



| *Dossiê história constitucional: conceitos, instituições e experiências* |

\*\*\*\*\*

**VÉU DE IGNORÂNCIA E HISTÓRIA CONSTITUCIONAL**

Bartolomé Clavero

**COMO CONTAR A HISTÓRIA DOS DIREITOS HUMANOS NA EUROPA.**

**ALGUMAS QUESTÕES METODOLÓGICAS**

Cristina Nogueira da Silva

**A HISTÓRIA DO DIREITO CONSTITUCIONAL**

François Saint-Bonnet

**MOMENTOS SUBVERSIVOS: DESAFIANDO AS TRADIÇÕES DA HISTÓRIA CONSTITUCIONAL**

Patricia A. Cain

Linda K. Kerber

**“EVA É SEMPRE A MESMA MULHER”: A ELABORAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO DE 1934 E A QUESTÃO DOS DIREITOS E DEVERES FEMININOS**

Mônica Karawejczyk

**A CONSTRUÇÃO DAS DIFERENÇAS NO CONSTITUCIONALISMO CHILENO (1810-1980)**

Manuel Bastias Saavedra

**DIRETRIZES “PARA O ACERTO DOS GOVERNOS”: OS DIREITOS NO PRIMEIRO CONSTITUCIONALISMO MEXICANO (1821-1836)**

Catherine Andrews

**REESCRIBIR LA HISTORIA CONSTITUCIONAL DESDE ABAJO: EL APORTE DE LAS PETICIONES POPULARES A LA ASAMBLEA CONSTITUYENTE ARGENTINA DE 1949**

Leticia Vita

**O DEBATE SOBRE A REGULAMENTAÇÃO JURÍDICA DOS PARTIDOS POLÍTICOS NA ASSEMBLEIA CONSTITUINTE ITALIANA (1946-1948)**

Kristal Moreira Gouveia

**CODIFICAÇÃO CIVIL E CRIMINAL DURANTE O TRIÊNIO**

Carlos Petit

**LA JUSTICE CONSTITUTIONNELLE EN FRANCE, DU REJECT A L'ADOPTION**

Martial Mathieu

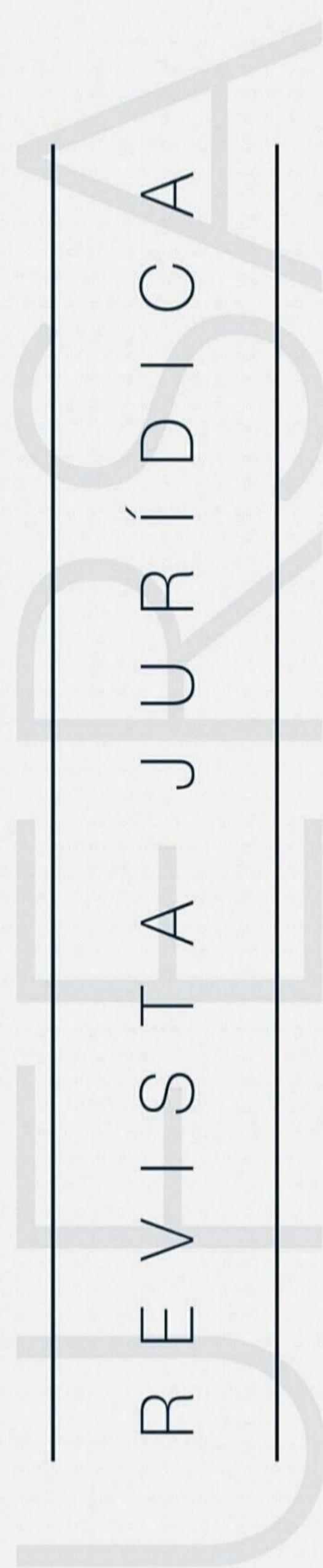
| *Fluxo contínuo* |

\*\*\*\*\*

**UMA LUZ NAS CINZAS? UM ENSAIO SOBRE OS MECANISMOS DE JUSTIÇA INTERNACIONAL E O RESTABELECIMENTO DO ESTADO DE DIREITO EM TEMPOS DE GUERRA | 226-253**

Miriam Cohen

Sarah Michèle Vincent-Wright





## REVISTA JURÍDICA DA UFRSA

### Editor-Chefe

Dr. Rafael Lamera Giesta Cabral  
UFERSA | Mossoró, RN, Brasil

### Editor-Adjunto

Dr. Marcelo Lauer Leite  
UFERSA | Mossoró, RN, Brasil

### Conselho Editorial

Dr. Alfredo de Jesus Dal Molin Flores | UFRGS | Porto Alegre, RS, Brasil  
Dra. Ana Cláudia Farranha Santana | UnB | Brasília, DF, Brasil  
Dra. Andressa Guimarães Torquato Fernandes | UFF | Niterói, RJ, Brasil  
Dr. Cristiano Paixão | UnB | Brasília, DF, Brasil  
Dr. Douglas Antônio Rocha Pinheiro | UnB | Brasília, DF, Brasil  
Dr. Fernando César Costa Xavier | UFRR | Boa Vista, RR, Brasil  
Dr. Gustavo César Machado Cabral | UFC | Fortaleza, CE, Brasil  
Dr. Gustavo Silveira Siqueira | UERJ | Rio de Janeiro, RJ, Brasil  
Dr. Marcelo Lauer Leite | UFERSA | Mossoró, RN, Brasil  
Dr. Mário Sérgio Falcão Maia | UFERSA | Mossoró, RN, Brasil  
Dr. Rafael Lamera Giesta Cabral | UFERSA | Mossoró, RN, Brasil  
Dr. Samuel Rodrigues Barbosa | USP | São Paulo, SP, Brasil  
Dr. Sérgio Said Staut Júnior | UFPR | Curitiba, PR, Brasil  
Dr. Jorge Manuel Coutinho de Abreu | FDUC | Coimbra, Portugal  
Dr. Pedro Canastra de Azevedo Maia | FDUC | Coimbra, Portugal

---

### Ficha catalográfica

R454

Revista Jurídica da UFERSA [recurso eletrônico] / Universidade Federal Rural do Semi-Árido  
v. 6, n. 12, (jul./dez. 2022) – Mossoró, 2022 –

Semestral

ISSN: 2526-9488

1. Direito – Periódicos. I. Universidade Federal Rural do Semi-Árido.

CDD: 340

CDU: 34

---

Bibliotecária Keina Cristina Santos Sousa e Silva - CRB15/120



## REVISTA JURÍDICA DA UFRSA

### Coordenadores do Dossiê História Constitucional: conceitos, instituições e experiências

Dr. Cristiano Paixão | UnB | Brasília, DF, Brasil  
Prof. Dr. Raphael Peixoto de Paula Marques | UFRSA | Mossoró, RN, Brasil

