

HISTÓRIA DO DIREITO

Revista do Instituto Brasileiro
de História do Direito - IBHD

Vol. 3

Nº 5

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 05

Jul/Dez 2022

EDITOR

Ricardo Marcelo Fonseca (UFPR)

EDITORES EXECUTIVOS

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

CONSELHO DE REDAÇÃO

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

CONSELHO EDITORIAL

Airton Seelaender (UnB)
Alberto Spinoza (Università della Tuscia)
Alfredo de J. Flores (UFRGS)
Andrei Koerner (UNICAMP)
Antonio Carlos Wolkmer (UNILASSALE)
Arno Wehling (ABL)
Carlos Petit Calvo (Universidad de Huelva)
Christian Edward Cyril 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)
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), Alexander Rodrigues de Castro (CEUMAR), Alexandre Da Maia (UFPE), Alfons Aragoneses (Universidad Pompeu Fabra – Espanha), Andrés Botero Benal (Universidad Industrial de Santander - Colômbia), Claudia Paiva Carvalho (UFRJ), Douglas Pinheiro (UnB), Eric Palma (Universidad de Chile – Chile), Fernando Nagib Coelho (UFBA), Gustavo Castagna (UFPel), Hugo Leonardo Rodrigues Santos (UFAL), Humberto Morales (Benemérita Universidad Autónoma de Puebla - México), Jacqueline Blanco Blanco (Universidad Militar Nueva Granada - Colômbia), Juan Carlos Abreu y Abreu (Universidad La Salle - México), Juan Carlos Frontera (Universidad del Salvador – Argentina), Julio Rocha (UFBA), Laila Galvão (IFPR), Marcelo Casseb Continentino (UFPE), Maria Pia Guerra (UnB), Mario Cajas (Universidad ICESI – Colômbia), Paulo Emilio Borges de Macedo (UERJ), Pedro Cantisano (University of Nebraska – EUA), Rafael Lamera Giesta Cabral (UFERSA), Raphael Peixoto de Paula (IDP-UFERSA), Wagner Feloniuk (FURG).

SUMÁRIO

Apresentação (v. 3, n. 5, 2022)

7

Ricardo Marcelo Fonseca
Walter Guandalini Junior

Ferramentas

Cidades Invisíveis no Império do Direito

10

cautelas de método para a História do Direito
Walter Guandalini Junior

Culto e cultura da historiografia jurídica na Itália

23

Carlos Petit

L'interpretazione come missione.

40

Il ruolo dell'interprete nella riflessione di Paolo Grossi
Alberto Spinosa

Experiências

Um caminho para a compreensão do pensamento jurídico de
Teixeira de Freitas

54

seu manuseio da bibliografia na Introdução à Consolidação das leis civis
Renato Sedano Onofri

Juan de Solórzano Pereira (1575-1655) e a "Política Indiana"
elementos de teoria e prática do direito na América espanhola (séc. XVII)

81

Alfredo de Jesus Dal Molin Flores
Estéfano Elías Risso

Era Vargas

100

Estado e direito administrativo no governo provisório
Mamede Said Maia Filho

Resenhas

Uma chave interpretativa para a história da administração
pública nos Estados Unidos da América

127

Resenha do livro: W. J. Novak. New Democracy – The creation of the Modern
American State.
Laila Maia Galvão

Memória

Bartolomé Clavero (1947-2022), In memoriam

135

Sebastián Martín

Apresentação (v. 3, n. 5, 2022)

A RHD (Revista História do Direito) alcança o seu terceiro ano de publicação já consagrada como o espaço de referência para o debate histórico-jurídico no Brasil. Contando, como de costume, com textos de excelência em nível nacional e internacional, consolida-se como ponto de encontro privilegiado de professores, pesquisadores e estudantes da História do Direito. Sempre combinando o obrigatório rigor acadêmico, garantido pela revisão em duplo cego pelas maiores referências mundiais do campo, com a imprescindível circulação democrática, assegurada pelo acesso livre e gratuito *online* a todas as edições da Revista, este número da RHD dá mais um importante passo no caminho do desenvolvimento e da divulgação da História do Direito Brasileira.

A seção teórica (“Ferramentas”) deste número abre com a reflexão metodológica proposta por Walter Guandalini Junior, que em *Cidades Invisíveis no Império do Direito: cautelas de método para a História do Direito* sugere alguns caminhos para a recuperação da densidade historiográfica do fenômeno jurídico como discurso, poder e ordenamento. Em seguida, em *Culto e cultura da historiografia jurídica na Itália*, Carlos Petit apresenta uma síntese histórica da historiografia jurídica italiana no século XX, avaliando o papel desempenhado pelos periódicos acadêmicos do país na consolidação da história do direito como disciplina científica. A seção se encerra com *L’Interpretazione come Missione. Il ruolo dell’interprete nella riflessione di Paolo Grossi*, texto em que Alberto Spinosa avalia a centralidade do momento interpretativo no pensamento jurídico de Paolo Grossi, tanto como instrumento de análise historiográfica quanto como teoria do direito contemporânea.

Na seção de “Experiências” Renato Sedano Onofri investiga o uso seletivo do pensamento de Savigny por Teixeira de Freitas na elaboração de sua consolidação do direito civil, identificando incompatibilidades epistemológicas entre os pensamentos dos autores – em *Um caminho para a compreensão do pensamento jurídico de Teixeira de Freitas: seu manuseio da bibliografia na Introdução à Consolidação das leis civis*. No texto seguinte, *Juan de Solórzano Pereira (1575-1655) e a sua “política indiana”: elementos de teoria e prática da justiça na América espanhola (séc. XVII)*, Alfredo Flores e Estéfano Elias Risso examinam a “política indiana” de Juan de Solórzano Pereira para verificar o modo como o autor fundamentava teoricamente a conquista territorial e a manutenção do domínio espanhol sobre o novo mundo. No último texto da seção, *Era Vargas: Estado e direito administrativo no governo provisório*, Mamede Said Maia Filho recupera a atividade legislativa desenvolvida pelo Governo Provisório de Getúlio Vargas para concluir que o arcabouço jurídico desenhado nesse período molda o sistema administrativo brasileiro até os dias de hoje.

Na seção de resenhas Laila Maia Galvão apresenta *Uma chave interpretativa para a história da administração pública nos Estados Unidos da América*, texto em que analisa a obra de W. J. Novak (*New Democracy – the creation of the Modern American State*) sobre o direito administrativo norte-americano da transição do século XIX para o século XX.

A seção de “Memória” encerra o número com a qualificada homenagem prestada por Sebastián Martín no texto *Bartolomé Clavero (1947-2022), In Memoriam*, no qual recupera a trajetória humana e profissional do autor por ocasião de seu falecimento.

A todos uma boa leitura deste número de *História do direito: Revista do Instituto Brasileiro de História do Direito* (RHD).

Ricardo Marcelo Fonseca

Editor-chefe

Walter Guandalini Junior

Editor Executivo

Ferramentas

HISTÓRIA DO DIREITO

Cidades Invisíveis no Império do Direito Cautelas de método para a História do Direito

Invisible Cities in the Empire of Law
Methodological precautions for Legal History

Walter Guandalini Junior¹

¹ Universidade Federal do Paraná. ORCID: 0000-0003-2426-3326.

RESUMO

O presente artigo deseja contribuir para fortalecer a densidade de um ente que tem se mostrado nebuloso para a pesquisa historiográfica: o direito. Partindo do alicerce fundamental já estabelecido pelos fundadores da História do Direito (a premissa de que “o direito importa”), e levando em consideração as dificuldades enfrentadas pelos historiadores da área para delimitá-lo como objeto de pesquisa específico, pretende-se indicar locais onde as pistas jurídicas sejam mais palpáveis, e apresentar ferramentas úteis à sua identificação e à compreensão do seu significado – ressaltando-se especialmente a alteridade radical das ordens jurídicas construídas pelas sociedades de nosso passado. Afinal, se pertence ao objeto o poder de definir o método, a História precisa manter o seu espaço metodológico aberto: será o próprio direito do passado a nos dizer o que ele é, e onde poderemos encontrá-lo. Mas para que isso ocorra faz-se necessária uma abordagem metodológica que evite essencialismos, e esteja disposta a escutar as várias manifestações do fenômeno jurídico em seu tríplice aspecto: como discurso, como poder e como ordenamento.

Palavras-chave: história do direito; teoria da história; metodologia da pesquisa em história do direito.

ABSTRACT

This paper should contribute to strengthen the density of an entity that has been proven to be misty for historical research: Law. Taking as premise that “Law matters”, and considering the obstacles faced by legal historians when trying to establish their specific research object, this paper points to places where legal clues may be considered more palpable, and presents tools which may be deemed useful to its identification and understanding – concurrently highlighting the radical alterity of past legal orders. After all, if the research object holds the power to define the research method, History must keep its methodological space open: it will be past Law itself to tell us what it is, and where it can be found. But for this to happen a special methodological approach is needed: one that is able to avoid essentialistic interpretations, and that is willing to perceive the various manifestations of legal phenomena in its threefold aspect: as discourse, as power, as order.

Keywords: legal history; theory of history; research methods in legal history.

1. Em Busca das Cidades Invisíveis

No clássico de Calvino *As Cidades Invisíveis* (1990) Marco Polo se vê obrigado a descrever ao grande Kublai Khan as maravilhas do seu império desconhecido. Mas como comunicar ao Khan a natureza inapreensível das suas cidades? Como narrar a incomensurável complexidade da experiência? O trabalho é difícil, especialmente quando, como Polo, viajamos com a cabeça voltada para trás, sempre olhando para a Veneza implícita que nos permite distinguir as qualidades das novas cidades que conhecemos (Calvino, 1990:86). No entanto, não viajamos apenas para rever Veneza. Como fazer então para, apesar do nosso olhar viciado, sermos capazes de enxergar a peculiaridade dos minaretes, a excentricidade das palafitas, a magnificência dos palácios de cristal? Como perceber a névoa dessas cidades etéreas, se é sempre Veneza que descrevemos, quando descrevemos as cidades que visitamos?

O explorador precisa ser capaz de responder a essas perguntas, se deseja ter alguma possibilidade de conhecer as cidades que visita em terra estrangeira. E são idênticas as perguntas que devem ser respondidas pelo historiador do direito, se deseja ser capaz de enxergar as cidades invisíveis do seu império etéreo, apesar do espelho sólido que insiste em se interpor e refletir, do passado, o seu próprio olhar a observar-se do presente. Este breve ensaio pretende contribuir para, por um lado, esvaecer esse espelho que nos devolve impassível nosso próprio olhar, apesar dos esforços que fazemos para enxergarmos através dele; e, por outro, aumentar a densidade das brumas do nosso objeto, apresentando ferramentas que nos auxiliem a fixar o olhar nas coisas invisíveis que estudamos.

O trabalho não é simples. Afinal, se o debate sobre a autonomia disciplinar da História do Direito pode conduzir à tola resposta de que ela decorre da delimitação de seu objeto de estudo particular – o próprio direito, ora! –, menos óbvio é determinar em que consiste exatamente, e onde pode ser encontrado esse objeto. A tarefa se torna especialmente árida quando o pesquisador, consciente dos riscos da jornada, se impõe o dever de evitar o atraente precipício das duas respostas mais cômodas à sua disposição: a *resposta materialista*, que dilui o direito no oceano empírico do “social”, e a *resposta idealista*, que erige como essência do jurídico o legalismo transcendentalizado de sua versão moderna.

Apesar de parecerem soluções fáceis à pergunta sobre o objeto da História do Direito, ambas versões do etnocentrismo jurídico são obstáculos ao seu desenvolvimento. Por um lado, a resposta materialista conduz ao abandono da peculiaridade jurídica, privilegiando uma explicação contextual que afoga o direito no social. A História do Direito se transforma em História das Instituições Jurídicas, produzindo uma explicação economicista do passado jurídico e tomando-o como rele implícito de fenômenos sociais autônomos; o amálgama entre ser e dever-ser ofusca a autoimagem jurídica edificada pelas sociedades do passado, ao mesmo tempo em que projeta sobre elas modelos explicativos típicos do capitalismo industrial e do estruturalismo moderno.

Por outro lado, a resposta idealista isola o direito na transcendentalidade da norma jurídica, imunizando-o de qualquer contato com as impurezas do real. A História do Direito se apresenta como História das Leis, e acaba por ignorar a realidade do direito como fenômeno de ordenação social em nome de uma pureza ontológica inexistente. Buscar a história do direito na supremacia da lei é tentar encontrar no passado o modelo de absolutismo jurídico que caracteriza as formações jurídicas da modernidade, e renunciar à possibilidade de compreensão de

outras formas de organização social distintas da nossa, talvez até mesmo não-jurídicas. Também este um grave anacronismo a projetar no passado as concepções jurídicas do presente.

O beco sem saída teórico conduz a um problema prático a exigir resposta clara por parte do historiador do direito: afinal de contas, onde buscar o direito do passado? Qual é a natureza do direito, qual é o seu *locus*, sobre que aspectos da vida social devo me debruçar para compreender este objeto etéreo, e descobrir como se organizavam juridicamente os nossos antepassados? Em suma: como descrever as cidades invisíveis do Império de nosso passado jurídico?

Como se vê, esse é um difícil obstáculo: afinal, se tivermos um conceito de direito muito restrito, não seremos capazes de enxergá-lo em sociedades distintas, e que tenham uma concepção de direito distinta da nossa; mas por outro lado, se tivermos um conceito de direito muito amplo, há sempre o risco de que ele se dilua no corpo da história geral, e com isso percamos a especificidade do nosso objeto.

Desse modo, a definição do objeto de pesquisa da história do direito não permite resposta *a priori*, mas somente uma recomendação metodológica bastante genérica: o historiador do direito deve manter a mente suficientemente aberta para ser capaz de perceber as várias manifestações do jurídico ao longo do tempo, ao mesmo tempo sem perder de vista a especificidade do seu objeto de estudo específico. Isso significa pressupor uma concepção suficientemente flexível de direito, que seja capaz de abarcar outras manifestações distintas do legalismo estatalista que caracteriza o direito da nossa sociedade, mas também não perder de vista a especificidade normativa e sancionadora que distingue o direito de outras formas de produção cultural e convívio social.

Em outras palavras: uma viagem de exploração como a realizada por Marco Polo não pode contar com mapas; pois se não conhecemos o território a ser explorado, não temos como saber de antemão aonde desejamos chegar, ou o caminho que nos conduzirá até lá. Restam-nos os instrumentos de navegação: a bússola, o astrolábio, o quadrante, que se não podem nos dizer aonde chegaremos, ao menos nos auxiliam a manter-nos na direção correta durante todo o trajeto da viagem.

Se pertence ao objeto o poder de definir o método, a História precisa manter o seu espaço metodológico aberto: será o próprio direito do passado a nos dizer o que ele é; será ele próprio a nos dizer onde encontrá-lo. Mas para que isso ocorra precisamos da orientação teórica adequada, capaz de nos conduzir pelas brumas do passado sem asfaltar as trilhas por onde passamos. Essa deverá ser uma abordagem que evite essencialismos, menos preocupada em definir o que o direito é, e mais em compreender de que modo ele se apresenta em um contexto histórico específico. Em suma, uma concepção que seja capaz de libertar o direito das grandes unidades significativas, e que o aborde primeiramente a partir de sua unidade mais fundamental: como acontecimento discursivo.

2. Tamara: direito e discurso

Caminha-se por vários dias entre árvores e pedras. Raramente o olhar se fixa numa coisa, e, quando isso acontece, ela é reconhecida pelo símbolo de alguma outra coisa: a pegada na areia indica a passagem de um tigre; o pântano anuncia uma veia de água; a flor do hibisco, o fim do inverno. O resto é mudo e intercambiável — árvores e pedras são apenas aquilo que são.

Finalmente, a viagem conduz à cidade de Tamara. Penetra-se por ruas cheias de placas que pendem das paredes. Os olhos não veem coisas mas figuras de coisas que significam outras coisas: o torquês indica a casa do tira-dentes; o jarro, a taberna; as alabardas, o corpo de guarda; a balança, a quitanda. Estátuas e escudos reproduzem imagens de leões delfins torres estrelas: símbolo de que alguma coisa — sabe-se lá o quê — tem como símbolo um leão ou delfim ou torre ou estrela. Outros símbolos advertem aquilo que é proibido em algum lugar — entrar na viela com carroças, urinar atrás do quiosque, pescar com vara na ponte — e aquilo que é permitido — dar de beber às zebras, jogar bocha, incinerar o cadáver dos parentes. Na porta dos templos, veem-se as estátuas dos deuses, cada qual representado com seus atributos: a cornucópia, a ampulheta, a medusa, pelos quais os fiéis podem reconhecê-los e dirigir-lhes a oração adequada. Se um edifício não contém nenhuma insígnia ou figura, a sua forma e o lugar que ocupa na organização da cidade bastam para indicar a sua função: o palácio real, a prisão, a casa da moeda, a escola pitagórica, o bordel. Mesmo as mercadorias que os vendedores expõem em suas bancas valem não por si próprias mas como símbolos de outras coisas: a tira bordada para a testa significa elegância; a liteira dourada, poder; os volumes de Averróis, sabedoria; a pulseira para o tornozelo, voluptuosidade. O olhar percorre as ruas como se fossem páginas escritas: a cidade diz tudo o que você deve pensar, faz você repetir o discurso, e, enquanto você acredita estar visitando Tamara, não faz nada além de registrar os nomes com os quais ela define a si própria e todas as suas partes.

Como é realmente a cidade sob esse carregado invólucro de símbolos, o que contém e o que esconde, ao se sair de Tamara é impossível saber. Do lado de fora, a terra estende-se vazia até o horizonte, abre-se o céu onde correm as nuvens. Nas formas que o acaso e o vento dão às nuvens, o homem se propõe a reconhecer figuras: veleiro, mão, elefante... (Calvino, 1990, p. 14).

A cidade de Tamara é composta de símbolos, e o que existe por trás deles é impossível saber. É da natureza do etéreo império jurídico se constituir como linguagem, relação simbólica de enunciados fragmentários que se interconectam em uma racionalidade peculiar, conforme uma sintática não-semântica, para a formação de uma ordem discursiva que prescindir de quaisquer conteúdos para se afirmar como portadora de uma materialidade própria – se é que tais conteúdos existem, se é que jamais poderão existir.

A ideia foucaultiana de acontecimento discursivo (Foucault, 2005, p. 30) permite que compreendamos os enunciados em sua instância própria, estabelecendo as condições para a apreensão de outras formas de regularidade e a descrição de novas unidades para além daquelas tomadas como auto-evidentes (a tradição, a influência, a evolução, a mentalidade, a obra, a escola, o autor etc.). A suspensão das regularidades abre o espaço para a descrição de todos os enunciados em sua dispersão de acontecimentos efetivos, permitindo a superação de todas as práticas inúteis de sistematização de idéias mortas e palavras jamais proferidas.

Neste novo domínio, liberado pelo esvaziamento dos significados *a priori*, a arqueologia torna transparentes os conteúdos do discurso, abrindo a possibilidade de que olhemos através deles para enxergarmos os sistemas de dispersão que constituem uma formação discursiva determinada. O discurso, então, não será mais definido pela identidade do objeto, pela forma comum, pela repetição dos conceitos ou pela persistência dos temas, mas pelas condições a que tais elementos estão submetidos ao serem empregados em uma prática discursiva concretamente existente. A atenção se desloca do *conteúdo das produções* discursivas para as *regras de formação* discursiva, compreendendo-se que os elementos do discurso não lhe preexistem, mas são resultado de um feixe complexo de relações que limitam e estabelecem as condições de sua aparição empírica.

Desse modo, o objeto da análise discursiva deixa de ser o conteúdo proferido para se tornar o próprio enunciado, não como suporte, ou estrutura, mas como função de existência “que cruza um domínio de estruturas e de unidades possíveis e que faz com que apareçam, com conteúdos concretos, no tempo e no espaço” (Foucault, 2005, p. 98). O elemento básico da análise discursiva não é, portanto, um objeto de fala proferido por um sujeito em um contexto determinado por meio de um suporte material; menos que um pedaço de discurso, o enunciado é uma função, que estabelece as condições de possibilidade do objeto discursivo, fixa as regras para a ocupação da posição de sujeito do discurso, delimita o campo enunciativo no interior do qual o enunciado se situa e define o regime de materialidade que o constitui.

Uma concepção como essa é extremamente instigante para a pesquisa em História do Direito. Afinal, ao tratar o discurso jurídico como função, permite escapar do falso dilema entre a explicação materialista e a explicação transcendental do direito, indicando a estreita trilha pela qual se pode escapar tanto do simplismo normativista da História das Fontes e da Dogmática quanto da armadilha economicista da História Social e Institucional – que de maneiras diferentes tomam o discurso jurídico como mero efeito de causas ontológicas preexistentes, como a “justiça”, a “razão”, a “política”, a “economia”... Uma vez que o enunciado só pode se referir a coisas ditas, ele não é oculto; a análise enunciativa se mantém fora de qualquer interpretação, não pergunta ao discurso o que ele esconde, mas de que modo ele existe e quais são as regras que presidem o seu pronunciamento. Por outro lado, ele tampouco é visível; o nível enunciativo está no limite da linguagem, exigindo uma certa conversão do olhar para que possa ser percebido nas margens entre o dito e o não-dito (como relé que os distingue e os separa).

Sabemos melhor do que ninguém, como Polo, como Kublai, que “jamais se deve confundir uma cidade com o discurso que a descreve. Contudo, existe uma ligação entre eles”, pois “a mentira não está no discurso, mas nas coisas” (Calvino, 1990, p. 38). Assim, recuperar a função enunciativa do discurso jurídico significa aumentar a sua densidade como elemento material passível de explicação autônoma, sem renunciar à sua natureza essencialmente discursiva, nem cair na falácia de uma ordem jurídica transcendental. O objeto de pesquisa por excelência da História do Direito deixa de ser o texto normativo ou a realidade social subjacente, e o foco passa a ser direcionado para o próprio discurso jurídico, como conjunto de enunciados organizado a partir de regras de agrupamento e dispersão que lhe são próprias, e que variam no tempo e no espaço. O direito não perde, com isso, o seu caráter etéreo; mas adquire uma espessura própria, cujas variações cabe à História do Direito descrever.

A descrição de uma formação jurídica histórica será, então, compreendida como a análise de um conjunto de *performances* verbais, de práticas discursivas que definem a positividade de um discurso jurídico, e que concebe a si próprio como especificamente jurídico. Esta, por sua vez, desempenha o papel de um *a priori* histórico, que estabelece as condições de emergência dos enunciados jurídicos em um período particular. Trata-se, em suma, de desenvolver uma dispersão que nunca se pode conduzir a um sistema único de diferenças, e que não se relaciona a eixos absolutos de referência; trata-se de operar um descentramento que não permite privilégio a nenhum centro; trata-se de mostrar que falar já é fazer alguma coisa.

Uma História do Direito realmente preocupada em compreender o seu objeto de estudo específico, em vez de o tomar como mero efeito de outras causas mais complexas e importantes, tem muito a ganhar com o reconhecimento da natureza discursiva do fenômeno jurídico e com uma análise arqueológica voltada à descrição de sua função enunciativa. O estudo das condições de possibilidade discursivas das organizações jurídicas do passado permite um passo além do

mero catálogo de regras e institutos, sem ultrapassar os limites do especificamente jurídico para desaguar no econômico e no social: uma pesquisa desse tipo permite identificar a materialidade do discurso jurídico efetivamente em ação no contexto histórico estudado, apontando as regras que presidem a sua formação e o seu emprego prescritivo na sociedade de que faz parte, assim como os limites no interior dos quais é obrigado a se movimentar para gerar os efeitos desejados na organização social a que se refere.

Se o discurso tem materialidade própria, e se falar já é fazer alguma coisa, a História do Direito não pode se contentar em somente apresentar o conteúdo do discurso jurídico ou denunciar as suas causas sociais remotas. É preciso conhecer o sistema de regras que regula essa produção discursiva, e compreender o seu emprego concreto como instrumento de ação sobre a realidade.

3. Zaíra: direito e poder

Inutilmente, magnânimo Kublai, tentarei descrever a cidade de Zaíra dos altos bastiões. Poderia falar de quantos degraus são feitas as ruas em forma de escada, da circunferência dos arcos dos pórticos, de quais lâminas de zinco são recobertos os tetos; mas sei que seria o mesmo que não dizer nada. A cidade não é feita disso, mas das relações entre as medidas de seu espaço e os acontecimentos do passado: a distância do solo até um lampião e os pés pendentes de um usurpador enforcado; o fio esticado do lampião à balaustrada em frente e os festões que empavesavam o percurso do cortejo nupcial da rainha; a altura daquela balaustrada e o salto do adúltero que foge de madrugada; a inclinação de um canal que escoar a água das chuvas e o passo majestoso de um gato que se introduz numa janela; a linha de tiro da canhoneira que surge inesperadamente atrás do cabo e a bomba que destrói o canal; os rasgos nas redes de pesca e os três velhos remendando as redes que, sentados no molhe, contam pela milésima vez a história da canhoneira do usurpador, que dizem ser o filho ilegítimo da rainha, abandonado de couro ali sobre o molhe.

A cidade se embebe como uma esponja dessa onda que reflui das recordações e se dilata. Uma descrição de Zaíra como é atualmente deveria conter todo o passado de Zaíra. Mas a cidade não conta o seu passado, ela o contém como as linhas da mão, escrito nos ângulos das ruas, nas grades das janelas, nos corrimãos das escadas, nas antenas dos para-raios, nos mastros das bandeiras, cada segmento riscado por arranhões, serradelas, entalhes, esfoladuras (Calvino, 1990, p. 12).

Se Tamara é inteira discurso, Zaíra é incomunicável. Não porque seja impossível descrever a quantidade de degraus das suas escadas, ou o zinco que recobre os seus telhados, mas porque a cidade não é feita de escadas e telhados. As urnas das palavras e os féretros dos símbolos apenas podem acolher as cinzas em repouso de um império já morto, mas o império do direito é um império vivo, e é sempre de vida que ele é feito: dos acontecimentos do seu passado, das experiências dos que nele vivem, das ações que modificam as suas fronteiras. Um império vivo não é capaz de contar o seu passado, mas o contém.

Todo discurso depende de uma estrutura material que assegure a sua produção e circulação, em uma rede microfísica de saber-poder que torna inseparáveis o enunciado discursivo e os seus efeitos políticos. Isso é especialmente verdadeiro para o direito, que apesar da sua natureza essencialmente discursiva, não é um discurso como outro qualquer (o artístico, ou o científico),

pois é produzido com o objetivo explícito de gerar efeitos constitutivos e transformadores da realidade à qual se aplica, contando com um forte suporte institucional criado somente para dar apoio a tais efeitos constitutivos. A análise discursiva deve então ser complementada por uma analítica do poder que compreenda as relações entre o discurso jurídico e os efeitos concretos por ele gerados, o que permite conceber a realidade histórica como a reconfiguração constante de um campo de batalhas plural e imanente, no interior do qual se enfrentam, através do direito, posições de força variáveis e intercambiantes.

A noção foucaultiana de acontecimento também pode dar uma contribuição inestimável para a análise das funções políticas desempenhadas pelo direito na história, na medida em que proclama a necessidade de se abandonar qualquer critério de ‘interpretação’ unívoca, causal e sistemática do real, em prol da utilização de uma lógica estratégica de conexão do heterogêneo que seja capaz de, pelo método genealógico, estabelecer as conexões possíveis entre termos sem relação entre si e que permanecem sem relações mesmo após essas conexões, mantendo o acontecimento na dispersão que lhe é própria (Foucault, 2004b, p. 44). Assim se escapa dos vários métodos que, ao estudar a sociedade e o direito, resultam no condicionamento exaustivo de um pelo outro, pois o acontecimento permanece autônomo em sua peculiaridade, e se descarta a análise de causalidade em nome da valorização da pluralidade de forças em combate.

O método genealógico protege o acaso do acontecimento, impedindo a sua dissolução no interior de uma continuidade ideal; assim, o faz ressurgir em sua singularidade, reintroduzindo o descontínuo em nosso próprio ser. O acontecimento é o momento de ruptura, o acidente que dá início a mais um dos inumeráveis recomeços, a emergência de um novo equilíbrio de forças em um novo sistema de submissão. É um momento crucial de ruptura no tecido histórico, impossível de ser compreendido em conexão com outros eventos, mas que, apesar disso, compõe com eles seus efeitos de forma global e aleatória. Desse modo, permite substituir a análise da ‘causalidade’ histórica pela compreensão da ‘casualidade’ na história, revelando o presente como apenas mais uma das múltiplas virtualidades e possibilidades do passado.

Tradicionalmente, as pesquisas preocupadas com os efeitos políticos gerados pelo discurso jurídico tendem a abordar o direito a partir do exterior: ao analisarem um ordenamento ou uma norma jurídica quaisquer, buscam compreender quais são as suas motivações escondidas, quais são os seus reais objetivos econômicos, políticos e sociais. O método atrai, pois permite enxergar por trás da norma os interesses ocultos a que ela atende, e tratar o direito como construto social. No entanto, acaba reduzindo o direito a mera manifestação de superfície de questões mais profundas, deixando de lado o próprio direito para se preocupar apenas com os aspectos econômicos, políticos e sociais do objeto de pesquisa. Por outro lado, o esquema ontológico-positivista prenhe de discussões intermináveis sobre a natureza jurídica e o fundamento constitucional de um tema qualquer não passa de alavanca inerte, cuja importância é dependente do seu acionamento prático durante o conflito.

Se o império do direito é feito da “linha de tiro da canhoneira” e da “bomba que destrói o canal”, é importante recordar que quem manobra o canhão e lança a bomba não é o químico, o físico ou o engenheiro, mas o soldado raso que emprega as técnicas necessárias ao acionamento de suas armas. Não devemos perder tempo, então, com o exame das peculiaridades específicas de sua composição química, mas analisar as alavancas utilizadas pelas partes em luta para combater o inimigo, o que permite compreender de que modo e com que finalidades o discurso jurídico pode ser utilizado em um conflito social concreto.

Para enxergar as práticas de poder existentes nos interstícios das normas jurídicas é preciso tratar o direito como acontecimento, o que nos permite compreender as especificidades de um acontecimento jurídico qualquer em relação aos diversos outros casos abstratamente previstos pela norma que o fundamenta, começando pela mais óbvia: a sua existência enquanto possibilidade real, e a sua capacidade de veicular práticas reais de poder. Vistos como acontecimento, as práticas jurídicas e o discurso jurídico podem ser compreendidos como aquilo que de fato são: ponto de ruptura, “uma relação de forças que se inverte, um poder confiscado, um vocabulário retomado e voltado contra seus utilizadores, uma dominação que se enfraquece [...] e outra que faz sua entrada mascarada” (Foucault, 2004a, p. 28).

O direito está irremediavelmente imerso no tecido social, e apenas pode ser compreendido em relação com as outras formas de manifestação de poder, que não apenas lhe atribuem uma posição específica na sociedade de que faz parte como também o colonizam, instrumentalizando-o para o cumprimento de funções que não estavam explicitamente previstas no texto jurídico. Assim, o direito não é apenas, como desejava Ihering (2004), aquilo *pelo quê* se luta para obter a paz; é, antes de tudo, aquilo *com o quê* se luta para vencer a guerra.

4. Fedora: direito e ordem

No centro de Fedora, metrópole de pedra cinzenta, há um palácio de metal com uma esfera de vidro em cada cômodo. Dentro de cada esfera, vê-se uma cidade azul que é o modelo para uma outra Fedora. São as formas que a cidade teria podido tomar se, por uma razão ou por outra, não tivesse se tornado o que é atualmente. Em todas as épocas, alguém, vendo Fedora tal como era, havia imaginado um modo de transformá-la na cidade ideal, mas, enquanto construía o seu modelo em miniatura, Fedora já não era mais a mesma de antes e o que até ontem havia sido um possível futuro hoje não passava de um brinquedo numa esfera de vidro.

Agora Fedora transformou o palácio das esferas em museu: os habitantes o visitam, escolhem a cidade que corresponde aos seus desejos, contemplam-na imaginando-se refletidos no aquário de medusas que deveria conter as águas do canal (se não tivesse sido dessecado), percorrendo no alto baldaquino a avenida reservada aos elefantes (agora banidos da cidade), deslizando pela espiral do minarete em forma de caracol (que perdeu a base sobre a qual se erguia).

No atlas do seu império, ó Grande Khan, devem constar tanto a grande Fedora de pedra quanto as pequenas Fedoras das esferas de vidro. Não porque sejam igualmente reais, mas porque são todas supostas. Uma reúne o que é considerado necessário, mas ainda não o é; as outras, o que se imagina possível e um minuto mais tarde deixa de sê-lo (Calvino, 1990, p. 24).

O império do Khan não é feito apenas de cidades reais, compostas com palavras ou prenes de acontecimentos. Também o compõem a profusão de cidades imaginadas, a miríade de esferas azuis que contêm aquilo que a cada momento se imagina possível, para logo em seguida deixar de o ser. Não porque essas visões fugazes do futuro sejam igualmente reais mas, pelo contrário, porque são igualmente supostas, e como mera suposição testemunham a pluralidade de projetos que, de uma forma ou de outra, também constroem o presente, e também fazem parte do passado.

Se o império do direito é feito de acontecimentos, com consequências concretas no mundo real, ele também é realidade cultural, a traduzir as concepções valorativas e ordenadoras mais

enraizadas de uma sociedade histórica – tanto ao exercer funções instituintes quanto ao consolidar o já instituído, fundindo-se nele as forças vivas dos movimentos sociais. Como explica Paolo Grossi (2005a), o Direito não é apenas poder, mas também *ordenamento*, no sentido de que não se submete integralmente à vontade do poder, mas reflete idealmente a organização ordenatória construída pela própria sociedade, espelhando-a em todas as suas facetas.

Se é assim, um método estritamente “realista” não será suficiente para a compreensão do jurídico em toda a sua complexidade. O Direito deve ser imaginado no meio das relações de interlocução e demandas de reconhecimento que formam a trama do tecido social, devendo ser compreendido de forma narrativa, como conjunto de historietas costuradas por “juristas rapsodos” (Ost, 2005, p. 55). Como narrativa, o direito não se limita a descrever e prescrever uma realidade estável, mas também descreve, interpreta e cria realidades imaginárias – testemunhando que o real é apenas uma modalidade do possível.

Deve-se compreender, porém, que a ênfase no caráter imaginário do Direito não se refere apenas à criatividade do jurista no momento hermenêutico, ou à sua capacidade de rebelar-se contra o formalismo e reconstruir a interpretação jurídica a partir do texto dado; uma visão como essa apenas reeditaria as dicotomias anteriores, invertendo os termos em relação sem reformular a própria relação. Como reclama Costa (1997), a pesquisa jus-históricográfica precisa recusar a lógica que governa a relação de oposição entre conhecimento e imaginação, reiterando o caráter criativo de toda e qualquer construção jurídica, e reconhecendo este caráter criativo ao se aproximar do discurso jurídico do passado.

As variadas releituras do Direito Romano são sempre o exemplo a ser lembrado, por demonstrar que o discurso jurídico não desempenha uma função apenas descritiva – quer essa descrição se refira ao objeto empírico da ciência (a regra prescritiva), quer se refira à realidade empírica em que tal objeto existe (as relações de poder). Além dela, o direito atua também como intervenção-projeto, com a intenção de construir uma realidade vista apenas como possibilidade para o futuro. Ao agir dessa forma o discurso jurídico seleciona da realidade confusa de interação social alguns poucos fragmentos, graças aos quais a confusão de conflitos é devolvida a uma narrativa que os expõe como momentos de uma ordem completa, o que possibilita enxergar a ordem em um mundo onde ela não existe, situando-a em uma temporalidade determinada de estabilidade ou transformação.

Não se trata, porém, de mera ideologia; o jurista não mente sobre aquilo que enxerga, nem se engana ao ver na realidade algo que não existe. De fato, ao enxergar a ordem em meio ao caos, o jurista efetivamente cria a ordem, assim como o escritor inventa a ordem em meio ao caos de personagens e acontecimentos da história que conta. Não é, portanto, um mentiroso ou um misticador; o jurista é sempre um visionário, um profeta. O saber jurídico não se limita a ocultar a realidade objetiva, mas a codifica simbolicamente ao ordenar o conjunto de significados esparsos em um sistema lógico coerente que traduz as intenções de organização e transformação do próprio grupo social a que se refere.

Percebe-se, então, que para se compreender adequadamente a relação entre Direito e imaginação é necessário assimilar o discurso jurídico ao discurso literário, tratando-o como código de significados que traduz as concepções sociais acerca da realidade para uma linguagem específica. Ele não prescreve ações, mas escreve roteiros, que indicam ao personagem os modos como deve se comportar – sem lhe retirar, contudo, uma ampla margem de improvisação. Reconhecer este fato não significa retirar do Direito a sua força prescritiva, mas atribuir ao saber jurídico um método adequado para se compreender exatamente como essa força prescritiva

se exerce: não como restrição à liberdade de ação, mas como orientação para a ação; não como limitação de possibilidades, mas como criação de possibilidades; não como descrição analítica do real, mas como criação narrativa de novas realidades.

A adoção dessa perspectiva pela História do Direito permitirá compreender um aspecto das ordens jurídicas do passado que é inevitavelmente negligenciado pelas análises formalistas e economicistas: a sua realidade como narrativa literária, o que significa que ele atua simultaneamente como síntese simbólica estabilizadora das aspirações sociais de uma organização social e como projeto de (imagin-)ação transformador para a sociedade que se desejava construir.

Conclusão

Temos, assim, um conjunto de instrumentos de navegação teórico-metodológicos que podem ter alguma utilidade durante as incursões do historiador do direito ao passado jurídico. É claro, tudo isso são apenas indicações metodológicas, sugestões de instrumentos úteis para quem os deseje usar. Mas o império do Khan é interminável, as suas cidades são inumeráveis, e a sua substância é invisível. Diante das dificuldades de cartografia desse império, e do risco sempre presente da sua condenação ao frio estático do limbo metafísico, ou de sua destruição nas chamas do inferno materialista, o historiador do direito tem, como Polo, duas maneiras de não sofrer, mas apenas uma de permanecer vivo – ainda “historiador” e ainda “do direito”: tentar reconhecer quem e o que, no meio da história, é direito, e preservá-lo, e abrir espaço.

O Grande Khan já estava folheando em seu atlas os mapas das ameaçadoras cidades que surgem nos pesadelos e nas maldições: Enoch, Babilônia, Yahoo, Butua, Brave New World.

Disse:

— É tudo inútil, se o último porto só pode ser a cidade infernal, que está lá no fundo e que nos suga num vórtice cada vez mais estreito.

E Polo:

— O inferno dos vivos não é algo que será; se existe, é aquele que já está aqui, o inferno no qual vivemos todos os dias, que formamos estando juntos. Existem duas maneiras de não sofrer. A primeira é fácil para a maioria das pessoas: aceitar o inferno e tornar-se parte deste até o ponto de deixar de percebê-lo. A segunda é arriscada e exige atenção e aprendizagem contínuas: tentar saber reconhecer quem e o que, no meio do inferno, não é inferno, e preservá-lo, e abrir espaço (Calvino, 1990:99).

Referências Bibliográficas

- Adorno, Theodor (2001). *Epistemología y ciencias sociales* (trad. Vicente Gómez). Madrid: Cátedra.
- Calvino, Ítalo (1990). *As Cidades Invisíveis* (trad. Diogo Mainardi). São Paulo: Companhia das Letras.
- Costa, Pietro (1997). Conocimiento vs. Imaginación: un apunte introductorio, *in*: Petit, Carlos. *Pasiones del Jurista; amor, memória, melancolia, imaginación*. Madrid: Centro de estudios constitucionales, p. 163-190.

- Costa, Pietro (2010). Para que serve a História do Direito? Um Humilde Elogio da Inutilidade, *in: Soberania, Representação, Democracia – ensaios de história do pensamento jurídico*. Curitiba: Juruá, p. 63-80.
- Deleuze, Gilles (1992). *Foucault* (trad. Claudia Sant'Anna Martins). 1ª ed., 5ª reimpr. São Paulo: Brasiliense.
- Dreyfus, Hubert L.; Rabinow, Paul (2010). *Michel Foucault – uma trajetória filosófica para além do estruturalismo e da hermenêutica* (trad. Vera Portocarrero e Gilda Gomes Carneiro). 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária.
- Fonseca, Márcio Alves (2002). *Michel Foucault e o Direito*. São Paulo: Max Limonad.
- Fonseca, Ricardo Marcelo (2006). Os Juristas e a Cultura Jurídica Brasileira na Segunda Metade do Século XIX, *in: Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, n. 35. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, p. 339-371.
- Fonseca, Ricardo Marcelo (2009). *Introdução Teórica à História do Direito*. Curitiba: Juruá.
- Fonseca, Ricardo Marcelo (2012). O Deserto e o Vulcão – reflexões e avaliações sobre a História do Direito no Brasil, *in: Forum Historiae Iuris – Erste europäische Internetzeitschrift für Rechtsgeschichte*, disponível em 20 de junho de 2012 em <<http://www.forhistiur.de/zitat/1206fonseca.html>>.
- Foucault, Michel (2000). *Em Defesa da Sociedade* (Maria Ermantina Galvão). São Paulo: Martins Fontes.
- Foucault, Michel (2001a). *A Ordem do Discurso* (trad. Laura Fraga de Almeida Sampaio). 7ª ed. São Paulo: Loyola.
- Foucault, Michel (2001b). *A Verdade e as Formas Jurídicas* (trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais). Rio de Janeiro: Nau.
- Foucault, Michel (2002). *Vigiar e Punir* (trad. Raquel Ramallete). 28ª ed. Petrópolis: Vozes.
- Foucault, Michel (2003). *Ditos e Escritos IV: estratégias, saber-poder* (org. Manuel Barros da Motta; trad. Vera Lúcia Avellar Ribeiro). Rio de Janeiro: Forense Universitária.
- Foucault, Michel (2004a). *Microfísica do Poder* (trad. Roberto Machado). 14ª ed. Rio de Janeiro: Graal.
- Foucault, Michel (2004b). *Naissance de la Biopolitique*. Lonrai: Gallimard/Seuil.
- Foucault, Michel (2004c). *Securité, Territoire, Population*. Lonrai: Gallimard/Seuil.
- Foucault, Michel (2005). *A Arqueologia do Saber* (trad. Luiz Felipe Baeta Neves). 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária.
- Guandalini Jr., Walter (2007). O Direito como Acontecimento, *in: EOS – Revista Jurídica da Faculdade de Direito / Faculdade Dom Bosco*, v. 1, n. 1, jan./jun. 2007. Curitiba: Dom Bosco, p. 108-114.

- Guandalini Jr., Walter (2010) *Aids, Poder e Direito: o controle de patentes de medicamentos*. Curitiba, Juruá.
- Guandalini Jr., Walter (2012) O Direito Etéreo: trilhas para um explorador do intangível, *in: Nova História Brasileira do Direito – ferramentas e artesanias* (org. Ricardo Marcelo Fonseca). Curitiba, Juruá, p. 83-96.
- Grossi, Paolo (2005a). *Il Diritto tra Potere e Ordinamento*. Firenze: Editoriale Scientifica.
- Grossi, Paolo (2005b). O ponto e a linha: história do direito e direito positivo na formação do jurista do nosso tempo (trad.: Monica Sol Glik), *in: Revista Seqüência*, v. 26, nº 51, p.41-35, dez. Florianópolis: UFSC.
- Grossi, Paolo (2006). A formação do jurista e a exigência de uma reflexão epistemológica inovadora, *in: História da Propriedade e outros Ensaíos* (trad.: Luiz Ernani Fritoli e Ricardo Marcelo Fonseca). São Paulo: Renovar, p. 85-121.
- Hespanha, António Manuel (2005). *Cultura Jurídica Européia: síntese de um milênio*. Florianópolis: Fundação Boiteux.
- Ihering, Rudolf Von (2004). *A Luta pelo Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- Kelsen, Hans (2000) *Teoria Pura do Direito*. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes.
- Ost, François (2005). *Contar a Lei: as fontes do imaginário jurídico*. São Leopoldo: Unisinos.
- Wieacker, Franz (2004). *História do Direito Privado Moderno*. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

Data de recebimento: 13/04/2022

Data de aprovação: 18/05/2022

HISTÓRIA DO DIREITO

Culto e cultura da historiografia jurídica na Itália¹

Cult and culture of legal historiography in Italy

Carlos Petit²

¹ Texto original publicado em língua italiana: PETIT, Carlos. Culto e cultura della storiografia giuridica in Italia. In: CAPPELLINI, Paolo et alii (org.). Il contributo italiano alla *storia* del pensiero – Diritto. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana (fondata da Giovanni Treccani S.p.A.), 2012. p. 741-748. [Enciclopedia Italiana di Scienze, Lettere ed Arti, Il contributo italiano alla *storia* del pensiero – Ottava Appendice]. Tradução de Frederico Paganin Gonçalves (graduando em Direito, UFRGS; bolsista do Baden-Württemberg Stiftung, em período de mobilidade acadêmica na Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg). Revisão por Alfredo de J. Flores (Prof. Permanente PPGD-UFRGS). Os tradutores agradecem a autorização dada pelo autor, Prof. Carlos Petit Calvo, bem como por parte do Istituto della Enciclopedia Italiana, por meio da secretaria “on line” da Editorial Treccani e da coordenadora de produção, Monica Trecca. Ademais, para efeitos de adequação aos padrões da presente Revista, os tradutores incluíram os títulos “Introdução” e “Conclusão” e a numeração nas seções do texto, que não existiam no original. Por fim, os tradutores adaptaram as formas de citação e de referência ao modelo deste periódico.

² Licenciado (1977) e doutor em Direito pelas Universidades de Sevilla (1979) e Bologna (1985). Licenciado em Geografia e História (especialidade: História) pela Universidade de Sevilla (1988), professor titular na Universidade de Sevilla (1983-1986), catedrático na Universidade Autônoma de Barcelona (1986-1998), catedrático na Universidade de Huelva (1988-), desde 1994 vem sendo professor visitante em várias universidades da Europa e América.

RESUMO

Não há na Europa disciplina mais habituada que a italiana à prestação de contas pública por meio de balanços periódicos dos trabalhos empreendidos pela inquietada “corporação” dos historiadores do direito. Certamente não é a historiografia jurídica que menos atraiu atenção entre os colegas estrangeiros. Por tais motivos, considero necessário concentrar a observação sobre o universo das revistas jurídicas. Ademais, as revistas funcionam como “instância sintética” do *output* científico: podem ser consideradas como pequenas ou grandes bibliotecas que facilitam uma aproximação direta ao universo dos seus autores, de seus livros preferidos, de suas “fontes”. Enquanto obras intelectuais colocadas no tempo, as revistas nascem, crescem, morrem, mudam de estado e mudam seus responsáveis, contribuindo a fornecer, na variedade de seus títulos, indícios preciosos sobre as orientações metodológicas e culturais prevalentes de uma disciplina.

Keywords: cultura jurídica; revistas jurídicas; Itália; história da historiografia jurídica

ABSTRACT

In Europe, the Italian discipline is the most accustomed to public accountability through periodic balances of the work carried out by the restless “corporation” of legal historians. Legal historiography would certainly not be the one that attracted the least attention among foreign colleagues. For these reasons, I consider it necessary to concentrate the observation on the universe of legal reviews. Moreover, journals would be like a “synthetic instance” of the scientific output: they can be considered as small or large libraries that facilitate a direct approach to the universe of their authors, their favorite books, their “sources”. As intellectual works placed in time, reviews are born, grow, die, change status, and change their responsible, contributing to providing, in the variety of their titles, precious evidence about the prevailing methodological and cultural orientations of a discipline.

Palavras-chave: legal culture; legal reviews; Italy; history of legal historiography

1. Introdução

Não há na Europa disciplina mais habituada que a italiana à prestação de contas pública por meio de balanços periódicos dos trabalhos empreendidos pela inquieta “corporação” dos historiadores do direito. Certamente não é a historiografia jurídica a que menos atraiu atenção entre os colegas estrangeiros. As traduções passadas e presentes, a circulação mundial das revistas (algumas quase centenárias!), a frequência dos congressos e seminários, o grande número de monografias, a florescente biblioteca formada pelos manuais, provocam admiração e apresentam sem dúvida uma imagem fortemente positiva da atividade profissional dos historiadores do direito. Mesmo que limitássemos a análise ao movimento do último meio século, qualquer tentativa descritiva da bibliografia italiana resultaria em uma empreitada temerária.

Por tais motivos, considero necessário concentrar a observação sobre o universo das revistas jurídicas. As revistas, de fato, ainda que apresentando um ponto de vista necessariamente parcial, oferecem múltiplas vantagens. Esse tipo de texto não é somente um meio muito útil de comunicação e produção editorial: trata-se – e o sabemos desde Friedrich Carl von Savigny (1779-1861) –, ainda e sobretudo, de um componente constitutivo da experiência jurídica moderna. Por outro lado, as revistas funcionam como “instância sintética” do *output* científico: podem ser consideradas como pequenas ou grandes bibliotecas que facilitam uma aproximação direta ao universo dos seus autores, de seus livros preferidos, de suas “fontes”. Enquanto obras intelectuais colocadas no tempo, as revistas nascem, crescem, morrem, mudam de estado e mudam seus responsáveis, contribuindo a fornecer, na variedade de seus títulos, indícios preciosos sobre as orientações metodológicas e culturais prevalentes de uma disciplina.

E, seguramente, desde nosso ponto de vista, a segunda metade do *Novecento* parece uma época feliz para as revistas científicas. Uma delas, a primeira, e ainda por muitos anos a única, continua a ser publicada (“*Rivista di storia del diritto italiano*”, desde 1928). Outra, importante, porém fugaz (“*Annali di storia del diritto*”, 1957–1973), oferece-nos o testemunho de um personagem único, prematuramente desaparecido, mas cuja duradoura influência será demonstrada por uma terceira importante publicação que vale a pena considerarmos (“*Rivista internazionale di Diritto comune*”, desde 1990). Por fim, outras duas revistas, indubitavelmente “de autor”, representam a nova escola, aquela de inovação de métodos e argumentos na historiografia jurídica, e que prometiam com seus títulos pouco convencionais: refiro-me aos “*Materiali per una storia della cultura giuridica*” (desde 1971) e aos “*Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*” (desde 1972). Obviamente, há outras publicações interessantes – os notáveis “*Annali dell’Istituto storico italo-germanico in Trento*”, desde 1975, posto avançado no Sul da Europa da *Begriffsgeschichte* de Otto Brunner [1898–1982] que Pierangelo Schiera soube introduzir na Itália; a exemplar revista especializada “*Storia amministrazione Costituzione*”, desde 1993; o ágil e sempre necessário “*Giornale di storia costituzionale*”, desde 2003; por fim, “*Le carte e la storia*”, desde 1994, revista de Guido Melis, indispensável para seguir a evolução da história institucional. Todas essas revistas são ótimos exemplos das “vítimas” causadas por este processo inevitavelmente muito sumário que aqui empreendemos.

2. O “Código Calasso”

O último meio século esteve fortemente marcado pela figura de Francesco Calasso.

Qualquer outro historiador de sua época (penso em Carlo Guido Mor, Guido Astuti, Bruno Paradisi, Gian Piero Bognetti e, sobretudo, Giulio Vismara) apresentaria provavelmente uma produção literária mais ampla. E, apesar disso, a influência de Calasso não tem igual. Não se trata somente do domínio – útil e eminente – que “*Medio Evo del diritto*” (Calasso, 1954) exerceu na formação de ao menos um par de gerações de estudantes; sobre formas e autores diversos [vêm-me de súbito à mente os textos universitários de Manlio Bellomo (1988) e de Ennio Cortese (1995-1997)], o ponto de vista do renomado livro conserva toda a sua validade em pleno século XXI. Para não falar da herança que Calasso deixou a alguns colegas estrangeiros: suspeito que muitas páginas do “*Manual de historia del derecho español*” de Román Rianza e Alfonso García-Gallo (1934), ao menos em sua versão definitiva de 1959 (devida ao próprio García-Gallo [1959]), foram escritas com o “*Medio Evo del diritto*” sobre a mesa de trabalho. O fato é que, para além desse celeberrimo texto, Calasso, quando se tornou professor, lutou sempre para fornecer sentido e método próprio à historiografia jurídica. E é aí que reside sua grande contribuição historiográfica.

Não sendo necessário revisitar agora alguns de seus episódios bem conhecidos (Calasso, 1966, p. 03 et seq.; Paradisi, 1973, p. 105 et seq.; Mazzacane, 1990, p. 15 et seq.; Martínez Neira, 2004, p. 137 et seq.), é suficiente recordar como a velha história do direito italiano – a obra pioneira de Antonio Pertile, Francesco Schupfer, Giuseppe Salvioli: algo militante, algo positivista e algo evolucionista como exigia a época – moveu-se sempre pelo interior do terreno delimitado pela tradição acadêmica alemã (Conte, 2009, p. 16 et seq.). À recepção da linha sistemático-pandectista da *Historische Rechtsschule* nos círculos da romanística e da ciência do direito civil corresponde, com efeito, uma recepção da orientação histórica dessa mesma escola, em particular de sua deriva germanista [*germanistisch*]. Junto a essas coordenadas, a história jurídica italiana era concebida como a combinação da tradição romana e dos contributos germânicos, procedendo segundo um método positivista ou “naturalístico” que aspirava, nas palavras de Pietro Bonfante, a “inferir das próprias vísceras dos institutos e dos destroços sobreviventes nas épocas mais tardias, a sua origem e a história de seu passado” (apud Checchini, 1958, p. 50). Ao contrário, o idealismo de Benedetto Croce [1866-1952] em Calasso se apresentou como a gigantesca operação intelectual que inaugurou uma “nova página na história de nossa disciplina” (Paradisi, 1973, p. 168; sobre a “virada” calassiana, cf. ainda: Cortese, 1982, p. 798):

As teorias dos juriconsultos não eram mais examinadas [...] somente do ponto de vista do direito como argumento técnico, mas como uma manifestação do espírito medieval que havia posto no direito sua forma na qual havia derramado todas suas paixões políticas e religiosas e suas exigências morais [...] história do direito enquanto produto espiritual (Paradisi, 1973, p. 169-170).

Se o desprezo do mestre frente às críticas (penso ainda em Aldo Checchini: cf. Calasso, 1951, p. XI) não nos mostra nada de bom sobre seu talento como polemista (Calasso, 1966, p. 93 et seq.), constitui, todavia, um eloquente testemunho de sua adesão aos próprios métodos e de seu veloz e prolongado sucesso entre os historiadores mais jovens. A fortuna de Calasso foi tal e tão evidente que é obrigatório nessa sede apresentarmos em um par de linhas os seus principais julgamentos (Costa, 1995, p. 29 et seq.).

A disciplina histórico-jurídica, nascida como matéria universitária pouco mais de um século antes (Calasso, 1966, p. 03 et seq.), chamava-se oficialmente – desde 1885 – “*Storia del diritto italiano*”, dispondo de manuais e monografias de nível indiscutível; entretanto, os veneráveis *Founding fathers* não souberam precisar o objeto da matéria. Tal objeto, sempre segundo

Calasso, nada mais seria que o *ius commune*, particularmente em suas fases de formação e desenvolvimento; um fenômeno assim “nacional” em que a mencionada *storia* alcançaria o *status* científico somente quando transformada na história do direito comum:

Toca a nós italianos sentir o orgulho, e sobretudo sentir o dever moral de não deixar sepultado e ignorado aquele enorme tesouro de pensamento – pensamento não mais romano, mas italiano: não morto, mas ainda vivo e fecundo – que nos concede um predomínio espiritual em uma época triste de decadência política (Calasso, 1965, p. 13).

Um “fato central e fundamental, em cuja história se resolve [...] aquela que estamos acostumados a considerar como história do direito italiano”; um “fenômeno propriamente italiano”, assim, “no sentido mais espiritual da expressão” (Calasso, 1951, p. 127, 129). Estabelecida a delimitação nacional da história jurídica ensinada nas universidades – superado, dito entre parênteses, o problema dos confins acadêmicos entre a pesquisa histórico-jurídica e as competências profissionais do romanista – permanecia ainda a precisar o sentido do termo de referência. O que era, para Calasso, o *ius commune*? Se me fosse permitido incluir em uma palavra o seu complexo pensamento, não teria dúvidas ao propor o substantivo *unidade*.

Com efeito, desde o ponto de vista da compreensão histórica, o direito comum calassiano se apresenta como a realização no âmbito jurídico dos ideais de *unidade* e *universalidade* que assinalaram a cultura política romano-cristã: “*unum ius cum unum sit imperium*”, segundo a passagem das “*Quæstiones de iuris subtilitatibus*” (I, 16) que Calasso não se cansava de recordar. Por outro lado, visto agora *more italico*, o admirável *ius commune* interpretava “a única unidade verdadeiramente sentida na vida jurídica daquela Itália despedaçada no limiar de nossos tempos” (Calasso, 1951, p. 136); uma autêntica epifania do *Risorgimento*, podemos assim concluir.

