresentação “in” GROSSI, Paolo. *História da propriedade e outros ensaios*. (trad. Luiz Ernani Fritoli e Ricardo Marcelo Fonseca). Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

a sala com o professor mexicano Ramón Narváez, amigo de toda a vida), absorvendo de tudo. E – sorte minha – senti que fui por ele adotado. Por meio dele, conheci e fiz laços de amizade que duram até hoje com praticamente toda a sua “Escola”. Vários dos meus camaradas de área e orientandos na UFPR e fizeram depois também seus percursos florentinos (Luis Fernando Pereira, Sergio Staut Junior, Walter Guandalini Junior, Rebeca Dias). Nossas instituições fizeram laços que duram e funcionam até hoje. Tornei-me membro do “consiglio scientifico” da revista que ele fundou e dirigiu por trinta anos, os “*Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*”, que considero até hoje o mais importante veículo da nossa área. Ele veio à minha universidade duas vezes e recebeu o doutorado “honoris causa” da UFPR em 2011 (um dentre os tantos que ele acumulou pela carreira). Recebeu também essa distinção da UFRGS (iniciativa da professora Judith Martins Costa) e tinha como destino habitual a UFSC (hospedado pelo professor Arno Dal Ri Junior, que fez a primeira tradução de um livro seu ao português – o belíssimo “Mitologias jurídicas da modernidade”). Acompanhou o novo impulso da história do direito no Brasil (e nele teve um protagonismo imenso⁴). Abriu-me portas e deu conselhos. Sempre com muito afeto, com muita generosidade.

Apesar de generoso e afetuoso, Grossi também era austero: tinha a mão firme de líder. Protegia a escola como um leão e cuidava dos seus como um pai. Formal, ao cumprimentar uma mulher beijava-lhe a mão. Autodefinia-se como um mero camponês (e dizia que tirava daí seu interesse pela relação entre as pessoas e as terras), mas na verdade parecia um lorde do século XIX (ou da “belle époque”). Cultivava com disciplina e elegância a prática de mandar cartas a seus interlocutores – hábito que parecia pertencer a outros tempos mas que sedimentou uma rede de relações acadêmicas impressionante, como uma vez me fez notar Giovanni Cazzetta. Com elegância e postura sempre impecáveis, levava muito a sério os critérios de cortesia, tanto pessoal quanto acadêmica. Avesso a lugares barulhentos, tinha rotina quase monástica: praticamente não circulava durante a noite e acordava para trabalhar em torno das 5:00 – o momento mais apropriado e mais calmo, ele me dizia (nunca consegui seguir o mestre nisso...). Quando vi seu quarto e seu lugar de trabalho em sua casa nas colinas do Chianti, lugar de onde brotaram alguns dos clássicos da historiografia jurídica mundial e onde ele passava os escaldantes verões, percebi como ele realmente precisava de pouco para fazer muito. Era sofisticadíssimo e ao mesmo tempo simples e frugal. Era cosmopolita e poliglota, mas ao mesmo tempo enraizado até a alma na sua ‘fiorentinità’. Amante da poesia, eu o vi recitar longos poemas de Manzoni à memória.

Era professor dedicado, comprometido e dizia não ser possível desvincular a sua atividade de pesquisa acadêmica da sua docência. Dedicava-se aos alunos, cultivava relações (sempre, certamente, em seu jeito formal) e os hipnotizava. Eu segui seus cursos (de história do direito moderno e de história do direito medieval), em 2003, na antiga sede da *Facoltà di giurisprudenza*, na Via Laura, no centro de Florença, de onde se podia ver a colina de Fiesole (ela a seguir seria transferida para Novoli, numa sede mais distante, numa mudança que ele detestou). Para meu embaraço, ele me pedia para sentar na mesa do professor, no tablado, na frente de todos, enquanto ele falava de pé para uma multidão de estudantes verdadeiramente magnetizada. Sua fala era precisa, clara e ao mesmo tempo rica e metafórica. O passado jurídico, na voz de Grossi, era cheio de cores. A fala dele, com um impacto retórico imenso, parecia ter sido toda ela escrita