### Pareceristas desta Edição

Dr. Alfredo de Jesus dal Molin Flores | UFRGS | Porto Alegre, RS, Brasil  
Dr. Álisson José Maia Melo | UNI7 | Fortaleza, CE, Brasil  
Dra. Ana Carolina Couto Pereira Pinto | HARVARD | Cambridge, EUA  
Dr. Clarindo Epaminondas de Sá Neto | UFSC | Florianópolis, SC, Brasil  
Dra. Eneida Vinhares Bello Dutra | UnB | Brasília, DF, Brasil  
Dr. Francisco Rogério Madeira Pinto | F. REPUBLICANA | Brasília, DF, Brasil  
Dr. Gabriel Lima Marques | UNIFAP | Macapá, AP, Brasil  
Dr. Gustavo Zatelli Correa | UnB | Brasília, DF, Brasil  
Dr. Hernan Alejandro Olano-Garcia | UNICOC | Bogotá, Colômbia  
Dr. Hugo Luís Pena Ferreira | UFJ | Jataí, GO, Brasil  
Me. Joanir Fernando Rigo | UnB | Brasília, DF, Brasil  
Dr. Luis Rosenfield | PUCRS | Porto Alegre, RS, Brasil  
Dr. Luiz Felipe Monteiro Seixas | UFPE | Recife, PE, Brasil  
Dr. Marcelo Casseb Continentino | UPE | Recife, PE, Brasil  
Me. Maria Celina Monteiro Gordilho | UnB | Brasília, DF, Brasil  
Dra. Maria Pia Guerra | UnB | Brasília, DF, Brasil  
Dr. Mateus do Prado Utzig | UnB | Brasília, DF, Brasil  
Dr. Rivail Carvalho Rolim | UEL | Londrina, PR, Brasil  
Dr. Thiago Oliveira Moreira | FDUC | Coimbra, Portugal  
Dr. Ulisses Levy Silvério dos Reis | UFRSA | Mossoró, RN, Brasil  
Dr. Walter Guandalini Júnior | UFPR | Curitiba, PR, Brasil  
Me. Winston de Araújo Teixeira | UFAM | Manaus, AM, Brasil

### Assessoria Técnica

Cíntia Mariele Freire Beserra | UFRSA | Mossoró, RN, Brasil  
Thalia Ferreira Cirilo | UFRSA | Mossoró, RN, Brasil



## NOTA EDITORIAL

Caríssimas(os) leitoras(es)!

O ano de 2022 foi muito importante para a consolidação da Revista Jurídica da Ufersa como um periódico de referência nacional. Após longos 6 anos de existência, a REJUR foi avaliada pela CAPES, no período da Quadrienal 2017-2020, com a nota **A4** no sistema Qualis.

O Qualis Referência é uma das principais métricas utilizadas pela CAPES para aferir a qualidade de um periódico científico no Brasil. O registro de um A4 para nossa revista jurídica é importante porque reconhece o impacto regional e nacional de nossa publicação, que aliada a boas práticas editoriais, torna-se uma referência científica creditada pela principal agência de regulação do sistema de pós-graduação brasileiro.

O Volume 6, n. 12, jul./dez., 2022, que apresentamos às leitoras e aos leitores, também é relevante em nossa trajetória justamente por compartilhar com a comunidade científica a organização de nosso primeiro dossiê temático. Em maio de 2022, lançamos as primeiras chamadas para o dossiê “História Constitucional: conceitos, instituições e experiências”, organizado pelos pesquisadores RAPHAEL PEIXOTO DE PAULA MARQUES, da Ufersa e do IDP, e de CRISTIANO PAIXÃO, da UnB.

Esse dossiê contempla pesquisas relevantes para a História Constitucional e será apresentado a seguir em seção própria pelos próprios organizadores. A REJUR, em nome de seu editor-chefe, agradece a dedicação e habilidade de RAPHAEL PEIXOTO e CRISTIANO PAIXÃO na condução desse trabalho.

Além do dossiê, esse número também contempla a publicação de uma pesquisa referência sobre o tempo presente. As pesquisadoras canadenses MIRIAM COHEN e SARAH-MICHÈLE VICENT-WRIGHT, da Faculdade de Direito da Université de Montréal, problematizam os mecanismos de justiça internacional e o restabelecimento do Estado de Direito em tempos de guerra, com foco no conflito armado entre Ucrânia e Rússia.

Como sempre destacamos, um processo editorial é complexo e envolve esforços colaborativos de autoras e autores, avaliadoras e avaliadores, de uma equipe técnica comprometida, com um sólido conselho editorial. O resultado desse trabalho coletivo é gratificante e tornou-se motivo de muito orgulho com a divulgação do novo Qualis Referência. Somos A4! É uma nota importante, mas que jamais seria alcançada sem a dedicação histórica de nossos apoiadores desde a primeira edição em 2017. Por essa razão, cito aqui nominalmente todos os estudantes que nos acompanharam nessa trajetória de apoio técnico: CARLOS LUAN LIMA MACIEL (2017-2018), DANIEL FÉLIX GONDIM (2018),

GIOVANNA HELENA VIEIRA FERREIRA (2019), REGINA COELI SOARES OLIVEIRA VELOSO (2020-2021), FERNANDO AFONSO MARQUES DE MELO (2020-2022), CÍNTIA MARIELE FREIRE BESERRA (2021-atual) e THALIA FERREIRA CIRILO (2022-atual).

Também registro meus agradecimentos especiais ao Editor Adjunto MARCELO LAUAR LEITE, responsável direto pelo sucesso de nosso periódico, pelas valiosas contribuições para a REJUR.

Por fim, acredito ser relevante declarar nosso posicionamento, enquanto editor de um periódico jurídico, de defesa intransigente da ordem democrática brasileira frente aos graves ataques às instituições em 08 de janeiro de 2023, na capital federal. Os ataques aos prédios do Congresso Nacional, do Supremo Tribunal Federal e da Presidência da República deflagram um movimento antidemocrático, de natureza terrorista, com claro objetivo de romper com o pacto republicano que assegura, a todas e todos, um regime democrático. A REJUR UFERSA repudia todo ato de violência.

Desejamos a todas e todos uma excelente leitura.

**PROF. DR. RAFAEL LAMERA GIESTA CABRAL**  
EDITOR-CHEFE | JANEIRO 2023



## APRESENTAÇÃO DO DOSSIÊ

### HISTÓRIA CONSTITUCIONAL: CONCEITOS, INSTITUIÇÕES E EXPERIÊNCIAS

Constitucionalismo e constituições escritas são elementos fundamentais da experiência jurídico-política moderna. Podemos identificar nas revoluções do final do século XVIII a formação do contexto histórico decisivo que viabilizou uma nova forma de compreender o direito e a política, inaugurando um novo conceito e uma nova prática constitucionais. Aquele momento desencadeou um longo processo que assumiu, desde o início, uma dimensão global e expandiu-se em múltiplas temporalidades.