Mas aquele Medievo que buscou de forma tenaz a *unidade* e que antecipou o Estado do *Risorgimento* [*risorgimentale*] foi também um Medievo feudal, germânico, imperial, canônico, comunal. Frente à inevitável tensão entre a unidade ideal e a realidade multiforme do jurídico – precisamente, “o problema histórico do direito comum” (Calasso, 1951, p. 77) – o autor propõe dois conceitos que se revelaram as chaves de sua visão historiográfica.

O primeiro derivaria da teoria institucional de Santi Romano e implicava a concepção do direito como *ordenamento*, ou seja, como fórmula de convivência e ordem estabelecida para um grupo social por seu próprio governo. Aplicada ao Medievo, essa proposta resultava de particular importância desde o momento em que, enquanto oferecia uma resposta plausível à questão da criação normativa, explicava a dispersão jurídica medieval como resultado da pluralidade dos grupos (instituições) e, portanto, dos ordenamentos em jogo – “*Gli ordenamenti giuridici del Rinascimento medievale*” (1948), precisamente como recita o título de uma obra de Calasso.

Além de um ordenamento, o *ius commune* queria ser (“dogmaticamente”) um *sistema*. Não nos interessa aqui insistir sobre a ambiguidade de Calasso ao utilizar esse outro exigente conceito, porque se tratava simplesmente de encontrar um registro adequado para recuperar a mensagem de unidade partindo das múltiplas ordens então vigentes. E assim, o direito comum calassiano se (re)presentou como sobre-ordenamento. Ainda mais: como o sistema (o único sistema) capaz de conciliar os *ordenamentos* existentes (o *ius romanum* e o *ius canonicum*, os dois direitos universais transformados em *utrumque ius* pelos mestres do Comentário; os inumeráveis direitos particulares [*iura propria*] – direitos específicos por matéria, profissão ou território e sempre submetidos à única *ratio iuris communis*), formando uma estrutura perfeitamente equilibrada. E seu projeto seria a missão histórica que absolve a doutrina: “*vulgariter*

loquendo”, assinalou um jurista tardio, Giuseppe Lorenzo Maria Casaregi “*per ius commune semper intelligitur quoque omnis Doctorum interpretatio*” (1740, p. 86).

O programa metodológico descrito era presente nos cursos universitários, e nesse escopo Calasso contribuiu com obras justamente célebres, mas provocou também a criação de uma nova revista histórico-jurídica. A disciplina dispunha certamente de um bom órgão de expressão, mas a “*Rivista di storia del diritto italiano*”, fundada por Nino Tamassia, Carlo Calisse e Francesco Brandileone, com explícito objetivo de analisar sobre terreno jurídico a “unidade espiritual do povo italiano” que havia coroado a unificação política da Itália (La direzione, 1928, p. 05), era um âmbito sobre plano teórico não específico: simples depósito de pesquisas que servia, com o famoso “*Bollettino dell’Istituto di Diritto Romano ‘Vittorio Scialoja’*”, como elemento de confronto, para enquadrar o panorama, demasiado disperso, dos cultores da disciplina. E assim, “uma específica revista, como há tempo havia na Itália em outros setores e em nosso campo no exterior [...] concebida como ‘generalista’, ou seja, constituída para permitir aos historiadores do direito italiano ter um ponto de referência geral e setorial” (Pene Vidari, 2009, p. 440), não poderia jamais servir aos ambiciosos objetivos do neofundador da história jurídica; Calasso, que mal havia demonstrado sua presença à “*Rivista*” para antecipar os resultados da sua tese sobre legislação estatutária (Calasso, 1928), concentrou seus esforços na terceira série (1947) da “*Rivista italiana per le scienze giuridiche*” (fundada em 1886), a fim de dar vida a um próprio periódico, os “*Annali di storia del diritto*” (1957–1973).

É curioso notar como um dos principais defensores da “italianidade” da história jurídica se recusara a publicar outra revista de história do direito *italiano*. Não só não aparecia esse adjetivo no título do novo periódico; não só se dava à luz, como escrito no subtítulo, uma “resenha internacional” [“ *rassegna internazionale*”]: dotados de um comitê científico aberto a colegas de outras línguas e nações (García-Gallo, Alamiro de Ávila, Gabriel Le Bras, Stephan Kuttner), os “*Annali*” nasceram “sem confins de pátrias” e, efetivamente, o chileno de Ávila, o francês Le Bras, o austríaco Heinrich F. Schmid dividiam essas páginas pioneiras com os autores italianos. Na realidade, os “*Annali*” constituíam um potente instrumento a serviço da escola calassiana – em sentido acadêmico, mas também institucional: a revista “nasce ligada à vida do *Istituto di storia del diritto italiano*” e à anexa “*Scuola di perfezionamento nella storia del diritto medievale e moderno*” (Calasso, 1957, p. 01) – com objetivo de (de)mo(n)strar, seja como empreendimento pessoal, seja como desenvolvimento coletivo, a potência de uma história do direito italiano compreendida como história do *ius commune*: isto é, de um *sistema* de normas (romanas, mas também canônicas; um *utrumque ius* interpretado de maneira criativa pela doutrina, em cujos ordenamentos *próprios* encontraram uma posição perfeita) que realizou o ideal da unidade jurídica em toda a Cristandade.

Isso causou obviamente um desequilíbrio: a atenção maior à ciência jurídica medieval (Cortese, Bellomo, Romano, Filippo Liotta, Adriana Campitelli, Severino Caprioli etc., não raramente terminando numa investigação filológica das fontes) negligenciou abertamente o estudo dos séculos sucessivos (Aldo Mazzacane, Giuliana D’Amelio, Claudio Schwarzenberg), perfazendo com que parecesse um evento extraordinário o interesse de Astuti (1970–1973) pelo *Code Napoléon*.

Não será uma surpresa que o acentuado medievalismo e a alta erudição dos “*Annali*” conspirassem contra uma segunda característica – sendo a primeira a vocação internacional que se mencionou – do plano editorial projetado por Calasso. Sua revista queria ser “terreno de encontro” oferecido “aos estudiosos da história do direito – e por que não também a todos os cultores do direito?”: indubitavelmente, tratava-se daquele “colóquio com os juristas” que Calasso

havia anunciado após a experiência de seu curso sobre o negócio jurídico (1966, p. 155 et seq.). Todavia, não obstante o poder de convencimento reconhecido a Calasso, diretor da faculdade romana de Direito e ainda mais diretor desde 1958 da *Enciclopedia del diritto*, não obstante houvesse ele repudiado *expressis verbis* “a maléfica influência da empírica *summa divisio* entre historiadores e juristas” (Calasso, 1966, p. 23), os “*Annali*” foram ao encontro, desde este ponto de vista, de um completo fracasso: somente alguns estudiosos de direito romano, na verdade (o fiel Edoardo Volterra, mas também Alberto Burdese, Antonio D’Emilia, Antonio Nicola De Robertis e outros), e algum canonista (Vincenzo Del Giudice) frequentaram suas páginas; nem a esporádica presença de Alessandro Baratta (1963) modifica tal conclusão.

Alheia aos “juristas”, a revista dos “historiadores” foi capaz ao menos de se afirmar como um órgão propenso ao debate historiográfico – terceira característica de qualquer pesquisa histórico-jurídica projetada segundo o “código Calasso”. Mesmo assim a novidade foi exigida: “sozinha entre todas as disciplinas históricas”, sublinhou um dos historiadores mais inquietos, “a história do direito mostrou uma constante indiferença por tais especulações” (Paradisi, 1957, p. 43 et seq.); como reação, por obra do mesmo Paradisi, de Giovanni Cassandro, de De Ávila e de outros, os “*Annali*” se confrontaram com o “repensamento dos [...] problemas gerais”, a precisar o “significado da expressão *história do direito italiano*” e a “individuação dos elementos de continuidade e de unidade na sucessão milenar de nossa história pátria”, a concluir a “definição do objeto e do fim de nossa ciência” – grandes questões teóricas às quais Calasso sempre se dedicou (Ver: Astuti, 1965, p. XIII et seq.).

3. Calasso depois de Calasso: a “*Rivista internazionale di Diritto comune*”

Não nos leva muito para imaginar a sucessiva evolução da disciplina. Endereçada sobre esse caminho, orientou-se principalmente ao estudo das fontes medievais do *ius commune*, em particular da literatura jurídica: em velhas edições e, ainda melhor, em impenetráveis manuscritos glosados, foram buscados os segredos do pensamento jurídico (comum-nacional). O gosto pelo direito lombardo e pelas instituições do Alto Medievo em parte vem menos, ainda que se encontre um nobilíssimo espaço no “*Centro italiano di studi sull’Alto Medioevo*”: uma instituição de raro prestígio internacional, fundada em 1952 por outro historiador do direito, Giuseppe Ermini, onde não faltaram colegas da disciplina (Mor, Grossi, Bognetti, Vismara, Enrico Besta, Pier Silverio Leicht, Pietro Vaccari, Antonio Padoa-Schioppa – cf.: Menestò, 2004). Sem redes de apoio análogas, os séculos modernos encontraram um destino menos afortunado, não obstante toda aquela lisonja que se reservava ao direito do Estado liberal: um mundo à parte na obra de Calasso, e não muito frequentado por seus discípulos.

Limites objetivos, por vezes simples questões deixadas em aberto por uma morte inesperada. Por exemplo, penso no que se refere à centralidade reconhecida à jurisprudência do *ius commune* (“*vulgariter loquendo*”), o que todavia não os impedia de atribuir a esse direito uma alma estatalista: ensina-nos Calasso que se trataria aqui de um sistema normativo em que

a posição dogmática da atividade do jurista ou do juiz [...] permanece sempre e exclusivamente aquela da atividade interpretativa [...] assim com todas as normas e os limites que toda atividade interpretativa pode ter em um sistema legislativo (Calasso, 1951, p. 128-129).

A atenção ao momento genético do *sistema*, além de restringir a disciplina histórico-jurídica a uma gaiola – cômoda, mas sempre gaiola – do “*Medio Evo del diritto*”, reduz a sua história posterior à estranha condição de um “direito comum particular”; na realidade o oxímoro andava em uma outra direção, dado que, uma vez exasperada a índole *nacional* do *ius commune* (um “fenômeno propriamente italiano”, como já sabemos), a relevância cultural da experiência acaba por desaparecer: mantêm-se fora do campo visível as terras além das montanhas, onde a descoberta “italiana” teria chegado mais tarde, após episódios singulares de *recepção* (Calasso, 1966, p. 227 et seq.). E a corajosa denúncia dos “cepos de erudição filológica” (Paradisi, 1957), atribuídos à velha historiografia, acaba por fazer nascer uma “erudição filológica” de tipo diverso, atenta aos manuscritos jurídicos em uma deriva formalista que andava “por um confronto entre texto e texto, entre norma e norma, e sobretudo por um retorno às opiniões dos ‘doutores’ completamente desligadas de seus referenciais imediatos, históricos e culturais” (ver: Mazzacane, 1976, p. 14).

“Uma história jurídica do direito”, se assim se pode dizer. Pois bem, a tentativa de superar os limites precedentes – particularmente a análise do “sistema do direito comum” como um ordenamento *doutrinário* por suas fontes, *universal* por sua validade e por fim *moderno* por sua época – foi a principal contribuição da “*Rivista internazionale di Diritto comune*”. Um Calasso atualizado [*aggiornato*].

Publicada a partir de 1990 por iniciativa de Bellomo (Università di Catania), a “*Rivista*” conserva intacto o patrimônio herdado do velho fundador, de cuja figura se fala com frequência em suas páginas (recentemente: Conte, 2006; também, por exemplo – Bellomo, 1996b, p. 371-373). E certas características dos desaparecidos “*Annali*” vêm a ser também típicas da “*Rivista*”: penso agora na vocação internacional, objetivo que se persegue seja do ponto de vista temático (Bellomo, 2000b; Bónis, 2002), seja daquele pessoal – em último caso, graças a poucos e fidelíssimos colaboradores estrangeiros. Ou ainda o gosto pela polêmica e pelos problemas conceituais e de método (Ver: Bellomo, 1994, p. 187-195; Bellomo, 2000a; Bellomo, 2009). Mas a herança do mestre romano se lança à obra em Catania em busca de novos resultados.

Não se mantêm traços significativos do “colóquio com os juristas” (do qual mencionamos antes, sobre seu parco sucesso) nessa publicação, que parece uma revista jurídica de historiadores por historiadores (não somente historiadores do direito: “Manlio Bellomo [...] trouxe o *ius commune* à atenção de acadêmicos que estão longe das fronteiras da história do direito” – Pennington, 2000, p. 260); por isso, a “*Rivista*” não desdenha os trabalhos de pura “erudição filológica” (uma “crítica do texto como ciência jurídica”? – cf. Caprioli, 2008). Não permanece também muito – ao menos considerando o programa – daquele “sistema [de direito comum] legislativo”, onde a *interpretatio* estaria confinada dentro de limites externos e superiores à doutrina; pelo contrário,

ao jurista se devem reconhecer outras e mais complexas funções e se lhe deve atribuir um papel no processo de compreensão e de interpretação da realidade, mais além dos limites constituídos pelas “leis” postas pelo Estado-legislador, isto é, para além daquelas normas ditas de “direito positivo” (Bellomo, 1996a, p. 205).

Diremos a mesma coisa a respeito do medievalismo de Calasso: sem esquecê-lo de modo algum, voltamos agora a atenção às etapas sucessivas (por exemplo: Condorelli, 2008), mesmo que sempre com uma certa cautela: como se fosse inevitável fazer conhecer o capítulo moderno de uma história escrita (quase) inteiramente no Medievo (Bellomo, 2008). Mas sobretudo: a “italianidade” do *ius commune* (tema de fundo de muitos artigos) cedeu oficialmente o passo a

um reconhecimento explícito da dimensão europeia, mais precisamente ocidental (Barrientos Grandón, 1999; Pennington, 2000) desse admirável fenômeno:

A Europa tem um passado jurídico extraordinariamente fértil e variado [...] *Ius proprium* e *ius commune*, fortemente entrelaçados [...] se representam agora à atenção da historiografia como os campos mais adequados para entender a riqueza da realidade jurídica europeia da idade intermédia e da primeira idade moderna [...] A “*Rivista*” pretende dar então uma contribuição ao debate historiográfico que envolve o presente e se projeta no futuro da nova Europa (Bellomo, 1990, p. 07).

4. História jurídica e cultura: Os “*Materiali*” de Giovanni Tarello

As linhas precedentes, único programa oficial da revista de Catania, orientaram sempre o curso da série. Não é estranho que se enfrente o *common law*, o dito direito “indiano” (direito “espanhol” para as Índias ocidentais) ou as fontes jurídicas da Europa oriental, a demonstrar a seriedade do projeto editorial. Após meio século de experiência eurocomunitária e com o “*Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*” (Coing, 1973–1988) como referência historiográfica ainda recente, seria difícil dar à luz uma revista historiográfico-jurídica que continuasse a permanecer prisioneira das fronteiras nacionais.

Além disso, alguns anos após o desaparecimento de Calasso, duas insólitas iniciativas editoriais mudaram o panorama da historiografia jurídica.

A primeira foi verdadeiramente original, porque vinha de “fora”. Em 1971, com apoio do *Istituto di filosofia del diritto* da Università di Genova, os “*Materiali per una storia della cultura giuridica*” iniciaram seu percurso. Iniciativa aparentemente modesta, apresentava-se como um órgão de publicação e debate de um “seminário de história das doutrinas jurídicas”, com a continuidade própria do mesmo trabalho do seminário. Com efeito, aparte a presença circunstancial de seu fundador, o filósofo do direito Giovanni Tarello (1934–1987), da redação dos primeiros números participaram jovens estudantes e estudiosos, dos interesses mais variados: a fisiocracia, o realismo jurídico escandinavo, a teoria soviética do direito, o léxico de Karl Marx pré-Manifesto, o institucionalismo estadunidense. Uma rica coleção de temáticas que continua até hoje, coerente com a noção de “cultura jurídica” que anuncia a revista: sem uma definição explícita, o conceito equivalia a “doutrina (jurídica)”, com uma marcada preferência pela modernidade e abertura às correntes de pensamento das principais tradições ocidentais. Em seguida retornaremos a isso.

Projeto de um poliédrico jurista – raríssima combinação de um filósofo analítico e de um historiador sensível – os “*Materiali*” nasciam no interior de uma faculdade vivaz em que ensinavam algum dos nomes mais importantes do panorama acadêmico italiano. A descoberta do valor político do trabalho técnico e do papel dos juristas no percurso da organização social se traduziu na tomada de consciência da historicidade do direito como dimensão *interna* da própria atividade, obviamente também para os experts do direito positivo (Cavanna, 1983, p. 33). Havia chegado, enfim, “o momento da historiografia” [Tarello, 1976; 1988]: o momento perfeito para os “*Materiali*”. E desde o início suas páginas acolheram estudiosos do direito romano e eminentes civilistas (Franca de Marini Avonzo, Guido Alpa, Riccardo Orestano, Carlo Augusto Cannata, Stefano Rodotà). Fizeram-se presentes também colegas de outras especialidades (Sabino Cas-

sese, Michele Taruffo) e, obviamente, os teóricos do direito (Mario G. Losano, Genaro R. Carrió, Giorgio Rebuffa) e os historiadores mais próximos (Vito Piergiovanni, Rodolfo Savelli, Mario Da Passano), de forma que, em pouco tempo, a revista elencava uma lista de autores tão numerosa que necessitou publicar dois volumes ao ano. Por fim, a consolidação da iniciativa levou aos fascículos monográficos: *Idee e atteggiamenti sulla repressione penale* (1975, vol. 5º), *Momenti e figure della teoria generale del diritto* (1978, vol. 8º), *Bioetica e diritto* (1994, vol. 24).

Em suma, nem história “do direito”, muito menos história do “direito italiano”: em Genova e no ambiente de Tarello “a investigação histórica sobre o direito não coincide com a historiografia jurídica” (Castignore, 1989, p. 276). Verdadeiramente um caso único na literatura científica comparada, os *“Materiali”* constituíram assim uma importante biblioteca, que de fato é histórico-jurídica, ainda que não tenha – e se poderia dizer “por sorte” – os limites próprios dessa disciplina. Por esse motivo, torna-se possível o cobiçado e nunca realizado “colóquio com os juristas” sem a necessidade de se impor o objetivo: convencidos os amigos de Tarello sobre a natureza histórica do próprio objeto de estudo, conseguiram produzir uma revista feita para juristas pelos juristas sem limitar-se a esse ou aquele aspecto da cultura jurídica. Também por isso, os *“Materiali”* puderam ultrapassar “por cima” a barreira do Medievo com notáveis contribuições romanísticas (chegando ao pouco frequentado Alto Medievo), enquanto “por baixo” saltam sem problema sobre os confins que na historiografia tradicional se separava a codificação das normas do Estado, argumentos que então eram considerados próprios de um âmbito de trabalho privilegiado. Mas sobretudo: a anunciada *história da cultura jurídica*, compreendida no sentido desenvolvido por Tarello – isto é, com o duplo e complementar significado de história dos juristas e de suas técnicas e história das relações entre um poder normativo centralizado e a tutela das posições jurídicas individuais – permite delinear uma estratégia de estudo descrita de maneira brilhante com a metáfora da caça.

Antes de tudo, a fauna das *ideologias* se torna então um objeto da atividade de caça [“venatória”] do historiador. A visão lúcida sobre a historicidade de sua disciplina e o escrúpulo crítico do jurista, que sabe ser o executor de uma específica – nunca completamente ausente – *política do direito*, permitiu um exercício de leitura que aspirava a revelar os segredos do poder escondido dos (nos) textos: “um programa científico voltado a censurar onipresentes implicações político-propagandísticas da linguagem e os conceitos jurídicos em geral” (Cavanna, 1983, p. 43). E para esse fim não é importante a distância que intercorre entre os textos e o leitor: se os códigos iluministas são aptos a mostrar “as ideologias da codificação” (como recita o título do manual de Tarello, *Le ideologie della codificazione nel secolo XVIII*, de 1971), a “corporação” dos trabalhadores do direito pode certamente fornecer ao intérprete um excelente laboratório em que se demonstra a sorte da Constituição republicana deixada nas mãos da doutrina (Tarello, 1967; cf. Castignore, 1989, p. 191 et seq.).

A tensão entre o raciocínio jurídico e a ideologia jogou luzes na função prescritiva (o dever ser) da *interpretatio iuris*, apesar de nascida sob a forma de simples descrição (o ser) do direito: a mesma “escola da Exegese” não seria na realidade uma interpretação literal da regra legislativa, mas sim uma prescrição do individualismo jurídico *arRivista* (Castignore, 1989, p. 256). E é esse ponto de vista assumido pelos *“Materiali”* ao enfrentar o estudo dos “clássicos” modernos (de Alberto Gandino e Sinibaldo de’ Fieschi a Jean Bodin, G. W. F. Hegel, John S. Mill, Ronald Dworkin, Norberto Bobbio etc. com particular atenção aos “grandes” do século XVIII). Pois bem, avizinha-se às doutrinas dos clássicos como a autênticos “objetos

culturais” que devem ser então analisados na *caça dos lugares comuns*: nos textos jurídicos enfrentados, escreveu um autor da revista,

tornam-se [...] particularmente relevantes a ordem e a hierarquia das matérias, os critérios de classificação, as justaposições e as contraposições, os conceitos ordenadores, as tipologias e suas conexões, a presença ou ausência de ‘sistema’, a lógica interna do contexto (Taruffo, 1989, p. 254-255).

5. História jurídica e pensamento: os “Quaderni” de Paolo Grossi

Historicidade do direito, sensibilidade política, realismo historiográfico, modernidade dos tempos e figuras, contextos do discurso, argumentos novos ou pouco enfrentados:

Coleção de materiais no sentido de notícias e de estudos que possam gerar luzes e favorecer a compreensão dos acontecimentos da cultura jurídica antiga e moderna, italiana e estrangeira, em um *continuum* que não conhece repartições rígidas e que responde unicamente ao critério de examinar a função e o objetivo das várias teorias e perspectivas sobre a justiça e sobre o direito (Cassese, 1997, p. 03).

Um projeto pessoal, transmitido a uma escola e indubitavelmente bem realizado, que não deixou indiferentes os ambientes acadêmicos envolvidos.

Ambientes relacionados aos horizontes que delineava Calasso. “Sinto [...] a obra historiográfica de Tarello como uma reprimenda objetiva para a corporação dos historiadores do direito. Ele fez o que nós deveríamos ter feito” (Grossi, 1989, p. 242). Provavelmente todos, exceto Grossi, poderiam entonar o *mea culpa* recordando a revista de Tarello, porque ninguém trabalhou com uma sintonia tão evidente com esse último quanto Grossi, famoso jurista fiorentino empenhado na causa da historiografia jurídica. Na realidade, a estima de Grossi pelo fundador dos “*Materiali*” nasceu sobretudo do segundo projeto editorial anteriormente citado. Refiro-me aos “*Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*” (desde 1972).

Parece ridículo resumir também somente as linhas principais dessa publicação, que chegou em 2012 ao quadragésimo número, em sua maior parte sobre a direção de seu fundador. Seria também pouco útil, visto que os “*Quaderni*” ultrapassaram as fronteiras da disciplina histórico-jurídica e se tornaram um ponto de referência a nível internacional que diz respeito a toda a Universidade (não somente à faculdade de Direito). De outra parte, visto que apresenta um programa explícito, sempre tido em mente e continuamente posto em prática, bastará ler a primeira “*Pagina introdutiva*” de Grossi (1972, p. 01-06) para compreender a sua importância historiográfica.

Em parte reverente e em parte crítico, Grossi evocava naquela sede a Calasso e sua notável tentativa de dialogar *com* os juristas. Mas nos “*Quaderni*” ele propõe uma tese que explica seu insucesso: a oferta calassiana implicaria um delicado problema de definições profissionais – de objetivos e de conteúdos da disciplina, se assim se prefere dizer – dos historiadores do direito. Só reiterando a sua própria identidade como jurista haveria o espaço para um diálogo entre colegas que dividem um mesmo labor: não um diálogo *com*, mas *entre* juristas. Mera diferença de preposições? Certamente não. Porque somente entre juristas tem sentido o aceno ao “moderno”

que é incluído no título dos “*Quaderni*”, na aposta de um conhecimento comum da experiência jurídica sem necessitar diferenciar entre um “passado”, competência do historiador, e um “presente”, que se deixa aos especialistas do direito positivo; no lugar disso, o contrário: é moderno – sem limites cronológicos, externos ao objeto de estudo – tudo aquilo que resulta relevante para a compreensão dos fenômenos jurídicos (Cavanna, 1983, p. 23-24). E é óbvio que não se exclui o Medieval: ao inaugurar os “*Quaderni*”, o próprio Grossi estudou o conceito franciscano de pobreza [*pauperismo*] (argumento muito conforme o gosto de Tarello), do qual nasceria, mesmo que num sentido negativo, a permissão abstrata e absoluta do direito de propriedade que triunfou por alguns séculos após sob pressão da burguesia.

Em segunda instância, a modernidade dos “*Quaderni*” grossianos queria remediar uma profunda insatisfação causada pela falta de reflexões sobre a ciência e os instrumentos à disposição do jurista – pecado mortal dos técnicos-servidores do Estado. O fato, de que não se trata de um ingrediente calassiano presente no assunto de base da revista fiorentina, vem demonstrado na estreita margem – o limite legal – que Calasso atribuiu à velha *interpretatio iuris*. Sem negligenciar as coincidências derivadas de uma mesma tradição cultural (como a teoria institucional de Romano, presente tanto em Grossi como em Calasso), avizinhamo-nos a uma revista científica que, destinada a ensinar a historicidade do direito, quer conquistar para si a confiança do jurista contemporâneo.

A fascinante proposta é imediatamente muito bem acolhida: é de Grossi o notável mérito de ter posto a historiografia jurídica no centro do debate jurídico, e não somente na Itália. Os colegas mais sensíveis aceitaram a proposta e começaram a analisar os problemas:

Falta, até hoje, uma obra historiográfica que reconstrua, não sobre o terreno da abstração ideológica, mas sobre aquele das soluções técnicas e das escolhas de método, a relação entre a doutrina civilista e os eventos políticos de nosso país (Irti, 1972, p. 241).

[...] indagações como aquelas que iniciamos aqui são necessariamente preliminares, ou antes, provisórias. Faltam outros estudos, biografias, notas eruditas, registros (Cassese, 1972, p. 243 nota).

Percebe-se que a ausência de pesquisas e de fontes se referia a dois clássicos contemporâneos (Romano, Francesco Ferrara); somente duas gerações depois, a fortuna da disciplina comum dependia da recuperação de sua memória.

Obviamente o diálogo criado implicou em muito mais que uma porta aberta à colaboração interdisciplinar. A imagem de seu objeto – o pensamento jurídico, nunca alheio à ciência e à prática – configurada nos “*Quaderni*” passa pela recuperação de um saber – a *interpretatio iuris* – que no curso do século XIX havia perdido sua antiga centralidade – com a cumplicidade, ou ao menos a passividade, dos juristas. Uma situação paradoxal, visto que a perda do *status* científico fora produzida justamente quando colocado em destaque, graças à burguesia ascendente, o imenso potencial político das regras jurídicas. Desta forma, os “*Quaderni*” nos demonstraram que o estudo do direito pode ser considerado científico somente se os juristas se empenharem pela identificação e pelo desenvolvimento de um filão unitário: objetivo final do diálogo que quer estabelecer Grossi. Não é necessário especificar que a unidade do objeto não impede uma aproximação diferenciada: a unidade essencial da ciência do direito não deve implicar forçosamente a perda da identidade profissional.

“Uma bancada comum de trabalho”. Acentuando sua vocação instrumental, o termo *caderno* [*quaderno*] vem a significar não-revista. Nem o rigor cronológico de um *anuário*, depois

de tudo circunstancial, nem a utilidade metacientífica de uma *revista* forneciam a descrição adaptada à empresa. Mas os “*Quaderni*” não somente não são uma revista; não querem ser nem mesmo uma revista de *história do direito*: no momento de ouro do “código Calasso”, essa recusa implicava na investigação de outros conteúdos. Por contraste, vem à mente o caso de uma outra publicação, a “*Zeitschrift für neuere Rechtsgeschichte*”, que surge pouco depois (1979) dos “*Quaderni*” e que, todavia, representava aquilo mesmo que esses refutavam: uma *revista*, então vinculada à história jurídica acadêmica, com a garantia – mas também os limites – que implica esse vínculo; uma revista histórico-jurídica na qual a *modernidade* vem compreendida em sentido superficial, cronológico, excluindo tudo aquilo que vem antes do século XVI. E o fato é que a estimada “*Zeitschrift*” se tornou uma revista entre tantas dos colegas da língua alemã.

Entre outras coisas os “*Quaderni*” são *fiorentinos*, ou seja, *não* são italianos. Como Grossi nos mostra, esse “fiorentino” é antes de tudo um *stile* e um grupo coerente de pesquisadores; uma condição local que se transforma em possibilidade universal, assim como são universais os palácios de Florença. Desde esse ponto de vista, os “*Quaderni*”, que renunciaram a ser uma “revista de história do direito”, muito menos gostariam de se tornar uma revista de história do direito *italiano*. E assim, por fim, explica-se uma “marca registrada” da publicação em questão, ou seja, a sua capacidade de congregiar especialistas de todas as partes do mundo: não somente os juristas e os historiadores europeus e de línguas das grandes tradições científicas; não somente a tomada em consideração de problemas e argumentos próprios dessas tradições científicas. Não sendo “italianos”, os “*Quaderni*” têm à disposição também a Ásia e a América, revelando-se hoje um periódico que, mesmo que produzido em Firenze, goza de uma difusão internacional.

6. Conclusão

Esse elemento, próprio também dos vizinhos “*Materiali*” de Gênova, leva-nos à conclusão. O que pode ser melhor para uma “cultura jurídica” (nacional) que transformar-se em ciência, isto é, em um saber que raciocina – pelo seu interesse pelo estudo dos clássicos, pela sua vocação ao debate (até os debates mais atuais), pela sua visão geral dos desafios jurídicos – com categorias que são universais?

Referências

- Astuti, Guido (1965). Francesco Calasso. *Annali di storia del diritto: Rassegna internazionale*, v. 9, p. VII-XVIII.
- Astuti, Guido (1970–1973). Il “*Code Napoléon*” in Italia e la sua influenza sui codici degli Stati italiani successori. *Annali di storia del diritto: Rassegna internazionale*, 14-17, p. 01-87.
- Baratta, Alessandro (1963). La teoria dello scopo nel diritto penale. *Annali di storia del diritto: Rassegna internazionale*, 7, p. 249-260.
- Barrientos Grandón, Javier (1999). El sistema del ‘*ius commune*’ en las Indias occidentales. *Rivista internazionale di Diritto comune*, 10, p. 53-137.
- Bellomo, Manlio (1988). *L'Europa del Diritto comune*. Lausanne: Galileo Galilei.

- Bellomo, Manlio (1990). Presentazione. *Rivista internazionale di Diritto comune*, 1, p. 01-07.
- Bellomo, Manlio (1994). Parlando di 'ius commune'. *Rivista internazionale di Diritto comune*, 5, p. 187-195.
- Bellomo, Manlio (1996a). 'Ius commune'. *Rivista internazionale di Diritto comune*, 7, p. 201-215.
- Bellomo, Manlio (1996b). Per Francesco Calasso: 'in memoriam', a trenta anni dal 10 febbraio 1965. *Rivista internazionale di Diritto comune*, 7, p. 371-373.
- Bellomo, Manlio (2000a). Condividendo, rispondendo, aggiungendo: Riflessioni intorno al 'ius commune'. *Rivista internazionale di Diritto comune*, 11, p. 287-296.
- Bellomo, Manlio (2000b). I fondamenti ideali del diritto privato indiano nell'opera dei giuristi a Antico Regime: Linee di un progetto. *Rivista internazionale di Diritto comune*, 11, p. 297-304.
- Bellomo, Manlio (2008). Per una storia dei tractatus giuridici d'età moderna. *Rivista internazionale di Diritto comune*, 19, p. 243-262.
- Bellomo, Manlio (2009). Elogio dei 'dogmata legum': Memorie per una storia della storiografia giuridica. *Rivista internazionale di Diritto comune*, 20, p. 29-70.
- Belloni, Ilario; Ripepe, Eugenio (org.) (2007). *Incontro con Paolo Grossi*. Pisa: Plus.
- Biocchi, Italo (2009). Presentazione. In: Caroni, Pio. *Le solitudine dello storico del diritto: Appunti sull'inerenza di una disciplina 'altra'*. Milano: Giuffrè. p. 01-39.
- Biocchi, Italo (2011). Neuere Arbeiten zur Privatrechtsgeschichte in Italien. *Zeitschrift für neuere Rechtsgeschichte*, v. 33, p. 42-72.
- Bónis, Péter (2002). 'Omnia fere iura Regni huius originaliter e pontifici cæsareique iuris fontibus progressum habeant': *Diritto comune*, diritto ungherese e il 'Tripartitum'. *Rivista internazionale di Diritto comune*, 13, p. 271-294.
- Calasso, Francesco (1928). La "Dottrina degli Statuti" per l'Italia medioevale. *Rivista di storia del diritto italiano*, 1, p. 483-517.
- Calasso, Francesco (1951). *Introduzione al Diritto comune*. Milano: Giuffrè.
- Calasso, Francesco (1954). *Medio Evo del diritto*. v. 1 (Le fonti). Milano: A. Giuffrè.
- Calasso, Francesco (1957). Nota di presentazione. *Annali di storia del diritto: Rassegna internazionale*, 1, p. 01.
- Calasso, Francesco (1965). Scritti di Francesco Calasso. *Annali di storia del diritto: Rassegna internazionale*, 9, p. 01-597.
- Calasso, Francesco (1966). *Storicità del diritto*. Milano: Giuffrè.
- Caprioli, Severino (2008). La critica del testo come scienza giuridica, ovvero Ecdotica

more iuridico demonstrata. *Rivista internazionale di Diritto comune*, 19, p. 41-92.

Casaregi, Giuseppe Lorenzo Maria (1697, ed. 1740). *Elucubrationes ac resolutiones*. Venezia: Ex Typographia Balleoniana.

Cassese, Sabino (1972). I potesti sulla formazione de 'L'ordinamento giuridico' di Santi Romano. *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1, p. 243-285.

Cassese, Sabino (1997). Nota di presentazione. *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 27(1), p. 03.

Castignone, Silvana (org.) (1989). *L'opera di Giovanni Tarello nella cultura giuridica contemporanea*. Bologna: Il Mulino.

Cavanna, Adriano (1983). *La storia del diritto moderno / secoli XVI-XVIII nella più recente storiografia italiana*. Milano: Giuffrè.

Checchini, Aldo (1958). *Scritti giuridici e storico-giuridici*. Vol. I: Problemi di metodologia e di teoria generale del diritto, storia delle fonti, storia del diritto pubblico. Padova: Cedam – Casa Editrice Dottor Antonio Milani.

Coing, Helmut (org.) (1973–1988). *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*. 3 v., 8 t. München: C. H. Beck Verlag.

Condorelli, Orazio (2008). Norma giuridica e norma morale, giustizia e salus animarum secondo Diego de Covarrubias: Riflessioni a margine della *Relectio super regula 'Peccatum'*. *Rivista internazionale di Diritto comune*, 19, p. 163-202.

Conte, Emanuele (2002). Storicità del diritto: Nuovo e vecchio nella storiografia giuridica attuale. *Storica*, v. 22, p. 135-163.

Conte, Emanuele (2006). *Storia intesa e storia esterna*. Il diritto medievale da Francesco Calasso alla fine del XX secolo. *Rivista internazionale di Diritto comune*, v. 17, p. 229-332.

Conte, Emanuele (2009). Per una storia del diritto medievale nel XXI secolo. In: Conte, Emanuele, *Diritto comune: storia e storiografia di un sistema dinamico*. Bologna: Il Mulino. p. 13-42.

Cortese, Ennio (1982). *Storia del diritto italiano*. In: *Cinquanta anni di esperienza giuridica in Italia: Messina-Taormina 3-8 novembre 1981*. Milano: Giuffrè. p. 787-858.

Cortese, Ennio (1995–1997). *Il diritto nella storia medievale*. 2 v. Roma: Il Cigno Galileo.

Costa, Pietro (1995). *Ius commune, ius proprium, interpretatio doctorum*: Ipotesi per una discussione. In: Iglesia Ferreirós, A. (org.). *El dret comú i Catalunya: Actes del IV Simposi internacional, homenatge al professor Josep María Gay Escoda*, Barcelona (27-28 de maig de 1994). Barcelona: Fundació Noguera. p. 29-42.

García-Gallo, Alfonso (1959). *Manual de historia del derecho español*. Madrid: AGESA [Artes Gráficas y Ediciones].

- Grossi, Paolo (1972). Pagina introduttiva. *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1, p. 01-06.
- Grossi, Paolo (1989). Apertura. In: Castignore, Silvana (org.). *L'opera di Giovanni Tarello nella cultura giuridica contemporanea*. Bologna: Il Mulino. p. 242.
- Grossi, Paolo (1995). *L'ordine giuridico medievale*. Roma-Bari: Laterza.
- Grossi, Paolo (1998). *Assolutismo giuridico e diritto privato*. Milano: Giuffrè.
- Grossi, Paolo (2008). *Uno storico del diritto alla ricerca di se stesso*. Bologna: Il Mulino.
- Grossi, Paolo (2009). *Trent'anni di pagine introduttive: Quaderni fiorentini 1972-2001*. Milano: Giuffrè.
- Irti, Natalino (1972). Problemi di metodo nel pensiero di Francesco Ferrara. *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1, p. 229-241.
- La Direzione (1928). Programma. *Rivista di storia del diritto italiano*, 1, p. 05-06.
- Martínez Neira, Manuel (2004). Sobre los orígenes de la historia del derecho en la universidad italiana contemporánea. *Cuadernos del Instituto Antonio de Nebrija de estudios sobre la Universidad*, n. 7, Madrid, Dykinson, p. 117-154.
- Mazzacane, Aldo (1976). Problemi e correnti di storia del diritto. *Studi Storici*, 17(3), p. 05-24.
- Mazzacane, Aldo (1990). Scienza e Nazione: Sulle origini del diritto italiano nella storiografia giuridica di fine Ottocento. *Scienza & Politica, per una storia delle dottrine*, 2(3), p. 15-30.
- Mazzacane, Aldo (1992). Tendenze attuali della storiografia giuridica italiana sull'età moderna e contemporanea. *Scienza & Politica, per una storia delle dottrine*, 4(6), p. 03-26.
- Menestò, Enrico (org.) (2004). *Omaggio al Medioevo: i primi cinquanta anni del Centro italiano di studi sull'Alto Medioevo di Spoleto*. Spoleto: Fondazione Centro italiano di studi sull'Alto Medioevo.
- Paradisi, Bruno (1957). Considerazioni attuali sulla storiografia giuridica. *Annali di storia del diritto: Rassegna internazionale*, 1, p. 43-62.
- Paradisi, Bruno (1973). *Apologia della storia giuridica*. Bologna: Il Mulino.
- Pene Vidari, Gian Savino (2009). Continuità e ritocchi della 'Rivista di storia del diritto italiano'. *Rivista di storia del diritto italiano*, v. 82, p. 439-445.
- Pennington, Kenneth (2000). The 'ius commune', suretyship and Magna Carta. *Rivista internazionale di Diritto comune*, 11, p. 255-274.
- Tarello, Giovanni (1967). *Teorie e ideologie nel diritto sindacale: l'esperienza italiana dopo la Costituzione*. Milano: Edizioni di Comunità.

- Tarello, Giovanni (1976). *Storia della cultura giuridica moderna*. Vol. I: Assolutismo e codificação del diritto. Bologna: Il Mulino.
- Tarello, Giovanni (1988). *Cultura giuridica e politica del diritto*. Bologna: Il Mulino.
- Taruffo, Michele (1989). Giovanni Tarello e la *storia* della cultura giuridica. In: Castignore, Silvana (org.). *L'opera di Giovanni Tarello nella cultura giuridica contemporanea*. Bologna: Il Mulino. p. 254-255.

Data de Recebimento: 06/12/2022

Data de Aprovação: 12/12/2022

HISTÓRIA DO DIREITO

L'Interpretazione come Missione.

Il ruolo dell'interprete nella riflessione di Paolo Grossi¹

A Interpretação como Missão.

O papel do intérprete na reflexão de Paolo Grossi

Interpretation as a Mission.

The role of the jurist in the reflection of Paolo Grossi

Alberto Spinosa²

¹ Si riproduce in questa sede, con l'aggiunta di alcune brevi note e solo qualche minima variante rispetto all'esposizione orale (e pertanto con tutti i limiti del caso), il testo della relazione svolta in occasione dell'incontro di studio "Le radici e le forme. La capacità ordinante del diritto: convegno in memoria di Paolo Grossi", tenutosi presso la Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa il 4 novembre 2022.

² Università degli Studi della Tuscia

RIASSUNTO

Il recupero della centralità del momento interpretativo costituisce uno dei punti di caduta obbligati dell'itinerario riflessivo di Paolo Grossi. Il presente contributo si tratta su alcuni snodi teorici di tale riflessione, soffermandosi in particolare sull'apparente conflitto tra funzione 'creativa' e 'inventiva' dell'ermeneutica giuridica. Ciò che rimane, alla fine, è però soprattutto l'idea dell'interpretazione come potere-dovere, come 'missione' alla quale nessun giurista può fare a meno di obbedire.

Parole-chiave: interpretazione; esegesi; diritto pos-moderno.

RESUMO

A recuperação da centralidade do momento interpretativo constitui um dos pontos de partida obrigatórios do itinerário reflexivo de Paolo Grossi. A presente contribuição se concentra em alguns momentos teóricos de tal reflexão, detendo-se em particular no aparente conflito entre a função "criativa" e "inventiva" da hermenêutica jurídica. O que resta ao final, porém, é sobretudo a idéia de interpretação como poder-dever, como "missão" que nenhum jurista pode deixar de cumprir.

Palavras-chave: interpretação; exegese; direito pós-moderno.

ABSTRACT

The importance of legal interpretation is one of the central themes of Paolo Grossi's reflection. This contribution focuses on some theoretical hubs of such reflection, dwelling, in particular, on the apparent conflict between the 'creative' and 'inventive' function of legal hermeneutics. What remains, in the end, is above all the idea of interpretation as a power-duty, as a 'mission' that the jurist cannot help but obey.

Keywords: interpretation; exegesis; post-modern law.

«il diritto è cosa non da politici ma da giuristi»
(Grossi, 2002)

1. «Ritorno al diritto» e recupero della centralità del momento interpretativo.

Il tema dell'interpretazione giuridica rappresenta una delle tappe obbligate di quel «ritorno al diritto» che per Paolo Grossi definisce tanto la direzione di senso quanto il punto d'approdo ideale dell'esperienza giuridica contemporanea (Grossi, 2015). La riscoperta o, meglio ancora, il «recupero» della centralità del momento interpretativo-applicativo quale forza motrice dello svolgimento del diritto nella storia, quale «condizione di vitalità e di sviluppo per il diritto» (Grossi, 2016², p. 113). È a partire da questo particolare punto di vista che vorrei provare, non tanto a ricostruire da vicino l'intera riflessione grossiana attorno al problema ermeneutico — impresa che implicherebbe nulla di più e nulla di meno che ripercorrerne passo per passo l'intera vicenda intellettuale —, quanto piuttosto a tematizzare alcuni snodi di quella riflessione, nell'ottica di un dialogo che queste brevi note non hanno certo il merito di avviare, né tantomeno la pretesa di concludere.

A rimettere al centro dell'esperienza giuridica odierna la dimensione interpretativa sono anzitutto, per Grossi, le profonde trasformazioni che hanno investito gli ordinamenti giuridici contemporanei. Si tratta di fenomeni a prima vista molto diversi, per alcuni profili perfino contrastanti tra loro, i quali tuttavia finiscono per spalleggiarsi a vicenda nel promuovere regole del gioco radicalmente differenti da quelle sulle quali si era edificato il tradizionale modello statualistico sette-ottocentesco (per intendersi: identificazione tra diritto e legge, principio di separazione dei poteri e funzione meramente ricognitivo-applicativa dell'interpretazione giuridica). Chiamate in causa sono, in particolare, le dirompenti novità del costituzionalismo novecentesco (Grossi, 2003; 2008; 2009; 2013²; 2018; 2019), del processo di costruzione dell'ordinamento europeo (Grossi, 2002 e 2013) e del fenomeno della globalizzazione giuridica (Grossi, 2000²; 2002²; 2003; 2014), tutte dinamiche in presenza delle quali le pretese regolatorie dello Stato-legislatore finiscono inesorabilmente per arretrare mentre simmetricamente tendono ad espandersi le prerogative dell'interprete, riguadagnando il terreno perduto l'idea di un diritto a trazione giurisprudenziale. Questo in estrema sintesi il vettore essenziale del cambiamento in corso: dal momento produttivo-legislativo, l'asse portante della civiltà giuridica contemporanea si sposta (nuovamente) su quello interpretativo-applicativo.

Pensiamo ad esempio al gigantesco campo di possibilità aperto dal canone dell'interpretazione conforme a Costituzione o, che dir si voglia, dell'interpretazione costituzionalmente orientata (Luciani, 2016), di fronte al quale l'ideale illuministico del giudice *sub lege* diviene di colpo un articolo da antiquariato. Oppure si pensi a quanta parte del processo di costruzione di un nuovo diritto comune europeo si debba all'azione performativa di principi giuridici di originale fabbricazione giurisprudenziale e dottrinale. Per non dire poi di quel progressivo slittamento da 'Giove' ad 'Ercole' (passando per 'Mercurio') sul quale da tempo la filosofia e la sociologia giuridica hanno richiamato l'attenzione (Ost, 1991; Ferrarese, 2002) proprio per alludere al rinnovato protagonismo dell'istituzione giudiziaria nell'ambito dello spazio giuridico sovranazionale.

In tutti questi casi non abbiamo a che fare per Grossi con isolate e superficiali 'increspature' dell'ordine, ma con gli affioramenti al livello tangibile dell'esperienza di un sommovimento ben più profondo e radicale che incide direttamente sul piano delle grandi scansioni del tempo

storico-giuridico. A dispetto della loro apparente eterogeneità, insomma, Costituzioni, ordinamento giuridico europeo e globalizzazione non sono altro che manifestazioni differenti di un medesimo processo storico (che si sta ancora svolgendo sotto i nostri occhi), quello della 'lunga' transizione alla «pos-modernità» (Grossi, 2012). È nel quadro di questa cesura 'epocale' che tutti questi fenomeni vanno ricondotti e compresi. Cesura che nell'Europa di *civil law* — come sappiamo — inizia ad aprirsi a partire dagli ultimi decenni del XIX sotto la spinta della questione sociale e delle prime rivendicazioni corporative, e che man mano si allarga nel corso del XX secolo fino a porre una distanza ormai incolmabile rispetto al mondo giuridico ottocentesco³.

Nel solco aperto dalla romaniana crisi dello Stato moderno (Romano, 1909) è dunque — potremmo dire — la forza stessa *delle cose* ad imporre l'attuale riorientamento del sistema in direzione giurisprudenziale. Dinamiche oggettive, capaci di affermarsi in forza della loro effettività, che sospingono l'attività interpretativa al centro stesso del processo di produzione giuridica, condannando alla progressiva obsolescenza molte delle certezze del passato. La società conquista spazi crescenti di autonomia rispetto allo Stato, i fatti prendono il sopravvento sulle forme, i principi sulle norme, il monismo legalistico ottocentesco cede il passo ad una nuova (ma non inedita) convivenza plurale di fonti e finalmente anche la giurisprudenza interpretativa può avere la sua meritata rivincita sulla legislazione.

È forse giunto, allora, anche per giurista europeo il momento di congedarsi da Montesquieu con un sereno «*Good-bye*» (Ackerman, 2010), seguendo l'esempio del collega d'oltreoceano? In realtà non è così semplice. Anche ammesso di voler far propria fino in fondo la proposta liquidatoria del giurista statunitense — e non piuttosto accoglierla come un salutare stimolo a relativizzare un principio, quello di separazione dei poteri, innalzato quasi a dogma trinitario di una sorta di moderna teologia giuridica —, il timore di Grossi infatti è che l'ombra lunga della modernità (e della sua abile propaganda culturale) incomba ancora pesantemente sullo sguardo del giurista contemporaneo, frapponendosi come uno schermo deformante rispetto ad una genuina comprensione del mutamento in atto. Questo il problema. Se le cose premono, le coscienze oppongono al contrario ancora troppa resistenza. Più o meno consapevolmente, una serie di blocchi epistemologici (per non dire psicologici) impedisce il pieno dispiegamento delle più feconde istanze di rinnovamento che il tempo presente porta con sé.

Che il sospetto non fosse infondato ne aveva data precoce dimostrazione la proposta della «neo-esegesi» formulata al principio degli anni Ottanta da Natalino Irti, uno degli esponenti di spicco della civilistica italiana contemporanea (Irti, 1982). L'idea di Irti è nota. Accerchiato dal proliferare scomposto della legislazione speciale, il Codice civile non soltanto non poteva più pretendere di racchiudere in sé l'intero universo civilistico, ma neppure di rappresentarne lo stabile centro di rotazione. Ergo l'unità del diritto civile non poteva darsi più per scontata (né forse per possibile), ma al più si sarebbe potuta ricostruire un passo alla volta attraverso un indispensabile e soprattutto storicamente necessitato ripiegamento del giurista sul terreno della minuta analisi logica e filologica dei testi normativi, sul terreno appunto dell'esegesi.

In un tornante storico in cui molti segnali sembravano finalmente lasciar presagire, se non la fine di un «plagio bisecolare», almeno l'abbandono di una «servile assuefazione» a simile

3 Sul tema del Novecento come tempo di transizione, come secolo «pos-moderno» Grossi, come è a tutti noto, ha dedicato pagine fondamentali che rappresentano non solo un inconfondibile marchio di fabbrica dell'autore, ma anche un punto di riferimento obbligato per chiunque intenda cimentarsi nella difficile opera di storicizzazione del diritto contemporaneo. In questa sede basti questo minimo ma doveroso cenno.

plagio (Grossi, 1988, p. 14)⁴, la sollecitazione irtiana forniva a Grossi la riprova di quanto in realtà il condizionamento culturale e ideologico subito dal giurista europeo nel corso dell'età moderna potesse essere ancora largamente operante. Posto di fronte al fallimento conclamato dell'azione legislativa, alle miserie di una legislazione mai tanto distante da quell'ideale di chiarezza, coerenza e autosufficienza sul quale tanto aveva investito la propaganda illuministica, infatti, il civilista non solo perdeva l'occasione di sbarazzarsi una volta per tutte dello stereotipo sette-ottocentesco dell'interprete *servus legis*, ma finiva addirittura per rilanciarlo come *unico* orizzonte possibile per la scienza giuridica odierna. Dove appunto il problema non era tanto l'esegesi in sé, correttamente intesa come semplice fase preliminare di una più ampia impresa ermeneutica, quanto piuttosto la riduzione dell'intera funzione interpretativa a mero compito esegetico. L'esegesi insomma come 'sineddoche' della modernità, quale emblema dell'«esproprio» compiuto dallo statualismo borghese ai danni della scienza giuridica moderna. In questa operazione riduzionistica e antistorica si palesava agli occhi di Grossi tutta la perdurante dipendenza psicologica della cultura giuridica contemporanea rispetto all'ideario legalistico sette-ottocentesco.

Da qui l'urgenza del 'recupero'. Un recupero da compiersi anzitutto sul piano della consapevolezza critica del giurista, dove in definitiva la posta in gioco diventa la ricostruzione di una memoria storica — e quindi anche di un'identità professionale — se non perduta, di certo per troppo tempo dimenticata. Al giurista andava ricordato qual era il suo vero compito all'interno della società; che solo a seguito di un colossale processo di «riscicchiamento», avvenuto negli ultimi due secoli sulla scorta di un ben preciso disegno monopolistico, l'interprete è stato progressivamente immiserito «al rango passivo di aggiustatore tecnico di meccanismi alla cui produzione (...) è e si sente totalmente estraneo» (Grossi, 1989, p. 34).

Certo, non si tratta di un'impresa semplice. Grossi sa bene che per scuotere i paradigmi consolidati occorre pazienza, tenacia e un programma di lavoro impostato sul lungo termine. Entra in gioco in questo frangente la nozione di «assolutismo giuridico» (Grossi, 1998). Dalla fine degli anni Ottanta tale nozione diviene — come è noto — il collettore teorico di un itinerario di ricerca decennale che trova nel tema ermeneutico ed in particolare nella contrapposizione tra 'interpretazione' ed 'esegesi' un suo imprescindibile punto di caduta⁵. A comporlo, una ricchissima galleria di ritratti storiografici di insigni rappresentanti della scienza privatistica europea otto-novecentesca (da Simoncelli a Polacco; da Saleilles a Gény; da Ascarelli a Vassalli). Personalità tra loro diversissime, eppure tutte apparentate da un comune senso di insofferenza rispetto alle ricadute 'assolutistiche' della modernità, tutte

percorse da quel dubbio sottile che è la croce e il privilegio dei giuristi più pensosi, e perciò tutte non appagate dalla pigrizia dei comodi ripari all'ombra della legge, e perciò tutte in atteggiamento di ricerca, tutte creature tormentate e tormentanti, portatrici nel loro seno di quella stilla di futuro che permette alla analisi giuridica di sollevarsi dal piattume dell'esegesi (Grossi, 1998, p. 10).

4 Grossi elencava al riguardo numerosi esempi di iniziative editoriali e congressuali (tra le quali spiccava per lungimiranza e consapevolezza culturale il convegno milanese organizzato nell'ottobre del 1984 da Giorgio Berti in tema di "Autorità consenso e prassi nella creazione e nell'attuazione delle norme giuridiche") che nel loro insieme potevano far pensare legittimamente ad un complessivo cambio di direzione del *mainstream*.

5 Grossi in verità ha già messo a fuoco da tempo il tema dell'interpretazione giuridica come autonomo oggetto di interesse storiografico. In questo senso si può leggere il volume monografico dedicato alla fine degli anni Settanta alla figura di Emilio Betti. Cfr. *Emilio Betti e la scienza giuridica del Novecento*, «Quaderni fiorentini», 7 (1978). È tuttavia solo a partire da questo momento che il problema dell'interpretazione diviene lo snodo obbligato di un più ampio ed esplicito programma di riscoperta della complessità e della storicità del fenomeno giuridico, indirizzato in particolare al giurista di diritto positivo.

Il recupero della consapevolezza — potremmo dire — che un ‘altro modo di interpretare’ oltre ad essere possibile è anche storicamente necessario trova qui, nella testimonianza dei *maiores*, il suo più forte sostegno culturale.

2. Interpretazione tra ‘creazione’ ed ‘invenzione’.

Ora, un dato può risultare a prima vista spiazzante di questa operazione di recupero. Ed è questo: sottrarre l’attività interpretativa alla morsa soffocante dell’esegesi, alla *diminutio* impostagli a forza dalla propaganda illuministica e giuspositivistica, significa infatti per Grossi affermarne tanto la dimensione costruttiva e ‘creativa’, il fatto cioè che il gesto ermeneutico si traduca — cito — «in un atto di volontà, (e di libertà) più che di pura logica»⁶, quanto il carattere eminentemente ‘inventivo’ (secondo l’etimo latino di *invenire*) dell’interpretazione, l’idea che l’operazione intellettuale messa in campo dall’interprete abbia a che fare essenzialmente con «il reperimento» di qualcosa, con l’atto del «cercare e del trovare» (Grossi, 2017², p. X).

Ecco il problema: come conciliare il concetto di ‘creazione’ (*Rechtsschöpfung*) con quello di ‘invenzione’ (*Rechtsfindung*)? Come far convivere l’idea che nel procedimento interpretativo si esprima un necessario potenziale creativo/produttivo con l’idea che, allo stesso tempo, il *proprium* dell’interpretazione stia nella *inventio*, intesa come ricerca e scoperta? Ci troviamo forse di fronte ad un’aporia del ragionamento grossiano? Oppure ad una sorta di riedizione di quel regime della ‘doppia verità’ di fronte al quale, ad esempio, si era arrestata la proposta teorica del giovane Ascarelli che prendendo parte all’annoso dibattito sul problema delle lacune si era trovato costretto a negare sul piano dogmatico-giuridico quel carattere creativo dell’interpretazione che era disposto convintamente a riconoscerle sul piano storico-filosofico (Ascarelli, 1925)?

Ebbene, credo che l’aporia sia solo apparente e che per scioglierla sia sufficiente chiamare in causa proprio quel denso rapporto tra le ‘radici’ e le ‘forme’ che, in modo davvero molto opportuno, è stato posto a filo conduttore di questo incontro.