4 FONSECA, Ricardo Marcelo. O deserto e o vulcão: reflexões e avaliações sobre a história do direito no Brasil “in” *Forum historiae iuris*, 2012 (<https://forhistiur.net/legacy/debatte/nuovomondo/pdf%20files/1206fonseca.pdf>).

previamente e registrada mentalmente. A transcrição de uma aula sua não creio que precisaria de uma revisão para ser publicada: estava já perfeita e acabada. Eu creio que nunca vi uma presença numa sala de aula ou em um auditório – tanto em forma quanto em conteúdo – tão forte como a de Paolo Grossi. Tinha a história do direito como paixão e como missão, seja na pesquisa como na sala de aula.

Eu o vi pela última vez cerca de um mês antes da sua partida, no dia 3 de junho, quando fui visitá-lo em seu apartamento Florença. Estava debilitado. Ele – lúcido como sempre – disse que viveu toda a sua vida até os 88 anos e meio como um jovem, mas se desolava muito que nos últimos meses a sua pouca mobilidade e suas dores o restringissem tanto. Tentei animá-lo, sugerindo que ele se envolvesse em algum projeto intelectual, fazendo uso de sua memória e de sua inteligência prodigiosas. Ele sorriu, com a gentileza de sempre, mas me respondeu que estava cansado. Ao me despedir dele, marquei o nosso próximo encontro para outubro desse ano de 2022, quando ocorrerá um congresso para celebrar os cinquenta anos dos *Quaderni Fiorentini* – esse filho legítimo da inteligência de Paolo Grossi. Saindo na rua, depois da visita, uma tristeza tomou conta de mim ao ver a fragilidade e desolamento do maestro. E ele não me esperou até outubro.

No dia 6 de julho ocorreu o seu velório em Florença na Basílica Santíssima Anunziata – mesmo lugar onde os irmãos Cappellini um dia levaram meu filho João, quando recém-nascido, para uma benção. Meu filho João, aliás, que Paolo Grossi dizia ser “il fiorentino”, por ter sido concebido nesta cidade maravilhosa em que viveram Dante e Maquiavel. Meu coração (e de tantos brasileiros que o adoravam) sangraram naquele dia, compartilhando a dor com a família dele, seus amigos, seus alunos, com a senhora Alma e com todos os que pertencem à ‘Scuola Grossi’.

Por ironia do destino, cerca de três anos atrás, dia 5 de julho de 2019, eu escrevia um texto dolorido a propósito da morte de António Manuel Hespanha. Eu dizia naquela ocasião que como acadêmico “eu tinha uma bússola em Lisboa e outra em Florença; agora estou órfão de uma delas”. Agora, sem mais nenhuma bússola e ainda desorientado, sinto-me completamente órfão. Paolo Grossi, sei que sua obra e seu exemplo vão ficar; mas você vai me fazer muita falta.

Referências

CLAVERO, Bartolomé. *Institucion historica del derecho*. Madrid: Marcial Pons, 1992 (trad. ao português: *Instituição histórica do direito*. Trad. João Luiz Ribeiro. Rio de Janeiro: Lumen iuris, 2018).

FONSECA, Ricardo Marcelo. Apresentação “in” GROSSI, Paolo. *História da propriedade e outros ensaios*. (trad. Luiz Ernani Fritoli e Ricardo Marcelo Fonseca). Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FONSECA, Ricardo Marcelo. O deserto e o vulcão: reflexões e avaliações sobre a história do direito no Brasil “in” *Forum historiae iuris*, 2012.

(<https://forhistiur.net/legacy/debatte/nuovomondo/pdf%20files/1206fonseca.pdf>)

TOMÁS Y VALIENTE, Francisco. *Laudatio* a Paolo Grossi “in” CAPPELLINI, Paolo et alii. *De la ilustración al liberalismo*: symposium en honor al profesor Paolo Grossi. Madrid: centro de estudios constitucionales, 1995.