Essa “revolução constitucional”, contudo, não ocorreu da mesma forma em todo o mundo, mas foi marcada por processos históricos muito diferentes entre si, produzindo tradições e experiências constitucionais plurais. O constitucionalismo também não deve ser interpretado como um fenômeno linear, baseado em ideias de progresso e evolução. Se o léxico constitucional moderno possibilitou a demanda permanente por inclusão, igualdade e limitação do poder político, também conviveu de perto com o colonialismo e a exclusão e foi instrumento útil para regimes autoritários.

Para compreender historicamente esse desenvolvimento complexo e multifacetado é necessário adotar uma perspectiva interdisciplinar. Produzir conhecimento no campo da história constitucional requer, portanto, a contribuição teórico-metodológica e a perspectiva de abordagem dos mais variados saberes: direito, história, ciência política, sociologia, filosofia, antropologia, literatura e outras áreas.

A REVISTA JURÍDICA DA UFRS apresenta, com o dossiê “História constitucional: conceitos, instituições e experiências”, um expressivo grupo de artigos que explora diversos temas ligados ao constitucionalismo global e que comporta uma variedade de tópicos, abordagens e períodos históricos. O dossiê é composto por textos inéditos, mas também por traduções de artigos publicados previamente em outros idiomas. Com isso, possibilitamos a circulação em língua portuguesa de textos importantes para o campo da história constitucional nas perspectivas metodológica, teórica e historiográfica.

O dossiê é aberto pelo artigo do professor BARTOLOMÊ CLAVERO, Véu de ignorância e História Constitucional. Partindo das críticas de diversos autores e autoras às ideias de “contrato social” e “véu da ignorância” presentes na teoria da justiça de JOHN RAWLS, CLAVERO vai discutir, notadamente a partir da questão de gênero e de raça, os limites da

historiografia constitucional dominante, especialmente a sua incapacidade de ver e problematizar as diferenças sociais e a subordinação colonial, o que CLAVERO vai chamar de “paradigma da cegueira monocontratualista”. Para o autor, as perspectivas oferecidas pelo multicontratualismo ou pluricontratualismo podem abrir novos horizontes para a pesquisa no campo da história constitucional.

Em seguida, no artigo Como contar a história dos direitos humanos na Europa – algumas questões metodológicas, CRISTINA NOGUEIRA DA SILVA dialoga com a historiografia sobre os direitos humanos, chamando a atenção para questões metodológicas centrais ao ofício do historiador constitucional. Ao refletir sobre o conceito de direitos humanos, a professora da Universidade Nova de Lisboa registra a importância de levar a sério o risco do anacronismo, as contingências políticas, culturais e econômicas, a disputa conceitual e a descontinuidade terminológica no estudo dos processos históricos de lutas por direitos. Resgatando o significado histórico das declarações de direitos do século XVIII, CRISTINA NOGUEIRA também põe em evidência o lado oculto de tais documentos, como a exclusão concreta de sujeitos por questões de raça e gênero.

Em História do Direito Constitucional, FRANÇOIS SAINT-BONNET faz um balanço do campo acadêmico, levantando algumas questões que produzem efeitos não apenas na pesquisa, como também no ensino e na metodologia da disciplina. Para SAINT-BONNET, a observação histórica é delimitada pelas transformações que o direito constitucional sofreu nos últimos tempos. A história do direito constitucional poderia incluir, assim, a história da distribuição das funções entre os órgãos constitucionais, a história do controle de constitucionalidade, a história constitucional comparada e a história política. Alguns caminhos de pesquisa e orientações bibliográficas são apresentadas ao final do artigo.

As professoras PATRICIA CAIN e LINDA KERBER, no artigo Momentos subversivos: desafiando as tradições da história constitucional, apresentam o interessante exercício de explorar os desdobramentos teóricos, pedagógicos e metodológicos do curso “Gênero e História Constitucional”, ministrado na Universidade de Iowa. O objetivo da disciplina foi combinar as abordagens de historiadores e de juristas a respeito dos principais temas ligados à dimensão de gênero a partir da história constitucional norte-americana. Para as autoras, recuperar a história constitucional da perspectiva feminista interdisciplinar pode ser subversivo, oferecendo oportunidades para debater temas contemporâneos importantes levando em consideração questões de gênero, raça e cidadania. O artigo traz em anexo uma proposta de plano de ensino para um curso sobre “Gênero e história constitucional”.

MÔNICA KARAWEJCZYK, por sua vez, traz o debate histórico sobre gênero para o contexto brasileiro no seu artigo “Eva é sempre a mesma

mulher”: a elaboração da Constituição de 1934 e a questão dos direitos e deveres femininos. Trabalhando com fontes primárias ligadas à assembleia constituinte de 1933-1934, KARAWEJCZYK analisa os debates constituintes sobre a questão feminina, especialmente sobre a participação feminina no corpo de jurados, o serviço militar obrigatório para as mulheres e o sufrágio feminino. A pesquisa demonstra que a disputa pelo projeto constituinte também passa pela disputa pelo lugar da mulher na sociedade e suas representações, especialmente por meio da tensão entre direitos e deveres.

Ampliando o escopo sobre a história do direito à igualdade, MANUEL BASTIAS SAAVEDRA aborda em *A construção das diferenças no constitucionalismo chileno (1810-1980)* a construção histórica das diferenças na experiência chilena por meio da tensão entre direito e diversidade. Analisando um amplo arco temporal que abrange as constituições chilenas de 1810 a 1980, SAAVEDRA parte das distintas formas de observação social da diversidade para repensar a questão da alteridade e problematizar a ideia moderna de igualdade. Ao contrário de produzir uma equalização geral da população, observa-se o constitucionalismo moderno não como um processo orientado pela ideia de igualdade, mas como a construção e o desdobramento de novas diferenças.

CATHERINE ANDREWS, em *Diretrizes “para o acerto dos governos”*: os direitos no primeiro constitucionalismo mexicano (1821-1836), continua no debate sobre a história dos direitos, ao discutir o reconhecimento que as primeiras constituições mexicanas deram aos direitos naturais. Revisitando a historiografia do direito dominante, e levando em conta o debate constitucional gaditano, ANDREWS demonstra que a discussão em torno das concepções liberais e jusnaturalistas dos direitos estava presente no México desde a sua Independência em 1821. Desse modo, põe em evidência como uma investigação histórica que situa os direitos em uma tradição jurídica e política mais ampla pode ajudar para demonstrar o sentido das questões abordadas pelo primeiro constitucionalismo mexicano.