Un lato della medaglia è offerto dal rapporto che il giurista intrattiene con i testi normativi, con le ‘forme’. Per quanto possa essere considerato un costruttore, un infaticabile produttore di schemi e categorie funzionali ad ordinare il moto convulso dei fatti sociali, nessun giurista ha infatti il potere di creare dal nulla, ma ha bisogno di muovere da un supporto autoritativo come base di validità di ogni sua costruzione. Da qui l’ineludibile relazione che si viene ad instaurare tra il soggetto-interprete e l’oggetto testuale a partire dal quale ogni impresa ermeneutica non può che prendere le mosse. Allo stesso tempo, però, l’interpretazione giuridica non è per Grossi attività che può risolversi entro un orizzonte meramente testuale. Il giurista non è un filologo, non può concedersi il lusso di un comodo ritiro in un mondo di sole carte. L’orizzonte entro cui si svolge (si deve svolgere o si dovrebbe svolgere) l’impresa ermeneutica è necessariamente più ampio rispetto a quello assegnatole dalle regole del gioco del legalismo borghese, si spinge (si dovrebbe spingere) «oltre» la dimensione della legalità (Grossi, 2020), assumendo la società stessa a naturale, obbligato, terreno di esercizio.

⁶ Cfr. Ivi, p. 53

È dunque a partire da queste premesse che il superamento della proverbiale passività dell'esegesi induce Grossi ad esaltare la «psicologia attiva» dell'interprete, la sua «funzione costruttiva» (Grossi, 1988, p. 27); a guardare all'interpretazione come «atto supremo di volontà» e di libertà in quanto intermediazione tra la fredda astrattezza della norma e la viva concretezza dei fatti sociali, a pensare insomma l'attività dell'interprete come un procedimento creativo in cui entra in gioco non soltanto la tecnica, ma anche l'intuizione e — perché no? — la *fantasia* (Grossi, 1986, p. 590)⁷.

Da una parte, è il tema già caro al neoidealismo italiano della frattura tra norma astratta e fatto concreto a richiedere al giurista questo salto 'volontaristico' e creativo⁸. L'interprete non è il ripetitore passivo del comando legislativo, è piuttosto un mediatore, un intermediario necessario ed insostituibile tra la concretezza del divenire storico ed il mondo separato dei testi e delle forme giuridiche. È quanto Grossi definisce la «dimensione funzionale» dell'interpretazione (Grossi, 1995, pp. 163 ss.). Non si interpreta un testo normativo per mero diletto intellettuale. Al giurista-interprete incombe il compito supremo di gettare un ponte ideale «tra il regno delle formalità e quello dei fatti» (Grossi, 1995, p. 169) sociali. Ponte che non trovandosi bell'e pronto *in rerum natura*, non può essere che il prodotto, la 'creazione' appunto, di ogni (singola o collettiva) impresa ermeneutica.

Dall'altra, è l'adesione convinta alla «rivoluzione» ermeneutica gadameriana⁹ ciò che impedisce a Grossi di ridurre la funzione dell'interpretazione giuridica alla ricognizione passiva di un contenuto normativo necessariamente preconstituito al suo intervento. L'interprete non contempla un dato che si impone al suo sguardo in forza di una propria solida oggettività, non è l'osservatore disincantato di una realtà in sé compiuta e autosufficiente, ma partecipa attivamente, dall'interno, ad una creazione di senso destinata a rinnovarsi ad ogni gesto ermeneutico che unisce circolarmente soggetto ed oggetto come parti inscindibili di un medesimo processo di produzione di significato. Nei termini di Grossi:

La revisione ermeneutica (...) richiama invece ad alcune verità prima ignorate o rimosse: il testo non è affatto realtà autosufficiente, ma ha compiutezza solo con l'interpretazione; l'interpretazione/applicazione, togliendo generalità ed astrattezza alla norma, la immerge nel concreto della storia quotidiana, la rende diritto vivo in diretta comunicazione con l'attualità; proprio per questo "l'applicazione costituisce come la comprensione del testo la spiegazione, un aspetto costitutivo dell'atto interpretativo inteso come unità"; l'interpretazione non è operazione meramente conoscitiva, ma è, per l'appunto, comprensione, intermediazione tra il messaggio del testo cartaceo (sempre estraniato dal divenire) e l'attualità dell'interprete; l'interprete deve essere valorizzato quale attore primario con la sua operosità intermediativa (Grossi, 2016, p. 88).

⁷ Alla fantasia come «risorsa preziosa per ogni umana vicenda, intendendo ovviamente per fantasia non un sinonimo di bizzarria, ma piuttosto il riferimento alle forze creatrici dell'uomo, che supera le limitazioni del presente reale per disegnare quanto si è percepito nel desiderio e nel sogno» Grossi ha voluto dedicare, come è noto, le sue (prime e) ultime pagine. Cfr. P. GROSSI (2022). *Il paese dei palloncini di gomma*, Giunti editore.

⁸ Alle istanze di rinnovamento teorico e metodologico provenienti dai banchi dell'idealismo giuridico italiano di primo Novecento Grossi dedica alcune pagine importanti del suo magistrale affresco sulla scienza giuridica italiana (cfr. Grossi, 2000³, pp. 130 e ss.).

⁹ «Si sa bene in che cosa questa 'rivoluzione' consista: nel non separare il momento di produzione della norma dal momento della interpretazione/applicazione, nel ritenere quest'ultima non la spiegazione di un testo concluso e indisponibile ma l'intermediazione necessaria e vitale fra la proposizione astratta della norma e la ineludibile concretezza storica che l'interprete ha di fronte; per esprimerci col lessico filosoficamente pregnante di Gadamer, si viene a dare una risposta soddisfacente all'eterno problema che ha turbato i sonni dei giuristi, e cioè la "tensione che sussiste tra l'identità dell'oggetto e la mutevolezza delle situazioni in cui esso deve venir compreso» (Grossi, 2001, p. 502).

In questo duplice senso si può parlare dunque per Grossi, a buon titolo, di interpretazione creativa. L'interprete 'crea' nel momento stesso in cui è chiamato a colmare il fossato che separa la previsione normativa astratta, immobile nella sua rigida forma testuale, dalla viva carnalità del reale; nella misura in cui la 'messa a terra' di una norma non può più essere pensata — secondo il modello esegetico — come operazione di mera 'applicazione', logicamente distinta e separata da quella propriamente produttiva (e di competenza del solo legislatore), ma va guardata — secondo la prospettiva ermeneutica — come parte inscindibile di un più ampio processo di «concreazione» giuridica del quale il giurista-interprete diviene necessario e insostituibile artefice (Grossi, 2001, p. 503).

Ma ecco il punto: allo stesso modo in cui il diritto non può ridursi ad un insieme di materiale normativo, così l'attività dell'interprete non può rimanere circoscritta nel perimetro di una dinamica esclusivamente testuale, bensì — come abbiamo già osservato — deve estendersi fino ad ammettere la società stessa, nelle sue movenze più profonde e radicali, come oggetto privilegiato di indagine. È la distinzione fondamentale tra diritto e legge, la concezione del diritto come *ordinamento* a pretendere in Grossi questo indispensabile ampliamento di orizzonte. Diritto concepito appunto come realtà 'di radici', ontologicamente autonoma dal raggio d'azione della volontà politica perché intimamente connessa alla sfera del sociale.

Compito dell'interprete che sia pienamente consapevole del proprio ruolo e della propria funzione è allora quello di affondare il suo sguardo in profondità alla ricerca della trama riposta del reale, oltrepassando il livello superficiale della testualità, sapendo che ogni testo — anche quello di rango costituzionale — altro non è che «la punta emergente di un più vasto continente sommerso» (Grossi, 2016², p. 110) che occorre leggere e interpretare. Oltre il margine del testo non si apre il regno dell'arbitrio. Il testo è solo una porzione, e forse la meno rilevante, di una giuridicità che se pure non trova una sua espressa formulazione normativa, non per questo è meno reale e vivente¹⁰. Da questi strati profondi dell'esperienza «dove allignano i valori» (Grossi, 2017³, p. 77), si dovranno attingere quelle indicazioni fondamentali che il giurista-interprete più di ogni altro è in grado di decifrare e di trasformare in principi e regole.

È in questa diversa prospettiva — che sviluppa ed integra la precedente, senza smentirla — che lo sforzo interpretativo viene a coincidere per Grossi essenzialmente con un'opera di invenzione. Di più. A questo livello di profondità non solo l'interprete, ma proprio nessuno, nemmeno il legislatore costituzionale può propriamente dirsi 'creatore'¹¹. Come scrive Grossi in una pagina di rara pregnanza: «nessuna potestà al mondo è in grado di *creare diritto*; lo può unicamente il tiranno, ma la creatura del tiranno avrà del diritto soltanto la sembianza esteriore,

10 Giova qui riportare una pagina di Vincenzo Simoncelli che Grossi valorizza, citandola per esteso: «La legge di uno Stato, com'è ovvio, non accoglie tutto il diritto: la massima parte di questo resta latente nel seno della società. Quel che si manifesta è parte organica di quel che si nasconde: non è il nato che si stacca dalle viscere materne; è la pianta che vive fuori e dentro la terra e muore quando la terra non ha più succhi vitali, quando la *magna parens* muore alla produzione. Concepito il diritto, quale oggi si concepisce, non come una serie di disposizioni uscite dalla mente di un legislatore ma come la vita sociale stessa guardata dal suo lato giuridico, o (diciamo pure le abusate parole) come parte dell'organismo sociale; la sua interpretazione non è la rivelazione della volontà del legislatore, ma è lo studio della stessa vita sociale, lo studio di quest'organo con cui la società adempie una delle sue più alte e più imprescindibili funzioni. Né questa è soltanto questione di parole o di punti di vista diversi; vedremo subito che è anche questione di sostanza. La interpretazione della legge non è solo rivolta a stabilirne il senso delle parole, a determinare il concetto delle regole, ma a completare la legge, a scoprire quel ch'è latente in essa, o meglio, quel che in essa si rattrova in potenza» (Grossi, 1989, pp. 51-2).

11 In questo senso per Grossi la Costituzione italiana può essere definita un «atto di ragione» (Grossi, 2008, p. 13). Per evidenziare l'atteggiamento «autenticamente cognitivo» che ha guidato l'opera dei Padri costituenti, nel tentativo — riuscito — di attingere i principi fondamentali dell'ordine direttamente da quel sostrato profondo dove risiedono i valori portanti di una comunità, superando in tal modo le numerose contrapposizioni politiche e ideologiche che in superficie potevano dividerli. La Costituzione italiana — si potrebbe dire — è per Grossi il mondo dell'*essere*, non del *dover essere*.

perché, quale prodotto di una volontà illimitata ed incontrollata, dunque arbitraria, si propone a noi quale *extremes Unrecht* (...) ossia il preciso opposto del diritto, il suo snaturamento tragico» (Grossi, 2014², p. 84). Quale dimensione «òntica» del reale, il diritto non ammette padroni, né nomoteti, ma soltanto umili e disponibili lettori, ricercatori e scopritori, inventori — appunto —, interpreti.

3. L'etica dell'interpretazione e la missione del giurista.

È nel quadro di una visione ordinamentale del diritto che l'apparente dissidio tra 'creazione' e 'invenzione' viene, dunque, a comporsi. L'interpretazione è *allo stesso tempo* opera costruttiva e inventiva perché in definitiva è duplice l'orizzonte all'interno del quale l'interprete è chiamato ad operare. Da una parte la legge, dall'altra il diritto; da un lato l'astratta staticità del testo 'vigente', dall'altro l'*ordo*, la struttura giuridica profonda del sociale e la concreta dinamica del diritto 'vivente'. Nel mezzo l'interprete, chiamato a mettere in comunicazione i due mondi¹², sollecitato ad essere attivo «intermediario fra norma e vita» e *contemporaneamente* attento lettore di quel substrato valoriale profondo sul quale poggia e avanza storicamente ogni civiltà. Interprete che diviene per questa via «il più autentico garante della crescita di un ordinamento giuridico, della sua perenne storicità e, pertanto, della sua salutare coerenza al divenire sociale» (Grossi, 2017, p. 129).

Non c'è che dire: è un compito tutt'altro che agevole quello che Grossi affida nelle mani dell'interprete. Ma proprio per questo non si tratta di una delega in bianco. Pensare l'attività interpretativa come autentica opera «di salvataggio» per l'ordinamento giuridico, perché operazione «di recupero di radici reali» (Grossi, 1989, p. 52), non significa infatti incitare ad una nuova *Freirechtsbewegung*, né fare ingenuo affidamento sui 'buoni sentimenti' del giudice, secondo quel *phénomène Magnaud* verso cui in, fin dei conti, il Maestro fiorentino sembra condividere la stessa diffidenza che gli aveva riservato l'amato Gény (Grossi, 1991, pp. 32 ss.). È piuttosto al senso di responsabilità del giurista nel suo ruolo di interprete che Grossi fa appello quale indispensabile condizione di possibilità dell'ordine.

Questo mi pare, alla fine, il suo messaggio più forte e martellante. Non si dà pieno recupero della centralità del momento ermeneutico senza una contestuale forte assunzione di responsabilità da parte del giurista. Da qui l'insistenza grossiana, più che sul *potere* dell'interpretazione, sui *doveri* dell'interprete, nell'economia di una riflessione che, lungi dal rimanere circoscritta nei limiti di una specifica teoria o filosofia ermeneutica, finisce per rimandare piuttosto ad un'autentica etica dell'interpretazione giuridica. Interpretazione intesa dunque come *potere-dovere* o, se si vuole, appunto, come 'missione', come chiamata alla quale nessun giurista può in fondo realmente sottrarsi. Nell'avviarmi alle conclusioni è proprio su questo punto che vorrei soffermarmi. Il tema ermeneutico come spunto per mettere a fuoco l'ufficio e i doveri del giurista.

Il punto è che la fuoriuscita dalla *comfort zone* dell'esegesi, oltre ad una rinnovata visibilità per il formante giurisprudenziale, implica inevitabilmente per Grossi anche la perdita del principale beneficio che il modello esegetico aveva offerto all'interprete (e al quale il giurista europeo ha faticato a lungo a rinunciare), ossia quello della irresponsabilità. Questa la merce di scambio con la quale di fatto l'assolutismo borghese è riuscito a guadagnarsi tanto a lungo se non il consenso, almeno l'acquiescenza della sua 'vittima'. La riduzione al silenzio della scienza giuridica in cambio della dispensa da

¹² Interpretare — scrive ancora Grossi — «è sempre un fare i conti con qualcosa che esorbita la soggettività solitaria e si colloca in rapporto con una realtà esterna al soggetto interprete; è, infatti, sempre ricerca e reperimento — invenzione — magari sorretta da forti intuizioni e può spesso concretarsi anche in sviluppo e costruzione» (Grossi, 2018, p. 19).

ogni implicazione sociale del suo agire. Ebbene questo oggi non è più possibile. La conseguenza è che l'operatore giuridico odierno non si può sottrarre dal far propria — potremmo dir così — una rigorosa etica della consapevolezza e della responsabilità, quale corredo indispensabile per poter svolgere appieno la missione cui è chiamato.

Una lunga lista di imperativi (e non di privilegi) attende dunque per Grossi l'interprete contemporaneo. Il nuovo scenario articolato e plurale obbliga «a una nuova messa a fuoco e a nuovi strumenti di osservazione» (Grossi, 2003², p. 46) in grado di comprendere e di gestire correttamente il cambiamento. Il che significa, innanzitutto, prendere coscienza «senza pigrie culturali» della discontinuità storica che separa passato e presente, che la crisi della statualità moderna esige di ripensare da capo la teoria delle fonti, in funzione di una concezione ordinamentale e pertanto autenticamente pluralistica del diritto. Ancora, il giurista «deve avere la forza di denunciare assiomi e mitologie divenuti antistorici» sapendo che la trasformazione in corso potrà dispiegarsi compiutamente solo a patto che egli «alimenti il primo rinnovamento dentro di sé, che la sua coscienza si faccia autenticamente critica» (Grossi, 2000, p. 7). Gli si impone insomma l'obbligo di adottare una «psicologia attiva», di «rimboccarci le maniche» (Grossi, 2002, p. 300), affrontando le sfide ordinatorie del presente senza indugiare in «facili entusiasmi», ma equipaggiandosi di buone dosi di «coraggio e vigilanza» (Grossi, 2003, p. 311).

Impossibile non scorgere dietro a questo insistito appello alla consapevolezza culturale e alla responsabilità dell'interprete il fulgido esempio della giurisprudenza medievale, assunta a paradigma di una scienza giuridica pienamente consapevole della propria missione sociale, che in un ambiente a scarsissima produzione legislativa seppe farsi carico del compito supremo di ordinare giuridicamente il proprio tempo tenendo conto degli spazi di autonomia, ma anche dei vincoli oggettivi che il contesto imponeva. Certo, oggi è tutto diverso. Il medioevo non è un modello duplicabile e applicabile comodamente al nostro presente. Il giurista odierno non gode della stessa completa solitudine nella quale fu chiamato ad operare il suo illustre predecessore. Ma in un certo senso, per una scienza intesa quale «interprete nel significato più alto e più intenso del termine», il compito rimane lo stesso, quello cioè di operare

«non [come] tessitrice di argomentazioni logiche all'interno di un sistema chiuso che essa non ha contribuito a porre ma che essa semplicemente subisce, bensì mediatrice fra generali esigenze sociali e culturali e cultura giuridica, forza viva e creativa della storia nella elaborazione di architetture congeniali ed efficaci a sorreggere, più che il prodotto di un legislatore contingente, una intera civiltà in cammino» (Grossi, 1988², p. 264).

A questa missione Paolo Grossi ha richiamato infaticabilmente, *per facta e per acta*, il giurista europeo e d'oltre oceano, per tutto il suo itinerario riflessivo¹³. Saremo in grado di corrispondere a questo compito?

¹³ Mi piace ricordare, a conclusione di queste brevi note, le poche ma densissime pagine con le quali il futuro Maestro fiorentino avrebbe fatto il suo esordio nell'arena della pubblicistica giuridica nazionale (cfr. Grossi, 1956). Anche la data è significativa. Siamo nel 1956 — anno dell'effettiva entrata in funzione della Corte costituzionale — e sulle pagine di *Iustitia*, la rivista dell'Unione dei giuristi cattolici italiani, il ventitreenne neolaureato 'dott.' Paolo Grossi interviene con una breve nota a sentenza (genere letterario sul quale gli storici del diritto raramente si esercitano) relativa appunto ad un delicato problema di interpretazione, in questo caso del testo costituzionale. Chiamato in causa è l'art. 7 della Costituzione, in merito alla questione della sindacabilità, da parte del giudice dello Stato italiano, degli atti meramente religiosi compiuti dal ministro del culto cattolico nell'esercizio dei suoi poteri. Un problema di rapporti tra ordinamenti (canonico e statale) che il giovane dottore in legge svolge con mano ferma, destreggiandosi con rara maestria tra giurisprudenza, dottrina canonistica e costituzionalistica. Ma ciò che più conta in questa sede è a mio avviso la precocissima, direi quasi originaria, costitutiva, adesione del giovanissimo Grossi alla missione alla quale in tutta la sua opera ci avrebbe esortato. La valorizzazione del diritto vivente; la capacità di abbracciare con un unico sguardo presente e passato, di unire la profondità della prospettiva storica alla puntualissima, minuziosa, attenzione alla prassi. Un modello senza dubbio irripetibile nella sua unicità, ma a cui di certo continuare a guardare come a un'indispensabile bussola orientativa.

Bibliografia

- ACKERMAN, Bruce (2017), *Good-bye, Montesquieu*, in S. Rose-Ackerman, P. L. Lindseth, B. Emerson (2017). *Comparative Administrative Law*, Elgaronline, pp. 38-43.
- ASCARELLI, Tullio (1925). *Il problema delle lacune e l'art. 3 disp. prel. cod. civ. (1865)*, in «Archivio giuridico», ora in Id., *Studi di diritto comparato ed in tema di interpretazione*, Milano, Giuffrè, 1952, pp. 209-243
- FERRARESE, Maria Rosaria (2002), *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Il Mulino.
- GROSSI, Paolo (1956), *Il giudice italiano e l'attività meramente religiosa dei ministri del culto cattolico (considerazioni in merito alla sentenza del Tribunale di Bologna del 22 aprile 1955)*, in «Iustitia. Organo dell'Unione giuristi cattolici italiani», IX (1956), pp. 411-415.
- GROSSI, Paolo (1986). *La fantasia nel diritto*, in «Quaderni fiorentini», 15, p. 589-592.
- GROSSI, Paolo (1988), *Epicedio per l'assolutismo giuridico (dietro agli 'atti' di un convegno milanese, e alla ricerca di segni) — Lezione tenuto il 5 maggio 1988 presso la Facoltà giuridica dell'Università di Ferrara*, in Id., *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Giuffrè, 1998, pp. 13-31.
- GROSSI, Paolo (1988²). *Pensiero giuridico (appunti per una voce enciclopedica)*, in «Quaderni fiorentini», 17, pp. 263-9.
- GROSSI, Paolo (1989). *Interpretazione ed esegesi (Anno 1890 - Polacco versus Simoncelli)*, in «Rivista di diritto civile» XXXV, ora in Id., *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Giuffrè, 1998, pp. 33-68.
- GROSSI, Paolo (1991). *Pagina introduttiva. (Ripensare Gény)*, in «Quaderni fiorentini», 20, pp. 1-51
- GROSSI, Paolo (1995). *L'ordine giuridico medievale*, Laterza.
- GROSSI, Paolo (1998). *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Giuffrè.
- GROSSI, Paolo (2000). *Pagina introduttiva (Ancora sulle fonti del diritto)*, in «Quaderni fiorentini», 29, pp. 1-10.
- GROSSI, Paolo (2000²). *Globalizzazione e pluralismo giuridico (a proposito di: M.R. Ferrarese, Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società trans-nazionale, Bologna, Il Mulino, 2000)*, in «Quaderni fiorentini», 29 (2000), pp. 551-58.
- GROSSI, Paolo (2000³). *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico (1860-1950)*, Giuffrè.
- GROSSI, Paolo (2001). *Il diritto tra norma e applicazione. Il ruolo del giurista nell'attuale società italiana*, in «Quaderni fiorentini», 30, tomo I, pp. 493-507.
- GROSSI, Paolo (2002). *Unità giuridica europea: un medioevo prossimo venturo?*, in «Quaderni fiorentini», 31 (2002), *L'ordine giuridico europeo: radici e prospettive*,

tomo I, pp. 39-57.

- GROSSI, Paolo (2002²). *Globalizzazione, diritto, scienza giuridica* — Testo della conferenza tenuta di fronte alle Classi riunite della Accademia dei Lincei nella seduta del 7 marzo 2002, in Id. (2006). *Società, diritto, Stato. Un recupero per il diritto*, Giuffrè, pp. 279-300.
- GROSSI, Paolo (2003). *Aspetti giuridici della globalizzazione economica* — Prolusione tenuta il 22 marzo 2003 per l'inaugurazione del 250° anno di vita dell'Accademia dei Georgofili, in Id. (2006). *Società, diritto, Stato. Un recupero per il diritto*, Giuffrè, pp. 301-312.
- GROSSI, Paolo (2003²). *La formazione del giurista e l'esigenza di un odierno ripensamento epistemologico*, in «Quaderni fiorentini», 32, pp. .
- GROSSI, Paolo (2008). *La legalità costituzionale nella storia della legalità moderna e pos-moderna* — Relazione tenuta il 29 settembre 2008 nell'Aula Magna della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Siena — in Id. (2017). *L'invenzione del diritto*, Laterza, pp. 3-18.
- GROSSI, Paolo (2009). *La legalità costituzionale nella storia del diritto moderno* — Discorso di chiusura dell'anno accademico pronunciato in Roma presso la sede dell'Accademia Nazionale dei Lincei nell'adunata solenne dell'11 giugno 2009, in Id. (2017). *L'invenzione del diritto*, Laterza, pp. 19-38.
- GROSSI, Paolo (2012). *Introduzione al Novecento giuridico*, Laterza.
- GROSSI, Paolo (2013). *La Costituzione italiana quale espressione di un tempo giuridico pos-moderno* — Lezione tenuta il 12 giugno 2013 nell'Aula Magna dell'Università di Macerata, Id. (2017). *L'invenzione del diritto*, Laterza, pp. 39-59.
- GROSSI, Paolo (2013²). *Sul diritto europeo come diritto giurisprudenziale* — Discorso di apertura tenuto (in versione tedesca) a Frankfurt am Main il 2 settembre 2013, in Id., (2020). *Oltre la legalità*, Laterza, pp. 37-62.
- GROSSI, Paolo (2014). *Sulla odierna fattualità del diritto* — Lezione inaugurale al Corso di Laurea in Giurisprudenza dell'Università della Tuscia, in Id. (2015). *Ritorno al diritto*, Laterza, pp. 33-50.
- GROSSI, Paolo (2014²). *Sulla odierna incertezza del diritto*, in Id. (2015). *Ritorno al diritto*, Laterza, pp. 51-95.
- GROSSI, Paolo (2015). *Ritorno al diritto*, Laterza.
- GROSSI, Paolo (2016). *Il giudice civile. Un interprete?* — Relazione tenuta in Roma il 26 maggio 2016 nell'incontro di studio organizzato dal Consiglio Superiore della Magistratura sul tema *La dimensione economica del diritto nel pos-moderno. La funzione del giudice civile tra mercato e diritti*, in Id. (2017). *L'invenzione del diritto*, Laterza, pp.72-89.
- GROSSI, Paolo (2016²). *Giudici e legislatori* — Intervento tenuto il 7 novembre 2016, presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università Sapienza di Roma —, in Id. (2017).

L'invenzione del diritto, Laterza, pp. 106-114.

GROSSI, Paolo (2017). *L'invenzione del diritto: a proposito della funzione dei giuridici* — Lezione inaugurale dei corsi di formazione della Scuola Superiore della Magistratura (Scandicci, 7 aprile 2017), in Id. (2017²). *L'invenzione del diritto*, cit., p. 129

GROSSI, Paolo (2017²). *L'invenzione del diritto*, Laterza.

GROSSI, Paolo (2017³). *Dalle 'clausole' ai 'principii': a proposito della interpretazione nel tempo pos-moderno*, in Id. (2020). *Oltre la legalità*, Laterza, pp. 63-77

GROSSI, Paolo (2018). *Della interpretazione come invenzione (la riscoperta pos-moderna del ruolo inventivo della interpretazione)*, in «Quaderni fiorentini», 47 (2018), pp. 9-19.

GROSSI, Paolo (2019). *Costituzionalismi tra 'moderno' e 'pos-moderno'. Tre lezioni suor-orsoliane*, Editoriale scientifica.

GROSSI, Paolo (2020). *Oltre la legalità*, Roma-Bari, Laterza, 2020

IRTI, Natalino (1982). *La proposta della neo-esegesi (a modo di prefazione)*, in Id. *Scuole e figure del diritto civile*, Giuffrè.

LUCIANI, Massimo (2016), *Interpretazione conforme a Costituzione*, in «Enciclopedia del diritto. Annali, IX, Giuffrè.

OST, François (1991). *Jupiter, Hercule, Hermès; Trois modèles du juge*, in *La force du droit*, a cura di P. Bouretz, Editions Esprit, pp. 241-272.

ROMANO, Santi (1909) *Lo stato moderno e la sua crisi* — Discorso inaugurale dell'anno accademico 1909-1910 nella Regia Università di Pisa, ora in Id., *Lo Stato moderno e al sua crisi*, Milano, Giuffrè, 1969, pp. 5-26.

Data de Recebimento: 20/03/2023

Data de Aprovação: 27/03/2023

Experiências

HISTÓRIA DO DIREITO

Um caminho para a compreensão do pensamento jurídico de Teixeira de Freitas Seu manuseio da bibliografia na *Introdução à Consolidação das leis civis**

A Path for the Comprehension of Teixeira de Freitas' Legal Thought

His Handling with the Bibliography in the Introdução to the Consolidação das leis civis

Ein Pfad zum Verständnis des juristischen Denkens Teixeira de Freitas'

Sein Umgang mit der Bibliografie der Introdução zur Consolidação das leis civis

Renato Sedano Onofri

* Esta investigação foi realizada como parte do projeto de pesquisa *Civil Code, legal sites of memory and identity-building in the legal-science field*, financiado pela *Fritz-Thyssen-Stiftung* no contexto da residência pós-doutoral junto à *Humboldt-Universität zu Berlin*. Às duas instituições, bem como ao Professor Dr. Dr. Stefan Grundmann, sou profundamente grato pelo acolhimento e suporte.

RESUMO

A presente investigação articula apontamentos acerca do modo como Augusto Teixeira de Freitas manuseou a bibliografia para a composição da *Introdução à Consolidação das leis civis*. Parte-se da hipótese de que o ambiente em que foi produzida a *Consolidação* determinou uma recepção fragmentada e eventualmente seletiva do pensamento de Friedrich Carl von Savigny, frequentemente apontado como a principal referência teórica de Freitas, e de outros espectros da literatura. O critério que confere orientação à seleção encontra-se no modelo de cientificidade hegemônico em meados do século XIX. A partir desses achados, pode-se concluir pela existência de incompatibilidades epistemológicas entre os pensamentos de Freitas e Savigny.

Keywords: Teixeira de Freitas; *Escola histórica*; Escola da *Exegese*; literatura jurídica; século XIX

ABSTRACT

This paper investigates how Augusto Teixeira de Freitas handled the bibliography to compose the *Introduction to the Consolidação das leis civis*. The initial hypotheses indicates that the intellectual environment in which the *Consolidação* was produced determined a fragmented and selective absorption of Friedrich Carl von Savigny's thought, frequently appointed as Freitas' main theoretical source, as well as of other ranges of the literature. Freitas, though, was oriented to perform such selections through a representation of science influenced by the model of scientific method typical during the 19th Century. These findings made possible to conclude for some epistemic incompatibilities between Freitas' and Savigny's legal thought.

Palavras-chave: Augusto Teixeira de Freitas; German historical school; French exegetical school; legal literature; 19th Century

ZUSAMMENFASSUNG

Der vorliegende Aufsatz befasst sich mit der Art und Weise, wie Augusto Teixeira de Freitas die Literatur zur Schaffung der *Introdução* (Einführung) zur *Consolidação das leis civis* behandelte. Den Anfangspunkt bildet die Hypothese, dass die intellektuelle Umgebung, in der die *Consolidação* erzeugt worden ist, zur fragmentierten und selektiven Lektüre des Werks Friedrich Carl von Savignys, dessen Freitas Anhänger gewesen sein soll, und auch anderen führte. Den roten Faden zum Umgang mit der Fragmentation seiner Lektüren fand Freitas nicht bei Savigny, sondern beim Modell der *Naturwissenschaften*, das im 19. Jahrhundert als allgemeines Vorbild in verschiedenen Wissenschaftsbereichen galt. Der Befund ermöglicht, einige epistemische Unvereinbarkeiten zwischen den juristischen Ansätzen Freitas' und Savignys aufzudecken.

Palavras-chave: Augusto Teixeira de Freitas; historische Rechtsschule; exegetische Schule; juristische Literatur; 19. Jahrhundert

Introdução

No campo historiográfico, a reconstrução de fontes literárias a partir de fragmentos que, eventualmente, revelarão um texto compreensível ao pesquisador pode constituir, por si só, um problema central da investigação.

Quando tratamos, todavia, da história jurídica do século XIX, tal dificuldade, conquanto não possa ser, de antemão, excluída, não costuma implicar na principal questão para compreensão do objeto de inquirição. É inegável, por outro lado, que, ao nos aproximarmos da literatura jurídica de uma época passada, posto que as suas fontes literárias estejam íntegras, acessíveis e redigidas em idioma, em princípio, conhecido, não estamos livres de percalços: a época passada que desejamos compreender impõe que dela nos aproximemos com a consciência de que certos elementos linguísticos, embora reconhecíveis, integram, na verdade, um idioma tornado estrangeiro pelo transcurso do tempo¹.

Augusto Teixeira de Freitas (1816-1883) escreveu para um direito civil brasileiro que apenas flertava com a codificação, que não conhecia o sistema republicano, que não havia integrado a figura do negócio jurídico, em que a noção de pessoa não era necessariamente compreendida como uma categoria inerente a todo indivíduo, e assim por diante. Compreender o seu pensamento jurídico implica, assim, o esforço de aprender seu idioma – o idioma de sua época – antes de projetar uma ponte entre ele e os nossos dias.

O panorama da bibliografia manuseada por Freitas pode fornecer indicações acerca das circunstâncias e limites da prática de tal idioma. A observação da literatura acessada e debatida na composição da *Introdução à Consolidação das leis civis* – texto reputado como fundante para a ciência jurídica brasileira (David, 2005, p. 78; Schmidt, 2009, p. 24)² – compõe um mosaico de interlocutores que pode auxiliar a extração de significado da obra. O manuseio da bibliografia por Teixeira de Freitas pode ainda retratar algo da circulação do pensamento jurídico no Brasil de meados do século XIX, na medida em que, do imenso arsenal literário utilizado por Freitas – bem como daquele que restou omissos –, podem-se extrair questionamentos acerca do contexto institucional da recepção de ideias estrangeiras e das limitações impostas à sua tradução para o idioma jurídico nacional.

Neste artigo, procuram-se articular alguns destes questionamentos e expor algumas destas limitações, notadamente no que se refere ao significado e à profundidade da recepção do pensamento jurídico alemão e de Friedrich Carl von Savigny (1779-1861), frequentemente indicado como a principal fonte teórica de Teixeira de Freitas. Parte-se da constatação de que o ambiente em que foi produzida a *Consolidação das leis civis* determinou uma recepção fragmen-

1 Colho estas observações de Horst Heinrich Jakobs, no contexto de sua investigação acerca das noções de direito costumeiro em Savigny e em Puchta. Cfr. Jakobs (1992, p. 22).

2 Teixeira de Freitas foi incumbido pelo governo imperial brasileiro, por intermédio de contrato celebrado em 15 de fevereiro de 1855, de consolidar “toda a Legislação Civil Patria”, para, revelando-se seu último estado, preparar-se a seguir o código civil que lhe sucederia. O trabalho foi finalizado e aprovado em 1858. À porção verdadeiramente normativa da *Consolidação*, Freitas antepôs uma *Introdução* teórica com 193 páginas em que esclarece e justifica seus métodos. A inserção e papel deste texto introdutório, bem como do restante da obra de Freitas, na ciência e cultura jurídica do século XIX, são objetos de sempre renovado interesse historiográfico. Sobre a vida e a obra de Teixeira de Freitas, veja-se, ainda hoje, Meira (1979). Para a investigação que ora apresentamos, foi manuseada a 03ª edição da *Consolidação das leis civis*, a última publicada durante a vida de Teixeira de Freitas. As transcrições que dela eventualmente realizarmos obedecerão ao padrão ortográfico da época. As páginas da *Introdução à Consolidação* serão sempre indicadas, tal qual na edição consultada, em algarismos romanos, a fim de que não se confundam com a porção normativa da obra, cujas páginas foram numeradas com algarismos arábicos.

tada e eventualmente seletiva do pensamento de Savigny e de outros espectros da literatura, como a historiografia especializada já indicava³.

Se, por um lado, a seletividade e fragmentação revelam aspectos do contexto brasileiro no século XIX, bem como da situação de Freitas como jurista prático encarregado de organizar a codificação civil nacional, por outro, elas abrem também janelas para investigação de um panorama epistêmico que se expande para além de fronteiras nacionais e da ciência jurídica. Argumento, assim, que uma possível chave para compreensão da obra de Teixeira de Freitas estaria em uma dada representação de ciência e, igualmente, da própria ciência jurídica que circulava em meados do século XIX. Os traços dessa representação revelam uma epistemologia jurídica modulada pelo influxo das ciências naturais.

Com isso, quero articular a hipótese de que o “fio de Ariadna” para a compreensão do pensamento jurídico de Freitas não pode ser encontrado exclusivamente na influência particular de certos autores, nem mesmo de Savigny. Por meio deste achado, relativiza-se a explicação para as divergências entre Freitas e Savigny pela “genialidade” do brasileiro, que o teria feito avançar para além de onde o alemão havia chegado⁴. Não se trata de negar tal genialidade, mas de, a partir da proposta relativização, precisar-lhe os contornos.

A exploração desta hipótese dar-se-á em cinco tópicos. No primeiro deles, abordam-se, em termos gerais, algumas dificuldades para identificação integral da literatura tratada por Freitas na *Introdução à Consolidação das leis civis*. Nos dois tópicos seguintes, tratamos da absorção fragmentada, respectivamente, de Savigny e da literatura francesa, e sobre o significado desta fragmentação para compreensão do pensamento de Teixeira de Freitas. Na quarta seção, procura-se articular uma hipótese explicativa sobre o modo pelo qual Freitas atribui unidade aos diversos extratos de literatura e pensamento jurídico que enfrenta, por vezes aparentemente incompatíveis entre si. Por fim, esboçam-se apontamentos acerca de alguns descompassos entre Freitas e Savigny.

1. Sábios e excelentes escritores desconhecidos

Tomaremos como ponto de partida, como já indicado, as dificuldades gerais que se apresentam ao leitor contemporâneo para identificação integral do conjunto das obras manuseadas por Teixeira de Freitas na composição da *Introdução à Consolidação das leis civis*. Este esforço inicial auxiliará a melhor determinação do problema enfrentado no desenrolar desta investigação, na medida em que evidencia como imprecisões no estabelecimento das obras efetivamente consultadas podem acarretar mal-entendidos quanto ao espectro de leitura de Freitas. Consequentemente, com isso, arrisca-se estabelecer afiliações intelectuais igualmente imprecisas, o que procurar-se-á expor e evitar.

O texto da *Introdução* está recheado de referências bibliográficas, em que Freitas explicita suas fontes com rigor ainda invulgar em meados do século XIX. Esse rigor, contudo, aos olhos do leitor contemporâneo, pode ainda parecer insuficiente, já que o modo como a literatura é referida demandando-nos algum esforço integrativo para efetivamente chegarmos à obra apon-

³ Veja-se, a respeito, o tópico 2.1, *infra*.

⁴ Neste sentido, veja-se Meira (1979, p. 137); Alves (1993, p. 200 e 2008, pp. 148-149); Pousada (2007, p. 95).

tada. Trata-se, por vezes, de omissões quanto à autoria e abreviaturas dos títulos, como se vê, por exemplo, na nota de rodapé nº 33, inserida entre as páginas XLIX e L, em que os *Direitos de Família*, de Lafayette Rodrigues Pereira, surgem referidos como o “Livro Dir. de Fam. Introd.” (Freitas, 1876, pp. XLIXL)⁵.

Logo adiante, entre as páginas L e LI, a transcrição de um parágrafo que contém a crítica ao método de classificação dos direitos articulada “no Prefácio, que serve de introdução á parte das Obras de Leibnitz [Leibniz] relativa á jurisprudência”, não vem acompanhada do local ou ano de publicação, do nome do autor do prefácio ou da página da obra de que fora extraído o excerto. Neste exemplo, a imprecisão quanto à proveniência pode levar a incorreções relativas ao efetivo espectro de leitura de Freitas e, conseqüentemente, também à interpretação histórica de seu pensamento.

Com efeito, o excerto remete à coleção das obras de Leibniz organizada por Louis Dutens (Ludovicus Duten, na forma latinizada), publicada em 1768 em Genebra. Os escritos jurídicos estão insertos na terceira parte do quarto tomo da recolha, seção que tem o prefácio atribuído a Joannes Baptista Bon, qualificado como adscrito ao colégio de juristas do ateneu real em Turim e diretor (*praefectus*) da faculdade de direito da academia régia. No prefácio, o trecho mencionado por Freitas está inscrito na nota de rodapé nº 11, que se estende entre as páginas 18 e 19⁶.

No entanto, Freitas não extraiu o excerto desta edição de 1768 das obras de Leibniz. O mesmo parágrafo aparece traduzido para o francês na muitas vezes citada dissertação de Hyacinthe Blondeau encartada no terceiro número da revista *Thémis* saído em 1821. Não apenas a versão em francês do texto latino de Bon muito se assemelha a de Freitas na *Introdução*, como também a formulação que apresenta a transcrição é análoga nos dois textos⁷.

Com isso, ainda que se possa cogitar de um aporte leibniziano ao pensamento de Teixeira de Freitas⁸, pode-se confirmar, como já apontavam algumas pesquisas anteriores⁹, que ele tenha não decorrer de uma leitura direta.

Além disso, há indicações a repositórios e periódicos a que não se pode identificar sem algum aprofundamento no conhecimento da literatura jurídica do século XIX. Amostras podem ser encontradas quando Freitas (1876, pp. CLXXV e LXXXI) recorre ao “relatório publicado na revista de Volowski” (*rectius* Wolowski) ou a “MM. Dalloz Repert. Tom. 30”.

Observa-se, contudo, a despeito de uma certa lacunosidade no mapeamento dos interlocutores de Freitas, que Friedrich Carl von Savigny é quase sem hesitação referido como a

5 Observe-se, contudo, que na nota número 03 na página XX, em que Freitas insere um comentário à reprodução do “Relatorio da Comissão incumbida de revêr a *Consolidação das leis civis*”, a mesma obra é referida como “Livros dos Dir. de Fam. do Sr. Dr. Lafayte”.

6 Lê-se, no original: “Recte Leibnitius censet partitionem Jurisprudentiae a jure sumendam esse non a facto, sed jurium & obligationum diversitas non est solum existimanda a diversa ipsarum origine, quam a diversis legibus quae latae circa eas sunt, & a diversa earum natura; Saepe autem contingere potest ut jura quae eandem originem & causam habent multum sint inter se dissimilia ut proinde in diversas classes tribui debeant, aut debeant conjungi quae diversam originem habent, quia alia multa similia & communia habere possunt: (...)” (Bon, 1768, p. 19).

7 Com efeito, lê-se em Freitas (1876, p. L): “Uma critica bem fundada desta classificação lê-se no Prefácio que serve de introdução á parte das Obras de Leibnitz relativa à jurisprudencia”. Enquanto, em Blondeau (1821, p. 265): “L’auteur de la préface qui sert d’introduction à la partie des œuvres de Leibnitz relative à la jurisprudence, a fait une critique bien fondée de cette classification”. A grafia *Leibnitz*, ao invés de Leibniz, é comumente encontrada na literatura jurídica francesa das primeiras décadas do século XIX

8 Veja-se, neste sentido, Martins-Costa (1999).

9 Sobre a probabilidade de não ter Freitas lido Leibniz diretamente, veja-se Saldanha (1985, p. 241, nota de rodapé nº 15); igualmente, a dissertação de Peres (2005); tratando da *Nova apostila á censura do senhor Alberto Moraes de Carvalho sobre o projecto do codigo civil portuguez*, Reis (2015, p. 36) aponta ter Freitas citado a *Nova methodus* de Leibniz a partir do escrito de Blondeau.

sua principal fonte teórica¹⁰. A despeito do limitado acesso que teve Freitas à obra savignyana – ponto a que retornaremos na seção seguinte –, tais assunções estão normalmente lastreadas nos epítetos dedicados por Freitas a Savigny, bem como na quantidade de menções às obras do alemão ao longo da *Introdução*. A questão que se impõe, então, é o quanto da obra de Savigny Teixeira de Freitas realmente teria manuseado; ainda mais relevante, o quanto e em que circunstância teria sido a parcela manuseada efetivamente absorvida.

A mesma interrogação poderia ser dirigida a qualquer porção da bibliografia da *Introdução*. Entretanto, a centralidade de Savigny, que se mostra geralmente sentida na historiografia jurídica ocupada da obra de Teixeira de Freitas¹¹, faz especialmente proveitoso que voltemos a ele a atenção. Com isso, obter-se-ão amostras do modo fragmentado como Freitas operou a recepção do pensamento savignyano, abrindo-se o questionamento acerca da efetiva existência de uma relação de escola entre tais juristas.

2. “Para ele Savigny era a ‘primeira autoridade nestas matérias (...). Cita-o vinte e duas vezes na Introdução à Consolidação das leis civis”¹²

A transcrição que serve de título a esta seção foi extraída da biografia escrita por Silvio Meira (1979, p. 257), reconhecida como o principal trabalho acerca da vida e obra de Teixeira de Freitas (veja-se REIS, 2015, p. 07, nota 22).

Tal passagem da *Introdução à Consolidação das leis civis*, em que Savigny é reputado por Freitas (1876, p. CXLIX) como a “primeira autoridade n’estas materias”¹³, não se refere a uma integral concordância de FREITAS com a teoria savignyana. Ao contrário, Freitas procura, neste passo, demonstrar como se equivocara Savigny ao não atribuir à distinção entre os direitos reais e pessoais a sua “verdadeira supremacia” (FREITAS, 1876, p. CL). Em sentido oposto ao de Freitas, Savigny (1840, p. 386) não reputa o objeto da relação jurídica ou a qualidade do sujeito passivo – universal ou determinado – como critérios centrais para a sistematização dos institutos jurídicos, o que resulta na importância secundária da distinção entre direitos reais e pessoais para a sua classificação.

Para Savigny (1840, pp. 387), ainda que as relações obrigacionais e as familiares impliquem sujeitos passivos determinados, a semelhança entre elas não passaria de externa e acidental, na medida em que seus respectivos conteúdos não guardariam analogia entre si: se, por um lado, a relação obrigacional determina uma submissão jurídica parcial de um sujeito à vontade do outro, a família, por outro, resultaria de circunstâncias naturais e morais, adicionalmente também jurídicas, que redundariam em um liame contínuo, cujo conteúdo não contemplaria a

10 Neste sentido, veja-se David (2005, p. 68), Lopes (2008, p. 282), Fonseca (2006, p. 71), Moreira Alves (2009, p. 421), Schimidt (2009, pp. 36-37).

11 Está fora do alcance do presente trabalho uma revisão da historiografia que trata da recepção de Savigny por Teixeira de Freitas, muito embora tenhamos realizado esta tarefa em manuscrito ainda inédito. Uma profunda análise acerca recepção empreendeu Reis (2015), a que remetemos.

12 Não haverá oportunidade, ao longo deste tópico, de explorar todas essas citações e precisar a medida da sua correspondência com o pensamento savignyano. Ater-nos-emos àquelas passagens em que se evidencia o quanto de Savigny é absorvido ou deixado de fora por Freitas.

13 Além de Silvio Meira, também Reale (1947, pp. 71-72) utiliza o mesmo excerto para arrolar Teixeira de Freitas como discípulo de Savigny.

submissão parcial na forma da relação obrigacional, mas, antes, a pretensão (*Anspruch*) direcionada erga omnes (*gegen Alle*) ao reconhecimento da existência do vínculo familiar¹⁴.

Freitas (1876, p. CLII), por sua vez, julga que Savigny, como outros escritores alemães, que, não querendo “subordinar a uma idéia superior de genero os direitos de família, e os outros direitos pessoais”, ressentir-se-iam “em demasia das noções do Direito Romano sobre os *jura potestatis*”, que nada teriam de aplicáveis à civilização contemporânea. Forçoso seria, então, reconhecer que o direito de família não constituiria uma categoria apartada, mas espécie do gênero dos direitos pessoais.

Todavia, há, aqui, algo de significativo no modo com que Teixeira de Freitas lida com a literatura. Antes de expor a integralidade de sua arazoação – que, ao final, revela uma posição essencialmente distinta da de Savigny –, Freitas (1876, p. CXLIXCL) fia-se no crédito de seu interlocutor (“a primeira autoridade n’estas matérias”), colocando-o ao serviço de seu próprio argumento: ainda que Savigny (1840, p. 387) aventasse a possibilidade de classificar os institutos jurídicos conforme a composição do polo passivo, separando-os em duas categorias, mas apenas o fizesse para demonstrar o equívoco desta posição, Freitas (1876, p. CXLIX) toma a oportunidade para apontar como o autor, em tal passagem “não deixa de justificar o methodo” adotado para a *Consolidação das leis civis*.

Não há, em absoluto, neste recurso retórico, qualquer vestígio de improbidade intelectual: o argumento de Savigny é seguido e rebatido ponto-por-ponto. Contudo, extrai-se desta passagem da *Introdução*, conforme indicado no parágrafo acima, o sinal de que Freitas, por razões e circunstâncias diversas, possa ter isolado partes da bibliografia de seu contexto, ensejando uma fragmentação em seu manuseio que pode conduzir a equívocos quanto à presença, ou melhor, quanto à extensão da recepção de determinado autor em seu pensamento. Este é o ponto que passamos a explorar nas seções seguintes.

2.1. Quem é este Savigny?

Que Savigny tenha exercido decisiva influência sobre o trabalho de Freitas é pouco discutível. Reis (2015, pp. 13-14) demonstrou quais sutilezas terminológicas revelam a profundidade da penetração do pensamento de Savigny na obra do brasileiro, projetando-se, assim, muito além dos epítetos empregados para referir ao alemão – epítetos esses que, aliás, integram o estilo da escrita de Freitas e não foram dirigidas exclusivamente a Savigny¹⁵.

O arcabouço savignyano serviu a Freitas para construção de uma concepção de direito privado estruturada a partir da noção de relação jurídica, não se tratando, portanto, de uma coincidência terminológica acidental ou superficial (Flores, 2012, p. 13; Reis, 2015, pp. 30-31). Entretanto, a aspiração de Freitas – então advogado praxista – ao tratamento científico do direito por meio da legislação, determina o contexto e os limites da recepção savignyana em sua obra (Reis, 2015, pp. 33-34).

14 Na versão francesa de Guenoux, consultada por Freitas (cfr. infra item 2.1), o tradutor inverte a referência ao lado ativo da relação – à pretensão (*Anspruch*) ao reconhecimento da existência do vínculo familiar direcionada ao sujeito passivo universal –, destacando a posição passiva correspondente ao *dever de todos os homens* de reconhecer e respeitar o liame familiar. Veja-se Savigny (1855, p. 377): “(...) est un lien de famille que tous les hommes doivent reconnaître et respecter”.

15 Veja-se, por exemplo, que, além de Savigny, também Troplong é apresentado como “sábio” (Freitas, 1876, p. LXXXI).

Freitas parece, de fato, não ter conhecido a integralidade dos trabalhos de Savigny já impressos em sua época. Seguramente, foram manuseados o “Sistema de direito romano atual” (*System des heutigen römischen Rechts*) e a monografia comumente nomeada no Brasil como “Tratado da Posse” (*Recht des Besitzes*), sempre a partir das suas traduções francesas, referidas como *Traité de droit romain* e *Traité de la Possession*, conforme as versões de Charles Guenoux (1855) e Charles Faivre d’Audelange (1841), respectivamente¹⁶. O restante do corpo da obra savignyana parece ter lhe restado desconhecido, muito possivelmente, como refere REIS (2015, pp. 14-15 e 34), pela sua indisponibilidade à época no Brasil¹⁷.

Com isso, Reis (2015, p. 15, nota de rodapé nº 58) vê confirmada, para o caso brasileiro, a hipótese, formulada por Kungel (1962, pp. 457-458), de que Savigny teria alcançado projeção internacional por meio de sua obra dogmática, e não por seu “escrito de ocasião” (*Gelegenheitsschrift*) “Sobre a vocação do nosso tempo para a legislação e a ciência jurídica” (*Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*), de 1814¹⁸. O Savigny de Freitas não corresponderia, portanto, àquele da *escola histórica*¹⁹: as ideias centrais acerca da origem do direito e da interação entre as fontes – particularmente, as referentes ao direito costumeiro e ao direito científico –, centrais no pensamento de Savigny e da *escola histórica*, não são debatidas por Freitas. A eventual inacessibilidade do texto do *Beruf* de 1814 não bastaria como justificativa, pois as principais concepções do escrito programático de 1814 foram desenvolvidas no primeiro volume do *System des heutigen römischen Rechts*, inúmeras vezes citado por Freitas. Pode-se argumentar, entretanto, que a *Introdução* a um trabalho preparatório para a codificação não seria, de fato, a melhor oportunidade para este debate teórico que pouca atenção recebeu no Brasil de então²⁰.

Percebe-se, com isso, que a obra de Freitas espelha uma leitura aprofundada, mas não global do jurista alemão. A incompletude de sua abordagem não corresponde apenas à porção dos

16 Parece seguro indicar que a edição de 1840 da tradução de Guenoux circulava no Brasil ao tempo do início da elaboração da *Consolidação das leis civis*. A obra aparece à venda em periódicos da época, como se vê, por exemplo, no anúncio encartado em nome da livraria de Firmin Didot frères na edição de 30 de setembro de 1847 do *Jornal do Commercio*, em que o *Traité du droit romain* de Savigny aparece como uma entre outras obras jurídicas adquiríveis no referido estabelecimento, situado na rua da Quitanda, nº 97. Cfr. *Jornal do Commercio*, 30/09/1847. Acessível em: http://memoria.bn.br/DocReader/364568_03/11501. Último acesso aos 22/09/2022. No entanto, a partir das páginas indicadas por Teixeira de Freitas nas notas de rodapé à *Introdução*, percebe-se que a edição por ele referida é a de 1855, cuja paginação não corresponde a de 1840. Este resultado aparece claro a partir da transcrição contida na nota nº 251 da *Introdução*, extraída, conforme indica Freitas, da página 345 do primeiro volume do *Traité de droit romain* de Savigny na versão de 1855. Na edição de 1840, o mesmo excerto encontra-se entre as páginas 349-350 também do primeiro volume.

17 Além das obras indicadas no corpo da *Introdução*, encontrava-se, ao longo do período em que Freitas se ocupou com os trabalhos da *Consolidação*, igualmente traduzida para o francês a “História do direito romano na idade média” (*Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter*), vertida também por Charles Guenoux e publicada integralmente, em 4 volumes, em 1839. Enquanto Freitas já trabalhava no *Esboço*, veio à lume a tradução do “Direito das obrigações” (*Obligationsrecht*), em tradução de Camille Gérardin publicada em 1863.

18 Kungel (1962, p. 458) toma em consideração para a sua hipótese a relação da ciência jurídica anglo-americana com Savigny. Chama-lhe particularmente a atenção a dedicatória que Frederik Pollock (1888, pp. 05-06) dirige a Nathaniel Lindley e ao seu amigo, Professor Bryce, por lhe terem retirado da “formless confusion of textbooks and the dry bones of students’ manuals to the immortal work of Savigny” e, com isso, ter podido passar, como em uma fábula de Platão, “of a cave of shadows into clear daylight”. Deve-se ter em vista, contudo, que a penetração de Savigny no ambiente anglo-americano não se deu exclusivamente pela via da dogmática, encontrando o *Beruf* de 1814, então diversas vezes traduzido para o inglês, aplicação pelos defensores do *Common Law* contra os partidários da codificação. Veja-se, a respeito, Soleil (2020). Ainda, a qualificação do *Beruf* como “escrito de ocasião” parece ser contrariada pelos materiais que demonstram a relativamente longa gestação das ideias que foram nele expressadas. Veja-se Meder (2017, p. 302), Jakobs (1992) e Akamatsu (2000).

19 Em sentido contrário, Reale (1947, p. 72) afirma que “o grande TEIXEIRA DE FREITAS estava integrado na dogmática da Escola Histórica, embora conservando uma autonomia de vistas que lhe possibilitou antecipar conclusões que ainda hoje são ‘novidades’ no mundo jurídico”.

20 Cumpre observar, contudo, que o discurso de Carvalho Moreira (1846, p. 04), proferido em 07 de setembro de 1845 por ocasião do segundo aniversário de criação do Instituto dos Advogados do Brasil, menciona a controvérsia de 1814 em segunda mão, a partir de referência colhida do *Cours de législation pénale comparée*, de Joseph-Louis-Elzéar Ortolan, justamente para indicar que aquele debate não se mostraria profícuo no ambiente brasileiro.

trabalhos savignyanos que não estiveram ao seu alcance, já que também do *System des heutigen römischen Rechts* resta – deliberadamente ou não, mas, de todo modo, compreensivelmente – excluído aquilo que não corresponde aos contornos atribuídos ao esforço dedicados para a codificação civil.

As dimensões de Savigny não absorvidas por Freitas impedem que se entreveja uma concepção de direito que seja integralmente compartilhada pelos autores. O paradoxo da recepção do pensamento savignyano em Freitas, comumente identificado pelo enérgico empenho do brasileiro no sentido de viabilizar a codificação civil – seguindo, portanto, a orientação diametralmente oposta à de Savigny²¹ –, tem suas raízes em problemas teóricos antecedentes, notadamente no que se refere à teorização acerca das fontes de direito.

2.2. O direito científico e o direito sem cientistas

Este recorte no enfrentamento da obra de Savigny parece poder ser reconduzido não apenas aos limites da tarefa atribuída a Teixeira de Freitas²², como também às circunstâncias institucionais brasileiras em meados do século XIX. Poder-se-ia, por um lado, apontar, com NEVES (2015, pp. 52-58) o paradoxo da adaptação de uma semântica liberal para o contexto nacional, ainda permeado por estruturas econômicas dependentes da mão de obra escrava.