Em *Reescribir la historia constitucional desde abajo: el aporte de las peticiones populares a la Asamblea Constituyente argentina de 1949*, LETICIA VITA faz um diálogo crítico com a historiografia constitucional tradicional ao propor um estudo que desloca o foco de análise para as classes populares. Partindo da história crítica do direito e de uma visão “de baixo”, o artigo recupera o debate durante a assembleia constituinte argentina de 1949 por meio das petições apresentadas pelos movimentos sociais de trabalhadores, mulheres e indígenas. Ao ampliar as vozes do processo constituinte, VITA procura mostrar os sentidos e as expectativas que as classes populares tinham sobre o direito constitucional.

Trabalhando igualmente com fontes ligadas a processos constituintes, KRISTAL MOREIRA analisa, em O debate sobre a regulamentação jurídica dos partidos políticos na Assembleia Constituinte Italiana (1946-1948), a discussão sobre o art. 49 da Constituição Italiana de 1948, que trata dos partidos políticos, evidenciando as posições a favor e contra um controle constitucional sobre a formação e finalidade dos partidos. A partir da investigação, foi possível compreender as noções de democracia em tensão no momento de transição entre autoritarismo e democracia na Itália do segundo pós-guerra e como a memória do fascismo foi enfrentada.

CARLOS PETIT, em Codificação civil e criminal durante o Triênio, estuda os processos de codificação impulsionados durante o Triênio Liberal (1820-1823) na Espanha. Considerando os aspectos constitucionais envolvidos, PETIT realiza uma interessante investigação sobre as propostas doutrinárias e as estratégias seguidas durante a elaboração do Código Penal (1822) e do anteprojeto do Código Civil (1821), e mostra, a partir de uma leitura cruzada dos textos, como tais documentos dialogaram entre si. Realiza igualmente um exercício de comparação jurídica, ao considerar os debates sobre a codificação na França, Alemanha, Itália, Portugal e no mundo anglófono, demonstrando a singularidade dos textos espanhóis.

Por fim, temos o artigo de MARTIAL MATHIER, La Justice Constitutionnelle en France, du rejet a l'adoption, que retoma a experiência constitucional francesa a respeito do controle político e judicial de constitucionalidade. Identificando a rejeição revolucionária francesa a qualquer tipo de competência judicial para fiscalizar a constitucionalidade das leis, MATHIER demonstra como a tradição da soberania parlamentar foi progressivamente desconstruída sob a influência da expansão global da justiça constitucional. Ao recuperar a discussão relativa à criação de um órgão estatal com poderes para controlar a constitucionalidade das leis, a pesquisa joga luz sobre outra forma de interpretar a relação entre judiciário e constituição.

Gostaríamos de agradecer, ao final, aos autores e autoras dos artigos, aos tradutores e tradutoras, ao editor-chefe da REJUR, prof. RAFAEL LAMERA GIESTA CABRAL, e à equipe editorial da revista pelo trabalho na produção do dossiê. E esperamos que a experiência de leitura seja instigante, enriquecedora e propulsora de novas pesquisas no campo da história constitucional.

**PROF. DR. CRISTIANO PAIXÃO**

**PROF. DR. RAPHAEL PEIXOTO DE PAULA MARQUES**

**COORDENADORES DO DOSSIÊ | JANEIRO 2023**



## SUMÁRIO

| Dossiê história constitucional:  
conceitos, instituições e experiências |

\* \* \* \* \*

VÉU DE IGNORÂNCIA E HISTÓRIA CONSTITUCIONAL | **1-20**

**DR. BARTOLOMÈ CLAVERO**

COMO CONTAR A HISTÓRIA DOS DIREITOS HUMANOS NA EUROPA.  
ALGUMAS QUESTÕES METODOLÓGICAS | **21-50**

**DRA. CRISTINA NOGUEIRA DA SILVA**

A HISTÓRIA DO DIREITO CONSTITUCIONAL | **51-58**

**DR. FRANÇOIS SAINT-BONNET**

MOMENTOS SUBVERSIVOS:

DESAFIANDO AS TRADIÇÕES DA HISTÓRIA CONSTITUCIONAL | **59-79**

**DRA. PATRICIA A. CAIN**

**DRA. LINDA K. KERBER**

“EVA É SEMPRE A MESMA MULHER”: A ELABORAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO  
DE 1934 E A QUESTÃO DOS DIREITOS E DEVERES FEMININOS | **80-99**

**DRA. MONICA KARAWECZYK**

A CONSTRUÇÃO DAS DIFERENÇAS NO CONSTITUCIONALISMO CHILENO  
(1810-1980) | **100-120**

**DR. MANUEL BASTIAS SAAVEDRA**

DIRETRIZES “PARA O ACERTO DOS GOVERNOS”: OS DIREITOS NO PRIMEIRO  
CONSTITUCIONALISMO MEXICANO (1821-1836) | **121-142**

**DRA. CATHERINE ANDREWS**

REESCRIBIR LA HISTORIA CONSTITUCIONAL DESDE ABAJO:  
EL APORTE DE LAS PETICIONES POPULARES A LA ASAMBLEA  
CONSTITUYENTE ARGENTINA DE 1949 | **143-163**

**DRA. LETICIA VITA**

O DEBATE SOBRE A REGULAMENTAÇÃO JURÍDICA DOS  
PARTIDOS POLÍTICOS NA ASSEMBLEIA CONSTITUINTE ITALIANA (1946-  
1948) | **164-181**

**ME. KRISTAL MOREIRA GOUVEIA**

CODIFICAÇÃO CIVIL E CRIMINAL DURANTE O TRIÊNIO | **182-203**

**DR. CARLOS PETIT**

LA JUSTICE CONSTITUTIONNELLE EN FRANCE,  
DU REJECT A L'ADOPTION | **204-216**

**DR. MARTIAL MATHIEU**

| Fluxo contínuo |

\* \* \* \* \*

UMA LUZ NAS CINZAS? UM ENSAIO SOBRE OS MECANISMOS DE JUSTIÇA  
INTERNACIONAL E O RESTABELECIMENTO DO ESTADO DE DIREITO EM  
TEMPOS DE GUERRA | **217-243**

**DRA. MIRIAM COHEN**

**ME. SARAH-MICHELE VINCENT-WRIGHT**



# VÉU DE IGNORÂNCIA E HISTÓRIA CONSTITUCIONAL

## VEIL OF IGNORANCE AND CONSTITUTIONAL HISTORY

BARTOLOMÉ CLAVERO\*

Tradução: Luís EDUARDO VIANA FERNANDES\*\*

### RESUMO

Este ensaio, *Véu de Ignorância e História Constitucional*, poderia ser intitulado de outra forma, cunhando um neologismo: *Multicontratualismo e História Constitucional*. O forte renascimento da doutrina do *contrato social* durante as últimas décadas, impulsionado por *A Theory of Justice* de John Rawls (1971) como fundamento para a igualdade entre indivíduos, tendendo a um véu de ignorância sobre a diversidade de condições de qualquer tipo, produziu uma reação em cadeia inesperada, trazendo à tona *contratos sociais* profundamente desiguais no plural. O gatilho foi, em 1988, com *The Sexual Contract* de Carole Pateman, na medida em que ele desafiou completamente o princípio da ignorância para a realização da justiça. Ela revelou o significado da ordem familiar como o espaço político no qual a subordinação da mulher está entrenchada. Além disso, ela destacou como o contratualismo clássico, desde Locke, assumiu e expôs o poder marital como o primeiro dos poderes em contraste com o contratualismo atual que, desde Rawls, veste seu véu de ignorância sobre os condicionamentos familiares do status da mulher, mesmo em tempos de direitos. Nesta linha, Charles Mills continuou em 1997 com seu *The Racial Contract*, contrastando igualmente a transparência do contratualismo clássico com a opacidade do supremacismo atual em relação a todo o conjunto de uma subordinação racializada em base colonial. Há ainda mais. Em 2009, Pateman e Mills tentaram integrar suas respectivas visões em uma categoria abrangente de *Contrato de Subordinação*. Então, em 2015, *The Capacity Contract* de Stacy Clifford-Simplican surgiu argumentando que as suposições supremacistas sobre a capacidade do indivíduo estão na base de todos os contratos de subordinação. Outros contratos, como o *Contrato Geracional* e o *Contrato de Espécie* ou animal, foram acrescentados. Assim, finalmente temos um multicontratualismo nos antípodas do contratualismo. Este ensaio argumenta que a historiografia constitucional dominante foi desenvolvida sob o paradigma da cegueira monocontratualista e que, portanto, as perspectivas oferecidas para o passado pelo multicontratualismo podem abrir horizontes não menos inesperados.

**Palavras-chave:** contratualismo; sexismo; racismo; supremacia; constitucionalismo colonial.

### ABSTRACT

This essay, *Veil of Ignorance and Constitutional History*, could be titled otherwise by coining a neologism: *Multicontractarianism and Constitutional History*. The strong revival of the doctrine of *social contract* during the last decades, driven by John Rawls' *A Theory of Justice* (1971) as foundation for equality between individuals tending a veil of ignorance over the diversity of conditions of any kind, has produced an unexpected chain reaction bringing into view deeply unequal *social contracts* in the plural. The trigger was, in 1988, Carole Pateman's *The Sexual Contract* insofar as it fully challenged the principle of ignorance for the achievement of justice. She disclosed the meaning of family order as the political space in which women's subordination is entrenched. Furthermore, she highlighted how classic contractarianism, since Locke, assumed and exposed the marital power as the first of the powers in contrast with the current contractarianism that, since Rawls, tends its veil of ignorance on the family conditionings of the woman's status even in times of rights. Along these lines, Charles Mills continued in 1997 with his *The Racial Contract*, contrasting equally the transparency of classical contractarianism with the opacity of present supremacism regarding the whole set of a racialized subordination on a colonial basis. There is even more. In 2009, Pateman and Mills attempted to integrate their respective visions into a comprehensive category of *Subordination Contract*. Then, in 2015, Stacy Clifford-Simplican's *The Capacity Contract* came contending that supremacist assumptions about the capacity of the individual are at the basis of all subordination contracts. Other contracts, such as the *Generational Contract* and the animal or *Species Contract*, have been added. Thus we finally have a multicontractarianism at the antipodes of contractarianism. This essay argues that mainstream constitutional historiography has been developed under the paradigm of monocontractarian blindness and that, therefore, the perspectives provided towards the past by multicontractarianism might open horizons no less unexpected.

**Keywords:** contractarianism; sexism; racism; supremacism; colonial constitutionalism.

\* Professor Doutor Catedrático da Universidad de Sevilla, Espanha.  
† *In memoriam* (1947-2022)

\*\* Mestre em Direito pela Ufersa.  
[luisviana.direito@gmail.com](mailto:luisviana.direito@gmail.com)

Recebido em 5-1-2023 | Aprovado em 5-1-2023<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Artigo convidado. **Nota do tradutor:** tradução autorizada pelo autor. O artigo foi originalmente publicado em espanhol no *Giornale di Storia Costituzionale* (n. 41, 1/2021, p. 87-103) com o título "Velo de Ignorancia e Historia Constitucional".



## SUMÁRIO

- 1 O CONTRATO SOCIAL E A ABSTRAÇÃO DO SUJEITO; 2 O CONTRATO SEXUAL E A ENCARNAÇÃO DO INDIVÍDUO; 3 O CONTRATO RACIAL E O MOMENTO DO SUPREMACISMO; 4 O CONTRATO DE DOMINAÇÃO E O CAMINHO DO PLURICONTRATUALISMO; 5 O VÉU DA IGNORÂNCIA DA HISTÓRIA CONSTITUCIONAL**

We have been told that our struggle has loosened the bonds of Government everywhere; that Children and Apprentices were disobedient; that schools and Colleges were grown turbulent; that Indians slighted their Guardians, and Negroes grew insolent to their Masters. But your Letter was the first intimation for another Tribe more numerous and powerful than all the rest were grown discontented [...]. We know better than to repeal our Masculine systems  
(John Adams para Abigail Quincy, sua esposa, que advogava por direitos da mulher casada, em 14/4/1776).

### ■ O CONTRATO SOCIAL E A ABSTRAÇÃO DO SUJEITO

Há quase meio século, o clássico tema do contrato social ressurgiu com uma força inédita. Digo clássico referindo-me ao pensamento jurídico que, entre os séculos XVII e XVIII da era comum de matriz europeia, contribuiu para os fundamentos intelectuais do que viria a ser o constitucionalismo: a concepção do sujeito laico, a presunção de sua associação voluntária, a prefiguração de uma política funcional para uns e para outros. O contrato social representava o liame entre a posição do sujeito e, por consentimento presumido, a instituição política. Sua simbolização como evento constituinte fundou a atribuição de direitos e legitimou a organização dos poderes. O impulso decisivo a tal ressurgimento resultou de uma obra de singular fortuna, a *Teoria da Justiça* de John Rawls. O sucesso tem sido espetacular. Basta lembrar que a obra conta até com uma versão musical.<sup>2</sup>

O tema do contrato presumido viria não somente fundamentar uma imagem do sujeito e a legitimar uma prática da política, mas também desenvolver entre ambos um pensamento normativo em termos de equidade social por abstração de condições individuais de todo tipo, sobre as quais a filosofia da justiça, para que sua prática garantisse igualdade, teria que colocar um espesso véu de ignorância: “The principles of justice are chosen behind a veil of ignorance. This insure that no one is advantaged or disadvantaged in the choice of principles by the outcome of natural chance or the contingency of social circumstances”. Rawls afirma que vem trazer “to a higher level of abstraction the traditional conception of the social contract”.<sup>3</sup>

<sup>2</sup> <http://www.demproductions.org/atojtm>: *A Theory of Justice: The Musical!*, 2013; <https://music.apple.com/us/album/a-theory-of-justice-the-musical-official-soundtrack/1463204198>: álbum editado pela Apple em 2019 (consulta, 12/4/2020): faixa também disponível no Youtube.