Por outro lado, é possível articular a hipótese de que a estrutura do ambiente acadêmico²³ determinaria igualmente concepções divergentes em relação à compreensão dos papéis das fontes de direito, especialmente no tocante ao chamado *direito científico*. Savigny (1840, p. 83-84) via a classe dos juristas como portadora do “direito do povo” (*Volksrecht*), o que teria proporcionado o surgimento gradual, livre de influências estranhas e puramente ocasionais, de uma ciência jurídica cuja tarefa não se restringiria apenas ao reconhecimento, mas também, e principalmente, englobaria o desenvolvimento contínuo do direito vigente. Assim, o direito científico assume, no pensamento savignyano, um papel central como fonte jurídica (Manigk, 1914, p. 79; Jakobs, 1992, p. 13, nota 14).

As condições específicas que possibilitaram, em Roma, o aparecimento de uma tal classe de juristas, Savigny (1840, p. 84) julga difícil de serem acuradamente descritas, pois, segundo ele, seria natural que transportássemos a percepção de nossas próprias circunstâncias para a observação de um tempo diverso. Entretanto, as tais particularidades de sua época, com que Savigny temia turbar a correta apreensão do papel dos juristas romanos, são aquelas que permitiam-lhe concluir que a atuação da ciência para a criação e desenvolvimento do direito permanecia inalterada em sua centralidade desde o tempo dos glosadores (Savigny, 1840, p. 87).

Mais além, Savigny partia de um contexto institucional em que a “universidade alemã” era descrita como uma “unidade espiritual” que independia das fronteiras geopolíticas, tal como Rudolf von Jhering (2009, p. 24) referia em sua aula inaugural em Viena, aos 16 de outubro de

21 Veja-se, a respeito, Reis (2015, p. 14); Ramalhete (1984, p. 19); Saldanha (1985, p. 250); Couto e Silva (1988, p. 168, nota nº 09); Meira (1988, p. 06).

22 Com efeito, Reis (2015, p. 34) destaca que a, em certa medida, paradoxal concentração das atividades legislativa e científica em Freitas, um advogado praticante, forma o contexto da recepção savignyana tanto na *Consolidação das leis civis*, quanto no *Esboço*.

23 Um informativo panorama institucional comparativo foi traçado por REIS (2015, pp. 32- 35).

1868²⁴. Neste espaço, a cientificidade (*Wissenschaftlichkeit*) serviria como um “passe-livre” para ir e vir, como Jhering relata a partir de sua própria experiência após a habilitação em Berlin: foi professor na Basileia, em Rostock, Kiel, Gießen até chegar a Viena²⁵, sem que a diversidade de constituições políticas – por vezes contrárias às suas convicções pessoais²⁶ – constituísse empecilho à sua nomeação (Jhering, 2009, pp. 36-37).

Savigny (1850, pp. 284-287) também testemunhara que a universidade alemã, historicamente, ter-se-ia beneficiado por contar em seus quadros com professores eruditos que gozariam de ampla autonomia para modular seus cursos e ensinar alunos que, igualmente, teriam liberdade para frequentar as disciplinas que melhor atendessem suas inclinações pessoais.

O direito privado no Brasil, por sua vez, era debatido em meados do século XIX em um ambiente intelectual institucionalmente menos denso. Na época de que se originam as observações de Savigny e Jhering, os aspirantes a juristas brasileiros alternavam-se entre as duas faculdades de fundação relativamente recente, erigidas a partir do comando da lei de 11 de agosto de 1827. As faculdades de direito de Olinda (transferida para o Recife em 1854) e São Paulo teriam servido, segundo o programa, expresso nos Estatutos de autoria do Visconde de Cachoeira, para formar “não apenas juristas mas também advogados, deputados, senadores, diplomatas e os mais altos empregados do Estado” (Carvalho, 2014, p. 76)²⁷. Os egressos circulariam por várias províncias, não em função do passe-livre da ciência, mas para ocupação de cargos políticos variados (veja-se Carvalho, 2014, p. 39).

O mirrado ambiente acadêmico, herdado da política educacional colonial, colocava o Brasil em contraste não apenas com a Alemanha, mas também e sobretudo com seus vizinhos da América espanhola, em que, com efeito, ao longo do período colonial, fundaram-se 25 universidades (Carvalho, 2014, pp. 70-72).

É claro que a ausência de universidades não determina, por si mesmo, a ausência de um quadro institucional de prática científica²⁸. Nesse contexto, portanto, como observa Reis (2015, p. 26), não eram universidades, mas instituições como o Instituto dos Advogados Brasileiros ou o Conselho de Estado que serviam como pontos de referência para a circulação do conhecimento jurídico.

Tal arranjo institucional teve impacto, por sua vez, nas características das ideias em circulação, o que se nota pelo escopo das publicações jurídicas da época. Embora já se contasse, a partir de 1843, com periódicos jurídicos especializados, esses veículos dedicavam-se, sobretudo, a noticiar processos e eventos forenses, além de dar publicidade, oficial ou oficiosamente, à legislação. Revistas com conteúdo doutrinal surgem a partir da década de 1860. Periódicos

24 Já em 1808, Schleiermacher publicara um libretto acerca do significado de universidade *em sentido alemão*. A este texto, Savigny publicou uma revisão nos *Heidelberger Jahrbüchern für Philologie, Historie, Literatur und Kunst*, em 1808, posteriormente reproduzida nos *vermischten Schriften* (Savigny, 1850, pp. 255- 269).

25 Como cediço, Jhering ainda iria, posteriormente, de Viena a Göttingen.

26 Jhering (2009, p. 37-38) declarava-se monarquista constitucional.

27 No preâmbulo que antecede o projeto dos estatutos, lê-se: “Tendo-se decretado que houvesse, nesta Côrte, um Curso Juridico para nelle se ensinarem as doutrinas de jurisprudencia em geral, a fim de se cultivar este ramo da instrucção publica, e se formarem homens hábeis para serem um dia sabios Magistrados, e peritos Advogados, de que tanto se carece; e outros que possam vir a ser dignos Deputados, e Senadores, e aptos para occuparem os lugares diplomaticos, e mais empregos do Estado, por se deverem comprehender nos estudos do referido Curso Juridico os princípios elementares de direito natural, publico, das gentes, commercial, politico e diplomático, é de forçosa, e evidente necessidade, e utilidade formar o plano dos mencionados estudos; (...)” (Brasil, 1878, pp. 07-08).

28 A respeito de uma história institucional da ciência no Brasil, veja-se Dantes (2001) e Dantes (2022).

dedicados à divulgação científica no campo da jurisprudência passariam a existir, por efeito da reforma do ensino superior imposta na década de 1890, apenas na República e em estreita relação com as faculdades de direito em funcionamento no país (Formiga, 2010, pp. 45-47)²⁹.

Não se observa, ademais, a presença, no campo jurídico, de meios de divulgação de movimentos intelectuais – talvez pela própria escassez de movimentos intelectuais no âmbito da ciência jurídica³⁰ –, tais como a *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*, ligada à *escola histórica*, ou como a própria *Thémis*, de que trataremos mais detalhadamente abaixo.

Nesse ambiente, a *Consolidação das leis civis* foi debatida, na arena literária, apenas por “dous artiguitos”, publicados no *Diario do Rio de Janeiro* (Freitas, 1859, p. 09; David, 2005, p. 64)³¹ e por Rebouças (1867), na forma de *observações* à segunda edição do trabalho (Reis, 2015, pp. 35-36)³². Portanto, como observa o próprio Freitas (1859, p. 09), a única censura à *Consolidação* foi a “mudez do silêncio”. Também na carta de 20 de setembro de 1867, endereçada ao então Ministro da Justiça Martim Francisco Ribeiro de Andrada, pergunta Teixeira de Freitas pela doutrina jurídica nacional: onde ela estaria? Responde ele próprio, contundentemente, que estaria “em parte nenhuma, porque nem os livros nem a escola ensinam nada mais do que uma história de opiniões, ou questões de palavras, a ponto de não estar líquida nem a noção significada pela palavra direito”³³.

Este universo condiciona o manuseio e a compreensão dos trabalhos de Savigny por Teixeira de Freitas. Compreende-se, com isso, que além dos limites de sua empreitada codificadora, não havia, no contexto local brasileiro, correspondentes institucionais aptos a promover a compreensão e a absorção de determinados conceitos savignyanos. Afinal, como inserir a ideia do direito científico e sua centralidade entre as fontes jurídicas onde a ciência do direito era praticada em limites tão estreitos? Neste contexto, o debate sobre a conveniência da codificação, em que Freitas, compreensivelmente, não toma parte, torna-se secundário e o paradoxo da recepção savignyana em sua obra é aprofundado.

29 A criação das revistas foi determinada pelos artigos 175 a 179 do Decreto nº 1.159, de 03 de dezembro de 1892.

30 A respeito, veja-se Chacon (1969, p. 27).

31 Os artigos a que se refere Teixeira de Freitas foram publicados em 11 de fevereiro de 1858 (acessível em: http://memoria.bn.br/DocReader/094170_01/45759. Último acesso em 23 de setembro de 2022) e em 24 de abril de 1858 (acessível em: http://memoria.bn.br/DocReader/094170_01/46035. Último acesso em 23 de setembro de 2022) no mencionado *Diario do Rio de Janeiro*. O redator-chefe do periódico era José de Alencar (1829-1877), conhecido literato e jurista brasileiro, que ainda se envolveria no debate acerca do *Esboço* de código civil. Entre os meses de novembro e dezembro de 1978, Silvio Meira publicou, no *Jornal do Commercio*, uma série de seis artigos intitulada *O drama da codificação civil no império – José de Alencar e Teixeira de Freitas* em que relacionou a atuação de José de Alencar ao insucesso do *Esboço* de Freitas. O primeiro texto da série encontra-se em: http://memoria.bn.br/docreader/364568_16/60326. Último acesso em 23 de setembro de 2022. As conclusões primeiramente impressas no *Jornal do Commercio* foram a seguir também estampadas na biografia de Teixeira de Freitas (Meira, 1979, pp. 380-387). Propondo interpretação divergente da de Silvio Meira, veja-se a dissertação de Barbuy (2014, pp. 231-249).

32 Parece corroborar a sugestão de que a *Consolidação* teria recebido pouca atenção entre os brasileiros o levantamento realizado por QUEIROZ (2017, pp. 562-563) acerca das obras jurídicas mais consultadas na biblioteca da Faculdade de Direito de São Paulo entre 1892 e 1916. Segundo o autor, os trabalhos de Teixeira de Freitas eram relativamente pouco examinados, somando 207 entradas no livro de registro de obras consultadas. Com isso, Freitas posiciona-se atrás de manuais de direito romano (Maynz, Mackeldey, Demangeat e Savigny), bem como do *Curso de direito civil brasileiro* de Antonio Joaquim Ribas, e do *Direito das Cousas*, de Lafaiete Rodrigues Pereira. Para elucidação deste achado, Queiroz (2017, pp. 561-563) articula duas hipóteses: a) a primeira, de que Freitas era “tão popular que cada estudante e advogado do foro de São Paulo tinham sua própria cópia do trabalho, não necessitando consulta-lo na biblioteca”; ou b) a segunda, de que a obra estivesse, progressivamente, perdendo utilidade em vista das alterações sociais e jurídicas que teriam gradativamente provocado sua obsolescência. De todo modo, a prevalência de Teixeira de Freitas e o lugar da *Consolidação das leis civis* como texto que teria exercido a função sistematizadora da codificação até a entrada em vigência do Código Beviláqua seria, como conclui Queiroz (2017, p. 567), “relativ[a] e questionáve[l]”. Em sentido diverso, Flores (2017, p. 59, 61-65) chama atenção para o fato de ter a *Consolidação* mantido sua vivacidade nos primeiros 25 anos da república, tendo sido reeditada em 1896, 1910 e 1915, já às vésperas da promulgação do Código Beviláqua.

33 A referida carta de 20 de setembro de 1867 encontra-se reproduzida em Lobo (2006, pp. 593-603) e Meira (1979, pp. 373-378). O trecho transcrito está em Lobo (2006, p. 596) e Meira (1979, p. 375).

3. Os alemães são franceses e belgas? Freitas entre a exegese e a *Thémis*

O modo fragmentado com que Freitas opera a leitura da obra de Savigny é detectada igualmente em espectros mais amplos da literatura em debate na *Introdução*. Este ponto é corroborado pelas observações que tece Pierre Villard (1994, pp. 163-166) acerca do uso, por Teixeira de Freitas, da literatura jurídica francesa. Com efeito, as fontes doutrinárias francesas manuseadas por Freitas, colhidas majoritariamente de trabalhos publicados entre 1820 e 1860, época de predomínio da chamada *escola da exegese*³⁴, comporiam “uma massa muito irregular”.

Neste contexto, Villard (1994, pp. 164-165) aduz que a exploração da doutrina francesa por Freitas decorreria antes do renome alcançado por certos autores na literatura, o que nem sempre teria correspondido aos méritos reais da respectiva obra. Com isso, o brasileiro teria incorrido em algumas distorções ao selecionar seus materiais. Entre elas, a que mais surpreende Villard é a omissão do *Cours de droit civil français*, de Aubry e Rau, cuja primeira edição foi publicada entre 1838 e 1844 e constituiria, segundo ele, o trabalho doutrinal mais original do século XIX francês.

Villard (1994, p. 165) anota que a “causa desta anomalia parece ser demasiadamente complexa”. Contudo, em vista das observações já tecidas quanto à acessibilidade dos trabalhos de Savigny no Brasil, deve-se ter em conta que a referida obra não estivesse disponível para Freitas. Com efeito, não pudemos determinar seguramente sua circulação ao tempo da organização da *Consolidação das leis civis*³⁵. A pergunta, então, poderia ser reformulada para interrogar não pela razão de Freitas não ter utilizado o referido curso, mas por que tal obra não circulou entre os brasileiros como outras francesas a ele contemporâneas.

Outro ponto levantado por Villard (1994, p. 166-167), que corrobora o argumento da absorção fragmentada e seletiva da literatura, é o caso da revista *Thémis*, referida por Freitas com alguma frequência ao longo da *Introdução*. De existência relativamente efêmera, publicado em Paris entre 1819 e 1831, o periódico diferenciava-se da literatura jurídica francesa de sua época na medida em tinha como linha mestra a abordagem do direito com auxílio da história jurídica, do direito comparado, da economia, revelando, igualmente, sensibilidade à influência da ciência jurídica alemã daquele período.

Com efeito, já o primeiro artigo saído na revista em 1819 tratou, justamente, do estado da ciência jurídica teutônica, deixando claro que, para os redatores da *Thémis*, o melhoramento da vida jurídica francesa estava condicionado pela aproximação ao modelo alemão. Seu autor, Leopold-August Warnkönig, um dos cofundadores do periódico, via a revista que ajudou a esta-

34 Um panorama da literatura acerca da chamada *escola da exegese* encontra-se em Audren & Chambost & Halpérin (2020, pp. 91-96).

35 No acervo da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, encontra-se a edição saída entre 1897-1922 do curso de Aubry e Rau, que não poderia, evidentemente, ter sido consultada por Freitas. Também nos periódicos que circularam entre 1840 e 1859 no Brasil, consultados por intermédio do sistema da Hemeroteca Digital mantido pela Biblioteca Nacional do Brasil (<https://bndigital.bn.gov.br/hemeroteca-digital/>), não se encontram menções à obra. Observe-se, igualmente, que, no levantamento realizado por Queiroz (2017, p. 562), o curso de Aubry e Rau também não consta entre as obras mais consultadas no período entre 1892 e 1916 na biblioteca da Faculdade de Direito de São Paulo, o que parece sugerir, de fato, que a sua ausência da bibliografia de Freitas decorreria antes do desconhecimento da obra entre os brasileiros e não de uma *anomalia* no manuseio da literatura por Freitas, como sugere Villard.

belecer como instrumento para divulgação da *escola histórica* do direito na Bélgica e na França (Gerken, 2016, p. 131)³⁶.

Este propósito deixa-se entrever no referido texto inaugural, em que Warnkönig (1819, pp. 07-24) sumariza a história da ciência jurídica alemã desde o século XVIII até a descoberta do manuscrito das *Instituições* de Gaio, atribuída a Barthold Georg Niebuhr, então embaixador da Prússia em Verona³⁷, encerrando com um apelo aos jurisconsultos alemães por mais intercâmbio de ideias e maior abertura ao pensamento jurídico estrangeiro como meio de atingir o “triumfo da verdade e o bem-estar dos povos, resultado necessário do aperfeiçoamento progressivo de suas instituições civis e políticas” (Warnkönig, 1819, p. 24).

Já em 1821, outro cofundador da revista, Jourdan (1821, p. 367), celebrava ter, enfim, a ciência do direito francesa tomado parte no movimento iniciado a partir de 1780 na Alemanha. Uma nova era estaria a ser, então, preparada, segundo Jourdan (1821, p. 369), por meio da retomada dos estudos romanísticos e de história do direito.

O pleito de Warnkönig por intercâmbio foi, em alguma medida, levado a efeito pela correspondência literária entre a *Thémis* e a *escola histórica*. Na *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*, fundada em 1815 por Friedrich Carl von Savigny, Karl Friedrich Eichhorn e Johann Friedrich Ludwig Göschen, Savigny (1820, pp. 482-490) saudou a criação da *Thémis*, retratando-a como meio de permuta de ideias com potencial para retirar a ciência jurídica da França do isolamento, tendencialmente prejudicial, que se agravava após a revolução.

A seguir, em 1822, a *Thémis* publicou, por sua vez, uma carta de Savigny (1822, pp. 193-207) contendo suas observações acerca da *Histoire de Cujas*, de autoria de Beriat-Saint-Prix.

Warnkönig (1831, pp. 43-89) publicou na *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft* um elogio fúnebre acerca de seu colega cofundador da *Thémis*, Athanase Jourdan, precocemente falecido em 1826, aos 35 anos de idade. O autor destaca o esforço de Jourdan para a restauração, nos moldes alemães, do ensino jurídico francês, transformado desde 1804 em uma prática mecânica para obtenção do grau acadêmico (Warnkönig, 1831, p. 46).

Villard (1994, p. 166) lança a hipótese de que Freitas pudesse ter lido a integralidade das publicações da *Thémis*. Embora não possamos aqui comprovar que assim tenha sido, percebe-se que o periódico, representativo de um sentimento de reforma no seio da literatura jurídica francesa, tem um espaço na obra de Freitas que não é apenas ocasional. Como se viu acima (tópico 01, nota nº 05) e ver-se-á abaixo (tópico 04), Freitas toma parágrafos inteiros da monografia de Blondeau (1821), vertendo-os com poucas alterações.

Esse procedimento sugere que, diferentemente do que ocorre com Savigny e a literatura alemã, Freitas não confronta, em regra, Blondeau e outros autores que publicaram na *Thémis*. Interessantemente, aliás, muitos deles não são nominalmente citados, já que a revista é, por

36 O próprio Warnkönig (1831, p. 57) noticia este propósito no elogio fúnebre que escreveu acerca de Athanase Jourdan na *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*. Anote-se, entretanto, que Julien Bonnecase nega que a *Thémis* tenha servido como órgão da *escola histórica* na França. O periódico, ao contrário, teria tido um caráter próprio e tipicamente francês. Cfr. Bonnecase (1914, p. VI, 244 e segs.).

37 A descoberta, instruída com a correspondência e notas para esclarecimento da nova fonte, foi divulgada no terceiro volume da *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft* em 1817. O volume encontra-se acessível por meio do acervo digital de revistas jurídicas do século XIX mantido pelo Max Planck para História e Teoria do Direito no endereço: <http://dlib-zs.mpi.de/mj/kleioc/0010/exec/showtoc/%222085190%5f03%2b1817%22>. Último acesso aos 23/02/2021.

vezes, referida apenas com indicação do tomo e da página, com omissão do autor³⁸. Com isso, nota-se que Freitas trata as diferentes seções da revista com alguma promiscuidade, não distinguindo entre trabalhos de índole doutrinária e reportes de jurisprudência e legislação. De todos eles, colhe a substância de que necessita para preencher a estrutura do edifício a cuja arquitetura tão cuidadosamente se dedica.

Percebe-se, então, que há também aqui um recorte semelhante ao que Freitas empreende com a obra de Savigny: se do jurista alemão deixa à parte o que é verdadeiramente próprio da *escola histórica*, ao lidar com a literatura francesa, entra em contato com os autores que propunham reformas na ciência jurídica a partir também da abordagem histórica. Contudo, por esta outra via, Freitas também não se alinha com a representação da origem do direito e da teoria das fontes como normalmente teorizadas no seio da *escola histórica*.

A questão que se impõe diz respeito aos recursos intelectuais que possibilitaram a Teixeira de Freitas utilizar-se de materiais tão diversos entre si, sem que sua construção apresente sinais de rachadura ou incompletude. É o ponto que passamos a explorar no próximo tópico.

4. Entre o Savigny sistemático e a escola histórica da França, uma conciliação possível sob Freitas

Teixeira de Freitas, reitera-se, toma esses extremos opostos da literatura francesa – os representantes da *exegese* e os *reformadores* vinculados à *Thémis* – e submete-os, indistintamente, ao seu próprio sistema. O mesmo ocorre com Savigny, que, pela pena de Freitas, desloca-se da *escola histórica* para integrar o debate teórico que o brasileiro trava consigo mesmo. Assim, por um lado, prestigia-se o aspecto sistemático do pensamento savignyano, enquanto, por outro, apreendem-se as reformulações da ciência jurídica alemã contidas, como se viu acima, na revista *Thémis*.

Como exemplo, veja-se a passagem contida na página LII da *Introdução*. Ali, Freitas (1876, p. LII) aduz que, em vista da necessidade, geralmente sentida, de uma melhor classificação para sistematização do direito civil, “inúmeros ensaios” ter-se-iam sucedido rapidamente, tendo sido o “methodo antigo” – qual seja, aquele decorrente da formulação de Gaio, segundo a qual todo direito refere-se às pessoas, às coisas, ou às as ações – “quasi banido das escolas”. Tal banimento teria ocorrido na Alemanha, “o paiz da meditação, onde a *Sciencia do Direito*, associando-se á historia, e á filologia, tem alcançado os mais brilhantes triumphos”. Interessantemente, o juízo acerca da ciência jurídica alemã não decorre da análise empreendida diretamente por

38 Veja-se, por exemplo, Freitas (1876, p. LV), em que o conteúdo da nota 43 indica apenas “Vd. Themis Tom 6º pag. 49”. O mesmo texto é retomado, mais adiante, na página LIX, nota nº 50, em que consta: “Judiciosa reflexão da citada Memoria justificativa do Projecto do Codigo Civil para os Paizes-Baixos, impressa na Themis Tom. 6º pag. 50”. Trata-se também de um texto assinado por Hyachinte Blondeau, identificado pelas iniciais H.B., versando sobre o “novo código civil do reino dos Países Baixos”. Esse texto de Blondeau insere-se na seção da revista denominada *Législation et histoire du droit*. Cfr. Blondeau (1823). Outro exemplo encontra-se na página LXXXII, nota de rodapé nº 110, em que se lê “Vd. Themis Tom. 9º, onde vem essa Exposição de motivos”. A exposição de motivos a que refere Freitas é concernente ao projeto de lei do cantão de Genebra acerca da aquisição, conservação e publicidade de direitos reais sobre imóveis.

Freitas acerca de seu estado e conteúdo, mas foi emprestado das observações de Blondeau (1821, p. 277), no texto publicado no terceiro volume da *Thémis*³⁹.

Com isso, revela-se que Freitas empenhou-se, na *Consolidação das leis civis*, na conciliação não apenas do conteúdo jurídico tradicional com as necessidades de sua época (Flores, 2012, pp. 20, 22), como também de correntes de pensamento jurídico a ele contemporâneas, mas de aspirações teóricas divergentes, ou mesmo opostas entre si. Flores (2012, p. 14) fornece uma importante pista acerca do critério de orientação para esta conciliação: seria possível, pois, identificar em Teixeira de Freitas o “ideário do Realismo filosófico clássico”, distinguível por meio de um “padrão de leitura que se insere numa visão de mundo cristã” e que percebe “elementos de verdade científica dentro das manifestações das regras e instituições jurídicas na história”.

No entanto, muito do que Freitas associa à verdade está em íntima conexão com o método e a classificação, e não diretamente relacionado ao conteúdo do regramento jurídico. Parte-se do pressuposto de que o “methodo inflúe na teoria, e a theoria em materias de Direito Positivo nunca deve contrariar o pensamento legislativo, deve sómente explica-lo” (Freitas, 1876, p. LXII). Tomada essa afirmação isoladamente, poder-se-ia supor uma aproximação de Freitas em relação aos cânones da *exegese*. Todavia, nota-se que sua busca pela verdade do direito não está condicionada à autoridade da legislação, mas revela-se sobretudo por intermédio de um método que apreende as suas verdadeiras manifestações nos campos da legislação, ensino e ciência.

Freitas, portanto, não quer articular um método viável ou conveniente para a legislação ou para o ensino. Ele procura, a rigor, o único método verdadeiro, aplicável a todo o direito, insuscetível, assim, a alterações ocasionais para fins puramente didáticos. Isto conduz à crítica dirigida à literatura jurídica alemã, especialmente a Savigny, que não atribuiria à bipartição dos direitos nas categorias reais e pessoais a “verdadeira importancia e supremacia” que lhe competiria (Freitas, 1876, p. CL). Com isso, Savigny, acompanhado por outros escritores alemães, deixaria de ser conseqüente, pois, após perscrutar qual seria a “ordem mais natural das matérias”, logo depois a abandonaria para buscar a ordenação mais apropriada para um tratado. Freitas (1876, p. CLIII, nota nº 254) renova sua objeção sobre a inconveniência de se alterar, “para finalidade de ensino, a ordem de qualquer legislação codificada”, pois, se há duas ordens diferentes para exposição da matéria, uma delas estaria, necessariamente, errada.

Assim, por meio de um critério verdadeiro – e, portanto, supremo, absoluto e inegável – para a classificação das leis civis, Teixeira de Freitas intenta conferir ao direito dignidade científica, propondo, por esta via, livrá-lo da arbitrariedade – o que Savigny, por sua vez, busca pelo método histórico.

Pareceria evidente supor que, em vista da tarefa de ordenar e sistematizar um conteúdo jurídico pré-existente, como era o caso da *Consolidação das leis civis*, o espírito de Freitas tivesse se voltado de forma decidida para a ordenação e sistematização da matéria. Mas, suas

39 Com efeito, há correspondência entre os parágrafos. Blondeau (1821, p. 277), concluindo seu amplo panorama acerca dos diferentes métodos de classificação utilizados para facilitar o estudo do direito privado, escreve: “mais, à l'époque où la jurisprudence, s'associant avec la philologie et l'histoire, commença à briller en Allemagne d'un éclat d'autant plus remarquable que cette Science semblaient en même temps s'enteindre dans les contrées voisines, le besoin d'une meilleure classification fut généralement senti; de nombreux essais se succédèrent rapidement, et la méthode ancienne se trouva bientôt presque universellement expulsée des écoles d'Allemagne”.

preocupações vão além daquelas inerentes ao melhor cumprimento de sua empreitada, relacionando-se à própria representação de seu trabalho a partir de um modelo científico.

A compreensão do termo *Scientia* – e, portanto, também da locução *Scientia do Direito* – que dê sentido à representação do modelo de trabalho de Teixeira de Freitas deve ser buscada nos quadrantes de pensamento da época, o que demanda uma “olhadela por cima da cerca” que separa o campo jurídico de seus campos vizinhos (veja-se Caroni, 2005). Com isso, pode-se atingir resultados que não seriam possíveis exclusivamente a partir da recondução de ideias a influências específicas advindas de determinados autores. Como vimos nos tópicos acima, o repertório bibliográfico manuseado pelo jurista brasileiro é composto por uma variedade de obras díspares entre si, o que não permite que se entreveja de pronto uma clara afiliação intelectual. Assim, convém buscar em outro lugar a moldura do pensamento que norteia o seu trabalho.

Seguindo essa hipótese, passo à tentativa de traçar os contornos dessa moldura a partir da determinação do procedimento científico que a *Introdução à Consolidação das leis civis* de Teixeira de Freitas deixa entrever. O argumento conduzirá a uma aproximação entre as ideias de Freitas e as de seu contemporâneo alemão, que também não era acadêmico, Julius Hermann von Kirchmann (1802-1884), acerca da ciência e do método no campo jurídico.

Na *Nova apostilla á censura do senhor Alberto de Moraes Carvalho sobre o projecto do código civil portuguez*, Freitas (1859, pp. 51-52) explicitamente nega que haja uma diferença de método entre diferentes ramos do saber: “a base de todas as Sciencias” seriam os procedimentos de divisão e classificação, único modo hábil a gerar um sistema de conhecimentos. A qualidade do objeto jurídico em nada interferiria na aplicabilidade deste proceder, pois “as leis positivas são factos da vida intelligente, são factos sociaes, que como todos os factos, podem ser observados...” (Freitas, 1859, p. 52).

O procedimento de divisão, prossegue Freitas (1859, p. 52), permite a análise dos entes e, então, sua classificação sintética por meio da analogia. Com isso, viabiliza-se a sua distribuição em classes superiores e inferiores, compondo um “verdadeiro systema, que não é um *arranjo* e *superposição*, mas um tecido, um aggregado de partes reciprocamente unidas”.

As manifestações da vida jurídica comporiam um tecido de partes reciprocamente unidas passível de divisão, análise e classificação por um processo de “chimica intellectual” (Freitas, 1859, p. 60)⁴⁰. Observar-se-ia “nos entes da Historia Natural” o mesmo que “nos entes da *Scientia do Direito*”: as leis positivas não seriam “entidades discordantes, que estejam fora da harmonia geral”. (Freitas, 1859, p. 54).

Derivadas as leis positivas de um princípio único – o mesmo de que derivariam os demais entes –, suas “divisões naturais, susceptíveis de uma classificação rigorosa”, comporiam um dado a ser apreendido pelo cientista jurídico (Freitas, 1859, p. 55). A classificação daí decorrente estaria dotada de uma “realidade objectiva, tão incontestavel como a variedade dos entes” (Freitas, 1859, p. 53). Qualquer trabalho de sistematização lastreado em classificações e divisões artificiais teria o valor de um catálogo, sem caráter científico, pois “a *Scientia* não se desvia das indicações da natureza” (Freitas, 1859, p. 55).

40 A aproximação da ciência jurídica com a química, vista como procedimento de dividir (“Scheidekunst”), pode ser encontrada também mais tarde em Jhering (1874, pp. 38-39).

Vê-se que Teixeira de Freitas concebe a origem do direito a partir de princípio único, comum aos demais entes, que constitui “uma base larga, que é o plano imutável da vida jurídica”. Contudo, a tarefa do cientista do direito não estaria relacionada à investigação deste princípio, ou mesmo das “leis naturais”, que “dominam *á priori* todas as relações morais”: o jurista-cientista ocupar-se-ia do todo das relações jurídicas, “que a Legislação exprime e á que se aplica”. O método científico deveria ser vertido, assim, sobre o corpo da legislação, pois dela extrair-se-iam as “diferenças apreciáveis, constantes, e effectivas” entre as relações jurídicas (Freitas, 1859, p. 55).

O vocabulário empregado na *Introdução* também é elucidativo de suas premissas sobre a concepção da construção do conhecimento jurídico. Freitas (1876, p. XXXVI) declara seu esforço para “examinar as leis em seus próprios textos sem influencia de alheias opiniões, comparar attentamente as leis novas com as antigas, medir com precisão o alcance e as consequências de umas e outras; (...)”. Ou seja, o autor busca colocar-se em contato imediato com seu objeto de estudo, atuando como um observador das leis para extração empírica de suas “medidas”. Procedendo desta maneira, o jurista considera os direitos em sua “extensão e “compreensão”, “partindo”-os em “partes alíquotas” e “dividindo”-os em “partes aliquantas”, esclarecendo que “*espécies* representam porções externas de *generos*, *partes* representam porções internas de *todos*” (Freitas, 1876, *passim*, aqui especialmente pp. LXIII e LXIV).

Freitas compartilha com Savigny algo dessas premissas. Daí a aposição por ambos da figura do instituto jurídico – ou relação jurídica – no centro do sistema: “as diferenças inalteráveis das relações jurídicas determinam as naturais divisões da legislação” é, justamente, a primeira noção fundamental que Freitas (1876, p. LXII) refere na *Introdução à Consolidação das leis civis*. Com este procedimento, pretende-se fazer com que o sistema jurídico reflita a organicidade da própria vida, impossível de ser comprimida em uma regra ou princípio destacado da realidade: “o direito quer a vida real” (Freitas, 1876, p. XLIII, nota 19)⁴¹.

O arcabouço terminológico com que Freitas enfrenta o fenômeno jurídico permite algumas aproximações à conhecida conferência do procurador público Julius von Kirchmann acerca da “imprestabilidade da jurisprudência como ciência”⁴², proferida e publicada anos antes de terem sido escritas a *Introdução* e a *Novas Apostilla*. A comparação faz-se útil para esta investigação. Mesmo sendo seguro que Freitas jamais tenha travado contato com as obras de Kirchmann e Kirchmann, com as de Freitas, ambos compartilham um arsenal semelhante para tratar do modelo de cientificidade que lhes serve como premissa, tomando, afinal, caminhos opostos quanto ao problema da liberdade e necessidade causal das condutas humanas⁴³. Uma breve exposição acerca do que os aproxima e os afasta será útil para ilustrar como o brasileiro enxergava sua tarefa e sua ciência.

A jurisprudência, segundo Kirchmann (1848, p. 10), ao contrário da física, da matemática e da astronomia, debruçar-se-ia sobre um objeto *móvel*, que se altera com o devir, impossibilitando a maturação do conhecimento. As estrelas, ao contrário, brilhariam sempre do mesmo

41 O período completo está assim redigido: “o direito quer a vida real: quer a possibilidade de relações do indivíduo inteligente e livre com entes, que têm a mesma natureza, e o mesmo destino”. Freitas repete-o também na *Nova Apostilla* (Freitas, 1859, p. 46).

42 A conferência de Kirchmann foi publicada diversas vezes e recebeu significativa atenção do meio jurídico. Tanto que Jhrering (2009), em sua aula inaugural na Universidade de Viena em 1868 (apenas recentemente publicada na íntegra), em clara alusão a Kirchmann, procurou responder se a jurisprudência seria uma ciência (“*Ist die Jurisprudenz eine Wissenschaft?*”). Ainda acerca da conferência de Kirchmann, veja-se Larenz (1966).

43 Acerca da questão em seu contexto no século XIX, veja-se exemplificativamente Mill (1843, pp. 479 e segs.)

modo, tal como Terra sempre teria girado, possibilitando, portanto, a cumulação de conhecimento a seu respeito.

Diferentemente das leis enunciadas no âmbito das ciências naturais, Kirchmann (1848, pp. 14-17) aduz que a lei positiva, objeto da ciência jurídica, não decorre da verdade. A lei, determinação do puro arbítrio, intrometer-se-ia entre o direito e a ciência na “forma hermafrodita de ser e conhecimento” (*Zwittergestalt von Sein und Wissen*), cobrindo ambos, o direito e a ciência, com seus efeitos nocivos. Diferentemente das leis da física, que, mesmo enunciando um erro, não teriam o condão de alterar a substância do objeto referido, a lei positiva perpetraria no direito a ignorância, a negligência e a paixão do legislador. O papel do jurista, forçado a se ocupar do preenchimento das lacunas, elucidação das dubiedades e emenda dos erros inerentes à atuação legislativa, seria desvirtuado. Como consequência, haveria pouco espaço para o enfrentamento do que Kirchmann nomeia de “verdadeiro direito”⁴⁴.

Note-se que o mesmo aparato que serve à crítica de Kirchmann movimenta Freitas pelo caminho diametralmente oposto. O jurista brasileiro, como vimos, é categórico ao afirmar que o direito e a legislação positiva não constituem objetos diferentes daqueles de que se ocupam de outras ciências. Assim, se Kirchmann nega a cientificidade da jurisprudência pela impossibilidade da aplicação dos padrões das ciências naturais (*Naturwissenschaften*) ao seu objeto *móvel*, Freitas argumenta que é justamente nesses padrões que reside a cientificidade do direito⁴⁵.

O que pode revelar a terminologia empregada por Teixeira de Freitas e Kirchmann ao esclarecerem o proceder científico no campo jurídico? Nota-se que há termos tomados de empréstimo de outras áreas do saber: Freitas fala no direito como uma “realidade objectiva, tão incontestável como a variedade dos entes”, que pode ser partida, ter seus diferentes componentes abstraídos do todo, classificados conforme relações de gênero e espécie, sem que, para tanto, desviasse-se das indicações da natureza.

Poder-se-ia, em vista disso, argumentar que Freitas tem em vista na condução de seus trabalhos um modelo científico que não se desenvolveu exclusivamente a partir do direito ou mesmo das humanidades, mas também por intermédio do influxo de concepções identificadas com as chamadas ciências naturais. Tal afluência, contudo, não se revela apenas por intermédio da obra de Freitas, como pode-se atestar pelo exemplo de Kirchmann. Ela compõe, pois, um traço da vida intelectual que começara a ser demarcado séculos antes e ainda subsistiria pelo menos até após o transcurso do século XIX, resultando, no entanto, à altura da elaboração da *Introdução à Consolidação das leis civis*, no método e na lógica hegemônicas para a conceituação de ciência⁴⁶.

Com isso, quero argumentar que Teixeira de Freitas concebia sua tarefa de sistematizador e, posteriormente, codificador do direito civil brasileiro dentro dos contornos dessa noção de ciência, cujos contornos foram traçados a partir das chamadas ciências naturais. A atenção ao

44 O “verdadeiro” direito é designado por Kirchmann (1848, p. 06) pela ambígua formulação “direito natural” (*natürliches Recht*). Não se trataria de uma referência ao direito natural racional, ou jusracionalismo, mas ao direito “como ele vive no povo e como efetivado por cada indivíduo em seu contexto”. Veja-se, a respeito, Larenz (1966, p. 10, nota 11).

45 Note-se que, poucos anos antes da conferência de Kirchmann, John Stuart Mill também iniciava suas reflexões sobre a possibilidade de existência das ciências humanas pela pergunta acerca da invariabilidade das leis que governam as condutas humanas: “At the threshold of this inquiry we are met by the objection, which, if not removed, would be fatal to the attempt to treat human conduct as subject of Science. Are the actions of man, like all other natural events, subject to invariable laws?”. Cfr. Mill (1843, p. 478).

46 Dentro dos limites deste texto, é-me impossível tratar em toda extensão sobre este tema. Detalhadamente a respeito, veja-se Stephanitz (1970) e, mais recentemente, em Schröder (2020).

método não seria decorrência apenas de sua incumbência como sistematizador, mas da concepção do trabalho científico. O objeto de estudo do jurista, segundo Freitas, não diferiria em sua qualidade daquele do físico ou do biólogo. A relação jurídica seria tal qual um corpo celeste ou o exemplar de uma dada espécie de seres vivos: diante deles, deveria o cientista analisar, abstrair, catalogar e compreender suas conexões com o todo.

A intransigência de Teixeira de Freitas na busca pela *verdadeira* classificação, por vezes explicada em função da busca pela excelência e pelo perfeccionismo (cfr. Flores, 2012, pp. 1-12, nota nº 07), pode ser esclarecida, quem sabe com vantagem, por meio de sua representação da epistemologia jurídica.

5. Se afirmares que a verdade no Direito brilha como a luz do sol, direi que tens uma opinião divergente da de Savigny

O físico e o biólogo, que logo acima mencionei como exemplos, exercem atividades muito diversas entre si. As variadas epistemes em que se movimentam não devem ser dissolvidas em genérica referência às ciências naturais. Entretanto, concebia-se, no século XIX, uma base epistêmica compartilhada entre elas que permite encontrar unidade na multiplicidade. Tal base compunha, como já articulado acima, uma porção do paradigma de cientificidade tido como rigoroso no nosso período de estudo.

Com isso, as humanidades – à altura, ciências morais, *moral sciences*, *Geisteswissenschaften* –, tenderam a acomodar-se à estrutura epistemológica mecanicista⁴⁷, associando a coleta empírica de dados à generalização dos resultados a partir de procedimentos indutivos com o propósito de determinar as causas e efeitos dos fenômenos investigados. Assim, conforme Mill (1843, p. 493-494), a “ciência da natureza humana” não teria o padrão de exatidão da astronomia, mas não haveria razão para não a tomar como ciência na mesma medida da meteorologia e do estudo das marés. Naquela, como nessas, uma pluralidade de causas ainda não totalmente conhecidas preveniriam sua exatidão. Ela, no entanto, poderia ser alcançada pela acumulação de dados e de conhecimento, tal qual ocorrera com a astronomia. Assim, mesmo sem entrar em discussões metafísicas, poder-se-ia descrever cientificamente as regularidades observáveis nas condutas humanas (cfr. Gadamer, 2010, p. 10).

A prevalência deste aparato epistêmico culminou com a infiltração de procedimentos de indução incompleta e analogia no método jurídico. A aplicação de um tal método, que acarreta a abstração de regras concretas para inferir dali princípios ou outras regras consequentes, parte do pressuposto de que o direito é uma unidade completa e dotada de uma sistemática autorreferencial, tal qual um corpo orgânico, cujas partes podem ser analisadas, classificadas e compreendidas em relação ao todo (Schröder, 2020, p. 256 e segs.).

A partir dessa perspectiva, o emprego por Freitas do léxico tomado por empréstimo do conjunto de disciplinas abstratamente nomeado ciências naturais sugere sua busca por delas extrair os compromissos e procedimentos tidos como necessários para investigar a verdade, que, a seu ver, manifestar-se-ia no direito positivo. Isso permite uma nova leitura da metáfora

⁴⁷ Um panorama sobre a generalização da epistemologia mecanicista ao longo do século XIX encontra-se em Rheinberger (2007).

da luz que serve de título a esta seção, sem que nos confundamos em função de sua recorrência e trivialidade ao longo da história da filosofia⁴⁸.

A referência ao brilho do sol foi colhida da carta endereçada por Teixeira de Freitas ao Instituto dos Advogados Brasileiros, aos 22 de outubro de 1857. Nela, o jurista pede dispensa da função de presidente da corporação após a polêmica travada entre Freitas e Caetano Alberto Soares acerca da situação jurídica do filho da escrava libertada por testamento com cláusula que a onerasse a servir ao herdeiro ou legatário enquanto este vivesse. Freitas sugeriu que a questão, proposta por Soares, fosse levada ao plenário do Instituto. Após o sufrágio, a solução defendida por Freitas, no sentido de que o filho permaneceria escravo até a morte do herdeiro ou legatário, restou derrotada. Na conhecida carta de renúncia, Freitas escreve aos seus colegas: “se me negardes o brilho do sol, eu não direi que tendes uma opinião, direi que sóis cegos”⁴⁹.

A metáfora da luz pode ser encontrada em incontáveis manifestações ao longo da história do pensamento ocidental⁵⁰. Além de que, está presente mesmo no uso cotidiano da linguagem, como por exemplo no verbo *esclarecer*, no adjetivo *claro*, quando refere a uma situação acerca de que não são necessárias ulteriores explicações. O brilho do sol enquanto tal é utilizado metaforicamente pelo menos desde Platão (Kreuzer, 2016, pp. 68-69).

Entretanto, o recurso figurativo à luz e ao brilho do sol não é de significado estático. Certamente que seu sentido variou e variará conforme o contexto em que está inserida. Assim, em vista dos achados que até aqui foram expostos, não é despiciendo refletir sobre o que a referência ao brilho do sol, como saída da pena de Freitas em 22 de outubro de 1857, pode contribuir para compreensão de seu pensamento.

Note-se que, no caso, o que *brilha como a luz do sol* é a solução jurídica de um caso concreto. Se me dizeis que a eficácia da alforria se produz antes do implemento do termo aposto pelo testamento, dir-lhes-ei que lhes falta entendimento jurídico para encontrar nas fontes a solução verdadeira. Não haveria outra resposta para o problema, há apenas uma, a verdadeira. Em Freitas, portanto, a *verdade* do direito *brilha como a luz do sol* por meio da legislação, sendo assim passível de apreensão a partir da metodologia análoga à empregada pelo astrônomo.

Aplicado à legislação positiva, em que necessariamente estariam refletidas as relações jurídicas da vida real, tal aparato metodológico serviria ao jurista para sistematização conceitual do direito. Assim, Freitas atenua a discrepância entre a *matéria orgânica* do direito e a legislação, ao mesmo tempo em que isola o objeto da jurisprudência de outros campos do saber. Lê-se, a propósito, na *Nova Apostilla* que

(...) se as relações jurídicas, que a Legislação exprime e á que se applica (sic), manifestão-se por diferenças apreciaveis, constantes, e effectivas; essas diferenças existem na Legislação, são as mesmas da Legislação, e nella determinão divisões naturaes, susceptiveis de uma classificação rigorosa, visto que derivão de um só principio, e uma base larga, que é o plano immutavel da vida jurídica. (Freitas, 1859, p. 55)

48 Sobre a trivialidade da metáfora da luz na filosofia e na teologia, veja-se Almeida (2015, p. 44).

49 A carta está reproduzida em Meira (1979, pp. 151-161). Anote-se que, neste mesmo documento, Reis (2015, pp. 26-32) encontra correspondência imediata entre excertos do texto de Freitas e do *System des heutigen römischen Rechts* de Savigny, confirmando-se que o brasileiro, lastreado em Savigny, conceberia o direito privado a partir da relação jurídica.

50 Para um compreensivo panorama das diversas formas que assumiu a metáfora da luz ao longo da história do pensamento ocidental, confira-se Kreuzer (2016).

O sistema de conceitos de Teixeira de Freitas quer a vida real e, com efeito, reconhece suas potenciais reverberações sobre as relações sociais e econômicas, como lucidamente exposto no tópico *relações econômicas* na *Introdução à Consolidação das leis civis* (Freitas, 1876, pp. CLXXII-I-CCXXI). Entretanto, depreende-se do modo como trabalha a matéria do direito que o inverso não procede: a ciência jurídica não conta com influxos de campos do saber vizinhos. Seu recorte metodológico cria uma fronteira que raramente é ultrapassada por noções alheias ao direito. Debruçar-se sobre a ordem jurídica bastaria ao jurista para extrair-lhe a anatomia.

Com isso, se a formatação de sua tarefa não é puramente jurídica, uma vez que influenciada por um quadro epistêmico que lhe é externo, o aparato metodológico dali colhido serve a Freitas para *recortar* a matéria da jurisprudência, isolando-a tendencialmente dos demais campos do saber.

A já mencionada divergência com Savigny quanto à posição topológica do direito de família (veja-se tópico 2, *supra*) fornece um elucidativo exemplo do ponto de vista de Freitas no tocante ao isolamento de sua matéria. A posição de Savigny é “inconsequente” para Freitas, pois levanta os olhos sobre o direito para reconhecer a especialidade do direito de família em relação ao das obrigações. Sob o ponto de vista puramente jurídico, reconhece Savigny (1840, pp. 387-388) que haja semelhanças entre os dois ramos. Entretanto, em vista do caráter natural e moral da família, a similaridade é reputada como meramente aparente e acidental e, portanto, insuficiente para agrupar o direito de família junto ao das obrigações.

Freitas (1876, pp. CL-CLII), por sua vez, aduz que o estudo das relações de família “em todo o seu organismo” certamente as revelaria muito diferente de outras relações de indivíduo para indivíduo. Contudo, essa análise orgânica cede lugar à observação das “manifestações exteriores, consideradas genericamente”, em vista de que não seria possível contestar que “os direitos de umas, e outras, funcionam com o mesmo carácter”. Com isso, os valores imputados ao direito de família não se prestariam à determinação de sua posição no sistema: a verdadeira classificação estaria na qualidade do objeto e exclusivamente dela deveria ser extraída (veja-se Freitas, 1859, pp. 28-89 e 53).

A autonomia do campo jurídico no pensamento savignyano não conduz ao seu isolamento. Ao contrário, Savigny (1840, pp. 51-54) posiciona-se expressamente contra abordagens unilaterais provenientes do jusracionalismo ou da estrita investigação do direito positivo. Haveria uma tarefa geral do direito a ser reconduzida à determinação “moral da natureza humana” (*sittliche Bestimmung der menschlichen Natur*) como ela se apresenta em uma perspectiva cristã (*christliche Lebensansicht*). Assim, a ciência jurídica alcançaria a verdade apenas por intermédio da vinculação do direito com o todo⁵¹. Savigny, portanto, entende que a organicidade da relação jurídica transborda o campo exclusivamente jurídico (Stephanitz, 1970, p. 144).

É justamente neste ponto que se encontram importantes pontos de contato e, ao mesmo tempo, desvios fundamentais entre as ideias de Freitas e Savigny. Como já indicado *supra* (tópico 2.1), Freitas (1876, p. LXII) enuncia, tal qual Savigny, a relação jurídica como seu ponto de

51 O excerto está, no original, assim redigido: “Jene Allgemeine Aufgabe alles Rechts nun läßt sich einfach auf die *sittliche Bestimmung der menschlichen Natur* zurück führen, so wie sich dieselbe in der christlichen Lebensansicht darstellt; denn das Christenthum ist nicht nur von uns als Regel des Lebens anzuerkennen, sondern es hat auch in der That die Welt umgewandelt, so daß alle unsre Gedanken, so fremd, ja feindlich sie demselben scheinen mögen, dennoch von ihm beherrscht und durchdrungen sind. Durch diese Anerkennung eines allgemeinen Zieles wird keinesweges das Recht in ein weiteres Gebiet aufgelöst und seines selbständigen Daseyns beraubt: es erscheint vielmehr als ein ganz eigenenthümliches Element in der Reihe der Bedingungen jener allgemeinen Aufgabe, in seinem Gebiet herrscht es unumschränkt, und es erhält nur seine höhere Wahrheit durch jene Verknüpfung mit dem Ganzen” (Savigny, 1840, pp. 53-54).

partida (Reis, 2015, pp. 30-31) e depura, a partir dela, conceitos jurídicos “à moda savignyana”, como elegantemente descreve Pousada (2007, p. 95). Essa depuração implica que haja uma base comum para compreensão da fenomenologia jurídica, e esta base encontra-se na representação do direito como sistema *orgânico*, em que todas as partes estão se conectam entre si e, simultaneamente, com o todo.

Contudo, ao ocupar-se da demarcação dos limites da legislação civil ao longo da *Introdução*, Freitas parte do fenômeno jurídico, debruça-se sobre ele e a ele retorna, sem ocupar-se da *tarefa elevada* da ciência jurídica. Isso porque o jurista brasileiro embrenha-se na relação jurídica, dissecando o seu conteúdo. A pedra de toque de sua sistematização – a diferença entre os direitos pessoais e reais – encontra-se no conteúdo eficaz dos direitos subjetivos, que é uma das porções já isolada da relação jurídica. Assim, Freitas parte de uma classe eficaz mais abstrata – a relação jurídica – para isolar e esmiuçar as suas partes componentes.

Savigny (1840, p. 07-08) percorre o caminho inverso: sua articulação em torno da relação jurídica se deve à constatação da insuficiência da observação isolada do direito subjetivo para compreensão do fenômeno jurídico. Com isso, recorre-se à abstração para alcançar a natureza orgânica da relação jurídica em sua construção viva.

É inegável que o pensamento de Savigny tenha servido a Freitas de forma profunda e significativa, como amplamente demonstrado pela literatura. Entretanto, como argumento, há um divórcio epistemológico entre os juristas que determina dissociações importantes entre os seus sistemas. Teixeira de Freitas utiliza Savigny, mas dentro dos quadrantes da concepção de ciência e de verdade a que submete toda a sua bibliografia.

Conclusões

Os achados desta investigação autorizam a relativização de uma relação de escola, ou seja, como mestre e discípulo, entre Freitas e Savigny⁵². Com efeito, como demonstrado no tópico 2 *supra*, há profundas divergências entre as *visões de mundo* dos dois juristas que vão muito além do paradoxo da recepção do aparato savignyano no âmbito de um projeto de codificação. Essas divergências, como se viu nos tópicos 4 e *supra*, desdobram-se em um descompasso epistemológico.

Ao partirmos da investigação sobre o modo fragmentado com que Teixeira de Freitas lidou com a bibliografia que lhe serviu para composição da *Introdução à Consolidação das leis civis*, encontramos importantes indicações acerca das representações de *verdade, ciência e método* em seu pensamento. A partir destes achados, argumentamos que, embora Savigny constitua, sem dúvida, um das principais, senão a principal fonte teórica para formação do pensamento jurídico de Teixeira de Freitas – o que talvez se mostre de forma ainda mais clara em seu *Esboço* –, subjacente ao pensamento do brasileiro há um conjunto de fatores institucionais e dissonâncias epistemológicas em relação ao alemão que, segundo argumento, permitem relativizar a assunção de uma afiliação intelectual direta entre os juristas.

52 No sentido de que existiria uma tal relação entre os autores manifestam-se David (2005, p. 68), Lopes (2008, p. 282), Fonseca (2006, p. 71).

Como demonstrado, seria pouco provável que Freitas, a partir de seu ambiente cultural e institucional, pudesse tomar para si noções fundamentais para o pensamento savignyano, especialmente no que se refere à origem do direito e da interação entre as fontes jurídicas. Além de que, demonstrou-se que o jurista brasileiro concebia sua tarefa em íntima conexão com a ideia de ciência e de produção de conhecimento então hegemônicas, influenciadas pelos modelos epistêmicos das ciências naturais.

A postura de Freitas como cientista jurídico é determinante para a composição do quadro intelectual em que se passaram as suas leituras. Os métodos e procedimentos por ele adotados revelam-se significativamente modulados pela noção de ciência então hegemônica, o que fica evidente na terminologia empregada em sua obra: *medir, analisar, partir em partes alíquotas, dividir em partes aliquantas*, ter em conta o *grau de intensidade* com que o direito atua, classificar os direitos subjetivos conforme a sua extensão obedecendo aos ditames de uma *química* intelectual.

Neste vocabulário, é possível encontrar fórmulas análogas àquelas empregadas por autores com quem Freitas, seguramente, não teve contato, tais como Kirchmann e Jhering. Ainda que não os houvesse lido, com eles comunga algo da representação do método e do desenvolvimento do conhecimento científico. Tal concepção acerca da própria atividade na busca da *verdade* no direito, combinada com a imersão na cultura jurídica luso-brasileira, fez com que Freitas atingisse uma sofisticação sistemática única.

Em conclusão, convém observar que as primeiras afirmações da relação entre Savigny e Freitas foram formulados enquanto o brasileiro ainda vivia . Elas indicam um aspecto importante de sua obra, mas, por um outro viés, podem acarretar uma simplificação excessiva acerca da gênese dos trabalhos seminais de Freitas para a ciência jurídica no Brasil. Como recomenda Horst Heinrich Jakobs, lembrado na introdução a este trabalho, é preciso ouvi-lo com atenção para entender o que a *sua* relação jurídica, a sua *Scientia do Direito* tem a nos dizer.