<sup>3</sup> J. Rawls, *A Theory of Justice* (1971), edição rev., Cambridge Mass., Belknap, 1999, pp. 3 e 11, com reimpressões e traduções, dentre as quais *Eine Theorie der Gerechtigkeit* (1975), *Teoría de la justicia* (1979), *Una teoría della giustizia* (1982), *Théorie de la justice* (1987).

Não vou ocupar-me com a obra de Rawls, nem do rawlsianismo, seja mais ou menos revisionista, mas somente com determinadas críticas que se oferecem como alternativa.<sup>4</sup> Temos, de um lado, a de caráter comunitarista, destacando que a abstração do indivíduo como sujeito elimina de imediato toda a problemática essencial da diversidade de identidades humanas em razão de histórias tanto confluentes quanto conflitivas. A abstração acobertaria a injustiça.<sup>5</sup> Temos outra de um caráter, digamos, socialista, rechaçando uma abstração da desigualdade social de efeitos não menos deletérios.<sup>6</sup> E há mais. O véu de ignorância é acusado não somente de *community-blind* e de *class-blind*, mas também de *sex-blind* e de *color-blind*. É cegueira que passa a ser celebrada, como seu próprio pilar, pelo constitucionalismo.<sup>7</sup> Detenhamo-nos nos pontos cegos do sexo e da cor. O meu objetivo, aqui, é tirar da controvérsia teórica proveito para a prática da história.<sup>8</sup>

## 2 O CONTRATO SEXUAL E A ENCARNAÇÃO DO INDIVÍDUO

Há também uma crítica de caráter feminista, afirmando, em particular, que a abstração do sujeito deixa fora de vista, como se não constituísse uma dimensão de alcance político, todo o universo da família da qual se irradia substancialmente a desigualdade da mulher.<sup>9</sup> Do feminismo veio a crítica mais reveladora ao véu de ignorância. Na literatura rawlsiana, a crítica não costuma receber a devida consideração; muitas vezes ela não é levada em consideração.<sup>10</sup>

<sup>4</sup> Wikipedia dedica verbetes tanto ao autor como (as versões que consultei: inglês, espanhol, francês, alemão e italiano) à obra. O texto mais informativo sobre as críticas a *A Theory of Justice* não é a versão inglesa, mas a alemã ([https://de.wikipedia.org/wiki/A\\_Theory\\_of\\_Justice#cite\\_ref-65](https://de.wikipedia.org/wiki/A_Theory_of_Justice#cite_ref-65)), porém adianto que em nenhum destes trabalhos se registra referência às obras sobre as quais estarei centrado, as de caráter alternativo que versam sobre contratos sexual, racial e outros relacionáveis (consultas, 1/4/2020).

<sup>5</sup> A. MacIntyre, *After Virtue: A Study in Moral Theory*, London, Bloomsbury, 1981; M. Sandel, *Liberalism and the Limits of Justice*, Cambridge, Cambridge University Press (CUP), 1982; M. Walzer, *Spheres of Justice: A Defense of Pluralism and Equality*, New York, Basic Books, 1983; C. Taylor, *Sources of the Self: The Making of the Modern Identity*, Cambridge, CUP, 1989.

<sup>6</sup> R.P. Wolff, *Understanding Rawls: A Critique and Reconstruction of 'A Theory of Justice'*, Princeton, Princeton University Press (PUP), 1977; M. Hauchecorne, *La gauche américaine en France. La réception de John Rawls et des théories de la justice*, Paris, CNRS, 2019. Para outra imagem menos verossímil, W.A. Edmundson, *John Rawls: Reticent Socialist*, Cambridge, CUP, 2017.

<sup>7</sup> W.J. Brennar Jr., *Color-Blind, Creed-Blind, Status-Blind, Sex-Blind*, In: "Human Rights", 1987, vol. 14, n. 1, pp. 30-37; A. Kull, *The Color-Blind Constitution*, Cambridge, Mass., Harvard University Press (HUP), 1992.

<sup>8</sup> Em telecomunicação durante o confinamento pela pandemia de SARS-CoV-2, devo e agradeço aos comentários e sugestões de Blanca Rodríguez, Txema Portillo, Antonio-Enrique Pérez-Luño, Carlos Garriga, Laura Beck Varela, Romina Zamora e Sebastián Martín. Serei autorreferencial ao concluir porquanto reflito sobre o tipo de história constitucional que venho defendendo ultimamente.

<sup>9</sup> S.M. Okin, *Justice, Gender, and the Family*, London, Basic Books, 1989; Ead., 'Political Liberalism', *Justice and Gender*, In: "Ethics", 1994, n. 105, pp. 23-43 (crítica de Rawls, *Political Liberalism*, New York, Columbia University Press, 1993); A.F. Smith, *Closer But Still No Cigar: On the Inadequacy of Rawls' Reply to Okin's 'Political Liberalism', Justice and Gender*, In: "Social Theory and Practice", 2004, vol. 30, n. 1, pp. 59-71.

<sup>10</sup> <<https://plato.stanford.edu/entries/contractarianism>>, para uma exceção, o verbete *Contractarianism*, de A. Cuud e S. Eftekhari, da *Stanford Encyclopedia of Philosophy* online (consulta, 12/4/2020), apresentando as obras principais que vamos ver, *The Sexual Contract* de Pateman e *The Racial Contract* de Mills, como "an interesting and powerfully subversive use of contractarianism". Esta enciclopédia adota, com verbetes diferentes, a distinção que já existia (S. Darwell, *Contractarianism/Contractualism*, Malden, Wiley Blackwell, 2002) entre contratualismo político e contratualismo, seja ele teológico ou jurídico. Aqui podemos dispensar esta espécie de distinções. Na mesma enciclopédia, outro verbete, *Social contract, contemporary approaches to*, segue a pauta de ignorar esse *subversive contractarianism*.

Estou me referindo a *The Sexual Contract* de Carole Pateman, escrito pouco mais de três décadas após *A Theory of Justice*. Assim começa Pateman: “There has been a major revival of interest in contract theory since the early 1970s that shows no immediate signs of abating”, especificando em seguida: “Something vital is missing from the current discussion. The sexual contract is never mentioned. The sexual contract is a repressed dimension of contract theory”.<sup>11</sup>

Pateman não se limita a apontar um ponto cego na obra de Rawls e de outros tantos contratualistas, aquele do mundo da família onde habita a desigualdade da mulher como base sobre a qual se funda a própria representação do contrato social. É uma deficiência apontada desde cedo pela crítica feminista: “By making the parties in the original position [do contrato social] heads of families rather than individuals, Rawls makes the family opaque to claims of justice”.<sup>12</sup> Pateman faz mais do que denunciar este vazio. Ao meu ver, a contribuição central de seu *Contrato Sexual* para a compreensão e análise de uma história que interesse ao constitucionalismo de direitos e garantias é o contraste circunstanciado e detalhado entre, de um lado, a desconsideração da família como espaço político da mulher no contratualismo liberal atual e, de outro lado, a importância do tema enquanto ponto fundamental para a literatura clássica do contrato social. Pateman diz algo sobre Locke que poderia aplicar-se a todo aquele gênero desenvolvido a partir do século XVII: “The full theoretical and practical significance of Locke’s separation of what he calls paternal power from political power is rarely appreciated” na atualidade, como se o poder do pai na família fosse uma questão secundária para a gestão histórica do paradigma do contrato social liberal.<sup>13</sup>

Como é sabido, porém não tão ressaltado atualmente, John Locke, antes de abordar – naquele que seria o seu segundo tratado de governo – os poderes constituídos mediante o contrato social (o legislativo, o executivo ou judicial, e o federativo ou internacional, mais as prerrogativas do monarca), se ocupa – no que resultaria seu primeiro tratado de governo – de um poder singular, nada dividido, que considera básico para toda a ordem social: o *fatherly power* ou a *patria potestas*, de natureza não política, não constitutivo do sistema (que se chamaria constitucional), mas seu fundamento. Tal poder se apresenta como um poder *paternal*, porém, para o próprio Locke, a sua relevância se deve ao fato de ser um poder marital, o poder que, subordinando radicalmente a mulher, a situa fora e dentro do contrato social, fora porque dele não participa e dentro porque a ele se submete. O agente do contrato social fundador do sistema constitucional é o pai de família que, antes de atuar no terreno político, submete a mulher no âmbito da ordem civil. Assim, para Pateman, temos um patriarcalismo que não é exatamente paternal, mas marital, que oferece a aparência primária de antipatriarcalismo por não se projetar à órbita política dos poderes suprafamiliares. Esse mundo da família, que hoje está excluído da filosofia normativa sobre a justiça, estava bem presente, como bem mostra Pateman, em alguns pais fundadores, desde Hobbes a Hegel, passando por Pufendorf, Locke, Rousseau e Kant, cada qual ao seu modo, sem nenhuma mãe fundadora, por óbvio.<sup>14</sup>

<sup>11</sup> C. Pateman, *The Sexual Contract*, Cambridge, Polity Press, 1988 (*El Contrato Sexual*, 1995; *Il Contratto Sessuale*, 1997; *Le Contrat Sexuel*, 2010), pns. 14-38 (pn.= posição em edições eletrônicas).

<sup>12</sup> J. English, *Justice between Generations*, In: “Philosophical Studies”, 1977, n. 31, pp. 91-104, in part. p. 95. Expressões sexistas, como *man*, *mankind* e *heads of family* no que diz respeito aos sujeitos originários de direitos, foram corrigidas por Rawls na revisão de 1999 e, antes, para as traduções: S. Ribotta, *John Rawls. Sobre (des)igualdad y justicia*, Madrid, Dykinson, 2009, pp. 21-22.

<sup>13</sup> Pateman, *The Sexual Contract* cit., pn. 1884.

<sup>14</sup> *Ibid.*, cap. 2: “Patriarchal Confusions”; remissões aos autores no *Index*.

Que a mulher se situe ao mesmo tempo fora do contrato social como sujeito e dentro dele como sujeita tem sua tradução contratual mais estrita, a do contrato de casamento, um contrato que se caracteriza em contraste com o contrato social porque não é contraído entre iguais, mas entre desiguais na essência. Uma parte nem sequer conta com capacidade política para obrigar-se por si mesma. É um contrato cujo conteúdo essencial não é acordado pelas partes, por nenhuma delas. Tal contrato é necessariamente de subordinação, uma espécie não tão peculiar nem estranha nos tempos fundacionais do contratualismo liberal. Pateman mostra como outros contratos funcionaram e sofreram interferências, particularmente o contrato de trabalho, entendido e praticado em termos de uma servidão que limitava tanto os poderes quanto as responsabilidades do *master* em comparação com a escravidão. O trabalho não escravo também foi objeto de um contrato servil que colocava o trabalhador na ordem da família empregadora sob a autoridade paterna e patronal. Em um mundo de contratos desiguais que afetavam a condição das pessoas, excluindo-as do exercício de poderes e sujeitando-as aos mesmos, o contrato de casamento não era sequer aquele de efeitos mais brandos. Pateman mostra tudo isso para a anglosfera, mas o caso não era substancialmente distinto por outros espaços de cultura europeia em metrópoles e diásporas. A ordem dos pais também afetava severamente os homossexuais celibatários, mas isso não é abordado no *Sexual Contract* de Pateman. Seu olhar é binário.<sup>15</sup>

O contrato sexual não se identifica simplesmente com o contrato de matrimônio. Pateman pensou a expressão para todas as formas que contribuem para a exclusão inclusiva ou inclusão excludente da mulher, situando-se em um momento fundacional e que não deixa de atuar ainda que seus mecanismos sejam reduzidos posteriormente. A ideia já existia, mas não o sintagma: “The basis of ‘paternalism’ is an unwritten contract for exchange: economic support and protection given by the male for subordination in all matters, sexual service, and unpaid domestic service given by the female”. Em si, o contrato sexual constitui uma ficção, mas não menos do que o contrato social. Ambos são ficções não só expressivas, mas também, e antes de tudo, performativas. Ainda que estejamos nos movendo no terreno da filosofia política e não do ordenamento jurídico, se trata sempre de pensamento de caráter normativo visando, como tal, o segundo. O momento fundacional fictício é o momento constituinte efetivo. O que se prega é o que se propõe. E que assume realidades históricas que ainda pesam em nosso presente.<sup>16</sup>

*O Contrato Sexual* nos faz ver coisas que certamente o transcendem. “The story of the sexual contract [...] begins with the construction of the individual”. Esta é a questão primordial, a da concepção do indivíduo, de um indivíduo determinado, como sujeito do direito e dos direitos, presidindo todo um novo paradigma. “Classic social contract theory and the broader argument that, ideally, all social relations should take a contractual form, derive from a revolutionary claim. The claim is that individuals are naturally free and equal to each other, or that individuals are born free and born equal. [...] A naturally free and equal individual must, necessarily, agree to be ruled by another”. “Yet almost all the classic writers held that natural capacities and attributes were sexually differentiated”, determinando que o indivíduo, a rigor,

<sup>15</sup> Ibid., Entradas em *Index de Contract, Employment contract e Slavery*; P. Agha (ed.), *Law, Politics and the Gender Binary*, New York, Routledge, 2019.