Referências

- Akamatsu, H. (2000). Einleitung. In F. C. v. Savigny (Ed.), *Politik und Neuere Legislationen. Materialien zum „Geist der Gesetzgebung* (pp. VII - LXIX). Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann
- Almeida, J. J. R. L. d. (2015). A luz como metáfora na teologia e na filosofia. *Ciência&Cultura*, 67(3), 43-47
- Alves, J. C. M. (2009). A formação romanística de Teixeira de Freitas e seu espírito inovador. In J. C. M. Alves (Ed.), *Estudos de Direito Romano* (pp. 417-448). Editora do Senado Federal
- Alves, J. C. M. (1993). Panorama do direito civil brasileiro: das origens aos dias atuais. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, 88, 185-238
- Alves, J. C. M. (2008). O papel de Teixeira de Freitas na formação do direito brasileiro. *Revista brasileira de direito comparado*, 34, 141-151
- Audren, F. & A.S. Chambost & Halpérin, J.L. (2020). *Histoires contemporaines du droit*. Dalloz

- Barbuy, V. E. V. (2014). *Ideias jurídicas de José de Alencar*. (Dissertação de Mestrado). Universidade de São Paulo
- Blondeau, H. (1821). Des méthodes de classification qui on été suivies ou proposées, à diverses époques, pour faciliter l'étude du droit privé, et notamment de celles qui sont adoptée aujourd'hui dans la plupart des Universités d'Allemagne. *Thémis ou Bibliothèque du Jurisconsulte*, 4(11), 246-277
- Blondeau, H. (1823). Sur le nouveau Code civil du royaume des Pays-Bas. *Thémis ou Bibliothèque du Jurisconsulte*, 6, 53-73.
- Bon, J. B. (1768). Præfatio ad partem jurisprudentiæ G. G. Leibnitii. In L. D. L. Dutens] (Ed.), *Opera Omnia Gothofredi Guillelmi Leibnitii* (Vol. 4). Fratres de Tournes
- Bonnet, J. (1914). *La thémis (1819 - 1831): son fondateur, Athanase Jourdan* (2 ed.). Recueil Sirey
- Collecção das leis do Imperio do Brazil, Parte Primeira (1878)
- Caroni, P. (2005). Blicke über den Gartenzaun. In P. Caroni (Ed.), *Die Einsamkeit des Rechtshistorikers. Notizen zu einem problematischen Lehrfach* (pp. 73-115). Helbing & Lichtenhahn
- Carvalho, J. M. d. (2014). *A construção da ordem: a elite política imperial. Teatro de sombras: a política imperial*. Civilização Brasileira
- Chacon, V. (1969). *Da escola do Recife ao código civil (Artur Orlando e sua geração)*. Organização Simões
- Dantes, M. A. M. (ed.) (2001). *Espaços da ciência no Brasil. 1800-1950*. Fiocruz.
- Dantes, M. A. M. (2022). Uma história institucional das ciências no Brasil. Transformações na área da historiografia científica nas últimas décadas do século XX abriram novas possibilidades para a História Institucional da Ciência. *Ciência&Cultura*. <https://revistacienciaecultura.org.br/?artigos=uma-historia-institucional-das-ciencias-no-brasil>
- David, R. (2005). Le droit brésilien jusqu'en 1950. In A. Wald & Jauffret-Spinozi (Ed.), *Le droit brésilien d'hier, d'aujourd'hui e de demain*. Société de Législation Comparée
- Flores, A. d. J. (2012). Direito natural e codificação: atualidade do método realista clássico de Teixeira de Freitas. *Revista da Faculdade de Direito UFRGS*(30), 07-26
- Flores, A.d. J. (2017). Entre a consolidação e o código: o diálogo entre a doutrina e o mundo forense no Segundo Reinado e no início da República. *Revista do Instituto Histórico e Geográfico* 178(473), 53-75
- Fonseca, R. M. (2006). A cultura jurídica brasileira e a questão da codificação civil no século XIX. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, 44, 61-76
- Formiga, A. S. d. C. (2010). *Periodismo jurídico no Brasil do século XIX*. Juruá

- Freitas, A. T. d. (1859). *Nova apostilla á censura do senhor Alberto de Moraes Carvalho sobre o projecto do codigo civil portuguez*. Laemmert
- Freitas, A. T. d. (1876). *Introdução*. In *Consolidação das leis civis* (Vol. 1). Garnier
- Gadamer, H.G. (2010). *Wahrheit und Methode. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik* (Vol. 01). Mohr Siebeck
- Gerken, J.F. (2016). Der Einfluss der historischen Rechtsschule auf Belgien. In S. Meder & C.E. Mecke (Ed.), *Savigny global 1814-2014. „Vom Beruf unsrer Zeit“ zum transnationalen Recht des 21. Jahrhunderts*. V&R unipress
- Jakobs, H. H. (1992). *Die Begründung der geschichtlichen Rechtswissenschaft*. Ferdinand Schöningh
- Jhering, R. v. (1874). *Geis des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung* (03 ed. Vol. 02). Breitkopf und Härtel
- Jhering, R. v. (2009). *Ist die Jurisprudenz eine Wissenschaft?* Wallstein
- Jourdan, A. J. L. (1821). Considérations sur l'état actuel de la science du droit en France, et revue de quelques ouvrages de droit romain. *Thémis ou Bibliothèque du Jurisconsulte*, 03(11), 367-379
- Kirchmann, J. v. (1848). *Die Werthlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft* (02 ed.). Springer
- Kreuzer, J. (2016). Das *Licht* als Metapher in der Philosophie. In Ó. Loureda (Ed.), *Licht* (Vol. Wintersemester 2014/15, pp. 63-84). University Publishing.
- Kungel, W. (1968). Savignys Bedeutung für die deutsche Rechtswissenschaft und das deutsche Recht. *JuristenZeitung*, 17(15/16), 457-463
- Larenz, K. (1966). *Über die Unentbehrlichkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*. Walter de Gruyter & Co.
- Lopes, J. R. d. L. (2008). *O direito na história: lições introdutórias* (03 ed.). Atlas
- Meder, S. (2017). *Rechtsgeschichte* (6 ed.). Böhlau
- Meira, S. (1979). *Teixeira de Freitas: o jurisconsulto do império*. José Olympio
- Meira, S. (1988). O jurisconsulto Augusto Teixeira de Freitas em face do direito universal. *Revista de Ciência Política*, 31(04), 305-318
- Mill, J. S. (1843). *A System of Logic, Ratiocinative and Inductive: Being a Connected View of the Principles of Evidence, and the Methods of Scientific Investigation* (Vol. 2). Cambridge University Press.
- Moreira, F. I. d. C. (1846). Discurso do Dr. Dr. Francisco Ignacio de Carvalho Moreira, recitado na sessão publica do Instituto dos Advogados Brasileiros, no dia 7 de setembro de 1845, 2º aniversario de sua instalação. *Gazeta dos Tribunais*, 4(296). Acessível em: <http://memoria.bn.br/DocReader/709492/1188>. Último acesso aos 11 de maio de 2021

- Moreira, F. I. d. C. (1862). Da revisão geral e codificação das leis civis e do processo no Brasil. *Revista do Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros*, 1(3). Acessível em: <http://memoria.bn.br/DocReader/324345/121>. Último acesso aos 11 de maio de 2021
- Neves, M. (2015). Ideas in another place? Liberal constitution and the codification of private law at the turn of the 19th Century in Brazil. In M. R. P. T. K. T. Duve (Ed.), *Derecho privado y modernización: América Latina y Europa en la primera mitad del siglo XX* (pp. 47-81). Max Planck Institute for European Legal History
- Peres, R. E. d. F. (2005). *Uma revisão das possíveis fontes leibnizianas na formação da ciência jurídica brasileira: um estudo da obra de Augusto Teixeira de Freitas*. (Mestrado). PUC/SP
- Pollock, F. (1888). *Principles of Contract being a treatise on the general principles concerning the validity of agreements in the Law of England, and America* (4 ed.). The Blackstone Publishing Co.
- Queiroz, R. M. R. (2017). Sistematização do direito civil às vésperas do código de 1916: análise empírico-documental dos arquivos da biblioteca da Faculdade de Direito de São Paulo. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, 112, 551-569
- Ramalhete, C. (1981). *Compreensão de Teixeira de Freitas e Savigny. Os dois procedimentos constituintes clássicos e crise política*. Olímpica
- Reale, M. (1947). A doutrina de Kant no Brasil (Notas à margem de um estudo de Clovis Bevilacqua). *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, 42, 51-96
- Rebouças, A. P. (1867). *Observações à Consolidação das Leis Civis pelo Dr. Augusto Teixeira de Freitas*. Laemmert
- Reis, T. (2015). Savigny-Leser in Brasilien um die Mitte des 19. Jahrhunderts. In T. Duve & J. Rückert (Ed.), *Savigny International?* (pp. 01-40). Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann
- Saldanha, N. (1985). História e sistema em Teixeira de Freitas. *Revista de Informação legislativa*, 22(84), 237-256
- Sarsfield, D. V. (1920). El folleto del doctor Alberdi. In J. C. Texo (Ed.), *Juicios críticos sobre el proyecto de código civil*. Jesús Menéndez
- Savigny, F. C. v. (1820). Anzeige: *Thémis ou Bibliothèque du Jurisconsulte*. Tome 01. (Livraison 1-5.) Tome 2. (Livr. 6) Paris, au bureau de la *Thémis*, rue gitle-coeur. *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*, 04, 482-490
- Savigny, F. C. v. (1822). Lettre de M. De Savigny, professeur de droit à l'Université de Berlin, et conseiller intime à la Cour de cassation et de révision pour les provinces Rhénanes sur l' *Histoire de Cujas* par M. Berriat-Saint-Prix. *Thémis ou Bibliothèque du Jurisconsulte*, 4, 193-207
- Savigny, F. C. v. (1840). *System des heutigen römischen Rechts* (Vol. 1). Veit und Comp.

- Savigny, F. C. v. (1840). *Traité de droit romain* (C. Guenoux, Trans. 1 ed. Vol. 1). Firmin Didot Frères.
- Savigny, F. C. v. (1850). Wesen und Werth der deutschen Universitäten. In F. C. v. Savigny (Ed.), *Vermischte Schriften* (Vol. 04, pp. 270-308). Veit und Comp.
- Savigny, F. C. v. (1850). Recension von: F. Schleiermacher, Gelegentliche Gedanken über Universitäten in deutschen Sinn. Berlin 1808. In F. C. v. Savigny (Ed.), *Vermischete Schriften* (Vol. 04, pp. 255-269). Veit und Comp.
- Savigny, F. C. v. (1855). *Traité de droit romain* (C. Guenoux, Trans. 2 ed. Vol. 1). Firman Didot Frères
- Schleiermacher, F. D. E. (2010). Gelegentliche Gedanken über Universitäten in deutschem Sinn. In: Humboldt-Universität zu Berlin, Humboldt-Universität, Leitung und Verwaltung
- Schmidt, J. P. (2009). Die Zivilrechtskodifikation in Brasilien: Strukturfragen und Regelungsprobleme in historischvergleichender Perspektive. Mohr Siebeck
- Schröder, J. (2020). *Recht als Wissenschaft. Geschichte der juristischen Methodenlehre in der Neuzeit (1500-1990)* (3 ed. Vol. 1). C. H. Beck
- Silva, C. V. d. C. e. (1988). O direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro. *Revista de Informação legislativa*, 25(94), 163-180
- Soleil, S. (2020). « On the Vocation of our Age for Codes ». Le recours à Savigny lors de la controverse anglo-américaine sur la codification du common law (1820-1835). *Historia et Ius - Revista di Storia Giuridica dell'Età Medievale e Moderna*, 18
- Stephanitz, D. v. (1970). *Exakte Wissenschaft und Recht. Der Einfluß von Naturwissenschaft und Mathematik auf Rechtsdenken und Rechtswissenschaft in zweieinhalb Jahrtausenden. Ein historischer Grundriß*. Walter de Gruyter & Co.
- Telles, J. H. C. (1837). *Digesto portuguez, ou, Tratado dos direitos e obrigações civis : accommodado as leis e costumes da nação portuguesa : para servir de subsidio ao novo Codigo civil*. Typ. de M. S. de Faria
- Villard, P. (1994). L'influence de la doctrine française sur le droit civil brésilien *Revue d'histoire des Facultés de droit et de la science juridique*, 15, 161-173
- Warnkönig, L.A. (1819). De l'état actuel de la science du droit en Allemagne, et de la révolution qu'elle y a éprouvée dans le cours de trente dernières années. *Thémis ou Bibliothèque du Jurisconsulte*, 1(1), 07-24
- Warnkönig, L.A. (1831). Der Rechtsgelehrte Dr. Jourdan in Paris und sein Verhältnis zur Reform der Rechtswissenschaft in Frankreich *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft* 07, 43-89.

Data de Recebimento: 18/10/2021

Data de Aprovação: 03/10/2022

HISTÓRIA DO DIREITO

Juan de Solórzano Pereira (1575-1655) e a sua “política indiana”:

elementos de teoria e prática da justiça na américa espanhola (séc. XVII)

Juan de Solórzano Pereira (1575-1655) and the “política indiana”:

elements of legal thought and legal practice in spanish america (17th century)

Alfredo de Jesus Dal Molin Flores¹;

Estéfano Elias Risso²

¹ Universidade Federal do Rio Grande do Sul

² Universidade Federal do Rio Grande do Sul

RESUMO

A partir do descobrimento das Américas – as “Índias Ocidentais” – o Império espanhol se viu numa crescente necessidade de formar, através das universidades, uma nova classe burocrática que pudesse organizar e administrar os territórios dos recém organizados Vice-Reinados nas Américas. As faculdades de direito da época (principalmente aqui as de “*Leyes*” e as de “*Cánones*”) foram vistas, dentro deste processo, como locais especiais para a formação dessa nova classe. Dentre os formados nos moldes dessa mentalidade, Juan de Solórzano Pereira (1575-1655) foi um dos mais destacados juristas a serviço da Coroa espanhola durante o século XVII. O autor, formado em direito na Universidade de Salamanca, na qual recebeu também o título de doutor, foi enviado no ano de 1610 ao Vice-Reinado do Peru com o relevante cargo de *Oidor* da Audiência de Lima, com o encargo Real estabelecido de “que atendiese y escribiese todo lo que juzgase concerniente y conveniente a su derecho y gobierno”. Publicou em 1647 a versão castelhana de sua obra, chamada “*Política Indiana*”. Pode-se dizer que tal livro é um perfeito exemplo do modelo heurístico dos juristas e filósofos do período, em que os textos referidos, assim como os seus respectivos autores, possuíam um local de destaque na argumentação, pois lhes eram atribuídos a “*auctoritas*” que serviria de base para justificar as soluções jurídicas e morais encontradas para os casos concretos. Além disso, a própria seleção dessas “*auctoritates*” a serem consultadas na solução de um problema ou questão (“*quæstio*”) levantada já era um exercício importante da parte do intelectual, que antes buscava se arvorar nos seus antecessores do que buscar necessariamente uma originalidade nas suas respostas. O direito, portanto, era visto como uma arte na qual se deveria encontrar, através do devido uso da “*ratio*”, a solução ou resposta mais justa à problemática apresentada, baseando-se nas fontes consideradas autoritativas (como o “*Ius commune*”, o direito romano e as Cédulas e Ordenanças Reais) e na opinião comum dos estudiosos (juristas, filósofos e teólogos). Nesse sentido, Juan de Solórzano Pereira, como um membro da Escola de Salamanca, onde recebera sua formação, encontra-se em uma posição privilegiada de recepção das correntes e dos debates que perpassaram o séc. XVI, motivo pelo qual ele declara pretender “ceñir los mejores o componer de flores diversas un ramillete oloroso” a depender de cada temática. Partindo da análise da sua “*Política Indiana*”, pretendemos então analisar sinteticamente a estrutura organizativa com que ele fundamentaria a conquista territorial e a manutenção do domínio espanhol sobre o Novo Mundo, tema dos mais importantes na gênese do chamado direito indiano, assim como a concepção de justiça subjacente a essa defesa.

Palavras-chave: Política Indiana; Índias Ocidentais; Escola de Salamanca; Juan de Solórzano Pereira; América espanhola (Séc. XVII).

ABSTRACT

From the discovery of the Americas – the “West Indies” – the Spanish Empire found itself in a growing need to form, through universities, a new bureaucratic class to organize the territories of the Viceroyalties in America. The law schools of the time (mainly here those of “*Leyes*” and “*Cánones*”) were seen as essential places for the formation of this new class. Among those who studied under this mentality, Juan de Solórzano Pereira (1575-1655) was one of the most prominent jurists in the service of the Spanish Crown during the 17th century. The author, who graduated in law on the

University of Salamanca, where he also received the title of Doctor, was sent in 1610 to the Viceroyalty of Peru with the position of “*Oidor*” of the Court of Lima, bearing the Royal order to “attend and write down everything that was relevant and convenient to the law and government [of the *Indias*].” He published in 1647 the Castilian version of his work, called “*Politica Indiana*”. This book is a perfect example of the heuristic model of the jurists and philosophers of the period, in which the quoted texts, as well as their authors, had a prominent place in the argumentation, because to them were attributed the “*auctoritas*” that would serve as a basis to justify the legal and moral solutions found for the concrete cases. Moreover, the very selection of these “*auctoritates*” to be consulted in the solution of a problem or question (“*quæstio*”) was already an important exercise to the intellectual class, who mostly sought to rely on their predecessors rather than always seek originality. The law, therefore, was seen as an art in which one should find, through the proper use of reason (“*ratio*”), the more just answer to each problem, based on the sources considered authoritative (such as the “*Ius commune*”, Roman law, and the “*Real ordenanzas*”) and on the common opinion of the scholars (jurists, philosophers, and theologians). In this sense, Juan de Solórzano Pereira, as a member of the School of Salamanca, where he received his education, is in a privileged position to receive the currents of thought and debates that permeated the 16th century, which is why he says that want “harvest the best flowers and compose from diversity an odorous bouquet” depending on each theme. Starting from the analysis of his “*Política Indiana*”, we intend to analyze synthetically the structure with which he would theoretically defend the territorial conquest and the maintenance of the Spanish dominion over the New World, one of the most important themes in the genesis of the “*Indian Law*”, as well as the conception of justice underlying this defense.

Keywords: “*Política Indiana*”; West Indies; School of Salamanca; Juan de Solórzano Pereira; Spanish America (17th Century).

1. Introdução

Desde a perspectiva da introdução paulatina da historiografia jurídica brasileira no cenário internacional a partir de fins do séc. XX, é necessário recordar que os estudos desenvolvidos no contexto do chamado “*Derecho Indiano*”, ou seja, a história do direito na América hispano-colonial, são relevantes para alcançarmos uma mais completa visualização do próprio contexto da história do direito colonial no Brasil. É dentro desta proposta que deveremos enquadrar o presente estudo sobre um dos mais importantes juristas do período “*indiano*”, de grande repercussão na Península ibérica e na América hispânica, Solórzano Pereira.

Devemos lembrar, entretanto, que o estudo do direito hispano-colonial no Brasil ainda está restrito a aproximações que se desenvolvem no âmbito do debate vinculado à disciplina de História da América, no modo que se consolidou no Brasil. Destarte, normalmente a leitura historiográfica feita no Brasil sobre a América espanhola esteve nos limites da historiografia social e política, não havendo, pois, muito contato com o circuito historiográfico-jurídico nacional. Nestes termos, este trabalho apresentará elementos introdutórios sobre a figura de Solórzano Pereira para o debate que se pode consolidar na historiografia jurídica brasileira, buscando dialogar com os autores que se identificam com a História do Direito e que já escreveram sobre o tema no país. A estratégia aqui utilizada será a de apresentar alguns elementos que foram produzidos no debate dos historiadores do direito “*indiano*”, adequando-os ao cenário brasileiro.

Começemos com nosso autor: Juan Solórzano Pereira (1575-1655)³ foi uma das personalidades mais notáveis a serviço da Coroa espanhola no século XVII. De família de ilustres juristas espanhóis, nasceu em Villa de Madrid e recebeu o grau de *Licenciado en Leyes* na Universidade de Salamanca no ano de 1599. Em 1602, assumiu como substituto a sua primeira cátedra e em 1607 assumiu como titular a cátedra de *Vísperas de Leyes*. Em 1608, com uma tese sobre o parricídio, recebeu o grau de Doutor. Ele permaneceria, no entanto, pouco tempo como catedrático na Universidade, pois seria logo enviado para o Peru (Mirow, 2018).

A partir do descobrimento das Américas – as “Índias Ocidentais” – o Império espanhol se viu numa crescente necessidade de formar, através das universidades, uma nova classe burocrática que pudesse organizar e administrar os territórios dos recém organizados Vice-reinados nas Américas. As faculdades de direito da época (principalmente as de “*Leyes*”, mas, de alguma forma, também as de “*Cánones*”) foram vistas, dentro deste processo, como locais especiais para a formação dessa nova classe (Lario, 2019).

Durante esse período histórico, quase toda a vasta burocracia a serviço do Império espanhol foi recrutada principalmente nas Universidades de Salamanca, Alcalá e Coimbra (Sánchez Maíllo, 2010, p. 33), locais de onde saíam também os futuros professores das Universidades que seriam fundadas por todo território espanhol nas Américas ao longo do século XVI e XVII, como a Universidade de Santo Domingo, a Real Universidade de São

³ Indicamos, em especial, a leitura de uma biografia e de uma história-intelectual do autor: García Hernán, 2007 e Sánchez Maíllo, 2010. Em português, é possível encontrar um artigo apresentando sinteticamente sua obra: Ballone, 2017.

Marcos, em Lima, Peru, e a Real e Pontifícia Universidade do México.⁴ Recorde-se que este período abarca a União das Coroas, entre Portugal e Espanha.

Assim, com 35 anos, Solórzano foi designado “*oidor*” da Audiência de Lima, no Vice-reinado do Peru, e recebeu o importante encargo real das mãos do Rei Felipe III (1598-1621) de que “atento, escrevesse tudo o que julgasse concernente e conveniente sobre o direito e o governo [das Índias]”,⁵ sinal da preocupação real e do Conselho das Índias com a administração dos territórios coloniais e com a sua efetiva posição jurídica.

De fato, “o problema mais importante no direito ‘indiano’ foi definir com exatidão a situação constitucional do Novo Mundo dentro do grande conglomerado político formado pelos diversos reinos que integravam a monarquia espanhola”⁶, conforme as palavras de Zorraquín Becú. Para que esse problema fosse definido teoricamente e solucionado (de forma que a Coroa pudesse justificar o seu domínio perante as outras nações), era necessário então termos o trabalho e a colaboração *in loco* de pessoas que conhecessem a realidade do Novo Mundo.

Assim, Solórzano foi convocado de volta de Lima à Península Ibérica em 1626, já sob o reinado de Felipe IV (1621-1665), sendo nomeado sucessivamente num período de um ano Fiscal do Conselho Fiscal, Fiscal do Conselho das Índias e Conselheiro do mesmo Conselho, órgão máximo da administração colonial espanhola. Solórzano permaneceu no cargo de Conselheiro das Índias até 1641, quando foi jubilado, e passou a dedicar-se à consolidação de suas obras, assim como a resolver questões consultivas que fossem eventualmente dirigidas a ele (Sánchez Maíllo, 2010, p. 60).

Tal era a relevância, para os espanhóis, de justificar a legitimidade e justiça do domínio espanhol sobre o Novo Mundo, mesmo no século XVII, que Solórzano começa o livro I de sua “*Política Indiana*” (sua obra de maior impacto e circulação) tratando desse tema (que ele já tratara anteriormente na versão latina de seu livro, “*De Indiarum Iure*”), e em especial rebatendo as críticas estrangeiras a esse domínio, questão de especial importância dado o contexto histórico em que ele estava escrevendo, dada a tentativa de centralização da Coroa frente a decadência do Império e a derrota em diversas guerras no continente europeu (Castaño, 2018).

Partindo da análise da sua “*Política Indiana*”, pretendemos então apresentar sinteticamente a estrutura organizativa (“*ratio*”) com que ele fundamentaria a conquista territorial e a manutenção do domínio espanhol sobre o Novo Mundo, assim como apresentar a concepção de justiça subjacente a essa defesa.

4 “Los colegios mayores fueron instituciones creadas por y para castellanos fundamentalmente. (...) donde se formaron centenares de hombres que luego nutrieron la pequeña y media burocracias de la Monarquía. Pero la alta burocracia y la clase política procedían mayoritariamente de la alta nobleza y de los colegios autodenominados ‘mayores’. Resulta fascinante constatar su evolución, en sincronía con el desarrollo de la Monarquía de los Austrias: de fundaciones creadas para permitir la formación en las universidades de ‘hombres del saber’ de origen humilde, pasaron a ser, sobre todo, instituciones para la forja de ‘letrados’ –de sangre limpia y procedentes de familias razonablemente acomodadas, cuando no ricas–, hábiles en el manejo de las herramientas de imperium, de mando, que el Poder necesitaba” (Lario, 2019, p. 355).

5 “[...] Que atendiese y escribiese todo lo que juzgase concerniente y conveniente a su derecho y gobierno” (Baciero, 2006, p. 264).

6 “El problema más importante, en el derecho indiano, fue el de definir con exactitud la situación constitucional del Nuevo Mundo dentro del magno conglomerado político formado por los distintos reinos que integraban la monarquía hispánica” (Zorraquín Becú, 1974, p. 01).

2. O contexto histórico de organização da Política Indiana

Foi a partir da missão que Felipe III encarregou a Solórzano que ele, entre seus deveres de estado e frequentes viagens as quais ele tinha que realizar como “*oidor*” (atuando como um tipo de magistrado no Vice-Reinado), adquiriu boa parte da experiência e do conhecimento que o levaria a redigir posteriormente, em dois tomos, uma de suas principais obras, sob os títulos de “*De Indiarum iure sive de iusta Indiarum Occidentalium inquisitione, acquisitione et retentione*” (Do direito das Índias ou da justa descoberta, aquisição e retenção das Índias Ocidentais), com primeira edição publicada em 1629, e “*De Indiarum iure sive de iusta Indiarum Occidentalium gubernatione*” (Do direito das Índias ou do justo governo das Índias Ocidentais), com primeira edição publicada em 1639. Esses tomos foram escritos em latim durante o seu período de atividade no Conselho das Índias.⁷

Dado o sucesso e repercussão de sua obra, e ao fato de ser visto dentro do Reino como umas das principais autoridades na temática devido à posição que ocupara no Conselho das Índias, quando já estava aposentado, foi requisitado a escrever uma versão castelhana do seu “*Indiarum iure*”, na qual se ocupou por diversos anos e veio a publicar em Madri, no ano de 1647, sob o título de “*Política Indiana*”. A “*Política Indiana*”, no entanto, não foi uma simples tradução dos dois tomos de sua obra anterior, tendo sido antes uma espécie de reformulação da obra, feita em sua maturidade intelectual, como diz o próprio autor:

E por este motivo decidi não me ater tanto a letra [da obra], mas à intenção, e melhorando-a, acrescentar muitas partes, abreviá-la em outras. Assim retirei de ambas as partes essa obra, que intitulo Política Indiana, que compreende em um só livro tudo que é substancial, pois é nisso que consiste, segundo a doutrina de Seneca, o valor do engenho.⁸

Antes, ela foi pretendida como uma espécie de obra introdutória à Recopilação das Leis das Índias que pretendia escrever, trabalho que acabou por não vir à luz, em que pese seja reconhecido que os esforços de Solórzano em sua “*Política Indiana*” teriam influenciado à Recopilação das Leis das Índias promulgada somente em 1680 pelo Rei Carlos II (Andrés Santos, 2007, p. 47-48).

Por outro lado, Solórzano Pereira se formou na Universidade de Salamanca, sede da famosa Escola de Salamanca, a qual pertenceu, e veio ali a se tornar um *prático* (jurista e político).⁹

⁷ Sobre a impressão e circulação dos livros de “*Derecho Indiano*”, recomendamos a leitura do artigo de Ávila Martel, 2000, escrito no contexto do VIII Congreso Internacional de Historia del Derecho Indiano.

⁸ “I por esta causa determiné no atarme tanto a la letra, como al intento, i mejorándole, i añadiéndole en muchas partes, i abreviándole en otras, he sacado de ambos esta, que intitulo Política Indiana, que comprehende todo lo substancial dellos en solo uno, que es en lo que, según dotrina de Seneca, consiste la valentía del artificio” (Solórzano Pereira, 1647, dedic. 1º par.).

⁹ Salamanca, embora talvez seja mais conhecida por seus filósofos e teólogos, foi também uma frutífera escola jurídica. Não podemos aqui fornecer amplas bibliografia sobre o tema, mas para uma perspectiva de estudos recente da influência da Escola no mundo do direito, veja-se “Salamanca, escuela de juristas” de Alonso Romero, 2012, e sobre a sua influência em escala global, Duve, 2021a (esse capítulo se encontra também em português – Duve, 2021b). Para uma análise e relação dos estudos contemporâneos sobre a Escola de Salamanca, recomendamos o amplo estudo e bibliografia sobre o tema organizados por Egío; Ramírez Santos; 2020. Sobre a dimensão da “escola”, é interessante o que diz Duve: “What is referred to as ‘the School’ was much more than a group of some outstanding Dominicans teaching in Salamanca. It was an epistemic community and a community of practices that was active in many places, far beyond what later became Spain. One just has to leave the reduction of legal history to a history of scientification of law and a history of the emergence of jurisprudence behind, integrate law and religion in a joint analysis, and take seriously that the sixteenth-century theologian’s most important goal was the cura animarum. Then it becomes clear that the tremendous (and obviously highly ambivalent) significance of the School for the international language of law and politics resulted not only from the grand treatises that, since the later nineteenth century, have been the nearly exclusive object of study. It also, and perhaps to a major degree, was due to the practice of administering justice (in the forum externum and internum) in thousands and thousands of daily acts all over the world, performed by missionaries, bishops and counsellors far removed from university lecture halls. The media used were not the

Essa prolífera Escola de pensamento, mais comumente estudada a partir de grandes obras e dos grandes manuais de seus catedráticos de maior fama, como Francisco de Vitória, Domingo de Soto e Francisco Suárez,¹⁰ hoje é vista pelos historiadores do direito como a formadora de uma verdadeira rede de profissionais teóricos e práticos que se espalhou pelo também pelo Novo Mundo (Duve; Egío; Birr; 2021).

Esses, dentre clérigos e juristas, tiveram um papel ativo na produção do conhecimento normativos no período colonial: o direito “*indiano*” não foi um conjunto único de regras imposto ao extenso território colonial, mas foi sendo construído a partir da prática daqueles que viviam e trabalhavam na Península Ibérica e no Novo Mundo. Ele não era transmitido somente a partir dos grandes tratados, mas também por meio de livros de cunho mais pragmático que circulavam de inúmeros modos, acompanhando seus usuários em suas viagens às Índias.¹¹

A presença europeia nos continentes africano, asiático e no Novo Mundo teve diversas consequências, como o aumento do comércio, a elaboração de novos contratos, a necessidade de uma presença missionária em territórios desconhecidos ou hostis, etc. Tudo isso engendrou a necessidade de novas técnicas de governo que deveriam ser desenvolvidas, assim como determinou que fossem realizadas diversas compilações do conhecimento normativo que pudessem circular amplamente e auxiliar aos práticos, fossem juristas, clérigos ou governantes.¹²

Por isso, historiadores do direito como Thomas Duve afirmam que a elaboração do direito “*indiano*” é um interessante caso de produção de conhecimento distribuído em escala global no início da Idade Moderna¹³, que só pode ser entendido se superarmos a dicotomia entre o estudo das normas e o estudo da prática que se desenvolveu na história do direito:

Parece que, após um longo período em que os historiadores do direito deixaram de lado a prática, hoje os historiadores estão deixando de lado a lei. É importante superar essa dicotomia enganadora. Escrever um livro é uma atividade tão prática quanto escrever o julgamento de um caso, dar uma opinião, lutar em um duelo ou absolver no confessionário. Exercer uma *iusdictio* era também uma prática, mas frequentemente sustentada na ‘lei que está nos livros’; assim como legislar não era de modo algum algo estéril, mas sim um modo alternativo de prática.¹⁴

big treatises, but small books, the pragmatic literature, the never-printed manuscripts and excerpts that were written in many places and, in some cases, circulated with their authors, localising and specifying the normative” (Duve, 2020c, p. 90).

10 “Preocupados por la realidad de su tiempo se habían sucedido en los siglos XVI y XVII una serie de juristas de primera línea como Francisco de Vitoria (1492-1546), Domingo de Soto (1495-1560), Bartolomé Medina (1527-1580), Luis de Molina (1535-1600), Domingo Báñez (1528-1604) y Francisco Suárez (1548-1617), entre otros. Desde su dedicación a la enseñanza, desarrollaron fundamentalmente temas de filosofía del Derecho y del Estado aplicados a los problemas del momento. El tema clave, era sin duda alguna, el Descubrimiento, pues la cuestión fundamental que ocupó a estos pensadores fue la de la licitud de la conquista de América. La Escuela, que contó con continuadores valiosos, tuvo desde el primer momento un carácter abierto y dinámico. Fueron figuras de primera fila que aportaron doctrinas sobre la empresa hispánica y constituyeron la primera generación de la Escuela salmantina. Estos autores, desarrollando la filosofía aristotélico-tomista, tuvieron cada uno peculiaridades propias a la hora de construir su teoría del Derecho natural” (Sánchez Maíllo, 2010, p. 47).

11 A análise da história do direito no Novo Mundo é conhecida no mundo hispânico como “*Historia del Derecho Indiano*”. Não podemos deixar aqui de lembrar um de seus fundadores e grande impulsor da área durante o século XX: o espanhol Alfonso García-Gallo (1911-1992), e em especial a sua coletânea de 1972. Também recomendamos: Tau Anzoátegui, 1979; 1992; 2016 e Garriga, 2016. Para uma visão panorâmica do *status quaestionis* dos estudos do “*Derecho Indiano*”, recomendamos também as atas dos últimos congressos da principal rede da área, o *Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*, que foram publicadas por vários meios editoriais nos anos de 2010, 2011, 2016 e 2017.

12 Sobre o desenvolvimento do Direito contratual no período, veja-se: Decock, 2013.

13 Sobre a produção do conhecimento em escala global no início da Idade Moderna, recomendamos em especial os recentes volumes da série “*Max Planck Studies in Global Legal History of the Iberian Worlds*”, em que, em seus capítulos, são trabalhados diversos exemplos históricos dessa mesma realidade – Duve, Danwerth, 2020; Duve, Egío, Birr, 2021; Bastias Saavedra, 2022.

14 “It seems as if, after a long period of jurists writing on legal history leaving aside practice, now historians writing on legal history are leaving aside the law. It is important to overcome this misleading dichotomy. [...] Writing a book is as much a practice as writing a court judgement,

Ao falarmos de Solórzano e sua “*Política Indiana*”, portanto, não estamos diante de um acadêmico de profissão (embora ele tenha exercido o magistério em Salamanca por cerca de 10 anos no início de sua carreira), mas de um prático por excelência. As questões que tenta apresentar a solução na “*Política Indiana*” são, no mais das vezes, aquelas que ele mesmo se deparou e teve que solucionar no seu dia a dia.¹⁵

Pode-se dizer que a “*Política Indiana*” é um perfeito exemplo do modelo heurístico dos juristas e filósofos do período, em que os textos consultados, assim como os seus respectivos autores, possuíam um local de destaque na argumentação, pois lhes eram atribuídos a “*auctoritas*” que serviria de base para justificar as soluções jurídicas e morais encontradas para os casos concretos. Além disso, a própria seleção dessas “*auctoritates*” a serem consultadas na solução de um problema ou questão (“*quæstio*”) levantada já era um exercício importante da parte do intelectual, que antes buscava se arvorar nos seus antecessores do que buscar necessariamente uma originalidade nas suas respostas.

Dentro dessa concepção de direito e de mundo, as obras literárias greco-latinas também eram consideradas como importantes autoridades: citá-las não era apenas um sinal de erudição do autor, mas também uma maneira de convencer o leitor de sua argumentação. Solórzano foi uma viva expressão dessa mentalidade:

Uma relação simples dos autores latinos citados pode dar conta de expressar o caudal erudito que Solórzano acumulava e do qual fez um uso frequente desde sua primeira obra, sobre o Parricídio, até a última, dedicada aos emblemas. Mas onde ele mais acumulou erudição foi em sua grande obra latina conhecida como *De Indiarum Iure*, com milhares de citações diretas e literais, e posteriormente, com citações abreviadas, eu sua obra intitulada *Política Indiana*. Entre os autores antigos latinos (ou que escreveram em latim) cabe citar poetas, historiadores, dramaturgos, oradores e políticos [...].¹⁶

an opinion, or performing a duel, and granting absolution in the confessionary. Exercising *jurisdictio* was practice, often based on ‘law in the books’, just as legislation was not at all sterile, but another mode of practice.’ (Duve, 2020c, p.107).

15 “Después de haber examinado concretamente el punto, basándome en un conjunto significativo de testimonios, considero que la doctrina de los autores tuvo una función – clave en la estructura jurídica de los siglos XVI a XVIII, período que es objeto de nuestro estudio. Dentro de la jurisprudencia casuista, dominante entonces, en la cual los casos o situaciones eran examinados a la luz de su propia peculiaridad, la doctrina era el depósito del saber jurídico, en donde se encontraban los elementos para apoyar la decisión” (Tau Anzoátegui, 2016, p. 97).

16 “Una relación simple de los autores latinos citados puede dar cuenta del caudal erudito que Solórzano acumulaba y del que hizo uso frecuente desde su primera obra, dedicada al parricidio, hasta la última, dedicada a los emblemas; pero donde más erudición acumuló fue en su magna obra latina conocida por *De Indiarum iure*, con miles de citas literales y precisas, y posteriormente, con citas abreviadas, en su otra obra titulada *Política indiana*. Entre los autores antiguos latinos (o que escribieron en latín) cabe citar poetas, historiadores, dramaturgos, oradores y políticos, como son Amiano Marcelino, Apuleyo, Arnobio, Arriano, Flavio Aviano, Rufo Festo Avieno, Julio César, Dión Casio, Casiodoro, Marco Porcio Catón, Cayo Valerio Catulo, Marco Tulio Cicerón, Quinto Curcio Rufo, Eutropio, Lucio Floro, Aulo Gelio, Horacio, Silio Itálico, Juvenal, Lactancio, Tito Livio, Lucano, Lucrecio, Macrobio, Manilio, Marcial, Mela, Ovidio, Plauto, Cayo Plinio Segundo, Plinio Cecilio Segundo, Festo Sexto Pompeyo, Propercio, Quintiliano, Salustio, Lucio Anneo Séneca, Marco Anneo Séneca, Cayo Julio Solino, Publio Papinio Estacio, Suetonio, Tácito, Tertuliano, Tibulo, Pompeyo Trogo, Domicio Ulpiano, Valerio Flaco, Valerio Máximo, Varrón y Virgilio.” (Pino Campos, 2014, p. 436). Do mesmo modo, quanto a outros autores que eram seus contemporâneos: “Si seleccionamos de algún modo las fuentes temáticas que alimentan su obra –sin pretender mencionar todo lo que nuestro autor manejó porque resulta innumerable– cabe referirse a los textos bíblicos y de carácter exegético; a los autores clásicos greco-latinos como Cicerón, Séneca, Tito Livio, Horacio, Virgilio, San Agustín, San Jerónimo, Santo Tomás, Plutarco, Aristóteles, Platón; sin olvidar las distintas ramas jurídicas a las que se refiere mencionando estudiosos de cada una de ellas y tratando aspectos de Derecho civil, mercantil, penal, internacional, procesal y eclesiástico; no se olvida del ámbito de la teología citando autores como San Ambrosio, Clemente Alejandrino, Pedro Lombardo; también concede importancia a obras de propagación de la fe católica que él profesaba atendiendo a las obras de Tomás Bozio, Simón Maiolo, Rutilio Benzoni y Antonio Possevino; igualmente atiende a las opiniones de moralistas como Martín Azpilicueta, Juan Azor; Antonio de Córdoba; dentro de la especulación y el análisis de las teorías políticas cabe destacar que distingue las obras de Pedro Faber, Jean Bodín, Castillo de Bobadilla, Pedro Fernández de Navarrete; se interesó por obras relativas al Nuevo Mundo tales como las de Antonio Herrera, Jerónimo de Benzoni, José de Acosta, Juan Pedro Maffei. Otra área temática que utilizó como fuente para la composición de sus escritos podría señalarse a partir de las obras y autores de corte humanista y de raíz clásica propios del intelectual renacentista y barroco. Entre ellos nos encontramos con que Solórzano maneja historiadores (Tácito y Flavio Josefo), obras de geografía (Ptolomeo, Plinio y Estrabón), poética (Virgilio, Horacio, Ovidio), filosofía (Séneca, Platón, Aristóteles, Cicerón), obras de carácter doctrinal debidas a los teólogos-juristas de la “segunda escolástica” de las que él bebe directamente (Las Casas, Sepúlveda, Vitoria, Báñez, Suárez).” (Sánchez Maíllo, 2010, p. 72).

A leitura de sua obra, portanto, é um reflexo claro dos efeitos da educação humanística do século XVI e do século XVII, e de como os recursos históricos, literários, jurídicos e teológicos se interrelacionavam e estavam presentes no ensino e na prática do período. É por isso que Duve chama a atenção para esse tipo de obra, como a *“Política Indiana”*, quando se dedica a explicar a existência da “literatura normativa pragmática” na América (Duve, 2020a).¹⁷ Destaque-se, entretanto, que um livro “pragmático” não era nesse período um gênero algo contrário a um livro erudito: em verdade, esperava-se que os práticos tivessem a capacidade de fazer uso do ensino humanístico que receberam.

O direito, propriamente, era então visto como a *arte* de se encontrar, através do devido uso da *“ratio”*, a solução mais justa. As fontes normativas eram lidas de forma a que revelassem a justiça, mas sempre de acordo os parâmetros interpretativos fornecidos pelas outras disciplinas humanísticas. Por mais teóricos que fossem os livros jurídicos, ao fim sempre teriam que se referir a um elemento casuístico, pois o direito era considerado essencialmente a arte *prática* de se encontrar tais soluções. Solórzano não se furtou a esse procedimento de produção de conhecimento e de escolha de suas referências, e podemos dizer que utilizou quatro principais fontes normativas para o seu trabalho: 1) o *“Ius Commune”*; 2) o direito romano; 3) as Cédulas e *“Ordenanzas”* dos Reinos de Espanha; 4) o direito canônico.¹⁸ Tal seleção demonstra a variedade das fontes jurídicas do período, as quais estavam profundamente ligadas aos costumes e de certo modo à própria história da normatividade e de seus regimes históricos (Duve, 2022): sendo o direito a arte do justo (que era encarado como possuindo uma dimensão objetiva, quicá ontológica e universal), as leis (e a literatura) antigas sempre poderiam iluminar as soluções para os casos concretos. Sem a formação humanística do período, seria quase impossível navegar por esse “mar” de fontes e discernir o que era efetivamente autoritativo (Quiroz, 2006, p. 191-193).

A presença do direito canônico também se explica pelo fato de que os juristas, em sua maioria, assim como Solórzano, eram formados tanto nas faculdades de *“Leyes”* quanto nas faculdades de *“Cánones”*. Por sua vez, Tau Anzoátegui nos relata que, segundo um provérbio do período, “as leis sem os cânones valeriam pouco, mas os cânones sem as leis valeriam nada.”¹⁹

Solórzano, sob essa perspectiva, irá apresentar um dos maiores problemas do direito “indiano”, qual seja, o do justo título das possessões espanholas nas Américas no início de sua *“Política Indiana”*. Não podemos esquecer, no entanto, que essa obra foi publicada após mais de um século de intensos debates – encontrando o problema, por assim dizer, quase que solucionado em muitas de suas questões: por isso, pretende, ademais de apresentar sua visão própria, “apresentar os melhores (...) e compor um buquê agradável de flores diversas, (...) sem dar a nenhum título mais força ou aprovação do que por si merece”.²⁰

17 O artigo referido também possui uma tradução para o português, publicada no mesmo ano de 2020: Duve, 2020b.

18 Sobre as fontes normativas do período moderno, e em especial sobre o *“Ius Commune”*, recomendamos em língua portuguesa a leitura de Cabral, 2019. Em língua espanhola, recomendamos os estudos sobre o *“Derecho Indiano”* já referidos ao longo do artigo.

19 “El Derecho común era una integridad que se imponía al jurista, sobre todo en el orbe hispano de los siglos XVI y XVII. El proverbio de Ludovico Romano en el sentido de que “las leyes sin los cánones valen poco; pero los cánones sin las leyes nada” representa esa creencia generalizada. Bermúdez de Pedraza decía que el buen jurista ha de saber ambos derechos porque “son como un par de guantes, que el uno sin el otro es de poco provecho; no basta saber el Derecho Civil para ser perfecto jurista, es preciso que sepa también el Canónico” (Tau Anzoátegui, 2016, p. 04).

20 “Digo, pues, que aunque son muchos los que yá han tomado esta defensa à su cargo, cuyos escritos irè citando, procurarè ceñir los mejores, i cortar, aunque de agena tela, vestido à mi intento, ò componer de flores diversas un ramillete oloroso, ò un panal que pueda parecer de buen gusto, sin dar à ningun titulo mas fuerza, ni aprobacion de la que por si mereciere” (Solórzano Pereira, 1647, p. 37).

3. A justiça em Solórzano Pereira

Por sua vez, o renomado historiador do direito argentino, Tau Anzoátegui, quanto ao tratamento da *justiça* nessa obra, destaca que, como a “*Política Indiana*” é de um pragmatismo jurídico peculiar, não há ali “noções precisas, nem desenvolvimentos doutrinários ou tratamentos exaustivos em torno a essa noção”, mas que essa é uma categoria que “faz parte do vocabulário básico de Solórzano e que é introduzida adequadamente em sua argumentação, denotando uma solidez conceptual proveniente de sua formação intelectual”.²¹

Ele destaca três principais sentidos em que o termo *justiça* é empregado por Solórzano ao longo da obra: a) a justiça encarada de modo geral como virtude e fundamento da ordem social; b) uma acepção de origem aristotélica-tomista, mais específica, que classifica a justiça em justiça distributiva e justiça comutativa; c) um sentido pragmático, no qual o justo é aquilo que é estabelecido pelo direito quando o poder público determina as soluções materiais das controvérsias jurídicas a ele dirigidas (Tau Anzoátegui, 2016, p. 195).

Baseando-nos nessa classificação dos sentidos do termo *justiça*, o presente trabalho apresentar algumas referências concretas ao uso de um desses sentidos no livro I da “*Política Indiana*”, cujo título por inteiro em castelhano é “*Libro primero de la Política Indiana, En que se trata del Descubrimiento, Descripción, Predicación, Adquisición, i Retención de las Indias Occidentales, i delos Titulos de ellas*”.

Essa classificação é útil ao evitar certos anacronismos: não podemos buscar em Solórzano ou em outros autores da Segunda Escolástica uma visão contemporânea – típica do Estado Liberal – de justiça. A visão de justiça no período colonial é, em verdade, constituída pela mescla de elementos herdados da Escolástica com elementos surgidos do centro das reformas humanísticas, que afetaram profundamente o modo de se ver e trabalhar com o direito (Ruiz, 2015).

Como vimos, a “*Política Indiana*” foi publicada²² em 1647, em Madri, poucos anos antes do falecimento de Solórzano em 1655, tendo sido composta, apesar de não ser a sua última obra, já na sua maturidade intelectual, além de representar a sua efetiva e última revisão à sua obra magna composta em Latim, língua comum e “internacional” do campo científico no período, anos antes²³.

21 “No encontramos allí definiciones precisas, ni desarrollos doctrinarios ni tratamientos exhaustivos en torna a esa noción. Sin embargo, la voz forma parte del vocabulario básico y escogido de Solórzano y se introducía con justeza en la argumentación, denotando una solidez conceptual proveniente de su formación intelectual” (Tau Anzoátegui, 2016, p. 194).

22 O subtítulo completo dessa primeira edição, seguindo o costume do período de acrescentar-se muitas informações à frente da obra, foi: “*Política Indiana. Sacada en lengua castellana de los dos tomos del derecho, i gobierno mvnícal de las indias occidentales qve mas copiosamente escribio en la latina el dottor don ivan de solorzano pereira caballero del orden de santiago, del consejo del rey nuestro señor en los supremos de castilla, i de las indias. Por el mesmo avtor, dividida en seis libros. En los qvales con gran distincion, i estvdio se trata, i resuelve todo lo tocante al descubrimiento, descripcion, adquisicion, i retencion de las mesmas indias, i su gobierno particular, assi cerca las personas de los indios, i sus servicios, tributos, diezmos, i encomiendas, como de lo espiritual, i eclesiastico, cerca de su dotrina, patronazgo real, iglesias, preladados prebendados, curas seculares, i regulares, inquisidores, comisarios de cruzada, i de las religiones. I en lo temporal, cerca de todos los magistrados seculares, virreyes, presidentes, audiencias, consejo supremo, i iunta de guerra dellas, con insercion, i declaracion de las muchas cedulas reales que para esto se han despachado añadidas mvchas cosas, qve no estan en los tomos latinos, i en particular todo el libro sexto, que en diez i siete capitulos trata de la hazienda real de las indias, regalias, derechos, i miembros de que se compone, i del modo en que se administra; i de los oficiales reales, tribunales de cuentas, i casa de la contratacion de sevilla. Obra de svmo trabajo, i de igval importancia, i utilidad, no solo para los de las provincias de las indias, sino de las de españa, i otras naciones, de qualquier profession que sean. Por la gran variedad de cosas que comprehende, adornada de todas letras, i escrita con el metodo, claridad, i lenguaje que por ella parecerà. Con dos indices muy distintos, i copiosos, uno de lo libros, i capitulos en que se divide: i otro de las cosas notables que contiene. Con privilegio, en Madrid. Por Diego Diaz de la Carrera. Año MDCXLVII.*”

23 A obra magna (*De indiarum iure*) de Solórzano não deixaria de enfrentar críticas, em especial a de Antonio Lelio de Fermo, que publicaria

A obra foi publicada em um único tomo, dividido em VI livros, que trataram cada um de um conjunto distinto de matérias, quais sejam: I) sobre a história, a conquista e a aquisição das Índias; II) sobre a liberdade dos índios e a sua relação com o poder público; III) sobre o sistema das “*encomiendas*”; IV) sobre a relação entre o Estado e a Igreja, e o sistema do “*Patronato*” espanhol (repetindo suas posições já conhecidas sobre o tema, aprovadas pelo Rei e desaprovadas pela Cúria Romana); V) sobre o desenho institucional da administração das Índias e os diversos cargos e órgãos de governo; VI) sobre a “*Hacienda Real*” das Índias e o modo como é administrada.

No livro I, após tratar de uma breve apresentação da história do descobrimento das Américas (Índias Ocidentais), ele afirma que irá tratar da questão do justo título do governo espanhol sobre as Índias. Ao apresentar as justificativas das razões pelas quais tratará desse tema no início de seu livro, o autor deixa claro que, em tese, não seria nem necessário que se tratasse do assunto, pois não haveria motivos para se questionar a justiça de um domínio há muito tempo estabelecido.

Segundo essa linha argumentativa, portanto, mesmo que houvesse alguma injustiça nas guerras movidas contra os indígenas e na eventual conquista de algum dos territórios (o que, por certo, não admite), o tempo e as circunstâncias fáticas por si só passariam a justificar o domínio, semelhantemente ao fato de que o tempo permite justificar a transferência do justo título de propriedade no direito civil.²⁴ Desta forma, o domínio público, do Estado, possuiria semelhanças intrínsecas com o domínio privado.

O que o teria levada a escrever era, no entanto, o fato de que, mesmo depois de tanto tempo, a legitimidade e justiça do domínio ibérico estariam sendo questionados por autores afeitos aos inimigos da Coroa espanhola, de forma a justificar ataques à zona costeira das Américas e incursões militares à Ásia, dentre os quais Hugo Grotius, que Solórzano atacou com muita incisão²⁵:

[Escrevi sobre esse ponto] para responder a tantos hereges e escritores mal afeitos a nossa nação que, como no ponto descrito no capítulo passado, também nesse nos laudram, e mordem, e mesclando (segundo é seu costume) a seu modo muitas premissas

em 1541 suas *observaciones* contra tal obra. Parece ser consenso entre os historiadores modernos, entretanto, que essa crítica não foi justa: “Digamos claramente: cada vez mais me inclino a pensar que a condenação da obra de Solórzano, por parte de Antonio Lelio de Fermo, obedece muito mais a um desquite de suas amarguras passadas em Madri do que um exame frio e desapassionado de sua obra” (Arvizu, 2020, p. 05). O mesmo já havia defendido Leturia, 1948. No ano de 1547, mesmo da publicação de seu livro *Política Indiana*, Solórzano enfrentaria (em parte por uma influência da crítica recebida) um processo de censura junto à Cúria Romana pelo seu *De Indiarum Iure*, devido às suas teses canônicas sobre o “*Patronato*” Real serem favoráveis a uma maior capacidade do Rei na administração das coisas eclesiásticas no Novo Mundo. Dizia o autor: “Las tesis sustentadas por el autor en el libro III del volumen II sobre el Patronato Regio y la potestad eclesiástica delegada, ejercida por el rey de España, se encontraron con la oposición de la Curia Romana; ya que esta obra desarrollaba hasta el extremo la teoría del Vicariato Regio, que defendía que los reyes españoles eran vicarios del Papa tanto en España como en las Indias, pudiendo actuar libremente en el gobierno de la Iglesia en aquellas tierras. Así, en 1647 y por Decreto de la Sagrada Congregación del Índice, la obra fue incluida parcialmente en el Índice de libros Prohibidos. En esta ocasión, Solórzano Pereyra contó con el apoyo de la Corona que haciendo uso del derecho de Pase Regio, retuvo el citado Decreto, enviando el 25 de noviembre de 1647 a Indias una Real Cédula ordenando que se hiciese allí lo mismo. Por lo que la efectividad de la prohibición de la Santa Sede fue escasa.” (Luque Talaván; Vas Mingo; 2005, p. 128).

24 Sobre a importante questão do domínio e da propriedade na escola de Salamanca e no Direito “*Indiano*”, recomendamos a leitura do v. 6, n. 1, de 2022, da Revista chilena *Autoctonia*, dedicado a esse tema e prefaciada por Dougnac Rodríguez, antigo presidente (2008-2012) do *Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*. Em língua portuguesa, ver Pich, 2012 e Boeira, 2016.

25 Em 1609 Grotius publicara o seu *Mare Liberum*, no qual contestou a hegemonia ibérica sobre os mares navegáveis e o Novo Mundo. É notório o confronto entre Grotius e diversos herdeiros da Escola de Salamanca: ambos representavam visões distintas sobre o direito natural e o *Ius Gentium*, em especial Grotius, que se filiava a uma tradição jus-filosófica protestante, que pretendia romper com a escolástica católica. Grotius haveria de ser rebatido por outros autores, que contestavam a “internacionalização” dos mares, como o inglês John Selden, em seu tratado *Mare clausum* (“mar fechado”), e o português Fr. Serafim Freitas, em seu *De iusto imperio lusitanorum asiatico...* (Do justo domínio asiático dos portugueses), ambos referidos por Solórzano.

falsas com outras que podem parecer verdadeiras, atraem assim o aplauso do vulgo ignorante, e crescem fama ao seu nome em prejuízo do nosso. E o que é pior é que eles espalham esses tratados para dar mais cor às injustas invasões com que infestam os territórios que ocupamos. E assim o silêncio é danoso em tais casos, pois poderiam atribuir a nossa modéstia o reconhecimento de alguma culpa, ou ainda a desconfiança da justiça, como nos ensinou em situação semelhante Salustio e outros autores.²⁶

Dado isso, Solórzano responde a esses autores recorrendo a uma teologia da história: Deus, muitas vezes, faz que o domínio de um território ou o domínio de um povo se transfiram de um líder para o outro, o que parece ter acontecido nas Américas, dada a extensão do território e os poucos espanhóis que participaram nessa empreitada. Nada seria mais justo, e conforme o direito, do que seguir o que dispõe a vontade divina. Essa tese, no entanto, é considerada por ele mesmo como incapaz de responder aos seus críticos (sendo um argumento dúbio e falível), pois como já apontara Francisco de Vitória, seria impossível de se comprovar racionalmente que a conquista fora vontade direta de Deus.

Retoma-se, portanto, a um argumento jurídico: os espanhóis, através de Cristóvão Colombo, haviam sido os primeiros a descobrirem as Américas, sendo que grandes partes desses territórios estavam vazios e desocupados. Solórzano defende aqui a tese de que um domínio vazio é legitimamente ocupado por quem primeiro ocupa-se dele, o que já fora defendido por “Aristóteles [no Livro I da *Política*], Cícero e nossos jurisconsultos e seus glosadores”.²⁷ Distingue-se aqui, seguindo-se os argumentos de Vitória e de outros juristas, três tipos distintos de território:

- I) Territórios vazios e desocupados, sem um poder que o preenchesse (“*terras cerbidas, desiertas, i realengas*”);
- II) Territórios com nativos selvagens, bárbaros e agrestes;
- III) Territórios com nativos civilizados²⁸;

O domínio sobre os primeiros estaria plenamente justificado por este argumento; sobre os segundos e terceiros, a vitória em uma *guerra justa* contra os povos ali presentes, caso os nativos tivessem dado motivo para tanto (o que de fato ocorrera, segundo Solórzano), seria

26 “Sino por satisfacer à tantos Hereges, i Escritores mal affectos à nuestra Nacion, que, como en el punto que dexo dicho en el capitulo passado, assi tambien en este, nos ladran, i muerden, i mezclando (segun lo acostumbran) muchos supuestos falsos à su modo, con algunos que puedan parecer verdaderos, se llevan tras si el aplauso del vulgo ignorante, i acreditan su nombre con ofensa del nuestro. I lo que que peor es, esparcen estos tratados, para dar mas color à las injustas invasiones con que infestan lo que ocupamos. I assi es añaoso el silencio en tales casos, porque no atribuyan nuestra modestia, à reconocimiento de alguna culpa, ò à desconfianza de la justicia, como en semejante caso nos lo enseñò Salustio, i otros Autores.” (Solórzano Pereira, 1647, p. 37)

27 “Propone el mesmo Vitoria otro titulo, por donde se puede justificar mucho la adquisicion de estas Indias, que es el aver sido los Castellanos los primeros, que por mandado de los Reyes Catolicos las buscaron, hallaron, i ocuparon, como yà en el segundo capitulo deste libro lo dexamos probado, i dize, que con este solo, intento, i fundò Colon sus primeras navegaciones. El qual parece que tienen por muy suficiente otros graues Autores. I verdaderamente, para las Islas i tierras, que hallaron por ocupar, i poblar de otras gentes, ò ya porque nunca antes las huviessen habitado, ò porque si las habitaron se passaron à otras, i las dexaron incultas, no se puede negar que lo sea, i de los mas conocidos por el derecho natural, i de todas las gentes, que dieron este premio à la industria, i quisieron que lo libre cediesse à los que primero lo hallassen i ocupassen, i assi se fue praticando en todas las provincias del mundo, como à cada passo nos lo enseña Aristoteles, Ciceron, i nuestros Iurisconsultos, i sus Glossadores” (Solórzano Pereira, 1647, p. 38-39).

28 “Dentre os nativos civilizados, seguindo José de Acosta, Solórzano os divide em dois grupos: “En la primera constituye à los Chinos, Iapones, i Orientales, que tenían, i tienen su forma de Republicas, leyes, letras, ò caracteres, i otras cosas que descubren su entera capacidad. En la segunda, à los Peruanos, Mexicanos, i Chilenos, que tambien (aunque no tanta) mostraron tener alguna, i se gobernaban por Reyes, i en forma de poblaciones, si bien todo tiranizado, mal ordena lo, i mezclado con tantos errores, i supersticiones, que obscurecian la poca luz de razon natural, que les alumbraba.” (Solórzano Pereira, 1647, p. 41).

o suficiente para justificar o domínio espanhol, pois é de acordo com o direito natural que os vencidos se submetam aos vencedores.²⁹

Para Solórzano, numa linguagem muito típica daquela época, os espanhóis haviam conseguido trazer para a vida civil e política muitos dos indígenas que antes viviam uma vida “selvagem” e “agreste”. Como se percebe na argumentação da guerra justa, no entanto, houve no fundo um verdadeiro choque cultural entre os espanhóis e muitos dos nativos, que deu origem a diversos dos conflitos bélicos daquele período.

A denúncia e o questionamento sobre qual teria sido a real causa das guerras no Novo Mundo, assim como os maus-tratos que já se relatavam que muitos dos indígenas sofreram, foram, portanto, uma fonte para os ataques à Coroa espanhola. Alguns disseram, segundo relato de Solórzano, que a verdadeira intenção dos espanhóis teria sido a conquista da prata e do ouro que descobriram na posse dos nativos, assim como de suas minas. Evocava-se o princípio de que uma origem maculada por uma intenção viciosa ou errônea não poderia gerar um justo título de domínio sobre aquelas terras.

A resposta de Solórzano é novamente peremptória: por quase todo o século XVI, muito maiores foram os esforços humanos e financeiros na empreitada colonial do que o retorno financeiro direto que a Coroa espanhola recebeu por seus esforços. Além disso, mesmo que tivesse sido diferente, já que a cobiça realmente está presente na alma humana, o erro de alguns não poderia anular o mérito de muitos, muito menos o *zelo e cuidado apostólico* real, comprovado por muitas cédulas e instruções expedidas e promulgadas que comprovam esse fim, das quais algumas são referidas de forma breve na obra.³⁰

Esse último comentário é de especial interesse: vê-se que o que comprova a boa-fé dos reis espanhóis é o *direito* e as intenções formalmente expressas por eles em suas cédulas e instruções reais. Solórzano divide, embora não expressamente, as intenções presentes durante a conquista em dois tipos: a) as individuais, que podem ter sido tanto virtuosas quando viciosas; b) públicas, expressas pelo direito e pelos atos públicos de governo. Para que se origine um justo título, portanto, bastaria que a intenção pública manifestada fosse de boa-fé – o que não significa que o autor estivesse a tentar justificar injustiças particulares cometidas:

29 Ao resumir-se os motivos elencados para a guerra justa por Vitória, muitos dos quais seguidos por Solórzano, Tinajeros Arce comenta o seguinte: “Francisco de Vitoria foi atento ao demonstrar na sua *Relección I de los Indios recientemente descubiertos* os conflitos essenciais das relações internacionais entre espanhóis e indígenas. Os espanhóis estariam em situações excepcionais de risco e hostilidade devido às injúrias cometidas pelos indígenas contra os princípios do *ius gentium*, o que levou os conquistadores à necessidade de utilizar o direito legítimo (*licitum bellum*) de realizar guerras defensivas contra as contínuas violações do *direito das gentes* por parte dos governantes indígenas; tais como: a) o não respeito das *vidas* de embaixadores, religiosos, comerciantes, etc.; b) o impedimento à comunicação entre seres humanos, não permitindo que os espanhóis entrassem em contato com os homens do novo mundo; c) o bloqueio a qualquer tipo de relações comerciais entre povos, forma de troca e, também, forma preventiva de realização de guerras entre povos e poder econômico para assegurar a paz; d) limitação do livre trânsito de pessoas, violando assim o direito natural e o direito divino; e) impedimento com a violência à pregação livre e tolerante da religião cristã; f) realização de sacrifícios humanos de vítimas indefensas desrespeitando seus direitos enquanto seres humanos, etc. Seguindo o método especulativo do pensamento de Tomás de Aquino, Vitoria considera que a causa de uma guerra justa origina-se a partir das injúrias proferidas e realizadas por um agressor (moral ou físico) contra um povo soberano; uma vez que é violado o *direito* (natural e civil) *das gentes*, se faz obrigatório a utilização do direito de guerra no intuito de conservar a segurança e a paz nacional” (Tinajeros Arce, 2018, p. 123-124).

30 “I quando concedamos, que la codicia del oro, i riquezas, cuya fuerça es tan antigua como exagerada en divinas i humanas letras, aya prevailecido en algunos; esso no quita el merito de tantos buenos como en esto sincera i Apostolicamente se han ocupado, ni el del zelo, i cuidado de nuestros Reyes en procurarlo, como consta de tan advertidas i repetidas cedula, è instrucciones, como para esto en todos tiempos se han expedido, que se podran ver en los tomos de las impressas.” (Solórzano Pereira, 1647, p. 56). Quanto às leis promulgadas pelos reis espanhóis, referidas por Solórzano, pode-se encontrar uma análise mais pormenorizada delas em: Ruiz, 2002.

Porém eu nem quero, nem devo escusar de todo as guerras que se realizaram nos primeiros tempos de nossas conquistas com os Índios, em algumas partes menos justificadamente, assim como os danos e maus tratos que se fizeram a eles, e se faz de ordinário [...]. Todavia me atrevo a dizer, e afirmar, que estes excessos não puderam, nem podem viciar o muito, e bem, que em todas se há realizado [...] nem muito menos a piedade e ardente zelo de nossos Reis, nem a justificação de seus títulos. Pois sempre com grande solicitude e cuidado, sem poupar gastos e despesas, nem dificuldades, procuraram dispor e ordenar, suave e religiosamente, tudo para evitar, reprimir e castigar os maus-tratos e abusos dos indígenas, assim como indicar as pessoas, eclesiásticas e seculares, que mais pareciam isso colocariam em execução, cumprindo com seus encargos e obrigações.³¹

Como fica claro nessa manifestação, diferentes são os encargos de justiça atribuídos por Solórzano ao poder público e aos particulares: os reis deveriam não só determinar as linhas gerais que guiariam a presença europeia nas Américas, assim como as reações (comércio, guerra ou paz) aos diferentes tipos de povos encontrados, como já demonstrava a divisão anterior entre os tipos de territórios nas Américas e seus habitantes, como também deveria ter zelo nas pessoas que seriam oficialmente nomeadas e enviadas as Américas para as mais diversas funções (inclusive as eclesiásticas), dever que era dividido e compartilhado com o “*Consejo de Indias*” e outros órgãos administrativos.

Aos particulares, no entanto, a justiça determinava cumprir e obedecer a essas disposições gerais no quanto fosse possível, já que as diferentes situações concretas poderiam exigir diferentes soluções, talvez até mesmo opostas às diretivas vindas do Velho continente – isso se dava porque o século XVII, em boa medida, possuía uma visão prudencialista ou probabilística do direito (Ruiz, 2008).

Quanto aos excessos e crimes cometidos pelos súditos, ao menos teoricamente, esses estariam sujeitos à punição e à restauração da justiça penal do reino, instância última à qual todos estavam submetidos, embora se possa questionar a sua eficácia, em especial nos tribunais que aos poucos foram se formando em todos os recantos da América espanhola, que costumavam diferenciar entre espanhóis e nativos.

Desse modo, fica evidente que, ao menos nessa parte de seu tratado, a preocupação geral de Solórzano é defender, de maneira jurídica, a *justiça* do domínio espanhol.³² Embora a justiça (como virtude) dos monarcas seja elogiada, não busca justificar com base em uma virtude pessoal um domínio político; de fato, ao enfrentar as alegações estrangeiras contra o domínio espanhol, o autor enfrenta seus argumentos e os rebate diretamente, pretendendo que suas razões fossem aceitas não só por espanhóis, mas também por juristas de qualquer parte da Europa pertencentes à mesma tradição jurídico-intelectual.

31 “Pero yo, aunque ni quiero, ni debo escusar del todo las guerras, que en los primeros tiempos de nuestras conquistas se debieron de hazer en algunas partes menos justificadamente contra los Indios, i los daños, i malos tratamientos, que en muchas se les han hecho, i hazen de ordinario [...]. Todavía me atrevo à dezir, i afirmar, que estos excessos no han podido, ni pueden viciar lo mucho, i bueno, que en todas partes se ha obrado en la conversion i enseñanza de estos infieles, por varones Religiosos, observantes, desinteresados, i puntuales en el cumplimiento del ministerio de la Predicacion Evangelica: i mucho menos la piedad, i ardiente zelo de nuestros Reyes, ni la justificacion de sus titulos. Pues siempre con gran solicitud i cuidado, i sin perdonar gastos, expensas, ni dificultades algunas, la han procurado disponer, suave, religiosa, i Christianamente, ordenando todo lo que para esto, i para obviar, reprimir, i castigar los malos tratamientos, i vexaciones de los Indios, se ha podido prevenir, i buscando para ello en todas partes, i de todos estados, las personas, assi Eclesiasticas, como seculares, que mas à proposito han parecido, para ponerlo en execucion, i cumplir con el cargo i obligacion” (Solórzano Pereira, 1647, p. 56).

32 Não foi a pretensão desse artigo analisar detalhadamente o conceito de *domínio*, que veio a título de exemplo de um uso do conceito de justiça por Solórzano. Para uma investigação mais detalhada de suas implicações no pensamento jurídico-político espanhol, remetemos a Egío, 2020.

4. Conclusão

A construção argumentativo-teórica de Solórzano em seu livro I da “Política Indiana” é, no seu conjunto geral, jurídica. Ainda que a influência de seus mestres, eminentes teólogos-juristas, esteja presente, os argumentos teológicos, mesmo quando apresentados, são sempre considerados como não-concludentes.

Os argumentos provindos da tradição jurídica, entretanto, são apresentados justamente por possuírem um apelo mais universal, em especial do cenário de conflitos do século XVII entre reinos católicos e protestantes. Enquanto já havia ocorrido, em princípio, uma ruptura dentro da tradição religiosa, a tradição jurídica continuava (em especial no âmbito formativo) comum em toda parte da Europa, utilizando-se da referência aos mesmos cânones de autores e ao *Ius Commune* (Cabral, 2019, p. 03).

A noção de *justiça* e de *direito*, embora não sejam expressamente desenvolvidas pelo autor que foi estudado – uma vez que se pode dizer que a pretensão de sua obra não é propriamente teórica ou acadêmica, mas prática – é um vocabulário comum à tradição salmantina à que Solórzano pertence. Diríamos ainda mais: é da mesma forma direta ou implicitamente a partir dessas noções que nosso autor constrói seus argumentos para estabelecer a legitimação do justo título da Espanha sobre os territórios nas Américas, frente aos questionamentos estrangeiros, apresentando o pensamento das “*auctoritates*” consideradas relevantes e de referência obrigatória na área.

O domínio espanhol, em face às críticas, não poderia defender-se sem apelar a uma teoria da justiça e do Estado, assim como a uma teoria da guerra justa. A biografia de Solórzano, assim como a repercussão de sua “*Política Indiana*”, demonstra que essa obra é um bom exemplar do pensamento dominante (ao menos oficialmente) entre os juristas favoráveis ao Império espanhol no século XVII, de forma que, ao analisarmos as teorias subjacentes a seu pensamento, não estamos analisando simplesmente teorias marginais em circulações no período, mas sim teorias com certa representatividade.

A “*Política Indiana*”, tendo em conta que pode ser lida como cume da sua estruturação e organização das temáticas do direito “indiano”, mostra-se também um bom exemplo de “literatura normativa pragmática”, desde algum sentido que se buscou apontar aqui. Isso pode ser afirmado porque tal obra era voltada a um público mais amplo que aquele estritamente jurídico: ou seja, não sendo um trabalho que tivesse um cunho unicamente acadêmico, ainda assim está repleto da erudição do autor, embora deixasse de lado citações e referências mais extensas, para não cansar o leitor com cânones já conhecidos, assim como com debates e classificações escolásticas vistas já como desnecessárias para os fins propostos.

Como procuramos preliminarmente evidenciar, uma análise sem anacronismos permite que possamos, através da identificação do seu contexto de produção e dos seus elementos textuais, buscar identificar na argumentação apresentada pelo autor as características típicas do pensamento e da prática jurídica no século XVII, assim como de seus conceitos subjacentes, resultando assim num modo de identificar a experiência jurídica que se desenvolveu no contexto da Península ibérica e da América colonial.

5. Referências Bibliográficas

- Actas del XVI Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*. t. I. Valparaíso, 2010.
- Actas del XVI Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*. t. II. Valparaíso, 2010.
- Actas del XVII Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*. Córdoba: Universidad Nacional de Córdoba, 2016.
- Actas del XIX Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*. v. I. Madrid: Dykinson, 2017.
- Actas del XIX Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*. v. II. Madrid: Dykinson, 2017.
- Alonso Romero, María Paz. *Salamanca, Escuela de Juristas*. Madrid: Universidad Carlos III, 2012.
- Andrés Santos, Francisco J. Los proyectos de recopilación del derecho indiano en época de Felipe IV. *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*, v. 11, p. 45-69, 2007.
- Arvizu, Fernando de. Uma nova interpretação da teoria do régio vicariato indiano. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n. 43, p. 03-35, ago. 2020.
- Ávila Martel, Alamiro. La impresión y circulación de libros en el Derecho Indiano. In: *Actas del VIII Congreso Internacional de Historia del Derecho Indiano*. Tomo I. Madrid: Digibis Publicaciones, 2000.
- Baciero, Carlos. Juan de Solórzano Pereira y la defensa del indio en América. *Hispania Sacra*, v. 58, n. 17, p. 263-327, 2006.
- Ballone, Ângela. Contextualizando o trabalho do jurista espanhol Juan de Solórzano Pereira. *Fronteiras & Debates*, v. 4, n. 1, p. 29-53, 2017.
- Bastias Saavedra, Manuel. *Norms beyond Empire: Law-Making and Local Normativities in Iberian Asia, 1500-1800*. Leiden: Brill, 2022.
- Boeira, Marcus. “Dominium” e lei natural em Domingo de Soto: reminiscências dos direitos subjetivos na escolástica espanhola. *Mises: Revista Interdisciplinar de Filosofia, Direito e Economia*, v. 4, p. 465-470, 2016.
- Cabral, Gustavo César Machado. *Ius Commune: uma introdução à história do direito comum do Medieval à Idade Moderna*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.
- Castaño, Raúl Sergio. El problema de las indias en la corona de castilla una exégesis de la política indiana, de Juan de Solórzano Pereira. *Revista de Historia del Derecho* (Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho), Buenos Aires, v. 56, p. 01-36, 2018.

- Castaño, Raúl Sergio. La politicidad natural aristotélica en Solórzano Pereira. La tesis clásica aplicada al caso indiano: politicidad natural y 'reducción a la vida política'. *E-Legal History Review*, v. 29, p. 01-14. Disponível em: https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=421105&d=1.
- Decock, Wim. *Theologians and Contract Law: The moral transformation of the lus commune* (ca. 1500-1650). Leiden: Nijhoff, 2013.
- Dougnac Rodríguez, Antonio. Sobre los estudios acerca de la propiedad en el Derecho Indiano: prefacio. *Autoctonía: Revista de Ciencias Sociales e Historia*. v. 6, n. 1, 2022.
- Duve, Thomas. Pragmatic Normative Literature and the Production of Normative Knowledge in the Early Modern Iberian Empires (16th–17th Centuries). In: Duve, Thomas; Danwerth, Otto (ed.). *Knowledge of the Pragmatici: Legal and Moral Theological Literature and the Formation of Early Modern Ibero-America Iberian Worlds*. Leiden: Brill, 2020a. p. 01-39.
- Duve, Thomas. Literatura normativa pragmática e a produção de conhecimento normativo nos Impérios ibéricos do início da Idade Moderna (séculos XVI-XVII). Tradução de Gregório Schroder Sliwka e Alfredo de J. Flores. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n. 42, p. 03-43, abr. 2020b.
- Duve, Thomas. What is global legal history?. *Comparative Legal History*, London, v. 8, n. 2, p. 73-115, 2020c.
- Duve, Thomas. The School of Salamanca: a case of global knowledge production. In: Duve, Thomas; Egío, José Luis; Birr, Christiane (ed.). *The School of Salamanca: A case of global knowledge production?*. Leiden: Brill, 2021a. p. 01-42.
- Duve, Thomas. A Escola de Salamanca: um caso de produção global de conhecimento. Tradução de Gregório Schroder Sliwka e Alfredo de J. Flores. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n. 46, p. 03-52, set. 2021b.
- Duve, Thomas. Legal History as a History of the Translation of Knowledge of Normativity. *Max Planck Institute for Legal History and Legal Theory Research Paper Series*, n. 16, 2022. DOI: <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4229323>
- Duve, Thomas; Danwerth, Otto (ed.). *Knowledge of the Pragmatici: Legal and Moral Theological Literature and the Formation of Early Modern Ibero-America Iberian Worlds*. Leiden: Brill, 2020.
- Duve, Thomas; Egío, José Luis; Birr, Christiane (ed.). *The School of Salamanca: A case of global knowledge production?*. Leiden: Brill, 2021.
- Egío, José Luis. Before Vitoria: Expansion into Heathen, Empty, or Disputed Lands in Late-Medieval Salamanca Writings and Early 16th-Century Juridical Treatises. In: Tellkamp, Jörg Alejandro (ed.). *A Companion to Early Modern Spanish Imperial Political and Social Thought*. Leiden: Brill, 2020.
- Egío, José Luis; Ramírez Santos, Celia Alejandra. *Conceptos, autores, instituciones: revi-*

sión crítica de la investigación reciente sobre la Escuela de Salamanca (2008-19) y bibliografía multidisciplinar. Madrid: Universidad Carlos III, 2020.

García-Gallo, Alfonso. *Estudios de Historia del Derecho Indiano*. Madrid: Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1972.

García Hernán, Enrique. *Consejero de ambos mundos: Vida y obra de Juan de Solórzano Pereira (1575-1655)*. Madrid: Fundación Mapfre, 2007.

Garriga, Carlos. ¿De qué hablamos cuando hablamos de Derecho Indiano?. *Actas del XIX Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*. v. I Madrid: Dykinson, 2017. p. 223-248.

Lario, Dámaso de. *Escuelas de Imperio: La formación de una elite en los Colegios Mayores (siglos XVI-XVII)*. Madrid: Editorial Dykinson, 2019.

Leturia, Pedro. Antonio Lelio de Fermo y la condenación del “De Indiarum iure” de Solórzano Pereyra. *Hispania Sacra*, Madrid, n. 1, p. 351-388, 1948.

Luque Talaván, Miguel; Vas Mingo, Marta Milagros del. Juan de Solórzano Pereyra y la cuestión de los Justos Títulos: Fuentes del libro I (capítulos IX-XII) de la Política Indiana. In: Gutiérrez Escudero, Antonio; Laviana Cuetos, María Luisa. *Estudios sobre América, siglos XVI-XX: Actas del Congreso Internacional de Historia de América*. Sevilla: Asociación Española de Americanistas, 2005. p. 123-196.

Memoria del XVII Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano. México: Porrúa-Universidad de Puebla, 2011.

Mirow, M. C. Juan Solórzano Pereira. In: Domingo, Rafael; Martínez-Torron, Javier. *Great Christian Jurists in Spanish History*. Cambridge: Cambridge University Press, 2018. p. 240-258.

Pich, Roberto H. Dominium e lus: sobre a fundamentação dos direitos humanos em Francisco de Vitória (1483-1546). *Teocomunicações*, Porto Alegre, v. 42, n. 2, p. 376-401, 2012.

Pino Campos, Luis Miguel. Juan de Solórzano Pereira y las Citas de Virgilio. *Fortvnatae*, San Cristóbal de La Laguna, n. 25, p. 433-446, 2014.

Quiroz, Enriqueta. Juan de Solórzano y Pereira y la política fiscal. In: Bonnett, Diana; Castañeda, Felipe (orgs.). *Juan de Solórzano y Pereira: pensar la colonia desde la colonia*. Bogotá: Universidad de los Andes, 2006.

Ruiz, Rafael. *Francisco de Vitória e o direito dos índios americanos: a evolução da legislação indígena espanhola no século XVI*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2002.

Ruiz, Rafael. Duas percepções da justiça nas Américas: Prudencialismo e legalismo. In: *Anais Eletrônicos do VIII Encontro Internacional da ANPHLAC*. Vitória: ANPHLAC, 2008. p. 01-12.

Ruiz, Rafael. *O sal da consciência: probabilismo e justiça no mundo Ibérico*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Filosofia e Ciência “Raimundo Lúlio”, 2015.

Sánchez Maíllo, Carmen. *El pensamiento jurídico-político de Juan de Solórzano Pereira*. Navarra: EUNSA, 2010.

Solórzano Pereira, Juan de. *Política Indiana*. Madrid: Oficina de Diego Diaz de la Carre-
ra, 1647. Disponível em: <https://id.salamanca.school/texts/W0010>.

Tau Anzoatégui, Víctor. *Casuismo y sistema: Indagación histórica sobre el espíritu del Derecho Indiano*. Buenos Aires: Instituto de Investigaciones de Historia del Dere-
cho, 1992.

Tau Anzoatégui, Víctor. *El jurista en el Nuevo Mundo: Pensamiento, doctrina, mentali-
dad*. Frankfurt am Main: Max Planck Institute for European Legal History, 2016. [A
Max Planck Institute for European Legal History Open Access Publication] DOI:
<http://dx.doi.org/10.12946/gplh7>.

Tau Anzoatégui, Víctor. *¿Qué fue el Derecho Indiano?*. La Plata: Instituto de Historia del
Notariado, 1979.

Tinajeros Arce, Gonzalo. Um estudo filosófico comparado sobre o conceito de Guerra
Justa em F. de Vitoria, J. Solórzano Pereira e G. W. F. Hegel. *Classica Boliviana:*
Revista de la Sociedad Boliviana de Estudios Clásicos, n. IX, p. 121-152, 2018.

Zorraquín Becú, Ricardo. La condición política de las Indias. *Revista de Historia del De-
recho*, Buenos Aires, n. 2, p. 285-380, 1974.

Data de Recebimento: 20/12/2022

Data de Aprovação: 20/02/2023

HISTÓRIA DO DIREITO

Era Vargas

Estado de direito e direito administrativo no governo provisório

Vargas Era

State and Administrative Law in the Provisional Government

Mamede Said Maia Filho¹

¹ Universidade de Brasília

RESUMO

O presente artigo busca demonstrar a intensa atividade legislativa desenvolvida pelo Governo Provisório de Vargas (1930-1934) em prol de um projeto nacionalista e modernizador, traço mais representativo da Revolução de 30, que levou o Estado brasileiro a atuar nos mais diversos setores da vida pública, fortalecendo sobremaneira o papel do Poder Executivo. Apresenta, ainda, os instrumentos inovadores que marcaram a Administração Pública, assim como o desenvolvimento que caracterizou o direito administrativo naquele período histórico para concluir que o modelo de Estado que possuímos encontra raízes no arcabouço jurídico surgido durante o Governo Provisório, cujas linhas mestras moldam o sistema administrativo que ainda hoje prevalece.

Keywords: Revolução de 1930, Governo Provisório, Intervencionismo estatal, Modernização da Administração Pública.

ABSTRACT

This article discusses the legal activity developed by the Vargas Provisional Government (1930-1934) for the sake of a nationalist and modernizing project, the most representative trait of the Revolution of 1930, which made the Brazilian State act in the most diverse sectors of public affairs, exceedingly strengthening the role of the Executive Branch. It also presents the innovative instruments which defined the Public Administration, as well as the development which characterized the administrative law in that historic period in order to conclude that the State model we have today has its roots in the legal framework which came up during the Provisional Government, whose guidelines shape the administrative system that still exists.

Palavras-chave: Revolution of 1930, Provisional Government, State Intervention, Modernization of Public Administration.

Introdução

A Revolução de 1930 deixou um notável legado para a ordem jurídica brasileira, em particular no que se refere ao surgimento de um direito administrativo autônomo, na esteira da adoção de elementos de racionalização e profissionalização da Administração Pública. As mudanças que o movimento revolucionário promoveu no aparato estatal respondem pelo surgimento do Brasil moderno, tendo sido a partir da década de 30 que o direito administrativo brasileiro experimentou sua maior evolução, fruto do processo de fortalecimento da estrutura estatal e da necessidade de normatização das novas funções de governo.

As inovações mais significativas se deram durante o período do Governo Provisório (1930-1934), com a Constituição de 1934 consagrando as mudanças que o novo regime logo se apressou em promover. Fiel ao ideário do movimento, o texto constitucional previa expressamente a extensão da atividade do Estado no âmbito socioeconômico², tendo sido a primeira Constituição brasileira a dispor de um título inteiramente dedicado à ordem econômica e social (Título IV). Como assinala Bonavides (1991, p. 325), foi a Carta que fez surgir o Estado Social brasileiro, na busca de superação das premissas que o Estado Liberal abstencionista gerou na ordem social e econômica.

O advento do paradigma do *Welfare State* levava o Estado a ampliar consideravelmente seu raio de ação. Em diversos países, desde o século XIX, houve uma ampliação da atuação estatal “para proteger a economia interna, regular seu funcionamento, administrar a luta de classes e exercer controle social” (SEELAENDER, 2021, p. 168). Nesse contexto, o incremento da burocracia do Estado moderno e a ampliação de sua atuação administrativa, gerando mudanças na vida social, levaram ao surgimento de uma grande massa de novas normas, impulsionando “uma refuncionalização do Direito Administrativo vigente, alterando-o para servir a um Estado interventor cada vez mais presente e visível” (SEELAENDER, 2021, p. 168).

No Brasil, o direito administrativo que vigorava no período do Império e da República Velha, como observa Guandalini Junior (2016, p. 250), ressentia-se da inexistência – ou da existência ainda muito incipiente – de uma estrutura administrativa burocrática que possibilitasse a manifestação da vontade do Estado como ente regulador da vida social. Nesse diapasão, o direito administrativo “atuou essencialmente como elemento de fundação e estruturação do Estado brasileiro, desempenhando uma função acessória ao direito constitucional” (GUANDALINI JUNIOR, 2016, p. 252). Diferente do papel específico que desempenhava na Europa, de organizar juridicamente o exercício do recém-criado poder administrativo.

A Proclamação da República, em 1889, proporcionara a organização de uma incipiente estrutura administrativa que se regia, em grande medida, por normas de direito privado. O que prevalecia era uma lógica estatal mínima, na qual a presença do Poder Público só se fazia sentir

² Afora a referência ao bem-estar social e econômico em seu Preâmbulo, a Constituição de 1934 dispunha, no art. 121, que “a lei promoverá o amparo da produção e estabelecerá as condições do trabalho, na cidade e nos campos, tendo em vista a proteção social do trabalhador e os interesses econômicos do País”. No art. 138, a, estabelecia ser incumbência da União, dos estados e dos municípios “assegurar amparo aos desvalidos, criando serviços especializados e animando os serviços sociais, cuja orientação procurarão coordenar”.

de forma pontual e assessória³. Foi com a Revolução de 1930 que se criou, no Brasil, uma Administração Pública institucionalizada e um direito administrativo autônomo, que foi aos poucos se desprendendo da influência dos princípios do *common law* que caracterizaram o Direito na Primeira República⁴ até se firmar tomando como modelo básico o direito administrativo francês. Essa influência se fez mais evidente no que se refere à teoria dos atos administrativos, ao atributo da autoexecutoriedade, à responsabilidade civil do Estado, ao conceito de serviço público e às prerrogativas da Administração, mediante as quais lhe foi atribuído um regime jurídico próprio, derogatório e exorbitante das normas de direito comum (DI PIETRO, 2007, p. 7).

Representando o ápice desse processo, a Constituição de 1934, sob a influência da Constituição de Weimar de 1919 e da Constituição espanhola de 1931⁵, consagrou o constitucionalismo social, incorporando em seu texto os direitos que a Era Vargas institucionalizou mediante uma profusão de atos administrativos de caráter normativo, particularmente decretos.

O presente artigo busca demonstrar como a construção do Estado Social brasileiro⁶, no bojo das transformações levadas a cabo pela Revolução de 1930, responde pelos principais avanços experimentados pelo direito administrativo na realidade nacional. Face às exigências de regulamentação da sociedade e da economia, a edição de normas de caráter administrativo se fazia necessária para que o projeto intervencionista e centralizador fosse desenvolvido. Tais normas é que deram sustentação ao papel que o Estado, como ente catalisador das mudanças, passou a promover na ordem política, econômica e social.

Nessa linha de raciocínio, este texto analisa inicialmente a conjuntura que fez eclodir a Revolução de 1930 e o protagonismo que o Executivo passou a exercer na criação do aparato normativo da estatalidade nacional. Examina, depois, o arranjo institucional concebido pela Constituinte de 1934 para discorrer, ao final, sobre os variados instrumentos legais produzidos pelo Governo Provisório, de forma a constatar sua decisiva contribuição à obra de edificação do novo modelo de Administração Pública que se firmou naquele período histórico. Para isso, utiliza-se de diferentes referenciais teóricos de juristas e historiadores da matéria, além de se deter no escrutínio dos diplomas legais que deram um impulso modernizador ao direito administrativo.

Considerando essas premissas, o artigo propõe as seguintes hipóteses: a) A Revolução de 1930 representou o ponto de inflexão a partir do qual se procurou superar o fracasso do liberalismo da República Velha, submetido ao individualismo e aos regionalismos das oligarquias corruptas; b) Na consideração de que a questão nacional-desenvolvimentista era a tarefa prioritária, os revolucionários de 30 entendiam caber ao Estado ser o artífice da emancipação econômica e social de que o país necessitava; c) O papel dirigente do Estado levou à criação de

3 Mesmo no que diz respeito ao café, o principal produto na pauta de exportações, a intervenção do Poder Público somente se dava por meio dos governos dos estados produtores (São Paulo, Minas Gerais e Rio de Janeiro), os quais se articulavam entre si para o estabelecimento de preços mínimos e controle da produção. Apenas ocasionalmente o governo central intervinha, concedendo favores especiais a setores econômicos localizados através de tarifas alfandegárias ou de empréstimos, via Banco do Brasil. V., a respeito, Baer; Kerstenetzsky e Villela, "As modificações do papel do Estado na economia brasileira", *Pesquisa e Planejamento Econômico*, vol. 3, n. 4, dez/1973, p. 886-887.

4 A influência que o direito administrativo brasileiro sofreu do direito norte-americano se deu particularmente no que se refere ao sistema de jurisdição única, à jurisprudência como fonte do direito e à submissão da Administração Pública ao controle jurisdicional.

5 Embora a influência mais significativa tenha sido a Constituição de Weimar, a Constituição espanhola de 1931 também serviu de fonte de inspiração. O livro *As novas tendências do direito constitucional*, do jurista russo radicado na França Boris Mirkin-Guetzévitch, traduzido por Cândido Motta Filho com apresentação de Vicente Ráo, e que teve bastante acolhida no mundo jurídico à época, trazia uma cópia integral do texto constitucional espanhol.

6 Gilberto Bercovici (2009) utiliza como sinônimas de Estado Social as expressões Estado intervencionista e Estado desenvolvimentista.

um grande número de órgãos e pessoas jurídicas públicas e à consequente implantação de uma Administração Pública burocratizada e abrangente, regida por uma pluralidade de normas que a Constituição de 1934 recepcionou; d) A ampliação das competências e atribuições do Executivo fez desse Poder o protagonista no processo de criação do aparato normativo do Estado Nacional.

1. O ideário da Revolução de 1930

O Movimento de 30 foi uma reação ao fracasso do liberalismo da República Velha, incapaz de realizar o projeto de um Estado racional-legal que, conforme as lições emanadas da experiência norte-americana, propunha uma arquitetura institucional na qual o indivíduo-cidadão participaria do poder e o limitaria por meio do voto. A força do poder privado e a fraqueza da esfera pública; as carências do povo na área da educação e da saúde; a economia rural ineficiente e pouco produtiva; o atraso, enfim, do qual o país era refém, era visto como obstáculo à realização da proposta de um Brasil liberal desenhado pela Constituição de 1891 e pactuado pela anacrônica fórmula da política dos governadores.

Três revoltas tenentistas⁷ renunciaram o fim da República Velha e a deflagração da Revolução de 30: a Revolta dos 18 do Forte de Copacabana, em 1922, a Revolta Paulista de 1924 e a Comuna de Manaus, também de 1924. Em todas elas, as reivindicações gravitavam em torno da implantação do voto secreto, de reformas no ensino público, do fim da corrupção e da destituição das oligarquias cafeicultoras de São Paulo e Minas Gerais que dominavam a política nacional. O fracasso desses movimentos não impediu que os militares revoltosos se reunissem, depois, na Coluna Prestes, que durante dois anos (de 1925 a 1927) percorreu treze estados brasileiros ao longo de 25 mil quilômetros, buscando levantar a população contra a ordem política vigente, em uma verdadeira guerra de movimento.

Nesse contexto de insatisfação e instabilidade que açodava os quartéis e a cena político-institucional formou-se a Aliança Liberal, coligação oposicionista que lançou Getúlio Vargas a presidente nas eleições de 1930. As propostas da Aliança reproduziam, em grande medida, as reivindicações dos movimentos tenentistas, incluindo, ainda, a anistia dos tenentes insurgentes, a garantia da independência do Poder Judiciário, com a designação de magistrados para a presidência das mesas eleitorais, e a adoção de medidas econômicas de caráter protecionista que ampliassem o leque dos produtos de exportação para além da monocultura do café.

Particularmente a partir do pós-guerra e da Grande Depressão de 1929⁸ ocorreu em diversos países – e entre os intelectuais que refletiam sobre o Brasil de então, como Azevedo Amaral, Oliveira Vianna e Francisco Campos –, um afastamento, mais ou menos radical, do paradigma clássico de Estado liberal. A crise de 1929 afetara profundamente a estrutura econômica brasileira, com a baixa dos preços do café e a retração do mercado consumidor, que justificou a necessidade de o governo atuar como agente regulador, no esforço pela industrialização e pela diversificação do setor produtivo (ALBUQUERQUE, 1981, p. 461). Entretanto, para além do aspecto econômico-financeiro, o Estado liberal era considerado, no plano político-institucional, mera ficção, como o eram os procedimentos a ele associados: eleições, partidos, Parlamento.

⁷ O movimento político-militar do tenentismo era composto, em sua maioria, por membros do Exército (tenentes e oficiais de baixa patente), embora houvesse também os “tenentes civis”, como José Américo de Almeida, Virgílio de Melo Franco e Osvaldo Aranha, entre outros.

⁸ Sobre o impacto da Grande Depressão na América Latina, v., entre outros, Eric Hobsbawm, *Era dos extremos*, 1995, p. 108-109.

Em manifesto de maio de 1930, Luiz Carlos Prestes, o mais emblemático líder do movimento tenentista, diagnosticava que “uma simples mudança de homens, um voto secreto, promessas de liberdade eleitoral, de honestidade administrativa, de respeito à Constituição e moeda estável e outras panaceias, nada resolvem”⁹. No seu entender, era “irrisório” falar em liberdade eleitoral quando não havia independência econômica, e assim “o governo dos coronéis, chefes políticos, donos da terra, só podia ser o que aí temos: opressão política e exploração impositiva” (PRESTES, 1930).

No outro lado do espectro político, Oliveira Vianna, expressando o ambiente conturbado da década de 1920, também manifestara seu desencanto com o funcionamento da “República Nova”. Em *O ocaso do Império*, de 1925, dizia que o regime instaurado em 1889 “não deu nenhuma satisfação às nossas aspirações democráticas e liberais: nenhuma delas conseguiu ter realidade dentro da organização política vigente” (VIANNA, 2006, p. 87). No centenário da Independência, em 1922, quando se deu o traslado, de Portugal para o Brasil, dos restos mortais de Dom Pedro II, houve protestos republicanos, mas, como diz José Murilo de Carvalho, também republicanos desencantados passaram a avaliar o que havia de positivo no antigo regime. Os festejos da Independência se deram com pompa, “mas não sem manifestações voltadas para a necessidade de republicanizar um regime já tido, mesmo por republicanos, como corrompido” (CARVALHO, 2006, p. IX).

O país não vislumbrava alternativa alguma que congregasse um número significativo de opiniões; as tendências políticas eram imprecisas e indeterminadas, e ninguém podia dizer ao certo que forma de governo deveria prevalecer. Para Vianna, havia certa tendência de retorno ao regime parlamentar, como havia certa tendência de retorno ao Poder Moderador. Havia certa tendência para estabelecer restrições à autonomia estadual, como para uma maior extensão dos poderes federais. Havia mesmo pequenos movimentos de gravitação para o socialismo alemão, como até mesmo para o bolchevismo russo. Nesse cenário de desapontamento, o ideal republicano “era um ideal vago, insulado num recanto da consciência nacional, com um raio de ação muito reduzido” (VIANNA, 2006, p. 88). Tanto quanto os tenentes revoltosos viriam depois proclamar, Vianna entendia que formas de governo, instituições constitucionais, República, Democracia, “tudo isto representava abstrações” que transcendiam de muito o alcance da “mentalidade rudimentar” das massas populares (VIANNA, 2006, p. 89).

A descrença no sistema decorria de um federalismo falso, corrompido pelos chefes políticos estaduais que encenavam um simulacro de disputas eleitorais. De um presidencialismo disforme e de um liberalismo que não encontrara lugar no aparelho político-estatal e não gerara melhorias na ordem social. De um Estado que tinha um caráter acentuadamente patriomonalista, no qual a esfera pública se confundia com a esfera privada. Como acentua Ângela de Castro Gomes (2005, p. 110), visando vencer o artificialismo político republicano que postulava normas consideradas inaplicáveis à realidade brasileira e, em o fazendo, combater o arbítrio expresso no caudilhismo e em seus derivados – o clientelismo e o personalismo da organização

9 Para Anita Leocádia Prestes (*Luiz Carlos Prestes: patriota, revolucionário, comunista*, 2006, p. 29), o *Manifesto de Maio* de 1930 representou o rompimento de Prestes com o tenentismo. No Manifesto, Prestes, além de denunciar o “adesismo” dos tenentes “aos grupos oligárquicos liderados por Vargas e descontentes com a escolha de Júlio Prestes para o seguinte quadriênio presidencial”, prenuncia sua adesão ao marxismo e posterior filiação ao Partido Comunista, que se consumou em 1934.

política de então –, a Revolução de 30 apresentou a centralização¹⁰ do Estado como o caminho capaz de levar o país para a nacionalização e a modernização. Para além do dismantelo da cúpula governante, se fazia necessário tocar nas bases socioeconômicas do poder, alterando os elos locais de domínio, enfraquecendo o comando dos fazendeiros e industriais para “libertar” as camadas média e popular que não encontravam mecanismos próprios para se expressar e influenciar a conjuntura política (FAORO, 2000, p. 314).

Já no discurso que fez em 2 de janeiro de 1930 na Esplanada do Castelo, Rio de Janeiro, na condição de candidato à Presidência pela Aliança Liberal, Getúlio Vargas defendeu enfaticamente o voto secreto, a educação pública e a necessidade de leis trabalhistas. Advogou o alistamento compulsório de todos os alfabetizados e a entrega do processo eleitoral a uma magistratura federal togada, como condição para se impedir a fraude e se alcançar uma “genuína representação popular” (VARGAS, 2011, p. 283). Entendia Vargas ser dever do Estado “acudir ao proletário com medidas que lhe assegurem relativo conforto e estabilidade e o amparem nas doenças como na velhice”. Para isso, o governo central e os dos estados deveriam coordenar esforços visando a adoção de um “Código do Trabalho” no qual tanto o proletariado urbano como o rural disporiam de “dispositivos tutelares” compreendendo medidas no campo da educação, higiene, alimentação, habitação; a proteção às mulheres, às crianças, à invalidez e à velhice, assim como o acesso do trabalhador ao desporto e à cultura artística (VARGAS, 2011, p. 285-286). No discurso, o candidato defendeu ainda a instituição, por lei, do salário-mínimo e da obrigatoriedade de férias anuais¹¹.

Raymundo Faoro (2000, p. 315) assinala que o discurso histórico que precedeu a Revolução se deteve, de forma particular, em dois aspectos: o desenvolvimento econômico e a questão social. Ressaltando a importância de se estimular a produção agrícola nacional e de superar as incertezas da indústria nascente com um Estado economicamente forte, Vargas propunha a superação da dependência de importações e a necessidade de incrementar a produção local como caminho para emancipar o país. Isso seria feito com recursos próprios, com a remodelação do Banco do Brasil, com a defesa da produção do café, do açúcar e de outros produtos da pauta de exportações, visando o equilíbrio da balança comercial e a estabilização do valor da moeda.

O programa da Aliança Liberal defendia que os problemas sociais deveriam ser enfrentados por mecanismos estatais, mas, como lembra Faoro (2000, p. 320), não com o intuito de tocar nos alicerces sobre os quais repousava a estrutura social, e sim para pacificá-los, domando-os entre extremismos, com a reforma do aparelhamento, não só constitucional, mas político-social. As mudanças deveriam ocorrer sem estimular a “índole vulcânica” das camadas médias e populares, daí “a necessidade de um Estado orientador, alheado das competições, paternalista na essência, controlado por um líder e sedimentado numa burocracia superior, estamental e sem obediência a imposições de classe” (FAORO, 2000, p. 320).

10 A centralização é abordada, aqui, em sua perspectiva política, de um Estado robustecido e capaz de manter sob controle os serviços e as políticas públicas. Esse conceito de centralização política não se contrapõe à proposta de descentralização administrativa levada a efeito na Era Vargas, com o repasse de vários serviços e atividades para entidades administrativas dotadas de personalidade jurídica própria, as quais passam a desenvolver tais serviços de forma autônoma e descentralizada. Pode-se falar, assim, que a Era Vargas foi marcada por um forte movimento de centralização política que convivia com uma dinâmica de acentuada descentralização administrativa.

11 O salário-mínimo (regionalizado) foi instituído pela Lei nº 185, de 14 de janeiro de 1936, cujo art. 1º assim dispunha: “Todo trabalhador tem direito, em pagamento do serviço prestando, num salário-mínimo capaz de satisfazer, em determinada região do País e em determinada época, das suas necessidades normais de alimentação, habitação, vestuário, higiene e transporte”. No que tange às férias anuais, embora tal direito estivesse previsto desde 1925 (Lei nº 4.982, de 24 de dezembro de 1925), ele não era exercido em sua plenitude. Pelo Decreto nº 19.808, de 28 de março de 1931, Vargas suspendeu a Lei nº 4.982/1925 e seu respectivo regulamento e estabeleceu nova modalidade para a concessão de férias a operários e empregados dos estabelecimentos comerciais, industriais e bancários.

Entretanto, ainda que a Revolução de 30 não tenha levado à completa superação do sistema oligárquico vigente, não há como desconhecer que a argúcia e a capacidade de manobra de Vargas o levaram, uma vez no poder, a dirigir um processo de transformações ao mesmo tempo econômico, social e político, no qual buscou conciliar o interesse da nascente burguesia industrial com os das oligarquias rurais, dos militares e dos trabalhadores¹². Com um regime de economia dirigida, sobretudo através do controle do comércio exterior, e um expressivo desenvolvimento industrial que buscava a diversificação das atividades econômicas e o rompimento da dependência do país, o Governo Provisório se ancorava nos ambientes operários fortalecidos por uma política sindical paternalista e corporativista, no que conseguiu conceder aumentos reais de salário e um modesto, porém consistente, incremento da política de distribuição de renda (DONGHI, 1976, p. 227-228).

Num amontoado impreciso de tendências e facções, a espinha dorsal do modelo surgido com a Revolução de 30 foi, como visto, o elemento militar, ancorado na vanguarda dos tenentes (FAORO, 2000, p. 320). Para João Mangabeira (1941, p. 13), um dos integrantes da Comissão encarregada de elaborar o anteprojeto da Constituição, o Movimento de 30 comportava uma grande variação de tendências, “em cujo leito desaguavam correntes partidas de pontos opostos”, abrigoando os interesses mais antagônicos, desde o “vermelho das reivindicações marxistas ao negro da reação clerical”.

A nota modernizadora do movimento, como diz Faoro (2000, p. 321), assume feição nacionalista: um direito público brasileiro, uma Administração Pública adequada às particularidades nacionais, uma política voltada à modernização das instituições. A nacionalização da economia completa o quadro, sob o pressuposto da superação do predomínio dos estados em prol de uma política de caráter nacional. O discurso dominante entre os tenentes encontrara eco em Minas Gerais, com Francisco Campos e Gustavo Capanema; no Rio de Janeiro, com Góis Monteiro, Osvaldo Aranha e Juarez Távora, como também na Paraíba, com José Américo de Almeida, em um misto de contradições e convergências políticas.

Com o Governo Provisório se alinhavam os jovens tenentes reformistas, mas também os militares nacionalistas, assim como dissidentes das oligarquias tradicionais, na busca da superação de uma cultura política marcada pelo nepotismo, pelo sistemático e indevido uso do erário público e pelos abusos de autoridade. O programa dos tenentes, relevante na cena pública de então, estava permeado de valores de salvação nacional e de uma visão que destinava ao Exército o papel de guardião das instituições republicanas (FAUSTO, 2006, p. 240).

O ciclo nacional-desenvolvimentista desencadeado pela Revolução de 30 teve em Vargas o líder populista que, como define Bresser-Pereira (2009, p. 115), “estabeleceu um contato direto e pessoal com o povo”, até como forma de superar a ausência de partidos políticos ideológicos que intermediassem o exercício do poder. Além de não haver partidos ideologicamente definidos, não havia a conceituação clara de direitos civis e o respeito à lei; “não havia, portanto, o Estado de direito, que é condição da democracia” (BRESSER-PEREIRA, 2009, p. 119).

Embora nacionalismo e populismo, no quadro de uma sociedade dependente, sejam palavras usadas de forma negativa pelo pensamento hegemônico, Bresser-Pereira (2009, p. 98) considera que foi o nacionalismo de Vargas, na transformação do Brasil em Estado-nação autô-

12 Em seu livro *A verdade sobre a Revolução de Outubro – 1930*. (1983, p. 195), Barbosa Lima Sobrinho faz uma curiosa radiografia do perfil político de Getúlio Vargas: “Um caudilho cerebral, que reúne, no mesmo pulso, a liberdade dos processos e a sutileza da ação; um técnico da política, paciente, tenaz, oportuno, considerando a humanidade, amigos e inimigos, com a impassibilidade e a minúcia de um colecionador indiferente”.

nomo, que o tornou um estadista, e foi seu populismo que abriu espaço para a democracia no Brasil ao promover sua revolução capitalista¹³. Para o autor, tratou-se de um populismo político que não se confundia com o populismo econômico (perdulário, que gasta mais do que arrecada) nem com o populismo demagógico – porque sempre tratou as finanças públicas com rigor, porque buscou incorporar as massas ao processo político e porque não era apenas retórico, mas preocupado em transformar as palavras em ações, enfrentando o protesto dos empresários e das velhas oligarquias (BRESSER-PEREIRA, 2009, p. 118-119).

2. Um Estado intervencionista, um Executivo forte e centralizador

Ainda que não se considere que o intervencionismo estatal tenha se iniciado com o Governo Vargas, mas que se deu também durante a vigência da Constituição de 1891¹⁴, não há como ignorar que foi a partir de 1930 que a intervenção do Estado na economia se fez determinante. A Constituição de 1934 consagrou que a ordem econômica devia ser organizada “conforme os princípios da Justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna” (art. 115)¹⁵. De igual forma, foi a Carta que reorganizou o pacto federal, estabelecendo a predominância dos poderes da União sobre os dos estados e municípios.

O Decreto nº 19.398, de 11 de novembro de 1930, que instituiu o Governo Provisório, tinha um alcance superior ao de um mero ato administrativo. Como lembra Afonso Arinos de Melo Franco (1981, p. 110), “o diploma é impropriamente chamado decreto, quando de fato era uma lei, e lei constitucional”. Constituía, portanto, “uma verdadeira Constituição provisória”. A Carta de 1934 reconheceu sua importância, pois no art. 18 de suas Disposições Transitórias aprovou e tornou insuscetíveis de qualquer apreciação judicial os atos do Governo Provisório, os dos interventores e os dos delegados do Governo adotados na vigência do decreto¹⁶.

A preponderância do Executivo na ordem política, marca do novo regime, consta já do art. 1º, *caput*, do decreto, que dispunha que o Governo “exercerá discricionariamente, em toda sua plenitude, as funções e atribuições, não só do Poder Executivo, como também do Poder Legislativo” até o estabelecimento de uma nova organização constitucional por uma Assembleia Constituinte. O art. 4º mantinha em vigor as constituições federal e estaduais, assim como as leis e decretos existentes; todos, porém, inclusive as próprias constituições, sujeitas às modificações e restrições estabelecidas pelo decreto inaugural e por atos ulteriores do Governo Provisório.

13 Para Bresser-Pereira (2009, p. 112), Vargas sabia que o pacto nacional-desenvolvimentista que propunha não podia se limitar aos militares, aos empresários industriais e à elite burocrática oriunda da classe média. Embora pudesse ser caracterizado como uma figura autoritária, Vargas não era elitista: “Foi a primeira vez na história política do Brasil que um grande líder político foi buscar as bases de sua legitimidade no povo, especificamente nos trabalhadores urbanos (...)”.

14 Nelson Werneck Sodré (1962, p. 254-255) considera que a lei de tarifas editada em 12 de agosto de 1844 – conhecida como Tarifa Alves Branco em referência ao então ministro da Fazenda – demarcou terreno no que diz respeito à intervenção do Estado. A lei taxou pesadamente (com tarifas que chegavam a 60%) diversos produtos da pauta de importações que já podiam ser produzidos no Brasil, tendo inclusive motivado represálias do exterior. Para Sodré, a lei encerrou a fase marcada por um completo liberalismo da economia do Império, inaugurando uma nova política.

15 O teor intervencionista da Constituição de 1934 se expressava, também, na autorização para que a União, por motivo de interesse público e autorizada em lei especial, pudesse “monopolizar determinada indústria ou atividade econômica” (art. 116), de modo a se promover “o fomento da economia popular, o desenvolvimento do crédito e a nacionalização progressiva dos bancos de depósito” e “das empresas de seguros em todas as suas modalidades” (art. 117).

16 “Art. 18 - Ficam aprovados os atos do Governo Provisório, dos interventores federais nos Estados e mais delegados do mesmo Governo, e excluída qualquer apreciação judiciária dos mesmos atos e dos seus efeitos.”

O *habeas corpus* sofreu restrições no que se referia aos crimes funcionais e aos da competência de tribunais especiais, tendo sido prevista a anulação ou restrição dos direitos resultantes de nomeações, aposentadorias, pensões ou subvenções, assim como os atos relativos a empregos, cargos ou ofícios públicos, aí incluídos os da magistratura, do Ministério Público e quaisquer outros, tanto na esfera federal como estadual e municipal. Tudo como forma de permitir, ao governo revolucionário, o completo domínio da estrutura administrativa e da máquina estatal.

A fim de manter sob controle o processo político nas unidades federadas, o Decreto nº 19.398/1930 previu a nomeação de um interventor federal para cada estado, ao qual competia exercer, em toda plenitude, não só o Poder Executivo como também o Poder Legislativo de âmbito local. Esses interventores, em que pese serem, em grande parte, oriundos dos grupos políticos dominantes, eram escolhidos pelo governo federal, o que permitia ao presidente da República ter sob sua dependência as máquinas administrativas estaduais, ao mesmo tempo em que mantinha a tradição coronelística.

Para que o sistema de interventorias alcançasse os objetivos pretendidos, e visando um maior monitoramento do sistema político tradicional, o Governo editou, em 29 de agosto de 1931, o Decreto nº 20.348, instituindo conselhos consultivos nos estados, no Distrito Federal e nos municípios, a critério do interventor federal. A esses conselhos competia opinar sobre os recursos de atos do interventor e do prefeito respectivo, não só do ponto de vista legal e jurídico, como também sobre a sua conveniência. Cabia-lhes, ainda, emitir parecer sobre as consultas que lhe fossem propostas por aquelas autoridades ou pelo Governo Provisório. Ao estabelecer várias normas sobre as despesas orçamentárias e sobre os impostos estaduais e municipais, o decreto demonstrava a estratégia centralizadora da União, que retirava dos estados e municípios a autonomia que só formalmente lhes era assegurada.

A criação de uma vasta quantidade de normas voltadas para a disciplina e racionalização da Administração Pública refletia o processo de transformações em curso no Estado brasileiro, com o incremento das políticas públicas de dimensão nacional e a consequente transferência das atividades mais relevantes para o âmbito do Executivo federal. A delegação de serviços públicos passou a ser admitida com a edição de decreto que regulava a exploração, por terceiros, de serviços de radiocomunicação, mediante concessão do governo federal¹⁷, e de decreto que condicionava a concessão de serviços públicos e de minas e terras no âmbito estadual a prévia audiência dos conselhos consultivos citados¹⁸.

Até 1930, existiam apenas seis Ministérios na Administração federal, conforme a Lei nº 23, de 30 de outubro de 1891: Fazenda; Justiça e Negócios Interiores; Indústria, Viação e Obras Públicas; Relações Exteriores; Guerra e Marinha. Visando alcançar maior eficiência, Vargas tratou de criar novas pastas e adotou várias medidas de cunho administrativo. Nesse contexto, o Decreto nº 19.402, de 14 de novembro de 1930, representou importante passo no processo de institucionalização da política educacional e de saúde: por seu intermédio, foi criado o Ministério dos Negócios da Educação e Saúde Pública, que tinha a seu cargo “o estudo e despacho de todos os assuntos relativos ao ensino, saúde pública e assistência hospitalar”¹⁹. Ficaram sob

17 O Decreto nº 20.047/1931 fazia referências genéricas a concessões, permissões e licenças, sem precisar as distinções entre umas e outras, o que era compreensível para a época, quando a doutrina administrativista ainda não tinha a clareza devida sobre a natureza jurídica desses institutos.

18 Decreto nº 20.348, de 29 de agosto de 1931.

19 Art. 1º do Decreto nº 19.402/1930.

a responsabilidade do novo Ministério os estabelecimentos, instituições e repartições públicas relacionadas com a educação e a saúde, como a Escola Nacional de Belas Artes, o Instituto Nacional de Música, a Escola Normal de Artes, o Instituto Osvaldo Cruz, o Museu Nacional e a Assistência Hospitalar, entre outros.

O decreto que aprovou o regulamento do novo Ministério²⁰ expressava com clareza o viés dirigente da Administração federal, na medida em que colocava sob sua tutela todos os assuntos relacionados com o desenvolvimento intelectual e moral e com a defesa médico-sanitária da coletividade social brasileira²¹. Como assinala Maria Célia Marcondes de Moraes (1992, p. 317), na missão de formar o “novo cidadão” reivindicado pela Revolução de 30, a educação – sob a influência, particularmente, de Francisco Campos, o primeiro titular do novo Ministério²² – ocupou um lugar de destaque no projeto de construção de um determinado tipo de Estado Nacional: um Estado centralizador, tutelador e intervencionista. Para o sucesso desse empreendimento contribuiu, também, a criação do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, em 28 de novembro de 1930. O “Ministério da Revolução”, como foi chamado por Lindolfo Collor, o primeiro a dirigir a nova pasta, foi decisivo para concretizar o projeto do regime de administrar os conflitos entre capital e trabalho, assim como para consolidar a condição do Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica.

Outra iniciativa que denota o traço político centralizador do novo regime foi a criação do Departamento de Propaganda e Difusão Cultural (DPDC)²³, vinculado ao Ministério da Justiça e Negócios Interiores, que veio a se transformar, em 1938, no influente Departamento de Imprensa e Propaganda (DIP) do Estado Novo. Ao novo órgão, responsável pela propaganda e controle das informações, competia estudar a utilização do cinema e do rádio como meio de difusão e publicidade governamental, estimular a produção e a exibição de filmes educativos por meio de prêmios e favores fiscais, além de classificar e censurar as obras cinematográficas²⁴. Enaltecendo as datas cívicas e o entusiasmo nacionalista que marcou a Era Vargas, o DPDC era responsável pela convocação das cadeias nacionais de rádio por meio das quais o presidente fazia seus frequentes pronunciamentos e pelo vasto material de propaganda do regime, que incluía a publicação de folhetos e cartilhas com mensagens ufanistas²⁵.

3. A Assembleia Constituinte e a nova Carta

20 Decreto nº 19.560, de 5 de janeiro de 1931.

21 A ação do Governo Provisório foi particularmente marcante na área educacional e se desdobrou com a edição de vários decretos, entre os quais é de se destacar o que criou o Conselho Nacional de Educação (Decreto nº 19.850, de 11 de abril de 1931), o que organizou o ensino superior e dispôs sobre a estrutura técnica e administrativa das universidades (Decreto nº 19.851, também de 11 de abril de 1931), o que organizou o ensino secundário (Decreto nº 19.890, de 18 de abril de 1931) e o que estabeleceu a organização da Universidade do Rio de Janeiro (Decreto nº 19.852, igualmente de 11 de abril de 1931).

22 Campos esteve à frente do Ministério de 1930 a 1932. Em 1933 foi nomeado consultor-geral da República, e em 1935 trabalhou com o então prefeito do Distrito Federal, Pedro Ernesto, como Secretário de Educação. Nomeado ministro da Justiça dias antes do golpe de 1937, foi, então, encarregado por Getúlio Vargas de elaborar a Constituição do Estado Novo.

23 O DPDC foi criado pelo Decreto nº 24.651, de 10 de julho de 1934.

24 Art. 2º do Decreto nº 24.651/1934.

25 Esses aspectos se tornaram mais evidentes particularmente durante o Estado Novo, mas já em 1935 o Departamento de Propaganda instituiu a “Hora do Brasil”, programa radiofônico de transmissão obrigatória por meio do qual eram divulgados os discursos do presidente e as realizações do governo.

A Assembleia Constituinte de 1933/34²⁶ refletiu as contradições políticas existentes à época. As postulações visando a efetivação das reformas que consagrassem o sistema liberal conviviam com o discurso que enfatizava a premência das transformações sociais por meio de um Estado forte. Nesse contexto, a Constituição de 1934, além de proclamar os direitos e garantias individuais, buscou assegurar o projeto de renovação política que liberaria o voto dos currais estaduais e aprisionaria as oligarquias, de modo a fortalecer o poder central, com um Executivo orientador e reformista²⁷. A nova Carta, que adotou as linhas principais do anteprojecto elaborado pela Comissão do Itamaraty, previa a nacionalização dos bancos, das minas e do aproveitamento das águas²⁸, ao tempo em que instituía a Justiça Eleitoral e a Militar como órgãos do Poder Judiciário, além da institucionalização do Ministério Público como órgão de cooperação nas atividades governamentais.

A convocação da Constituinte sofrera resistência acirrada dos revolucionários de 1930, que se posicionavam contra a reconstitucionalização do País por considerar que as reformas necessárias à superação do federalismo oligárquico da República Velha eram mais importantes que o retorno à ordem constitucional. O Clube 3 de Outubro, que reunia os principais líderes do movimento tenentista, autodenominados “patriotas enérgicos”, argumentava que uma possível volta à ordem legal serviria apenas para trazer de volta a “politicalha” varrida do poder pela “República Nova” (LIRA NETO, 2013, p. 14-15).

Em seu programa, o Clube sustentava a necessidade de um governo central forte, que se sobreporia às classes sociais e combateria as ingerências externas. Defendia a intervenção estatal na economia; a convivência da representação política de base territorial com a representação corporativa, eleita por associações profissionais reconhecidas pelo governo; a eliminação do latifúndio mediante tributação ou simples confisco; a nacionalização de várias atividades econômicas, como transportes, exploração dos recursos hídricos e minerais, além da administração dos portos; a instituição da previdência social e de leis trabalhistas²⁹. Vargas (1995, p. 92) pedia claramente a favor das “forças militares que apoiam o governo”, em contraposição aos políticos tradicionais e aos veículos que praticavam um “jornalismo dissolvente”, os quais, no seu entender, agiam apenas com o propósito de sabotar o governo, que, embora provisório, representava os ideais de uma revolução que se pretendia permanente. Para Vargas, a tarefa de reerguer a economia, restaurar as finanças, equilibrar os orçamentos e sanear o ambiente

26 A Assembleia Nacional Constituinte foi instalada em 15 de dezembro de 1933, funcionando até 16 de julho de 1934, quando se deu a promulgação do novo texto constitucional.

27 Um exemplo dessa concentração de poderes na esfera federal é o art. 167 da nova Constituição, que passou a considerar as polícias militares estaduais forças “reservas do Exército”. No mesmo sentido, o art. 5º, XIX, I, dispunha ser competência privativa da União legislar sobre “organização, instrução, justiça e garantias das forças policiais dos Estados e condições gerais da sua utilização em caso de mobilização ou de guerra”. Nos dias atuais, essa disciplina distorcida ainda se mantém, com as polícias militares permanecendo na condição de “forças auxiliares e reserva do Exército” (CF/88, art. 144, § 6º), cabendo privativamente à União legislar sobre “normas gerais de organização, efetivos, material bélico, garantias, convocação e mobilização das polícias militares e corpos de bombeiros militares” (art. 22, XXI).

28 O art. 117, *caput*, da Constituição de 1934 dispunha que “a lei promoverá o fomento da economia popular, o desenvolvimento do crédito e a nacionalização progressiva dos bancos de depósito. Igualmente providenciará sobre a nacionalização das empresas de seguros em todas as suas modalidades, devendo constituir-se em sociedades brasileiras as estrangeiras que atualmente operam no País”. Por sua vez, o § 4º do art. 119 estabelecia que “a lei regulará a nacionalização progressiva das minas, jazidas minerais e quedas d’água ou outras fontes de energia hidráulica, julgadas básicas ou essenciais à defesa econômica ou militar do País”.

29 O Clube 3 de Outubro, assim denominado em homenagem à data do início da Revolução de 1930, criticava arduamente o federalismo oligárquico vigente na República Velha, defendia um governo central forte, sustentava a necessidade de prolongamento do Governo Provisório e o adiamento da reconstitucionalização do país. Os principais membros de sua primeira diretoria foram Góis Monteiro, Pedro Ernesto, Herculino Cascardo, Osvaldo Aranha, Juarez Távora, Themístocles Brandão Cavalcanti e Hugo Napoleão.

moral e material do país precedia a fase seguinte da Revolução, consistente em organizar constitucionalmente o Brasil (LIRA NETO, 2013, p. 49-50).

O movimento armado que eclodiu em São Paulo entre os meses de julho e outubro de 1932 (a chamada Revolução Constitucionalista), reivindicando a promulgação de uma nova Constituição, representou um elemento de pressão a mais para que a Constituinte fosse convocada (MELO FRANCO, 1960, p. 176). Entretanto, como o Código Eleitoral já havia sido editado em fevereiro de 1932³⁰, e o Decreto nº 21.402, de 14 de maio de 1932, já fixara o dia 3 de maio de 1933 para a realização das eleições à Assembleia Constituinte³¹, os acontecimentos de São Paulo acabaram tendo pouco efeito prático sobre o processo de convocação da Constituinte. De toda forma, contribuíram para que o Governo se apressasse em editar o Decreto nº 22.040, de 1º de novembro de 1932, regulamentando os trabalhos da comissão encarregada de elaborar o anteprojeto da futura Constituição. O que permaneceu, entre as forças de oposição a Vargas, foi a desconfiança de que o Governo Provisório poderia se autoconceder uma dilação indeterminada dos poderes discricionários de que desfrutava.

Na busca por dar concretude aos ideais da Revolução, foi se firmando uma Administração Pública cada vez mais onipresente, com o governo federal sendo municiado com os instrumentos necessários ao exercício do papel de vanguarda que lhe era reservado pelos novos detentores do poder. O princípio da separação de poderes herdado do constitucionalismo liberal sofreu significativas transformações, com o Poder Executivo assumindo uma função forte e dirigente, tornando-se, nas palavras de Pessoa (2012, p. 255), “o centro da vida estatal”. Passando a dispor de competências e atribuições extremamente abrangentes, o que se vivenciou, nesse contexto histórico, foi o acentuado deslocamento do poder normativo em direção ao Executivo (MESURINI, p. 61).

A diretriz que guiava a ação governamental, como também a Constituinte, era a formulação de uma política nacionalista própria, indissociável da busca por um desenvolvimento emancipatório. Na esteira da discussão travada ao longo da década de 1930 sobre a nacionalização dos recursos do subsolo – em particular o petróleo, cuja existência já era considerada desde os tempos do Império –, a Constituição de 1934 previu que a União poderia, “por motivo de interesse público”, monopolizar determinada indústria ou atividade econômica³². Previu, ainda, a criação, na esfera de cada Ministério, de Conselhos Técnicos que funcionariam como órgãos consultivos da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, proposta que, embora não tenha logrado êxito no plano prático, demonstrava a tentativa de se organizar uma Administração Pública burocratizada e abrangente.

Sob influência do sistema do contencioso administrativo francês, no qual os conflitos que envolvem a Administração são resolvidos fora do âmbito do Poder Judiciário, a Carta de 1934 tratou de instituir um tribunal de direito administrativo na esfera federal. Cabia ao tribunal julgar os recursos de atos e decisões do Poder Executivo, bem como as sentenças dos juízes

30 O Código Eleitoral foi instituído pelo Decreto nº 21.076, de 24 de fevereiro de 1932. Criou a Justiça Eleitoral, com funções contenciosas e administrativas, tendo como órgãos um Tribunal Superior, tribunais regionais em cada estado, no Distrito Federal e no Território do Acre, e juízes eleitorais nas comarcas, distritos ou termos judiciários.

31 Além de fixar a data das eleições à Assembleia Constituinte, o Decreto nº 21.402/1932 criou a comissão responsável por elaborar o anteprojeto da futura Constituição, presidida por Afrânio de Mello Franco. A comissão reunia-se no Palácio do Itamaraty, no Rio de Janeiro, razão pela qual passou a ser conhecida como “Comissão do Itamaraty”.

32 “Art. 116 - Por motivo de interesse público e autorizada em lei especial, a União poderá monopolizar determinada indústria ou atividade econômica, asseguradas as indenizações devidas (...)”.

federais nos litígios em que a União fosse parte, desde que dissessem respeito ao funcionamento de serviços públicos ou fossem regidos, no todo ou em parte, pelo direito administrativo³³. Cabia igualmente ao tribunal, conforme dispunha a Constituição, julgar os litígios entre a União e os seus credores, derivados de contratos públicos.

O processo de transformações deflagrado pela Revolução de 30 levou o Estado a atuar de forma mais acentuada não apenas na área econômica, mas também no campo da saúde, educação, assistência e previdência social, e assim a máquina estatal experimentou um crescimento considerável, com a criação de um grande número de órgãos e pessoas jurídicas públicas, em particular conselhos e autarquias³⁴, em um vigoroso processo de descentralização administrativa³⁵. A esse incremento correspondeu, igualmente, um aumento no quadro de pessoal, com a criação de cargos e funções que redundaram em uma poderosa burocracia estatal, identificada com os valores da técnica, da eficiência e do planejamento, na qual as esferas de competência passaram a estar mais bem delineadas. Com essas medidas, Vargas deu início ao processo de implementação do modelo de Administração Pública burocrática, de índole racional-legal³⁶, que veio a se consolidar com a Reforma Burocrática promovida em 1936, através da criação do Conselho Federal do Serviço Público Civil, transformado no Departamento Administrativo do Serviço Público (DASP) em 1938.

Na montagem de uma nova arquitetura administrativa, a Constituição de 1934 inovou ao dedicar um de seus títulos aos funcionários públicos³⁷ e ao prever que tanto serviços públicos federais como estaduais e municipais poderiam ser objeto de concessão³⁸, embora o instituto da delegação de serviços públicos já estivesse regulamentado, por meio de decretos, desde 1931³⁹. Reafirmando a onda nacionalista reinante, a Carta de 1934 determinou que as autorizações ou concessões seriam conferidas exclusivamente a brasileiros ou a empresas organizadas no Brasil, e obrigou as concessionárias a constituir suas administrações com maioria de diretores brasileiros, residentes no Brasil, ou que os poderes de gerência fossem delegados exclusivamente a brasileiros. O texto constitucional previu, ainda, a edição de lei determinando o percentual

33 “Art. 79 - É criado um Tribunal, cuja denominação e organização a lei estabelecerá, composto de Juízes, nomeados pelo Presidente da República, na forma e com os requisitos determinados no art. 74.

Parágrafo único - Competirá a esse Tribunal, nos termos que a lei estabelecer julgar privativa e definitivamente, salvo recurso voluntário para a Corte Suprema nas espécies que envolverem matéria constitucional:

1º) os recursos de atos e decisões definitivas do Poder Executivo, e das sentenças dos Juízes federais nos litígios em que a União for parte, contanto que uns e outros digam respeito ao funcionamento de serviços públicos, ou se rejam, no todo ou em parte, pelo Direito Administrativo;
2º) os litígios entre a União e os seus credores, derivados de contratos públicos.”

34 A esse respeito, veja-se Alberto Venâncio Filho, *A intervenção do Estado no domínio econômico*. Fundação Getúlio Vargas, 1986. V., também, Baer, Kerstenetzsky e Villela, “As modificações do papel do Estado na economia brasileira”, *Pesquisa e Planejamento Econômico*, op. cit.

35 A descentralização administrativa é entendida como a situação em que o Estado delega a outras pessoas jurídicas o exercício de serviços e atividades que são de sua responsabilidade. Assim, ela conduz à noção de Administração Indireta, formada por pessoas jurídicas que o Decreto-Lei nº 200/1967 denomina como “entidades” (art. 4º, II).

36 Como assinala Bresser-Pereira, a Administração Pública burocrática é “baseada na centralização das decisões, na hierarquia, no princípio da unidade de comando, na estrutura piramidal do poder, nas rotinas rígidas, no controle passo a passo dos procedimentos administrativos – processos de contratação de pessoal, de compras, de atendimento às demandas dos cidadãos”. – In: *Reforma do Estado para a cidadania: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional*. 2. ed., 2011, p. 48.

37 A Carta de 1934 dedicou todo o Título VII (artigos 168 a 173) aos funcionários públicos, dando à matéria uma estatura constitucional que antes não detinha.

38 Segundo o art. 5º, VIII, da Constituição, seriam da competência privativa da União “explorar ou dar em concessão os serviços de telégrafos, radiocomunicação e navegação aérea, inclusive as instalações de pouso, bem como as vias-férreas que liguem diretamente portos marítimos a fronteiras nacionais, ou transponham os limites de um Estado”.

39 Tanto o Decreto nº 20.047/1931 quanto o Decreto nº 20.348/1931, que tratavam dos serviços de radiocomunicação e da instituição de conselhos consultivos nas unidades federativas, respectivamente, já faziam referência à concessão de serviços públicos.

de empregados brasileiros que deveriam ser mantidos obrigatoriamente nos serviços públicos explorados por concessão e nos estabelecimentos de determinados ramos de comércio e indústria⁴⁰. No mesmo sentido, prescreveu que lei federal deveria regular a fiscalização e a revisão das tarifas dos serviços concedidos.

No que tange à intervenção do Estado no domínio econômico, a nova Constituição também inovou, em relação à Constituição de 1891, ao prever o instituto da requisição, por meio do qual as autoridades competentes poderiam usar da propriedade particular em caso de perigo iminente. Manteve a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante prévia indenização, e pela primeira vez condicionou o exercício do direito de propriedade à sua função social: “É garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar”⁴¹.

Ao institucionalizar o ideário do movimento revolucionário, a Constituição de 1934 promoveu a reconstrução democrática que poria fim à “ditadura” – como o próprio Vargas se referia ao governo que, desde 1930, chefiava⁴². Independentemente do caráter que se queira lhe atribuir – uma revolução nacional, uma revolução liberal-burguesa, uma revolução das classes médias ou um golpe militar –, a Revolução de 30 representou um ponto de inflexão na política e no Direito brasileiro (D’ARAUJO, 2011, p. 28).

4. A nova disciplina legal da Administração Pública

A acentuada intervenção do Estado no domínio econômico, marca registrada da Revolução de 1930, gerou uma substancial necessidade de novos regramentos legais. Mesurini (2016, p. 61) aponta os impactos que a proximidade da política com a economia acarretou no direito constitucional e administrativo, “que passaram a ser revistos para além das suas raízes teóricas liberais”. O avolumar de dispositivos de direito administrativo, como ressalta Seelaender (2021, p. 169), representa, ao lado da ampliação da burocracia, da ascensão dos técnicos nas instituições públicas, do fortalecimento do Executivo e da centralização política, típicos índices de crescimento da intervenção estatal.

Uma das primeiras providências adotadas pelo Governo Provisório em seu propósito de racionalizar a Administração foi a que vedou a acumulação de cargos remunerados. Pelo Decreto nº 19.576, de 8 de janeiro de 1931, ficou proibida a acumulação de remunerações recebidas dos cofres públicos, por títulos diversos, ainda que de unidades federativas distintas. Ficou igualmente proibida a acumulação de qualquer vantagem percebida dos cofres públicos com função ou emprego remunerado em estabelecimento, empresa, companhia, instituto ou serviço de qualquer natureza, desde que dependentes do governo ou por ele subvencionados. Pelo decreto, a aceitação de emprego, comissão, cargo ou função pública remunerada por parte de

40 “Art. 135 - A lei determinará a percentagem de empregados brasileiros que devam ser mantidos obrigatoriamente nos serviços públicos dados em concessão, e nos estabelecimentos de determinados ramos de comércio e indústria.”

41 Art. 113, item 17, da Constituição de 1934.

42 Em julho de 1934, mês da promulgação da nova Carta, Vargas lançou manifesto à nação no qual avaliava o Governo Provisório. Em várias passagens do manifesto, o presidente refere-se ao governo como “ditadura”, expressão usualmente utilizada também por seus ministros e parlamentares aliados em textos e pronunciamentos.

funcionário civil ou militar importaria na perda de todas as vantagens decorrentes de aposentadoria, reforma, jubilação, disponibilidade e pensão⁴³.

Outras medidas de austeridade adotadas por Vargas visavam superar vícios arraigados na máquina federal. Assim, editou decreto estabelecendo como se daria a execução orçamentária entre os diversos ministérios no exercício de 1931⁴⁴. No mesmo decreto, vedou a aplicação de créditos destinados a material em despesas de pessoal e vice-versa, e proibiu que se cometesse a pessoas estranhas aos quadros dos serviços federais o desempenho de quaisquer encargos que estivessem compreendidos entre as atribuições dos funcionários públicos.

Tais providências punham em prática o que Getúlio Vargas tinha anunciado em seu discurso de posse, em 3 de novembro de 1930⁴⁵, quando afirmou que começaria “por desmontar a máquina do filhotismo parasitário, com toda a sua descendência espúria”. Para o exercício das funções públicas, dizia, “não deve mais prevalecer o critério puramente político”, devendo esse papel ser confiado “aos homens capazes e de reconhecida idoneidade moral”, pois a vocação burocrática e a caça ao emprego público, em um país com imensas possibilidades, aberto a todas as iniciativas do trabalho, era injustificável. No discurso, Vargas apontava a prática do empreguismo e o caciquismo eleitoral como os principais males a ser combatidos, e, já como presidente, em pronunciamento feito em 23 de fevereiro de 1931, voltou a condenar “o monopólio das funções públicas” e “a posse exclusiva das posições” exercidos pelos partidos e facções políticas (VARGAS, 2021, p. 247).

Nesse diapasão, o Decreto nº 19.626/1931 regulamentou o exercício de cargos em comissão e as gratificações de função, e determinou que todas as despesas de material deveriam ser pagas com registro prévio do Tribunal de Contas. Dizendo-se empenhado em promover uma maior eficiência da Administração Pública, ajustar os quadros do funcionalismo, atualizar a legislação fiscal e reorganizar o Tesouro Nacional, Vargas decidiu, à época, alterar os subsídios do presidente da República fixados por Washington Luís em 1929⁴⁶, reduzindo-os pela metade (LIRA NETO, 2013, p. 84).

Vários decretos editados nos anos de 1930 a 1934 expressam a dimensão social e trabalhista do governo revolucionário e a montagem de um complexo aparato administrativo capaz de fazer valer o projeto de um Estado paternalista, ao qual caberia a garantia e a outorga mesma dos direitos dos trabalhadores. É o caso da Lei dos 2/3⁴⁷, garantindo a presença mínima de 2/3 de empregados nacionais em quaisquer estabelecimentos industriais e comerciais⁴⁸, e da Lei

43 Pelo art. 6º do decreto, era admitida a acumulação remunerada de funções do magistério em estabelecimentos de ensino secundário e superior, quando se tratasse de institutos diferentes, aprovada a compatibilidade dos horários de trabalho e limitada a acumulação a dois cargos no máximo.

44 Decreto nº 19.626, de 26 de janeiro de 1931.

45 <http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/presidencia/ex-presidentes/getulio-vargas/discursos/discursos-de-posse/discorso-de-posse-1930/view>.

46 Decreto nº 5.741, de 25 de novembro de 1929.

47 Decreto nº 19.482, de 12 de dezembro de 1930.

48 O art. 3º do Decreto nº 19.482/1930 assim dispunha: “Todos os indivíduos, empresas, associações, companhias e firmas comerciais, que explorem, ou não, concessões do Governo federal ou dos Governos estaduais e municipais, ou que, com esses Governos contratem quaisquer fornecimentos, serviços ou obras, ficam obrigadas a demonstrar perante o Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, dentro do prazo de noventa dias, contados da data da publicação do presente decreto, que ocupam, entre os seus empregados, de todas as categorias, dois terços, pelo menos, de brasileiros natos”.

de Sindicalização⁴⁹, que definia os sindicatos como “órgãos consultivos” e “de colaboração com o Poder Público”⁵⁰. Em 1932, Vargas cria a legislação instituindo os mecanismos de conciliação e julgamento, concedendo novos benefícios aos trabalhadores vinculados às caixas de aposentadoria e pensões, fixando o limite de oito horas para a jornada de trabalho, introduzindo nova regulamentação para o trabalho de mulheres e menores e instituindo a carteira profissional. Foram criados, ainda, os institutos de aposentadoria e pensões, como o dos marítimos (junho de 1933), o dos comerciários (maio de 1934) e o dos bancários (junho de 1934). Em 12 de julho de 1934, editou decreto visando adequar a organização sindical à Constituição que seria promulgada, concedendo maior grau de autonomia aos sindicatos⁵¹.

Ainda que se considere que a tolerância de Vargas com as oligarquias rurais dissidentes tenha contribuído para que pouco fosse feito na regulamentação do trabalho no campo, a filosofia do Governo Provisório também buscou alcançar o trabalhador rural. O Decreto nº 19.770/1931, que regulamentou a sindicalização “das classes patronais e operárias”, disciplinando o papel do novo Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio no reconhecimento dos sindicatos, dispunha que estes poderiam pleitear a “fixação de salários mínimos para trabalhadores urbanos e rurais”. Como observa Welch (2016, p. 85), no início de 1931 o novo ministro do Trabalho, Lindolfo Collor, articulou a organização social do campo, e, em reunião com fazendeiros, indicou a sindicalização como o caminho para que tanto os empregadores como seus empregados, os camponeses, definissem como poderiam ajudar a traçar a política agrícola do país.

A perspectiva ideológica dos tenentes reunidos no Clube 3 de Outubro norteou muitas medidas adotadas pelo Governo Provisório. Em seu “Programa Revolucionário de Reconstrução Política e Social do Brasil”, o Clube dedicou vários pontos à questão rural, defendendo a proteção, a formação e a manutenção da pequena propriedade rural, mediante a transferência direta de lotes de terras cultiváveis para o trabalhador agrícola⁵². Deveria o Estado controlar a repartição e a utilização do solo, de maneira a impedir os abusos, proporcionando às famílias, especialmente as formadas no seio do proletariado rural, terras que lhes facilitassem a habitação e a subsistência, outorgando-lhes ao mesmo tempo os meios de exploração das riquezas do solo.

Além de estabelecer que, no conceito de propriedade, o interesse individual não poderia se sobrepor à função social, o Programa defendia a criação de um imposto territorial calcado sobre o valor venal das terras, o qual deveria levar em conta o grau de aproveitamento social delas e, em certos casos, ter caráter progressivo⁵³. As diversas medidas de organização social destinadas ao trabalhador urbano deveriam ser estendidas “a todos os proletários ou trabalhadores do campo”, pontuava o Programa do Clube. Assim, não houve, como destaca Gilberto

49 Decreto n.º 19.770, de 19 de março de 1931.

50 O art. 5º do Decreto nº 19.770/1931 definia as entidades sindicais como “órgãos consultivos e técnicos no estudo e solução, pelo Governo Federal, dos problemas que, econômica e socialmente, se relacionarem com os seus interesses de classe”. O art. 6º, a seu turno, assim estabelecia: “Ainda como órgãos de colaboração com o Poder Público, deverão cooperar os sindicatos, as federações e confederações, por conselhos mistos e permanentes de conciliação e de julgamento, na aplicação das leis que regulam os meios de dirimir conflitos suscitados entre patrões, operários ou empregados”.

51 O art. 2º, a, do Decreto nº 24.694/1934, passou a considerar os sindicatos órgãos “de defesa da respectiva profissão e dos direitos e interesses profissionais dos seus associados”, embora permanecesse sua condição de órgãos “de colaboração com o Estado”.

52 In: *Annaes da Assembleia Nacional Constituinte – Volume III*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1935.

53 O Programa Revolucionário estabelecia que a necessidade de “criar um imposto especial sobre o arrendamento de terras, firmado no princípio que só quem trabalha a terra é digno de lhe usufruir os proventos”, além da criação de um “Tribunal de Terras”, que teria como função estudar e resolver os litígios relativos ao domínio, posse e exploração do solo.

Bercovici (2020, p. 185), o abandono do trabalhador rural por parte do Governo Provisório que boa parte da historiografia brasileira afirma, mas sim uma série de avanços na busca por superar o Brasil essencialmente agrícola, com uma estrutura fundiária caótica e concentradora, em um processo de ruptura da política econômica agrário-exportadora até então predominante.

No trabalho de reorganizar a Administração Pública, Vargas criou, em 1931, o Departamento dos Correios e Telégrafos⁵⁴, fruto da fusão da Diretoria Geral dos Correios com a Repartição Geral dos Telégrafos. Em janeiro de 1932 assinou decreto regulamentando os serviços aeronáuticos civis e o uso do espaço aéreo nacional⁵⁵, e na área militar criou o Corpo de Fuzileiros Navais⁵⁶ e aprovou o Plano Geral do Ensino Militar⁵⁷. Essas medidas se somaram aos atos que dispunham sobre a organização do Departamento Nacional do Comércio⁵⁸ e aos que promoveram as reformas administrativas da educação e da saúde, como citado. Foram criados vários organismos dedicados ao controle e à direção de atividades econômicas, de que são exemplos o Instituto do Cacau (1931)⁵⁹ e o Instituto do Açúcar e do Alcool (1933)⁶⁰, embora fosse bastante incipiente, à época, o debate acerca da natureza jurídica de tais entidades e do exato papel que lhes cabia na estrutura da Administração Pública. Nesse contexto de reestruturação administrativa, há quem considere que a Revolução de 1930 fez multiplicarem-se as autarquias “de modo desordenado e quase caótico” (VAZ DA SILVA, 1974, p. 35).

Quando a Assembleia Constituinte decidiu negar ao chefe do Executivo a possibilidade de legislar por meio de decretos, o governo se apressou em editar inúmeros atos que garantissem a adoção de novas providências antes da promulgação da futura Constituição. Esses atos enfatizam o papel proeminente do Estado na execução do projeto desenvolvimentista nacional, com a implantação de uma Administração baseada no modelo burocrático weberiano amparado em uma pluralidade de normas e regulamentos e em uma rígida hierarquia e separação de funções. Surgem, então, diversos diplomas legislativos: o Código de Minas⁶¹; o Código de Águas⁶², que conferiu ao governo o poder de fixar tarifas de eletricidade e concentrou na União o poder concedente, retirando a competência dos estados e municípios nessa matéria; o decreto dis-

54 Decreto nº 20.859, de 26 de dezembro de 1931.

55 Decreto nº 20.914, de 6 de janeiro de 1932.

56 Decreto nº 21.106, de 29 de fevereiro de 1932.

57 Decreto nº 22.350, de 12 de janeiro de 1933.

58 O Departamento Nacional de Comércio foi criado pelo Decreto nº 19.667, de 4 de fevereiro de 1931, como órgão componente da estrutura do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio. O Decreto nº 19.671, também de 4 de fevereiro de 1931, dispôs sobre a organização do Departamento, que tinha por fim “coordenar as atividades oficiais e iniciativas particulares destinadas a promover, regular e defender os interesses comerciais do Brasil, tanto no país como no exterior” (art. 1º). Em 1932, as atribuições relativas ao comércio exterior foram transferidas do Departamento para o Ministério das Relações Exteriores.

59 Pelo Decreto nº 20.233, de 22 de julho de 1931, Vargas reconheceu como de utilidade pública o Instituto do Cacau da Bahia, criado por decreto do interventor estadual em 8 de junho de 1931. O decreto presidencial dava, assim, uma dimensão nacional ao Instituto, autorizando-o inclusive a emitir letras hipotecárias, o que se justificava pelo fato de o estado da Bahia ser o maior produtor e exportador de cacau.

60 O Instituto do Açúcar e do Alcool foi criado pelo Decreto nº 22.789, de 1º de junho de 1933.

61 Decreto nº 24.642, de 10 de julho de 1934.

62 Decreto nº 24.643, também de 10 de julho de 1934.

pondo sobre os sindicatos profissionais⁶³; a regulamentação da liberdade de imprensa⁶⁴ e as alterações do Código de Justiça Militar⁶⁵.

A centralização progressiva das decisões de política econômica levou à criação e instalação, em 1934, do Conselho Federal do Comércio Exterior, considerado o primeiro órgão de planejamento governamental do país, voltado à formulação de medidas de estímulo ao comércio exterior e à concessão de incentivos para a instalação de novas indústrias, como as de celulose e papel. Outras entidades foram então criadas, voltadas para lidar com setores específicos, sendo a mais emblemática delas o Departamento Nacional do Café, em 1933, que teria sua direção nomeada pelo Governo Provisório, e não escolhida pelos estados produtores, como estabelecia o regime anterior. Pela primeira vez o governo decidiu interferir diretamente na fixação dos preços do café e no controle da produção e passou a realizar, também, o controle do câmbio visando racionalizar as divisas e proteger o setor industrial (BAER et. al., 1973, p. 887).

Com o fim de estabelecer um processo de articulação, cooperação e coordenação dos serviços estatísticos de interesse geral, foi criado o Instituto Nacional de Estatística⁶⁶, que em 1938 se transformou no Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). O novo Instituto, como entidade de natureza federativa, era responsável por promover e executar, de modo permanente e sistemático, o levantamento de todas as estatísticas nacionais. Para que a realização dos censos demográficos e econômicos, assim como a execução dos serviços especializados de cartografia e estatística atuarial, ocorresse de maneira uniforme e articulada em todo o território nacional, o decreto previa a assinatura de convênios entre os entes federativos e também com as entidades privadas que se dedicavam a trabalhos estatísticos. A iniciativa representou importante passo para que se conhecesse melhor a realidade do país com vistas ao planejamento e à execução das políticas públicas.

O Governo Provisório atuou fortemente no sentido de construir uma identidade e uma memória nacional. Com a intenção de preservar os “lugares em que se realizaram os grandes feitos da sua história”, editou decreto por meio do qual elevava a cidade de Ouro Preto à categoria de Monumento Nacional⁶⁷. Além de homenagear a cidade que fora palco do primeiro movimento de libertação colonial, Vargas reforçou a imagem do seu principal líder, Tiradentes⁶⁸, e em 14 de julho de 1934 promulgou decreto aprovando o novo regulamento do Museu Histórico Nacional⁶⁹, criado em 1922. Vinculado ao Ministério da Educação e Saúde Pública, ao museu cabia a inspeção dos monumentos nacionais e do comércio de objetos artísticos e históricos, assim como recolhê-los e classificá-los para serem expostos ao público, com vistas ao “conhecimento da história pátria” e ao “culto das nossas tradições”⁷⁰.

63 Decreto nº 24.694, de 12 de julho de 1934.

64 Decreto nº 24.776, de 14 de julho de 1934.

65 Decreto nº 24.803, também de 14 de julho de 1934.

66 Decreto nº 24.609, de 6 de julho de 1934.

67 Decreto nº 22.928, de 12 de julho de 1933.

68 Em 1936, Vargas determinou que os restos mortais dos inconfindentes degredados para a África fossem repatriados e depositados em Ouro Preto.

69 Decreto nº 24.735, de 14 de julho de 1934.

70 Art. 1º do Regulamento anexo ao Decreto nº 24.735/1934.

A edição desse elevado número de atos normativos em um curto espaço de tempo demonstra a intensa atividade legislativa do Governo Provisório em prol da implantação de reformas na máquina pública, de maneira a que o Estado, e o Executivo em particular, se fizesse senhor das atividades estratégicas de interesse do país, tanto na seara econômica como social, cultural e administrativa. Vargas (2001, p. 305) não se absteve de considerar que os decretos que editava constituíam “atos ditatoriais”. Entretanto, a coloração social e a pertinência política desses atos, a necessidade premente de sua adoção, justificavam a seu ver as providências tomadas, e assim uma “onda de atividade legiferante de reformas e de autorizações” consumiu, de modo particular, os dias que precederam a promulgação da nova Constituição (VARGAS, 2001, p. 305).

Conclusão

A Revolução de 30 visou, desde o primeiro momento, efetivar um modelo que superasse a baixa capilaridade da Administração Pública na Primeira República, marcada por gestões financeiras perdulárias, dívidas crescentes e má escrituração. Fez surgir um projeto intervencionista no qual se delineava com precisão os órgãos e o papel que o governo federal deveria cumprir na modernização da economia e da ordem social, assim como o espaço de atuação dos entes federativos no novo contexto estatal. Estabeleceu, ainda, uma disciplina legal para o trabalho e promoveu a nacionalização das riquezas do país, com a edição de um incontável número de leis e de atos administrativos.

O Governo Provisório atuou fortemente no sentido de implementar o ideário programático da Aliança Liberal que a Constituição de 1934 veio reafirmar, em que pesem as críticas e ressalvas que o chefe do governo dirigiu ao novo texto constitucional por ocasião de sua promulgação⁷¹. Pode-se dizer, na verdade, que as medidas tomadas foram além do programa propugnado pela Aliança. Os anos que vão de 1930 a 1934 representaram um período de fecunda produção legislativa, no qual o arcabouço básico do Estado brasileiro foi delineado, com a nota dominante do nacionalismo e do intervencionismo estatal. Ao lado de um movimento de centralização política, vivenciou-se uma acentuada descentralização administrativa que implicou na criação de variados órgãos e entidades responsáveis por desempenhar as funções de natureza técnica que o poder central passou a regulamentar e a executar.

Nesse contexto, embora a Constituição de 1934 tenha demarcado os vínculos federativos, com a evidente primazia do papel da União⁷², e incorporado ao seu texto preceitos de direito administrativo, de direito social e de direito civil, além de ter estabelecido normas reguladoras da educação, cultura etc., a legislação que a precedeu responde pelos maiores avanços que se obteve naquela fase histórica.

O desenho institucional do moderno Estado brasileiro continuou a ser feito nos anos seguintes ao Governo Provisório, com a criação de novos entes e órgãos administrativos – como o

71 Em seu *Diário*, p. 304 e 307, Vargas lamenta “as dificuldades que terá de enfrentar o governo para dirigir o país com o código assim elaborado”. No dia da promulgação da nova Constituição (16 de julho), comenta que ela lhe parece que “será mais um entrave do que uma fórmula de ação”.

72 O anteprojeto apresentado pela Comissão do Itamaraty chegou ao ponto de propor, em seu art. 6º, que os estados ficariam vedados de ter símbolos ou hinos próprios, o que não foi aceito pelos constituintes e não constou da redação final da Constituição de 1934. Dizia o dispositivo do anteprojeto: “A bandeira, o hino, o escudo e as armas nacionais são de uso obrigatório nos Estados, sendo-lhes vedado ter símbolos ou hinos próprios”.

Instituto Nacional do Livro e o Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, ambos em 1937 – e, principalmente, do Conselho Federal do Serviço Público Civil⁷³, em 1936, que promoveu uma ampla reforma administrativa. Os delineamentos básicos foram todos traçados, porém, nos anos iniciais que sucederam a Revolução de 1930 e culminaram, em 1934, na promulgação da nova Constituição.

O curto tempo de vigência do texto constitucional não foi capaz de apagar as conquistas e os elementos inovadores que a Revolução de 30, em curto espaço de tempo, implantou na dinâmica do governo e do Estado. Mesmo após o golpe de 1937 e a revogação da Constituição de 1934 os inúmeros diplomas legislativos editados por meio de atos unilaterais do chefe do Executivo permaneceram válidos, influenciando decisivamente a organização e o funcionamento da Administração no contexto de um Estado burocrático, autoritário e centralizador que, na condição de polo aglutinador da nação, ditava os rumos da sociedade e da economia. Desprezando os preceitos da democracia liberal, o governo enfatizava reformas voltadas ao estabelecimento dos direitos e garantias das classes trabalhadoras, na consideração de que a questão nacional-desenvolvimentista e a emancipação do país eram as tarefas prioritárias.

Embora seja possível dizer que a Constituição de 1934 – cujo conteúdo foi, em grande medida, resgatado pela Constituição de 1946 – tenha consagrado o ideário dos revolucionários de 1930, os preceitos básicos de direito administrativo que desenharam o modelo de Estado que hoje temos encontra raízes no arcabouço jurídico infraconstitucional que se constituiu durante o breve, mas fecundo, período do Governo Provisório.

Referências

Livros, Periódicos e Sites

ALBUQUERQUE, Manoel Maurício de. *Pequena história da formação social brasileira*. Rio de Janeiro: Graal, 1981.

BAER, Werner; KERSTENETZSKY, Isaac; VILLELA, Annibal V. As modificações do papel do Estado na economia brasileira. In: *Pesquisa e Planejamento Econômico*, v. 3, n. 4, Rio de Janeiro, dez/1973, p. 883-912.

BERCOVICI, Gilberto. A questão agrária na Era Vargas (1930-1964). *Revista História do Direito*. Curitiba, v. 1, n.1, p. 183-226, jul-dez/2020.

BERCOVICI, Gilberto. Estado intervencionista e Constituição Social no Brasil: o silêncio ensurdecedor de um diálogo entre ausentes (2009). Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5642052/mod_resource/content/1/Aula%203%20-%20Bercovici%20-%20Ausentes.pdf. Acesso em: 30 nov. 2022.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Getúlio Vargas: o estadista, a nação e a democracia. In: Pedro Paulo Zahluth Bastos, Pedro Cezar Dutra Fonseca (Orgs.). *A Era Vargas: desenvolvimentismo, economia e sociedade*. São Paulo: Editora Unesp, 2012, v. 1, p. 93-120.

⁷³ O Conselho Federal do Serviço Público Civil foi criado em 1936, tendo como principais competências organizar os serviços públicos e os concursos para provimento dos cargos administrativos e técnicos no âmbito do Executivo federal, e opinar nos processos de destituição de funcionários.

- BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *Reforma do Estado para a cidadania: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional*. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011.
- CARVALHO, José Murilo de. Introdução. In: VIANNA, Oliveira. *O ocaso do Império*. 3. ed. Rio de Janeiro: ABL, 2006.
- CLUBE 3 DE OUTUBRO - Esboço do programa revolucionário de reconstrução política e social do Brasil – 1932 – fevereiro. In: *Annaes da Assembleia Nacional Constituinte – Volume III*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1935.
- D'ARAÚJO, Maria Celina (Org.). Getúlio Vargas. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2011 (Série Perfis Parlamentares; n. 62).
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O direito administrativo brasileiro sob influência dos sistemas de base romanística e da *common law*. In: *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*. Salvador, vol. 8, nov/dez 2006, jan/2007. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=156>. Acesso em: 18 jun. 2022.
- DONGHI, Tulio Halperin. *História da América Latina*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1975.
- FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. Vol. 2. 10. ed. São Paulo: Globo; Publifolha, 2000.
- FAUSTO, Boris. A Revolução de 1930. In: MOTA, Carlos Guilherme (Org.). *Brasil em perspectiva*. 19. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1990, p. 227-255.
- FRANCO, Afonso Arinos de Melo. *Curso de direito constitucional brasileiro, Vol. II, Formação Constitucional do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1960.
- FRANCO, Afonso Arinos de Melo. *Direito constitucional: Teoria da Constituição; as Constituições do Brasil*. Rio de Janeiro, Forense, 1981.
- FUNDAÇÃO Getúlio Vargas, Centro de Pesquisa e Documentação de História Contemporânea do Brasil (CPDOC). Anos de Incerteza (1930-1937) – No país dos tenentes – Clube 3 de Outubro. In: *A Era Vargas: dos anos 20 a 1945*.
- GOMES, Ângela de Castro. Autoritarismo e corporativismo no Brasil: o legado de Vargas. *Revista USP*, n. 65, março/maio 2005.
- GUANDALINI JUNIOR, Walter. *História do direito administrativo brasileiro: formação (1821-1895)*. Curitiba: Juruá, 2016.
- HOBSBAWM, Eric. *Era dos extremos: o breve século XX: 1914-1991*. Tradução de Marcos Santarrita. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- LIMA SOBRINHO, Barbosa. *A verdade sobre a Revolução de Outubro – 1930*. 3. ed. São Paulo: Editora Alfa-Omega, 1983.
- MANGABEIRA, João. *Em torno da Constituição*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1941.

- MARTINS, José de Souza. *O poder do atraso: ensaios de sociologia da história lenta*. São Paulo: Hucitec, 1994.
- MESURINI, Mauricio Costa. História do direito administrativo no Brasil (1937-1964): o debate em torno das delegações legislativas. In: *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*. Porto Alegre, n. 35, p. 59-84, dez. 2016.
- MESURINI, Mauricio Costa. O Estado interventor no Brasil e seus reflexos no direito administrativo e constitucional (1930-1964): Themistocles Cavalcanti e sua contribuição doutrinária. Belo Horizonte: Editora Dialética, 2021.
- MIRKINE-GUETZÉVITCH, Boris. *As novas tendências do direito constitucional*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1933.
- MORAES, Maria Célia Marcondes de. Educação e política nos anos 30: a presença de Francisco Campos. In: *Revista Brasileira de Estudos Pedagógicos*. Brasília, vol. 73, n. 174, maio/ago 1992, p. 291-321.
- NETO, Lira. *Getúlio: do Governo Provisório à ditadura do Estado Novo (1930-1945)*. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.
- PESSOA, Robertônio Santos. Constitucionalismo, Estado e Direito Administrativo no Brasil. In: *Direito em ação*, vol. 8, n. 1, jan/2012, p. 253-298.
- PRESTES, Anita Leocádia. *Luiz Carlos Prestes: patriota, revolucionário, comunista*. São Paulo: Expressão Popular, 2006.
- PRESTES, Luiz Carlos. *Manifesto de Maio*. In: <https://www.marxists.org/portugues/prestes/1930/05/manifesto.htm>. Acesso em: 30 mai. 2022.
- SEELAENDER, Airton Cerqueira-Leite (2021). O direito administrativo e a expansão do Estado na Primeira República: notas preliminares a uma história da doutrina administrativista no Brasil. In: *Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro*. Rio de Janeiro: a. 182, (485):165-202, jan./abr. 2021.
- SODRÉ, Nelson Werneck. *Formação histórica do Brasil*. São Paulo: Editora Brasiliense, 1962.
- SILVA, Floriano Corrêa Vaz da. *A intervenção do Estado no domínio econômico através dos órgãos de Administração Indireta*. In: *Revista de Informação Legislativa*, out/dez 1974, p. 31-46.
- VARGAS, Getúlio. *Diário*. Vols. 1 e 2. Apresentação de Celina Vargas do Amaral Peixoto; edição de Leda Soares. São Paulo: Siciliano; Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1995.
- VARGAS, Getúlio. Discurso pronunciado na Esplanada do Castelo, expondo a plataforma da Aliança Liberal na campanha para as eleições presidenciais de 1º de março de 1930. In: *Getúlio Vargas, 1883-1954*. (Série Perfis Parlamentares, n. 62). Organização de Maria Celina D'Araujo. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2011.

- VARGAS, Getúlio. Discurso pronunciado por ocasião de sua posse como chefe do Governo Provisório da República. 3 de novembro de 1930. Disponível em: <http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/presidencia/ex-presidentes/getulio-vargas/discursos/discursos-de-posse/discurso-de-posse-1930/view>. Acesso em: 9 jun. 2022.
- VARGAS, Getúlio. Pronunciamento em 23 de fevereiro de 1931, em Minas Gerais. In: SOUZA, Nilson Araújo de; CAMPOS, Rosanita. *Pensamento nacional-desenvolvimentista*. São Paulo: Anita Garibaldi; Fundação Maurício Grabois, 2021.
- VENÂNCIO FILHO, Alberto. *A intervenção do Estado no domínio econômico*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1986.
- VIANNA, Oliveira. *O ocaso do Império*. [Introdução de José Murilo de Carvalho]. 3. ed. Rio de Janeiro: ABL, 2006.
- WELCH, Clifford Andrew. Vargas e a reorganização da vida rural no Brasil ((1930-1945)). In: *Revista Brasileira de História*, São Paulo, vol. 36, n. 71, jan-abr 2016, p. 81-105.

Legislação citada

- BRASIL. [Constituição (1934)]. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934). Brasília, DF: **Presidência da República**, 2022.
- BRASIL. Lei nº 23, de 30 de outubro de 1891. Reorganiza os serviços da Administração federal. **Coleção de Leis do Brasil**: 1891, p. 42, vol. 1.
- BRASIL. Decreto nº 4.982, de 24 de dezembro de 1925. Manda conceder, anualmente, 15 dias de férias aos empregados e operários de estabelecimentos comerciais, industriais e bancários, sem prejuízo de ordenado, vencimentos ou diárias e dá outras providências. **Coleção de Leis do Brasil**: 1925, p. 126, vol. 1.
- BRASIL. Decreto nº 5.741, de 25 de novembro de 1929. Fixa os subsídios do Presidente e do Vice-Presidente da República, no período presidencial de 1930 e 1934. **Diário Oficial da União**: Seção 1, 27/11/1929, p. 23809.
- BRASIL. Decreto nº 19.398, de 11 de novembro de 1930. Institui o Governo Provisório da República dos Estados Unidos do Brasil, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: Seção 1, 12/11/1930, p. 20663.
- BRASIL. Decreto nº 19.402, de 14 de novembro de 1930. Cria uma Secretária de Estado com a denominação de Ministério dos Negócios da Educação e Saúde Pública. **Diário Oficial da União**: Seção 1, 18/11/1930, p. 20883.
- BRASIL. Decreto nº 19.482, de 12 de dezembro de 1930. Limita a entrada, no território nacional, de passageiros estrangeiros de terceira classe, dispõe sobre a localização e amparo de trabalhadores nacionais, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: Seção 1, 19/12/1930, p. 22585.
- BRASIL. Decreto nº 19.560, de 5 de janeiro de 1931. Aprova o regulamento que organiza a Secretaria de Estado do Ministério da Educação e Saúde Pública. **Diário Oficial da União**: Seção 1, 10/1/1931, p. 549.

BRASIL. Decreto nº 19.576, de 8 de janeiro de 1931. Veda as acumulações remuneradas e dá outras providências. **Diário Oficial da União:** Seção 1, 18/1/1931, p. 955.

BRASIL. Decreto nº 19.626, de 26 de janeiro de 1931. Fixa a despesa geral da República dos Estados Unidos do Brasil para o exercício de 1931. **Diário Oficial da União:** Seção 1, 28/1/1931, p. 1391.

BRASIL. Decreto nº 19.770, de 19 de março de 1931. Regula a sindicalização das classes patronais e operárias e dá outras providências. **Diário Oficial da União:** Seção 1, 29/3/1931, p. 480.

BRASIL. Decreto nº 19.808, de 28 de março de 1931. Suspende a execução da lei n. 4.982, de 24 de dezembro de 1925, e do respectivo regulamento, e estabelece nova modalidade para a concessão de férias a operários e empregados. **Diário Oficial da União:** Seção 1, 7/4/1931, p. 5263.

BRASIL. Decreto nº 20.047, de 27 de maio de 1931. Regula a execução dos serviços de radiocomunicações no território nacional. **Diário Oficial da União:** Seção 1, 6/6/1931, p. 9385.

BRASIL. Decreto nº 20.233, de 22 de julho de 1931. Considera de utilidade pública o Instituto de Cacau da Baía, e dá outras providências. **Diário Oficial da União:** Seção 1, 24/7/1931, p. 12027.

BRASIL. Decreto nº 20.348, 29 de agosto de 1931. Institui conselhos consultivos nos Estados, no Distrito Federal e nos municípios e estabelece normas sobre a administração local. **Diário Oficial da União:** Seção 1, 23/10/1931, p. 16835.

BRASIL. Decreto nº 21.402, de 14 de maio de 1932. Fica o dia três de maio de 1933 para a realização das eleições à Assembleia Constituinte e cria uma comissão para elaborar e anteprojeto da Constituição. **Diário Oficial da União:** Seção 1, 17/5/1932, p. 9486.

BRASIL. Decreto nº 22.040, de 1º de novembro de 1932. Regula os trabalhos da comissão encarregada de elaborar o anteprojeto da futura Constituição Brasileira. **Diário Oficial da União:** Seção 1, 4/11/1932, p. 20232.

BRASIL. Decreto nº 22.928, de 12 de julho de 1932. Erige a cidade de Ouro Preto em monumento nacional. **Diário Oficial da União:** Seção 1, 17/7/1933, p. 14153.

BRASIL. Decreto nº 24.609, de 6 de julho de 1934. Cria Instituto Nacional de Estatística e fixa disposições orgânicas para a execução e desenvolvimento dos serviços estatísticos. **Diário Oficial da União:** Seção 1, 14/7/1934, p. 14257.

BRASIL. Decreto nº 24.642, de 10 de julho de 1934. Decreta o Código de Minas. **Diário Oficial da União:** Seção 1, 20/7/1934, p. 14750.

BRASIL. Decreto nº 24.651, de 10 de julho de 1934. Cria, no Ministério da Justiça e Negócios Interiores, o Departamento de Propaganda e Difusão Cultural. **Diário Oficial da União:** Seção 1, 14/7/1934, p. 14276.

BRASIL. Decreto nº 24.694, de 12 de julho de 1934. Dispõe sobre os sindicatos profissionais. **Coleção de Leis do Brasil:** 31/12/1934, p. 838, vol. 4 .

BRASIL. Decreto nº 24.735, de 14 de julho de 1934. Aprova, sem aumento de despesa, o novo regulamento do Museu Histórico Nacional. **Diário Oficial da União:** Seção 1, 1934, p. 0000.

BRASIL. Decreto nº 24.776, de 14 de julho de 1934. Regula a liberdade de imprensa e dá outras providências. **Coleção de Leis do Brasil:** 31/12/1934, p. 1.

BRASIL. Decreto nº 24.803, de 14 de julho de 1934. Modifica diversos artigos do Código de Justiça Militar. **Coleção de Leis do Brasil:** 1934, p. 1378, vol. 4.

BRASIL. Lei nº 135, de 14 de janeiro de 1936. Institui as comissões de salário mínimo. **Diário Oficial da União:** Seção 1, 21/1/1936, p. 1602.

Data de Recebimento: 20/06/2022

Data de Aprovação: 04/12/2022

Resenhas

HISTÓRIA DO DIREITO

Uma chave interpretativa para a história da administração pública nos Estados Unidos da América

Resenha do livro: W. J. Novak. *New Democracy – The creation of the Modern American State*

Laila Maia Galvão

Em 1996 o professor e pesquisador estadunidense William Novak lançava o livro *The People's Welfare*. A obra era uma espécie de resposta àqueles que encontravam nos Estados Unidos da América do século XIX a terra do *laissez-faire* e da atuação tímida do Estado. Novak demonstrou, a partir de uma investigação ampla de várias fontes primárias e precedentes da época, que havia uma forte presença estatal em diferentes áreas da vida urbana americana, buscando, assim, desconstruir o mito da América como paraíso do liberalismo.

Em 2022 é publicado em inglês o novo livro de Novak com o mesmo objetivo – questionar a mitologia liberal estadunidense – mas dedicado a um outro período histórico. Em *New Democracy – The creation of the Modern American State*, Novak investiga o período entre os anos de 1866 e 1932, abarcando a Reconstrução pós-guerra civil até o momento que antecede o *New Deal*. Nesse interregno de mais de vinte cinco anos entre um livro e outro, o pesquisador publicou uma quantidade muito significativa de artigos (Novak, 2008, 2014, 2020, 2021, 2022 – apenas para citar alguns exemplos), porém com recortes mais específicos. Os dois livros fazem parte de um esforço para construir uma visão macro acerca do processo de construção do Estado americano.

Esse esforço não está apenas na produção acadêmica de Novak. Recentemente, houve um considerável incremento na produção sobre a história do direito administrativo nos Estados Unidos da América. Essa tendência acadêmica não pode ser dissociada de debates mais contemporâneos naquele país, especialmente nos governos Obama e Trump, sobre temas como o poder das agências governamentais ou o conceito de *deep state*. Mesmo livros que debatiam temas contemporâneos, como o *Is administrative law unlawful?*, de Philip Hamburger (2014), acabavam por resvalar na discussão acerca das origens do direito administrativo e de sua legitimidade.

Um dos marcos recentes dessa literatura americana sobre a história do direito administrativo é a obra de Daniel Ernst (2014) *Tocqueville's nightmare*. O autor investigou como as cortes judiciais e os advogados foram importantes para a emergência, nos Estados Unidos da primeira metade do século XX, de um Estado administrativo moderno associado aos valores do devido processo legal e do respeito aos direitos individuais. William Novak, por sua vez, parece não estar tão interessado nas cortes judiciais. Um dos argumentos centrais de seu livro, inclusive, é que o modelo de intervenção estatal descrito em seu livro anterior, *The People's Welfare*, tinha um caráter muito mais local e centrado nas cortes. A novidade nessa transição do século XIX para o XX teria sido justamente a substituição desse modelo por um Estado moderno muito mais centralizado e voltado para mudanças, que atribuía mais protagonismo para o Poder Executivo do que para o Poder Judiciário.

O livro *New Democracy* está dividido em seis capítulos, dedicados a seis transformações no campo jurídico que ele considera cruciais para a emergência desse Estado administrativo moderno. Os temas dos capítulos são: *citizenship*, *police power*, *public utility*, *social legislation*, *antimonopoly* e *democratic administration*. Sem a intenção de descrever em pormenores o conteúdo de cada capítulo, vale chamar atenção para os elementos que se destacam na obra e que, de certa forma, trazem uma nova contribuição para o debate da história do direito administrativo.

Se, no primeiro capítulo, o autor faz questão de retomar o conceito de *citizenship*, bastante comum nas pesquisas de história do direito americano, no segundo capítulo é colocado em evidência o conceito de *police power*, ainda pouco aprofundado nesse tipo de pesquisa. Ele enxerga nas transformações da ideia de poder de polícia, ainda durante o século XIX, a seguinte transição que foi feita nos Estados Unidos: antes o Poder Legislativo estadual tinha a atribuição

de aprovar regras e normas para regular interesses privados, de acordo com uma visão do *common law* de uma *well-regulated society*; em um segundo momento é o Poder Executivo que assume essa função, de modo mais centralizado e generalista e conectado a uma doutrina de direito público e a uma noção de poder regulatório moderno.

Ainda no capítulo sobre poder de polícia, Novak apresenta talvez a tese mais controversa de seu livro. Segundo ele, a chamada *Era Lochner*, conhecida como um período em que a Suprema Corte Americana derrubava regulações econômicas, na verdade não significou nos Estados Unidos um período de *laissez-faire*. Para ele, a exceção engoliu a regra. O que poderia ter sido uma história do poder de polícia se tornou uma história do *judicial review* do poder de polícia, ou seja, a história das poucas vezes que as cortes judiciais derrubaram essas regulações. Esse controle realizado pelas cortes e, no caso, pela Suprema Corte Americana, teria representado apenas uma parte dessa história. O cidadão americano se deparava, no seu dia a dia, com uma enxurrada de regulações da vida social e econômica que poderiam tranquilamente nos levar a chamar esse período de “Era do Poder de Polícia e da Utilidade Pública”. Segundo o autor, a maioria dessas regulações não chegaram a ser derrubadas pelo *judicial review* e, por isso, seria possível contar a história desse período tendo por base a imensa quantidade de regramentos das mais diferentes áreas.

No terceiro capítulo, é explorado o conceito de *public utility*, fundamental para expandir o conceito de poder de polícia para além da visão do *common law* e das restrições constitucionais. O poder de polícia, antes associado a análises caso a caso por meio de litígios judiciais surgidos após as violações, passa a ser um instrumento muito mais geral e centralizado voltado para a regulação de grandes áreas, como a economia e as corporações. Esse tema é retomado no quinto capítulo, quando se associa o tema da *public utility* ao tema das leis antitruste. Assim, o autor destaca como o enfrentamento aos monopólios não representava um tema meramente técnico, mas sim o enfrentamento de um problema social de concentração do poder.

É assim que Novak encerra o livro, em seu sexto capítulo, dando destaque às discussões acerca da democracia naquele período. Muitas das reformas promovidas na virada do século XIX para o XX tinham como pano de fundo o combate à corrupção e à plutocracia e a construção de um Estado efetivamente democrático.

Esse breve resumo dos principais temas pode passar a impressão de que o autor pinta de forma muito positiva o período histórico. No entanto, uma leitura atenta indica que houve uma preocupação em mostrar as contradições existentes. No capítulo relativo ao *social welfare*, por exemplo, o autor mostra os dois lados dessa moeda da regulação, uma vez que o Estado expandia sua esfera de influência e intervenção em questões relativas à moralidade e à sexualidade. Esse controle buscava dar conta dos problemas sociais, das “patologias sociais” e das “desordens sociais”, por meio da ampliação do alcance do poder de polícia - por meio de *injunctions* e *abatement acts* - e das novas estratégias de punição e encarceramento, com uma série de prejuízo a populações mais vulneráveis.

O desafio de escrever uma obra mais geral é enorme. Por um lado, os leitores se beneficiam de uma leitura que dá conta de atravessar um longo período histórico e narrar suas principais características a partir de uma chave explicativa mais abrangente. Por outro lado, é óbvio que certos temas não são explorados em muito detalhe. A leitura de *New Democracy*, portanto, pode ser muito bem complementada por uma série de livros e artigos que emergiram nos últimos anos sobre essas temáticas. Como bem destacou Mark Tushnet em sua resenha sobre o livro, algumas dessas “ausências” no livro podem, na verdade, representar um convite para que ou-

tros pesquisadores contribuam com essa síntese produzida por Novak, “para colocar tópicos periféricos mais perto do centro ou para mover os centros os círculos sobrepostos mais para perto uns dos outros” (Tushnet, 2022).

No caso do direito administrativo brasileiro, como ressaltado por Walter Guandalini Junior e Lívia de Lima Teixeira em resenha publicada anteriormente nesta Revista (2021, p. 351) “o direito administrativo brasileiro é um objeto ainda por ser historiado”. Assim, as revisões panorâmicas de caráter dogmático-cronológico já feitas no Brasil sobre a história do direito administrativo foram realizadas por autores que não buscaram o rigor metodológico e historiográfico necessário para a empreitada. O livro de Novak, que traz essa visão panorâmica, mas que é, ao mesmo tempo, fruto de uma vida dedicada aos estudos desses temas, nos mostra como uma obra desse tipo pode movimentar o debate na área, inclusive em relação a temas mais específicos.

A publicação de Novak tem rendido muitas discussões nos Estados Unidos. Há, por exemplo, críticas a uma suposta falta de evidências empíricas que sustentariam o equívoco de se associar o *New Deal* à emergência do Estado americano moderno (Tomlins, 2022). Há, também, elogios à habilidade do autor em apontar que a base legal e intelectual que sustentou o *New Deal* foi sendo gerada anos, até décadas, antes (Kloppernberg, 2022). Mesas redondas e simpósios estão sendo organizados para debater a obra a partir de uma análise franca sobre seus méritos e lacunas (por exemplo Lee, 2022; Lobel, 2022; Walker, 2022).

Apesar de o livro ter como objeto essa transição do século XIX para o XX nos Estados Unidos da América, creio que sua leitura pode ser muito proveitosa para o público brasileiro em geral. Primeiramente, considerando o vasto interesse da área constitucional brasileira pela trajetória do constitucionalismo estadunidense, o livro de Novak pode ajudar a desmistificar a ideia do excepcionalismo americano, ainda replicada acriticamente por liberais brasileiros.

O livro também busca promover uma diferente perspectiva daquela que enxerga o *New Deal* como um marco inicial de um novo momento constitucional, como por exemplo a obra de Bruce Ackerman (2000) que foi traduzida para o português e que teve grande circulação nos meios acadêmicos. Esse olhar para a história do direito administrativo estadunidense para além do *New Deal* pode inspirar, de certo modo, a produção de uma história da Administração Pública que não tenha como marco inicial os anos 1930. No caso brasileiro isso costuma acontecer com a chamada “Era Vargas”, considerada por muitos o momento inaugural da construção do Estado administrativo moderno. No entanto, vale destacar que pesquisadores da história do direito administrativo brasileiro têm buscado matizar essa narrativa, como já feito por Airton Seelaender em relação ao estudo das “ilhas de intervenção” da Primeira República (2006).

O livro de Novak também pode contribuir para um questionamento da associação automática que muitas vezes é feita no Brasil entre expansão do Estado administrativo e autoritarismo. O próprio título da obra, *New Democracy*, chama a atenção para o fato de que os intelectuais americanos da Era Progressiva tinham como uma grande preocupação a promoção da democracia. O livro nos ajuda a compreender melhor o pragmatismo americano e essa noção de democracia que respingou no Brasil pelas mãos de alguns pensadores e políticos da época, como Anísio Teixeira e Hermes Lima. Afinal, a prevalência de autores mais autoritários no decorrer da década de 1930 não foi um processo “natural” ou “automático”, mas sim, em certa medida, a consequência da perseguição a juristas e pensadores mais democráticos que, naquele período, foram encarcerados ou tiveram que fugir dos grandes centros urbanos (Galvão, 2021, pp. 85-87).

Para além desse debate sobre a articulação entre democracia e Administração Pública, as pesquisas historiográficas demonstram, cada vez mais, a relevância do direito administrativo dos EUA para a construção do direito administrativo brasileiro. Juristas brasileiros buscaram referências não só nos autores franceses, mas também nos autores americanos para compreender os conceitos de “serviço público” e “utilidade pública”. Alguns dos códigos referentes a recursos naturais brasileiros, elaborados na década de 1930, foram inspirados na legislação americana. Além dessa influência mais direta, há também todo um ideário progressivista que é, de certa forma, incorporado por pensadores do direito público brasileiro (ver, por exemplo, Hansen, 2018).

Novak já anunciou em palestras recentes que em seu próximo livro pretende voltar no tempo e investigar a construção do Estado Americano no período da independência e da confecção da Constituição ainda no século XVIII. O novo livro será, então, o último volume dessa trilogia voltada para compreender os meandros desse processo de construção do Estado nos EUA. A cronologia pode parecer estranha, afinal Novak escreveu primeiro um livro sobre o século XIX, para depois avançar para o século XX e retornar agora para o século XVIII. No entanto, o percurso é bastante lógico. Para ele, há muitos equívocos na compreensão atual a respeito dos chamados *founding fathers* e da própria história do constitucionalismo americano. Para citar um rápido exemplo: com a saída dos Britânicos, as Treze Colônias criam seus *Provincial Congresses*, mas, antes disso, esses congressos eram comitês de segurança e inspeção. Para Novak, as temáticas do poder de polícia e da administração pública são temas centrais da Revolução Americana e de seus desdobramentos e, por isso, é preciso voltar para o período revolucionário. Há, portanto, uma direta conexão entre direito constitucional e questões administrativas que merece ser valorizada.

No caso brasileiro, esse tipo de percurso também faz sentido. Basta notar que pesquisadores que dedicaram anos de pesquisa à Primeira República ou aos anos 1930, eventualmente, dão um passo para trás na cronologia para buscar discussões mais antigas sobre poder de polícia que são decisivas para a reconfiguração do papel do Estado e da Administração e que, portanto, são fundamentais para compreender a história do direito brasileiro. Quando o pesquisador é motivado por grandes perguntas, nem sempre se limitar a um recorte temporal muito restrito é o caminho mais satisfatório. Muitas vezes, é a própria pergunta que o leva para temporalidades mais amplas e mais distantes. O mérito de Novak é, ao assumir essa trabalhosa tarefa, conseguir costurar esses diferentes tempos e temas por meio de uma chave interpretativa comum, que de forma ousada e corajosa desafia o senso comum sobre a suposta ausência de um Estado forte na história dos EUA.

Referências

- Ackerman, B. (2000) *We the People - Volume 2: Transformations*. Harvard University Press.
- Ernst, D. R. (2014). *Tocqueville's nightmare: the administrative state emerges in America (1900-1940)*. Oxford University Press.
- Galvão, L. M. (2021). *Constituição, educação e democracia: A Universidade do Distrito*

Federal (1935-1939) e as transformações da Era Vargas. Editora UnB.

Guandalini, W. J.; Teixeira, L. S. P. (2021). O Direito administrativo do Estado Interventor. *Revista História do Direito*.

Hamburger, P. (2014). *Is Administrative Law unlawful?* The University of Chicago Press.

Hansen, T. F. (2018). *Codificar e conservar: ciência e pensamento jurídico na formação do código florestal brasileiro de 1934*. Tese de doutorado. Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná.

Kessler, J. K. (2015). The struggle for administrative legitimacy. *Harv. Law. Review*.

Kloppenber, J. T. (2022) Review of William J. Novak's *New Democracy – The creation of the Modern American State*. *Michigan Journal of Law & Society*.

Lee, S. Z. Revolution versus Evolution in Bill Novak's *New Democracy*. *Yale Journal on Regulation*. In: <<https://www.yalejreg.com/nc/symposium-novak-new-democracy-01/>>

Lobel, O. (2022). The (re)new(ing) democracy and cyclical forms and substance of regulatory governance. *Yale Journal on Regulation*. In: <<https://www.yalejreg.com/nc/symposium-novak-new-democracy-10/>>

Novak, W. J. (2014). A revisionist history of regulatory capture. In: D. Carpenter & D. A. Moss (Eds.) *Preventing Regulatory Capture – special interest influence and how to limit it*. Cambridge University Press.

Novak, W. J. (2021). Morals, Sex, Crime, and the Origins of Modern American Social Police. In: M. Canaday; N. F. Cott & R. O. Self (Eds.). *Intimate States: Gender, Sexuality, and Governance in Modern US History*. The University of Chicago Press.

Novak, W. J. (2022). *New Democracy: the creation of the Modern American State*. Harvard University Press.

Novak, W. J. (2020) The American Law of Overruling Necessity: The Exceptional Origins of State Police Power. In: G. Gerstle & J. Isaac. *States of Exception in American History*. The University of Chicago Press.

Novak, W. J. (2008). The myth of the “weak” American State. *American Historical Review*.

Novak, W. J. (1996). *The People's welfare: law and regulation in nineteenth-century America*. The University of North Carolina Press.

Novak, W. J. (2017). The Public Utility Idea and the Origins of Modern Business Regulation. In: N. R. Lamoreaux & W. J. Novak (Eds.) *Corporations and American Democracy*. Harvard University Press.

Rosenblum, N. (2014). "Administration and Legal Orthodoxy: A Review of Tocqueville's Nightmare," *Soc'y U.S. Intell. Hist. Blog*.

Seelaender, A. C. L. (2006). Pondo os pobres no seu lugar: igualdade constitucional e in-

tervencionismo segregador na Primeira República. In M. B. Lima & J. M. Coutinho (Eds.), *Diálogos constitucionais*. Renovar.

Tomlins, C. (2022). The State before the State: A Critique of *New Democracy: The Creation of the Modern American State*, by William J Novak. *American Journal of Legal History*.

Tushnet, M. (2022). *William Novak's New Democracy: The Creation of the Modern American State -- a Mini-Review*. In: <<https://balkin.blogspot.com/2022/04/william-novaks-new-democracy-creation.html>>.

Walker, C. J. Lesson's from Novak's *New Democracy* for Federal Administrative Law. *Yale Journal on Regulation*. In: < <https://www.yalejreg.com/nc/symposium-novak-new-democracy-09/>>

Data de Recebimento: 20/06/2022

Data de Aprovação: 04/12/2022

Memória

HISTÓRIA DO DIREITO

Bartolomé Clavero (1947-2022), *In Memoriam*

Bartolomé Clavero (1947-2022), In Memoriam

Sebastián Martín

El pasado 30 de septiembre nos dejaba Bartolomé Clavero, *Pipo* para los muchos familiares, amigos, colegas y discípulos que nos quedamos desolados sin su presencia. Se marcha con él una voz única e inconfundible, que iluminaba todo aquello en lo que fijaba su atención, protagonista de una trayectoria humana y profesional verdaderamente excepcional. Sirva esta semblanza biográfica para rendir homenaje a su memoria.

1. Contracultura, resistencia e investigación

En un primer y decisivo acto de rebeldía, hacia 1967, Pipo rompió con el mundo nacional-católico en que había crecido. Empezó entonces a «tomar conciencia no solo sobre la situación de la dictadura sino sobre su entorno social»¹, al que él mismo pertenecía. Con apenas 20 años, eclosionó de un modo desbordante, proyectando su extraordinaria energía intelectual sobre el mundo de la cultura, la política y la investigación.

En amistosa colaboración con otros sujetos excepcionales como Gonzalo García Pelayo o Camilo Tejera, se convirtió en activo promotor de la cultura underground sevillana de finales de los 1960 y principios de los 1970. Junto al propio García Pelayo, ejerció de letrista de la banda de rock *Smash*, confesando veladamente en una letra emblemática que «habían venido a destrozarse ese tiempo» de coacción y jerarquía. Ayudado por Tejera, administraron con impericia las abundantes cajas del club *Dom Gonzalo*, donde pinchaban música procedente de las bases americanas, inauditas en la Sevilla tardofranquista. Ganó alguna edición del Certamen de Poetas Universitarios Andaluces, en el que también ejerció de jurado, dirigió con éxito la estratégica colonización aperturista del club de cine del SEU, organizando ciclos concurrenciosos que dejaron huella, y participó en iniciativas teatrales de corte brechtiano, que le costaron ficha policial por reconocer a viva voz ante el auditorio la expresa «intencionalidad política» de la obra que representaban (Matute, 2022).

Su actividad cultural fue, como se ve, inseparable de su militancia política como resistente contra la dictadura. Representante estudiantil electo, tomó parte en protestas que perseguían la democratización de la universidad. Improvisó, junto a Tejera, exitosos actos públicos en los que se dio lectura a la Declaración Universal de los Derechos Humanos por su XX aniversario. En relación ya con cuadros del Partido Comunista de España, ayudó a organizar reuniones clandestinas, a defender a compañeros detenidos. Su actividad de opositor le costó amonestaciones públicas, y algún procesamiento con pronta libertad condicional. Ya como profesor adjunto, protagonizó debates académicos de relevancia política, firmó (con seudónimo) artículos críticos con el régimen, e impartió seminarios sobre marxismo a los militantes más jóvenes (Carrillo, 2008).

Vitalmente entregado a la cultura y la política, siguió completando sus estudios en la Facultad Hispalense de Jurisprudencia. Desde el tercer curso, en ese mismo año 66/67, pasó a matricularse como alumno libre en derecho, y solo seguirá, como alumno oficial, las asignaturas comunes de filosofía y letras. Nada le seducía una carrera impartida por profesores aún anclados a la (in)cultura oficial franquista, o sencillamente inertes para la ciencia. Muy pocos se libraban a sus ojos de esa inutilidad para la cultura democrática y la reflexión científica: Jaime

¹ Es manifestación expresada en una entrevista que le realicé en 2018 en Antidora, su casa de Cazalla, próxima a publicarse en el Libro del V Centenario de la Facultad de Derecho de Sevilla.

García Añoveros, Miguel Rodríguez-Piñero y el constitucionalista oral, hoy olvidado por los más jóvenes, Manolo Romero Gómez.

Su desvinculación de la asistencia regular a la carrera le permitió, sin embargo, en elocuente paradoja, entregarse al estudio intensivo del derecho. Por utilizar sus propias expresiones, ante «el desastre de facultad», «huye» de ella, pero para recluirse en su biblioteca, donde devora sin descanso lo más actualizado disponible en ciencias humanas, sociales y jurídicas.

Hacia el final de su licenciatura, con acentuada vocación teórica, e inclinación inicial por la teoría del derecho, encontró, sin embargo, en la historia del derecho, más que en cualquier otra materia filosófica, la oportunidad para colmar su curiosidad intelectual y su compromiso humanista. Ante el acartonamiento e incluso el fundamentalismo nacionalcatólico de quienes ocupaban las cátedras filosóficas², esta disciplina le permitirá desarrollar la convicción ético-política historicista de la que participaba, fundadora del propio imaginario resistente: que son los hombres y mujeres los llamados colectivamente a hacer su propia historia, que no existen «principios fundamentales» incommovibles en lo que hace a las instituciones que los individuos se otorgan para organizar su convivencia, según pretendía la dictadura.

Con este convencimiento como divisa inspiradora de su temperamento científico, abrió Pipo el periodo de especialización doctoral, no sin antes sufrir el preceptivo «secuestro por parte del Estado» para realizar un dilatado servicio militar. Durante la mili, por trabar amistad con los superiores, logró dedicar horas y horas a leer los libros que portaba atados al cinto, ya relacionados con su asunto de tesis. A su regreso, realizó una estancia decisiva en Roma, donde, a las lecturas histórico-jurídicas realizadas por la mañana en la universidad, agregaba por las tardes otras muchas de historia social en el Instituto Gramsci. Se adentró así en un universo literario, procedente en buena parte de la Europa del Este y traducida al francés o expuesta en italiano³, que mostraba la mendacidad del relato histórico convencional según el cual el Estado-nación se fundó en la época del Renacimiento. Toda la mal llamada «edad moderna» sería más bien premoderna, por presentar la reacomodación de una sociedad estamental gobernada por élites aristocráticas, sin ruptura drástica alguna con el pasado medieval, sino en perfecta continuidad institucional con el mismo.

Su tema de tesis, la propiedad nobiliaria en Castilla, le permitió reconstruir ese contexto de continuidad del feudalismo hasta comienzos del siglo XIX. Pipo se separó aquí de lo que resultaba habitual para las tesis histórico-jurídicas en la academia española, volcadas por entonces –por imposición del método llamado «dogmático»– en reconstruir el itinerario de las instituciones desde la «España prerromana» hasta la edad contemporánea de la codificación, con la pretensión tácita de demostrar su inamovilidad y consiguiente intangibilidad. Él dedicó su tesis a reconstruir la genealogía de las vinculaciones señoriales, una práctica generalizada a causa de una coyuntura específica –la guerra civil castellana del siglo XIV– y liquidada por reforma legal a principios del siglo XIX como peldaño para instaurar el Estado liberal. Ocupado en concreto del mayorazgo o regla sucesoria de la primogenitura, su trabajo de doctorado logró ofrecer así, por el contexto sociopolítico que reconstruyó, una visión alternativa del

² El titular de la cátedra iusfilosófica sevillana, que le tenía especial inquina al Pipo estudiante, era Francisco Elías de Tejada, de cuya trayectoria da buena cuenta la voz que Jesús Vallejo le dedica en el Diccionario de catedráticos españoles de derecho, disponible on-line.

³ Clavero (1976, n. 25) recordaba, entre otros, a Boris Porshnev (1972), Alexandra D. Lublinskaia (1968) o Rosario Romeo (1969).

antiguo régimen castellano, así como de la «revolución burguesa» que le puso fin⁴. Irrumpía de este modo en la disciplina iushistórica mostrando cómo la reconstrucción de la dimensión jurídico-institucional servía para historiar la sociedad en su conjunto, y proponiendo una novedosa forma de «comprender la sociedad española en su totalidad, desde la Edad Moderna hasta nuestros días» (Scholz, 1982: 645).

2. Un nuevo, antiguo régimen, y una historia del derecho renovada

En 1980, con 33 años⁵, ganó su cátedra de historia del derecho con nula simpatía por parte de quien ejercía entonces de cacique supremo de la materia, el franquista Alfonso García Gallo, inventor y defensor de ese método «dogmático» que asignaba a la historiografía jurídica la misión de naturalizar los institutos jurídicos propios del dominio liberal-burgués. El apoyo central y manifiesto de Francisco Tomás y Valiente, su auténtico maestro, el respaldo también de su director de tesis, José Martínez Gijón, y el sustento de catedráticos respetados como Ramón Carande permitieron vencer las resistencias que contra cualquier apertura cultural aún se plantaban en nuestra universidad.

Llegó Pipo a su cátedra de la Universidad de Cádiz, en Jerez, con una experiencia investigadora acumulada que le había permitido participar en debates académicos de resonancia política directa. Me refiero a la polémica que a fines de los años 1970 se entabló, dentro de la historiografía marxista, sobre si en España había existido, o no, revolución burguesa.

Algunos historiadores comunistas de notoria relevancia –Manuel Tuñón de Lara, Josep Fontana– veían en las reformas jurídicas de los años 1830 y 1840 que habían privatizado la propiedad eclesiástica y nobiliaria solo meros «cambios superestructurales». Consideraban que no se había consumado entre nosotros revolución burguesa porque, pese a desamortizaciones y desvinculaciones, no se había llevado a cabo un reparto de la tierra de envergadura mínima, que permitiese, con el acceso a la nueva propiedad, la constitución de una clase burguesa con empaque suficiente. De esta carencia matriz se derivaba el hecho de que el bloque social en el poder, cristalizado en la coligación entre el rey y la nobleza terrateniente, continuase siendo el mismo que en el antiguo régimen. No existió entonces en España revolución burguesa porque no se produjo una conquista del poder por una clase de nuevo cuño. Para Pipo, en nada cambiaban estas constataciones el hecho de que, por obra de aquellas mutaciones jurídicas, se hubiese producido «una modificación radical del sistema de constitución de la sociedad», lo que suponía que hubiese «cambiado de raíz» la propia «sustancia del poder político», pasándose «del señorío al Estado». Así, aunque «sus detentadores o gestores» continuasen siendo los mismos, la naturaleza y alcance del dominio que ejercían eran ya del todo diversos: «la ‘corona’ o los ‘nobles’» podían permanecer al frente del «aparato político», pero, convertido este ya en Estado, las posibilidades de su actuación como clase habían mudado por entero (Clavero, 1979a).

4 Esencial para la resonancia pública de su investigación fue, como él mismo indicaba, que, por mediación de Ramón Carande, se publicase en una pujante editorial independiente como Siglo XXI: Clavero, 1974a.

5 Ingresó por orden de 19 de noviembre de 1980 a la par que José Luis Bermejo, Fernando de Arvizu y Gregorio Monreal. Agradezco a Carlos Petit que me haya pasado la noticia documental del particular.

Aquel debate contaba además con una importante derivación de actualidad. La falta de revolución burguesa entre nosotros implicaba considerar el régimen de dominio feudal vigente hasta finales del franquismo. Siguiendo la secuencia materialista de modos de producción, correspondería entonces saltar primero a un régimen burgués, justo el que traía la Constitución de 1978, antes de poder aspirar de forma consistente al socialismo. Movido por el rigor historiográfico más que por la pretensión política de franquear apresuradamente el paso a una sociedad socialista, para Clavero las medidas abolicionistas del antiguo régimen impulsadas por el liberalismo permitían identificar, también en nuestro caso, una «revolución burguesa», causa de la «misma creación del Estado».

Decisiva desde el punto de vista académico resultó su comprensión a contracorriente del orden institucional premoderno. A través de sus estudios sobre el mayorazgo castellano o la behetría (Clavero, 1974b), se había adentrado en los entresijos del sistema feudocorporativo, detectando hasta qué punto su exposición ortodoxa lo tergiversaba por superponerle un patrón interpretativo de cuño estatalista (Clavero, 1981). En lugar de descifrar las claves constitutivas de la sociedad y del derecho de antiguo régimen mediante el esquema conceptual propio del Estado-nación decimonónico, su apuesta consistió en esclarecerlas a través de las categorías forjadas por la cultura jurídica coetánea, lo que, para ese largo intervalo que le ocupaba, del siglo XIII al XVIII, significaba, ante todo, la cultura del derecho común europeo y la propia teología moral cristiana.

Pipo procedió entonces a la demolición del Estado y abrió paso a la jurisprudencia para una más rigurosa intelección del antiguo régimen⁶. De 1977 data la primera edición de su obra *Derecho común*, exposición todavía insuperada de la mentalidad que impregnó al cuerpo de juristas operativo en tribunales y palacios desde la baja edad media hasta las mismas vísperas revolucionarias. De ella resultó todo un giro disciplinar: hasta entonces –y aún muchas veces hoy– se había enseñado la historia del derecho buscando en el pasado un conjunto de «normas coactivas» aprobadas e impuestas por la autoridad soberana sobre sus súbditos. La trascendencia normativa del *ius commune*, un sistema de principios doctrinales flexibles sujetos siempre a interpretación por una pluralidad de poderes territoriales tendencialmente colocados en pie de igualdad, mostraba que el derecho en la historia había podido ser algo radicalmente diverso al derecho estatal configurado ya en el siglo XIX.

Del mismo modo, pues, podría el derecho del futuro ser algo distinto. Si Pipo llegó a la cátedra con un planteamiento singular del antiguo régimen, que aún –como veremos– encontraría sucesivos desarrollos hasta bien entrados los 1990, también lo hizo con un proyecto de actualización de la historia del derecho inseparable de su compromiso ético-cívico. Frente a la historia jurídica de cariz «dogmático», con las prestaciones conservadoras ya mencionadas, practicaba él una historiografía jurídica entendida como rama del derecho (Clavero, 1979b), y en la que se entremezclaban sugerencias procedentes de la historia social y de la historia cultural (Clavero, 1974c). Si ambas corrientes –la «dogmática» y la que Pipo estaba introduciendo– situaban por igual la praxis histórico-jurídica en el presente, la primera lo hacía con el propósito de custodiar y preservar la tradición institucional, mientras que la impulsada por él hacía que esa vinculación se enderezase a promover las transformaciones adecuadas para lograr un futuro de libertades. Por eso el modo en que cultivaba nuestra materia durante la democratización del país miraba justo a potenciarla. Y lo hacía al menos de dos maneras.

⁶ El juego de palabras es cosa suya, en entrevista que sostuvo con António M. Hespanha (1988).

La primera de ellas, en consonancia con su reconstrucción del antiguo régimen, perseguía resaltar el pluralismo cultural, la plurinacionalidad constitutiva de la monarquía hispana durante todo su periplo premoderno (Clavero, 1980, 1990a). Si proyectar las categorías teóricas del Estado –de la soberanía impersonal a la distinción de los poderes– sobre el antiguo régimen abocaba a deformar su comprensión, entender que en aquellos tiempos ya se encontraban constituidas las naciones como comunidades políticas culturalmente homogéneas, no solo tergiversaba la fisonomía auténtica de las sociedades pretéritas, sino que perseguía obstaculizar la autodeterminación institucional de las naciones efectivamente existentes en la actualidad. Dar por preconstituídas a las naciones políticas era un hábito, o, más bien, todo un «paradigma», reproducido por la historiografía institucional desde los primeros tiempos constitucionales (Clavero, 1990b), cuya función política no podía pasar desapercibida: al considerar los atributos centrales de la nación como preconstituídos desde tiempos remotos, nada le cabría decir entonces a la ciudadanía sobre su revisión o reconfiguración (Clavero, 1995).

Frente a las lecturas retrospectivas de sesgo españolista que habían dado soporte cultural a la dictadura, Pipo realzó así la variedad jurídica e institucional que había signado nuestra experiencia histórica. El efecto político emancipador de su planteamiento era doble: de una parte, la herencia histórica inventada por la historiografía institucional, que encontraba el Estado español ya en pie desde tiempos visigodos, en nada debía gravar la autodeterminación colectiva del país en su paulatina democratización en marcha; de otra, poco podía escandalizar que los fenómenos de autonomía jurídica colectiva con largo arrastre, conformadores ellos mismos de la auténtica anatomía española, fueran expresamente reconocidos en nuestra norma fundamental (Clavero, 1982, 1985a).

Durante buena parte de los 1980, dedicaría aún algunos estudios al encaje vasco y catalán en la Monarquía, primero, y en el Estado, después, y lo haría ubicándose en una perspectiva tan certera como infrecuentada entre nosotros (Clavero, 1987): libre de –y opuesto a– toda veleidad nacionalista, fuese de parte españolista o vasco-catalana, pero igualmente emancipado de la actitud despectiva de quienes, auto-designados como legatarios de los valores ilustrados y racionalistas, rechazan como simplemente irracional toda manifestación simbólica de identidad colectiva. Practicaba así un enfoque respetuoso con las instituciones históricas que identifican a una colectividad, pero sin ceder en el rigor historiográfico ni inventar tradiciones, ni incurrir por tanto en falseados relatos legitimadores.

El segundo de los flancos en los que Pipo practicó una nueva historiografía jurídica, funcional al proceso de democratización en España, consistió en una temprana elaboración de una historia constitucional española inspirada ya en los valores democráticos (Clavero, 1984, 1989). Desde ese ángulo, saltaba a la vista que la construcción del Estado –ya sí moderno– en España desde comienzos de los 1830 se verificó de un modo por completo ajeno a la lógica constituyente revolucionaria. Organizado e impuesto en un contexto de intensa represión, con nulas garantías y sin apenas participación ciudadana, la criatura institucional resultante no podía sino presentar una marcada propensión autoritaria. Contemplada nuestra historia constitucional con una sensibilidad atenta al respeto e integridad de los derechos, se hacía evidente que la regla entre nosotros había sido la de su conculcación sistémica. Y no es que no hubieran existido tentativas y proyectos para superar esas inercias, pero siempre habían resultado derrotados. Por eso a Pipo –como acontecía con la mala suerte del jurado (Clavero, 1992), o con la buena que en otras latitudes, pero no aquí, había tenido la justicia como garante de libertades (Clavero, 1988)– le

interesaba rescatarlos del olvido para inspirar el presente español de constitucionalización del Estado.

A mediados de los 1980, arrancó, pues, una dedicación a la historia constitucional española puesta en provecho de la democratización en curso. Y sus elementos centrales fueron la defensa del pluralismo nacional e institucional constitutivo de España, y la comprensión de la propia norma fundamental, y de los poderes que esta había instituido, como instrumento de garantía de los derechos de libertad. Por eso se muestra pronto reacio a las tempranas y exitosas tentativas de monopolizar la interpretación de la constitución por altas magistraturas elitistas. Como conquista y patrimonio de la ciudadanía, su actualización debería obedecer a procedimientos más plurales y participados. Era de los pocos que se anticipaba entonces a ciertos males que hoy padecemos.

3. Antropología premoderna, derechos de los pueblos indígenas e historia constitucional comparada poscolonial

Pipo continuó con su particular empresa de comprensión del antiguo régimen a través de sus propias categorías, elaboradas principalmente por la teología moral y el derecho. Esta fecunda línea de investigación contaba con cada vez mayor eco internacional, se hallaba en plena sintonía con los trabajos de António Hespanha (1989), y lo situó en diálogo –que devendrá permanente– con la escuela florentina fundada por su segundo gran maestro, Paolo Grossi. Sobre todo, le permitió, en trabajos ya posteriores, redondear su replanteamiento de la organización social premoderna, marcada por señas que pasaban desapercibidas o resultaban despreciadas por la perspectiva estatalista tradicional. Destaquemos, al menos, tres.

En primer lugar, la centralidad estructural –constitucional, diríamos hoy– que tenía entonces la «casa» como espacio en el que se proyectaba el poder doméstico del cabeza de familia, un poder de naturaleza privada, tendencialmente desprovisto de límites jurídicos, ejercido sobre esposa, hijos e hijas no emancipados, esclavos y sirvientes, y comprensivo, en sus manifestaciones más severas, de la facultad del castigo corporal e incluso del ajusticiamiento capital. Propio entonces de aquel régimen era articularse como severa sociedad patriarcal en la que la mayor parte de la población, considerada a efectos jurídicos en minoría de edad, vivía sujeta y dependiente de una autoridad absoluta como la del *pater* (Clavero, 1994a).

En segunda instancia, la trascendencia normativa del discurso religioso no solo para orientar el ejercicio del poder doméstico, sino también para regir las propias relaciones sociales y económico-laborales. La teología moral cristiana, con sus condenas de la usura y su promoción de la liberalidad, habría bloqueado durante largo tiempo el arraigo de la lógica capitalista de la ganancia y la acumulación (Clavero, 1985b). En alternativa a ella, sustentó una «economía del don», que, promocionando una espiral de favores mutuos, de donaciones gratuitas devueltas con la gratitud de la obediencia, funcionaría como argamasa con la que cohesionar el jerárquico y discriminatorio orden de los estatus (Clavero, 1991a).

Y en tercer término, la comprensión diferenciada del sujeto de derecho, irreductible a la simplicidad monista y uniforme del individualismo moderno, que, en aparente universalismo, tiende a atribuir a todos los individuos un mismo conjunto de derechos y deberes. Los procesos de subjetivación premodernos, muchos más complejos y variados, vinculaban el estatus a diferencias presuntamente naturales (discriminando aquí entre hombres y mujeres) y a la posición

social respectiva, esto es, a la inserción del individuo en los cuerpos y estados que conformaban la sociedad política. La propia noción de «individuo» –como categoría universal– sería, para estos tiempos del antiguo régimen, extraña al mundo del derecho (Clavero, 1991b), a la misma comprensión de la comunidad, funcionando más bien la idea de «persona» como la capacidad jurídica de los hombres, cambiante en función de su pertenencia a un estamento o corporación determinados (Clavero, 1990c, 2017a).

Con esta nueva representación historiográfica del antiguo régimen se planteaba una modificación completa del propio estatuto de la historiografía jurídica e institucional. En la medida en que su objetivo consistía en comprender la alteridad de una sociedad pasada, y ya cancelada, en la proporción en que su desafío epistemológico estribaba en aprehender racionalidades e institucionalidades radicalmente diferentes y exóticas para el observador, la disciplina había de convertirse en una «antropología política» (Clavero 1985c).

Otra consecuencia fundamental de esta comprensión del antiguo régimen atenta a la jerarquía de los estatus fue que permitía explorar los inicios del constitucionalismo detectando su continuidad. Concedor del carácter constitutivo que tuvieron las sumisiones domésticas y las discriminaciones de estatus, Pipo iba a encarar bien pronto una historia constitucional comparada que revelará su persistencia en los sistemas dichos liberales.

Antes de adentrarnos en esta cuestión, conviene recordar que, otra de las líneas desenvueltas por Pipo, congruente con su disposición epistemológica antiestatalista y crítica, fue la de los derechos de los pueblos indígenas, que cultivaría con entrega desde principios los años 1990. Ya significaron para él una llamada de atención los fastos de la Exposición Universal de 1992; figuró entre los pocos que no se sumaron para festejar con euforia y derroche el colonialismo y sus masacres. Reputado experto en la continuidad y encaje constitucional de institucionalidades históricas de pueblos sin Estado, como había mostrado con sus investigaciones sobre el derecho foral, asistió en Guatemala a un encuentro de expertos para inspirar una posible, inminente renovación política del país. Pudo contemplar allí cómo a los pueblos indígenas implicados se les cedió asistencia, pero sin prestarles audiencia, aunque la reforma les afectase de lleno.

Colocado así ante la desprotección manifiesta de los derechos de las comunidades indígenas, Pipo amplió al terreno comparado, principalmente americano, sus estudios de historia constitucional, sensibles ahora a la continuidad de las prácticas de colonización en los tiempos ya constitucionales (Clavero, 1994b). Y concentrándose los esfuerzos para rectificar esa desprotección en el ámbito del derecho internacional, llegó a trabajar como vocal –e incluso como vicepresidente– en el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas.

La forzada posición subalterna a que fueron reducidos los pueblos originarios americanos le dio la clave para introducir una lectura poscolonial de la historia constitucional. Los orígenes del constitucionalismo por aquellas latitudes fueron obra inequívoca del colonialismo (Clavero, 2017b). Las viejas sumisiones domésticas operativas en la Europa cristiana resultaron proyectadas al espacio colonizado para reducir a situación de minoridad a las comunidades aborígenes, y ejercer sobre ellos un poder económico-privado desprovisto de límites jurídicos, lo que permitió su criminal subyugación (Clavero, 2005).

Si el Pipo de finales de los 1980 y primeros 1990 había reproducido sin demasiado distanciamiento el lenguaje de libertades del momento revolucionario norteamericano⁷, ya lo asocia, no a una estrategia de emancipación, sino de consolidación del domino de una minoría, la formada por el sujeto constitucional por antonomasia, el varón blanco europeo, cabeza de familia, cristiano y propietario (Clavero, 2007).

Su visión crítica de la historia constitucional le permitió así conectar con las luchas pasadas y presentes por el reconocimiento libradas por afrodescendientes, mujeres, indígenas y trabajadores. Con su reconstrucción histórica, se visibiliza el hecho de que estas mayorías populares se habían encontrado recluidas en el espacio privado bajo autoridad patriarcal doméstica, incluso tras la cesura revolucionaria que invoca al individuo universal como sujeto de reconocimiento de sus derechos y libertades. La democracia constitucional, con su generalización más o menos efectiva de tales derechos, no resulta entonces la desembocadura evolutiva, natural y espontánea, del primer liberalismo; es más bien el resultado de procesos de lucha por los derechos que confrontaron con él, denunciando las discriminaciones sobre las que aún se asentaba. La emancipación de tales mayorías subalternas consiste en su común elevación a la condición de ciudadanos iguales con plenos derechos, y eso no acontece hasta tiempos bien recientes, si es que ya ha comenzado a suceder. Lo que la mitología liberal cuenta como el arranque de la historia de la libertad sería entonces un estadio dentro de su prehistoria, no pudiendo decirse que aquélla propiamente comienza hasta que no se tome conciencia completa de las sujeciones atentatorias contra la dignidad que no solo conservaron, sino que afianzaron los primeros revolucionarios.

Y esa toma de conciencia debe comenzar por uno mismo: una de las cosas que sorprendían a un estudiante de los 1990 cuando escuchaba por vez primera a Pipo era el modo en que tenía plenamente incorporado el uso inclusivo del lenguaje, la manera en que tenía situada socialmente su perspectiva, en renuncia a todo universalismo impostado, aplicándose a sí mismo unos logros y pasos adelante que solo han comenzado a tener cierta visibilidad social dos décadas después.

4. Memoria histórica, crítica disciplinar y colaboración intergeneracional

Atento siempre al juego de exclusiones activo en los momentos fundacionales de los Estados, reparó en el desprecio hacia las víctimas de la dictadura con que el español se constitucionalizó en 1978. Su inagotable energía intelectual se abrió aquí a la cuestión de la memoria histórica en un doble plano: de un lado, a modo de descargo personal, reconstruyó su propio pasado familiar, consciente de su plena integración en la dictadura (Clavero, 2013), y de otro, a modo de ejercicio de historia constitucional, reveló las secuelas presentes del olvido o pacto de silencio en que se basó la transición en España (Clavero, 2015).

En la primera de las líneas, adoptó la valiente posición de reconocer que determinadas posiciones familiares solo resultan comprensibles introduciendo en la ecuación el juego criminal de usurpaciones y desposesiones que puso en marcha la sublevación militar del 18 de julio. Si una de las consecuencias básicas del golpe y la dictadura a la que dio lugar fue la alteración

⁷ Algo muy visible, por ejemplo, en *Los derechos y los jueces*.

sustantiva del proceso de estratificación social en España, imponiendo la diferenciación entre vencedores y vencidos, Pipo narró aquí la memoria de una familia vencedora desde una sincera y honesta solidaridad con la posición de los vencidos.

En el segundo de los planos, defendió la incompatibilidad de la ley de punto y final incluida en Ley de Amnistía con la Constitución, y el consiguiente deber de los jueces de no aplicarla para investigar los crímenes del franquismo al tratarse de una norma preconstitucional. Solo operando de este modo, podría nuestra praxis institucional reconciliarse con el derecho internacional de los derechos humanos y dejar, con ello, de dar la espalda a la propia norma fundamental cuando se desvincula del mismo. Algunas de las previsiones incluidas en la flamante ley española de memoria democrática, comenzando por la urgente precisión de denominar a la mal llamada «guerra civil» como «Guerra de España», resultan solo comprensibles a la luz de sus aportaciones en este particular.

Como derivación llamativa de este desempeño memorialista debe citarse aún su revisión del pasado de la propia historia del derecho (Clavero, 2016). Asignatura arrasada por la sublevación, y reconfigurada casi enteramente por la dictadura, tuvo siempre un sesgo conservador y autoritario que la democracia no supo corregir. Misión de los nuevos profesores sería todavía una «desfranquistización» de la mirada iushistórica aún pendiente de generalizar.

A ella se entregó Pipo desde sus comienzos. Bien consciente, como su colega y amigo Mariano Peset (1977), del secuestro de la disciplina por las posiciones más intransigentes, su renuncia a usar el Estado-nación como categoría historiográfica constituía el mejor modo de lanzar una enmienda a la totalidad a los usos de la tradicional historia del derecho español (Martín, 2022). En la tarea necesaria de democratizar la asignatura encontró siempre respaldo en su maestro español, Francisco Tomás y Valiente, movido por parecida sensibilidad renovadora y aperturista identificada con los valores constitucionales (Clavero, 1996: 115 ss.). El despreciable asesinato de Tomás y Valiente descabezó tan indispensable proyecto intelectual. Para garantizar su prosecución, junto a Marta Lorente, fundó y dirigió el grupo de investigación HICOES, acrónimo de *Historia CONstitucional de ESpaña*, donde se integraron autores como Jesús Vallejo, Carlos Garriga, José María Portillo, Fernando Martínez o Carmen Muñoz de Bustillo, y del que brotaría una caudalosa producción histórico-jurídica, de notoria proyección internacional, capaz de plantear una novedosa forma de contemplar la historia institucional española y americana del siglo XVIII al XX.

Yo comencé a entablar mi relación profesional directa con él al incorporarme a la Universidad de Sevilla, y al grupo en cuestión, entre 2008 y 2009. Llevé al ciclo histórico más desatendido por la historia del derecho en España, el que va de la Restauración (1876) a la Transición (1978), las dos claves centrales de su apuesta epistemológica, convertidas en seña de identidad metodológica del grupo HICOES: de un lado, valorar el aspecto jurídico, tanto en su vertiente cultural como práctico-institucional, para el conocimiento de la sociedad pasada, algo habitualmente descuidado por la historia más social y política, y de otro, tratar de comprender cada coyuntura histórica con arreglo a sus propias coordenadas y categorías, evitando interpretaciones teleológicas, juicios retrospectivos o proyecciones anacrónicas.

Pero, por cuestiones de afinidad de temperamento, nuestro diálogo trascendió pronto el ámbito estrictamente profesional para saltar al plano de una enriquecedora compenetración intergeneracional, que arrancó justo en el momento en que comenzábamos a vivir la crisis económica, política y cultural desencadenadora del interregno actual. Sensible a las protestas del 15M, empezó a colaborar con círculos de juristas críticos en la denuncia del desmantela-

miento del Estado constitucional. Desde el blog de actualidad publicado por eldiario.es, titulado *Contrapoder*, que yo editaba junto a Rafael Escudero y Gerardo Pisarello, se multiplicaron sus intervenciones críticas directas, en las que denunciaba las estratagemas adoptadas para dicho desmontaje. En contraste con posiciones rupturistas apresuradas, le preocupaba la contextualización efectiva de la norma fundamental de 1978, cargada en sus comienzos de promesas democratizadoras incumplidas. El problema no vendría de la propia constitución, sino de su vaciamiento –y conservadurización– paulatinos, que habrían provocado a la postre todo un panorama de mutación constitucional. Sensibles a la advertencia, tal sería, de hecho, la conclusión transversal y espontánea resultante de una modesta, pero significativa contracelebración de los 40 años de nuestra Constitución en la que él participó (Escudero, Martín, 2018; Clavero, 2018). Siendo, como siempre, sus energías intelectuales considerablemente superiores a la media, su vigilante labor de denuncia de la deconstitucionalización de nuestro Estado abrió nuevos caudales interpretativos y se fijó en decenas de flancos por lo general desatendidos. En los trabajos que entonces le ocupaban puso con detalle de manifiesto que, desde bien al comienzo, el vaciamiento de nuestra norma fundamental fue cosa, principalmente, de la «jurisimprudencia» emanada de la trinidad jurisdiccional compuesta por Audiencia Nacional, Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional, justo aquellos en principio llamados de forma más directa a su salvaguarda (Clavero, 2019).

Si traigo a colación esta colaboración con juristas de generación posterior que lo tomamos como guía y referencia no es solo porque abrió para nosotros un espacio de interlocución permanente. Es también, y sobre todo, porque revela uno de sus atributos más valiosos. Cuando la historia irrumpe, la cultura pública comienza transformarse y se abren periodos de transición, lo habitual es que la pereza cunda entre los mayores. Replegados y nostálgicos, tienden a denostar los cambios y a añorar los viejos, buenos tiempos. Se vuelven, en suma, reaccionarios, o, como a Pipo gustaba decir, siguiendo aquí el certero hallazgo de su estimado Ignacio Sánchez Cuenca, «enfurruñados». Pipo estaba en las antípodas de estos protagonistas del 78 instalados en el arrogante denuesto, se encontraba entre los pocos sensibles e inteligentes que procuran mantener su legado político entrando en conexión con las mejores aportaciones de la generación pujante.

5. Pipo, generoso humanista, autodidacta ejemplar

Él fue para nosotros, sus colegas de materia, sus compañeros de profesión, sus camaradas en los momentos de intervención, todo un ejemplo. Su plena consagración profesional nos resultaba excepcional y modélica. Asistía a todas y cada una de las iniciativas académicas que caían en su órbita de interés –la historia jurídica, el derecho constitucional–, participaba sin descanso en todas ellas, aportando siempre un dato desconocido, una conclusión esclarecedora, una perspectiva inédita.

Que encarnase un ejemplo a seguir no quiere decir que fuese asequible a la imitación o emulación. Por el contrario, pronto se llegaba a la conclusión de que era inimitable e insuperable. Tan solo cabía la admiración, la disposición al aprendizaje, y la modesta voluntad de recorrer caminos por él abiertos. Y es que lograba en su trabajo algo excepcional, bien raro de conseguir: la originalidad, objetivo ya inalcanzable dadas las nuevas condiciones de producción del discurso científico-social, que premia como nunca la acumulación reiterativa. Tenía la virtud benjaminiana –compartida en nuestra materia por unas pocas inteligencias: Carlos Petit, Jesús

Vallejo, Antonio Serrano– de localizar cuestiones de relevancia general en objetos particulares colocados en los márgenes, desapercibidos, por lo general, para el resto de colegas. Convencido de que el método y la pauta de análisis la otorga el asunto de estudio, acudía en primer término a descifrarlo con su propio, potente entendimiento, acudiendo después a la bibliografía que había tratado sobre el particular. Alumbraba con ello los temas liberado del lugar común, con una genuina, comprometida y penetrante fuerza analítica, abriendo por lo general horizontes interpretativos e incluso campos enteros de indagación. Rebelde por aspirar a construir su individualidad frente a cualquier modo de imposición, su obra no podía sino plasmar también esa singularidad reacia a asimilarse a toda convención. Desde muy pronto fue por eso voz independiente, o, como le gustaba decir, autodidacta.

Pero un autodidacta inscrito en una noble tradición, en la imperecedera corriente de la filosofía crítica de la historia. Me refiero a aquella dirección que pone énfasis en la discontinuidad entre tiempos y culturas, y convierte la comprensión de la diferencia, del otro, en el principal desafío historiográfico. Como se ha recordado, a eso se refería Pipo cuando llamaba a convertir la historiografía jurídica en antropología, no solo por competerle el estudio de los hombres viviendo en sociedad, sino también por corresponderle hacerse cargo, con respeto, de la otredad. Pero la filosofía crítica de la historia es también aquella que, junto a las fallas históricas, destaca la continuidad de ciertas constantes en el devenir humano, la presencia de un hilo rojo permanente que podría identificarse con la aspiración por preservar la dignidad humana frente a su reiterada humillación. Tan regulares resultarían en la historia los gestos colectivos de reivindicación y conquista de libertades, como los mecanismos de dominación que procuran instrumentalizar a las personas en beneficio particular. De ahí que corresponda también a la historiografía crítica tanto desenmascarar esos dispositivos de dominio como restituir la memoria de los humillados.

Autor de una obra marcada por un precioso humanismo, la humanidad y la liberalidad caracterizaron asimismo su trato personal. En primerísimo lugar, con su compañera de vida Mercedes Rodríguez-Piñero, Merche. También aquí me parecía envidiablemente modélico, pues tenía la fortuna de haber alcanzado lo que rara vez se consigue, la plena compenetración afectiva que recorre toda una vida. De su humanidad y su generosidad también fuimos beneficiarios sus colegas y discípulos; lo tuvimos como referente de dedicación profesional, como investigador del que aprender, como amigo con el que poder contar. Y algunos, entre los que tuve la impagable fortuna de encontrarme, tuvimos la oportunidad de mantener con él un diálogo frecuente, incluso de recibir su amor paternal en las situaciones más difíciles. Imposible de olvidar.

Referências

- Carrillo, A. (2008), *Subversivos y malditos en la Universidad de Sevilla (1965-1977)*, Sevilla, Fundación del Centro de Estudios Andaluces.
- Clavero, B. (1974a), *Propiedad feudal en Castilla, 1369-1836: mayorazgo*, Madrid, Siglo XXI.
- Clavero, B. (1974b) «Behetría, 1255-1356: crisis de una institución de señorío y la formación de un derecho regional en Castilla», *Anuario de Historia del Derecho español*, 44, 201-342.

- Clavero, B. (1974c) «La historia del derecho ante la historia social», *Historia. Instituciones. Documentos*, 1, 239-262.
- Clavero, B. (1976) «Para un concepto de revolución burguesa», *Sistema*, 13, 35-54.
- Clavero, B. (1977) *Temas de Historia del derecho: Derecho común*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla.
- Clavero, B. (1979a) «Política de un problema: la revolución burguesa», en Id., P. Ruiz Torres, F. Hernández Montalbán, *Estudios sobre la revolución burguesa en España*, Madrid, Siglo XXI, 3-48.
- Clavero, B. (1979b) «Historia, ciencia, política del derecho», *Quaderni Fiorentini*, 8 (1979), 8-58.
- Clavero, B. (1980) *Temas de Historia del Derecho: Derecho de los reinos*, Universidad de Sevilla.
- Clavero, B. (1981) «Institución política y derecho: acerca del concepto historiográfico de “Estado moderno”», *Revista de Estudios Políticos*, 19, 43-58, recogido después en *Tantas personas como estados. Por una antropología política de la historia europea*, Madrid, Tecnos, 1986.
- Clavero, B. (1982) *El código y el fuero: de la cuestión regional en la España contemporánea*, Madrid, Siglo XXI.
- Clavero, B. (1984) *Evolución histórica del constitucionalismo español*, Madrid, Tecnos.
- Clavero, B. (1985a) *Fueros vascos: historia en tiempo de Constitución*, Barcelona, Ariel.
- Clavero, B. (1985b) *Usura: del uso económico de la religión en la historia*, Madrid, Tecnos.
- Clavero, B. (1985c) «Historia y antropología: por una epistemología del derecho moderno», en Pablo Salvador Coderch, Joaquín Cerdá Ruiz-Funes (coords.), *I Seminario de historia del derecho y derecho privado: nuevas técnicas de investigación*, Universidad de Barcelona, 9-36, recogido en *Tantas personas como estados*.
- Clavero, B. (1987) «Cataluña en España: el derecho en la historia», *Anuario de Historia del Derecho español*, 57, 805-850.
- Clavero, B. (1988) *Los derechos y los jueces*, Madrid, Civitas.
- Clavero, B. (1989) *Manual de historia constitucional de España*, Madrid, Alianza.
- Clavero, B. (1990a) «Anatomía de España: derechos hispanos y derecho español entre fueros y códigos», en AA.VV., *Hispania entre derechos propios y derechos nacionales*, Milano, Giuffrè, 47-86.
- Clavero, B. (1990b) «Cortes tradicionales e invención de la historia de España», en Carlos Estepa Díez (dir.), *Las Cortes de Castilla y León, 1188-1988: actas de la tercera etapa del Congreso científico sobre la historia de las Cortes de Castilla y León*, Cortes de Castilla y León, I, 147-197.

- Clavero, B. (1990c) «Almas y cuerpos. Sujetos del derecho en la edad moderna», en *Studi in Memoria di Giovanni Tarello*, I: *Saggi storici*, Milano, Giuffrè, 1990, 153-71.
- Clavero, B. (1991a) *Antidora: antropología católica de la economía moderna*, Milano, Giuffrè.
- Clavero, B. (1991b) «Razón de estado, razón de individuo», en Id., *Razón de estado, razón de individuo, razón de historia*, Madrid, CEC, 15-59.
- Clavero, B. (1992) «La gran innovación: Justicia de Estado y Derecho de Constitución», en Johannes-Michael Scholz, *El tercer poder: hacia una comprensión de la justicia contemporánea en España*, Frankfurt am Main, Klostermann, 169-188.
- Clavero, B. (1994a) «*Beati dictum*: Derecho de linaje, economía de familia y cultura de orden», *Anuario de Historia del Derecho español*, 63-64, 7-148.
- Clavero, B. (1994b) *Derecho indígena y cultura constitucional en América*, México, Siglo XXI.
- Clavero, B. (1995) «Tejido de sueños: la historiografía jurídica española y el problema del Estado», *Historia contemporánea*, 12 (1995 – monográfico sobre *Historia y Derecho*), 25-48.
- Clavero, B. (1996) *Francisco Tomás y Valiente. Una biografía intelectual*, Milano, Giuffrè.
- Clavero, B. (2005) *Freedom's Law and Indigenous Rights: From Europe's Oeconomy to the Constitutionalism of the Americas*, University of California.
- Clavero, B. (2007) *El orden de los poderes: historias constituyentes de la trinidad constitucional*, Madrid, Trotta.
- Clavero, B. (2013) *El árbol y la raíz: memoria histórica familiar*, Barcelona, Crítica.
- Clavero, B. (2015) *España, 1978: la amnesia constituyente*, Madrid, Marcial Pons.
- Clavero, B. (2016) «Francisco Tomás y Valiente y la historia del derecho como profesión», en María Paz Alonso Romero (ed.), *Francisco Tomás y Valiente: memoria y legado de un maestro*, Universidad de Salamanca, 2016, 15-48.
- Clavero, B. (2017a) *Sujeto de derecho entre estado, género y cultura*, Santiago de Chile, Olejnik.
- Clavero, B. (2017b) «Constitucionalismo y colonialismo en las américas: el paradigma perdido en la historia constitucional», *Revista de Historia del derecho*, 55, 27-89.
- Clavero, B. (2018) «Nacionalidades y regiones entre descentralización y empoderamiento», en R. Escudero, S. Martín (eds.), *Fraude o esperanza: 40 años de la Constitución*, Madrid, Akal.
- Clavero, B. (2019) *Constitución a la deriva: imprudencia de la justicia y otros desafueros*, Barcelona, Pasado & Presente.

- Escudero, R. & Martín, S. eds. (2018), *Fraude o esperanza: 40 años de la Constitución*, Madrid, Akal.
- Hespanha, A. M. (1988), «Entrevista a Bartolomé Clavero», *Penélope*, 102-109.
- Hespanha, A. M. (1989) *Vísperas de Leviatán: instituciones y poder político (Portugal, siglo XVII)*, Madrid, Taurus.
- Lublinskaia, A. D., *French absolutism: the crucial phase 1620-1629*, Cambridge University Press, 1968.
- Martín, S. (2022), «Bartolomé Clavero y la deconstrucción del Estado nacional como categoría historiográfica», en B. Clavero, *Obra dispersa, I: Historia de las instituciones*, Sevilla, Athenaica, IX-LXIX.
- Matute, F. G. (2022), *Esta vez venimos a golpear. Vanguardismos, psicodelias y subversiones varias en la Sevilla contracultural (1965-1968)*, Madrid, Sílex.
- Peset, J. L. & Peset, M. (1977), «Vicens Vives y la historiografía del derecho en España», en J. M. Scholz (ed.), *Vorstudien zur Rechtshistorik*, Frankfurt am Main, Klostermann, 176-262
- Porshnev, B. (1972), *Les soulèvements populaires en France au XVIIe siècle*, Paris, Flammarion.
- Romeo, R. (1969), «L'assolutismo in Europa nei secoli XVI-XVIII», en III Convegno degli storici italiani e sovietici (I Quaderni di Rassegna Sovietica, III, 7-163.
- Scholz, J.-M. (1982), «Acerca de la historia del derecho en España y Portugal», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 550, 633-661.

Data de Recebimento: 19/12/2022

Data de Aprovação: 20/12/2022