<sup>16</sup> G. Lerner, *The Creation of Patriarchy*, New York, Oxford University Press (OUP), 1986, pp. 217-218; Pateman, *Beyond the Sexual Contract?*, In: G. Dench (ed.), *Rewriting the Sexual Contract* (1997), New York, Routledge, 2017, cap. 1.

fosse somente o homem pai de família, aquele que conta na ordem privada com o poder correspondente. O contrato sexual precede o social e incide em todos os seus desdobramentos.<sup>17</sup>

O contrato sexual não está só. Também convive com um contrato laboral de caráter servil similar à escravidão. Contudo, há algo mais para a própria Pateman. Seu livro coincide com a celebração de um centenário na anglosfera, o segundo do primeiro desembarque britânico na Austrália. Na mesma medida da comemoração anterior do estabelecimento do mesmo Império nas Américas, aquele bicentenário pode ser um momento não só virtual de contrato social com os problemas que desde então se arrastam em relação aos povos indígenas: “I (Pateman) have exaggerated and described the sexual contract as half the story. The story of political genesis needs to be told again from yet another perspective. The men who (are said to) make the original contract are white men, and their fraternal pact has three aspects; the social contract, the sexual contract and the slave contract that legitimizes the rule of white over black”.<sup>18</sup> O contrato sexual não explica a história toda. A maior parte dela pode ser a do contrato colonial, que inclui um contrato racial. O indivíduo do contrato social é assim, *white man*, “branco” além de homem. A exclusão inclusiva ou inclusão excludente afeta a muito, muitíssimo, mais gente do que a mulher.<sup>19</sup>

### 3 O CONTRATO RACIAL E O MOMENTO DO SUPREMACISMO

Há quem tenha captado o testemunho dessa última sugestão, vindo a rasgar ainda mais o véu da ignorância. Refiro-me a Charles Mills com seu *The Racial Contract* que, cerca de dez anos depois, se apresenta expressamente inspirado por *The Sexual Contract*, não só no que diz respeito ao título. Seu autor também fez uma crítica detalhada à *Theory of Justice* e às suas consequências. Além disso, Mills se uniu a Carole Pateman para abordar conjuntamente a problemática comum dos contratos de subordinação. O próprio *Racial Contract* já representa por si só uma tentativa de ligar os pontos, não só teóricos, mas também entre teoria e práxis.<sup>20</sup> A nova qualificação de natureza contratual é criação de Mills. Com a escravidão envolvida, ninguém havia pensado nisso. Não parece fazer muito sentido, a não ser em relação ao precedente do *Sexual Contract*. Esta obra denunciou aspectos que, como já foi dito, não costumam ser levados em consideração pela literatura filosófica tributária de *A Theory of Justice*, inclusive a versão musical que se entrega ao humor, mas não à autocrítica. A música não

<sup>17</sup> Ibid., *The Sexual Contract* cit., cap. 3: “Contract, the Individual and Slavery”, introduzindo-o.

<sup>18</sup> Ibid. (pns, 4436-4440).

<sup>19</sup> Para o caso maior, R.L. Nichols, *Realizing the Social Contract: The Case of Colonialism and Indigenous Peoples*, In: “Contemporary Political Theory”, 2005, n. 4, pp. 42-62; M. Pearcey, *The Exclusions of Civilization: Indigenous Peoples in the Story of International Society*, New York, Palgrave Macmillan, 2016.

<sup>20</sup> C.W. Mills, *The Racial Contract*, Ithaca, Cornell University Press, 1997; para sua inspiração em *The Sexual Contract*, pn. 171; Id., *Black Rights/White Wrongs: The Critique of Racial Liberalism*, New York, OUP, 2017, parte II. “Racial Liberalism: Rawls and Rawlsianism”; Pateman e Mills, *Contract and Domination*, Cambridge, Polity, 2009; B.K. Neher, Charles W. Mills’ ‘Racial Contract’: *Theory and Resistance to Systematic Racism*, tese doutoral, Universidad de Georgia, 2017, disponível em: <https://getd.libs.uga.edu>. A edição impressa de Mills, *The Racial Contract*, encontra-se disponível escaneada online em acesso livre: <https://wisc.pb.unizin.org/app/uploads/sites/26/2017/05/Mills-racial-contracxt.pdf>.

redime a letra. No âmbito do rawlsianismo, o *Racial Contract* recebe ainda menos atenção do que o *Sexual Contract*. O véu resiste.<sup>21</sup>

Aqui está o início do *Racial Contract*: “White supremacy is the unnamed political system that has made the modern world what it is today”. Assim se entende que seja, embora sua existência nem sequer seja identificada em cursos e tratados de filosofia política ou, poderíamos acrescentar, de história do constitucionalismo. A razão seria o racismo desenfreado que não se reconhece a si mesmo; dito de outro modo, que não precisa ser abertamente racista. Isso resulta no que veio a ser chamado de supremacismo, o qual “is itself a political system, a particular power structure of formal or informal rule, socioeconomic privilege, and norms for the differential distribution of material wealth and opportunities, benefits and burdens, rights and duties”. Em relação a essa estrutura, Mills cunhou o conceito de *racial contract*, assim chamado porque “contract talk is, after all, the political lingua franca of our times”. “The peculiar contract to which I am referring, though based on the social contract tradition that has been central to Western political theory, is not a contract between everybody (‘we the people’), but between just the people who count, the people who really are people (‘we the white people’). So it is a Racial Contract”. Contrato racial é o mesmo contrato social visto a partir da perspectiva da exclusão maior sobre a qual se baseia. Não se trata apenas da discriminação racista que ocorreu posteriormente na história, mas de algo mais, pois o ato fundador do contrato social é constitutivamente racista. Assim como ocorreu com o contrato sexual, a dimensão racial foi algo não ocultado pelo contratualismo clássico, ao contrário do que fez o contratualismo posterior.<sup>22</sup>

Para Mills, o contrato racial é a realidade histórica do contrato social. Seu conceito não vem para complementar o de Pateman. Claramente o transborda. “The Racial Contract is thus the truth of the *social contract*”, não do sexual. Ele não vem para pôr em evidência o contrato social, mas para identificá-lo e explicá-lo. Sua obra pretende ser mais uma história descritiva do que uma filosofia normativa. A questão se situa, portanto, em um contexto pré-terito de caráter francamente colonial: “The general purpose of the Contract is always the differential privileging of the whites as a group with respect to the nonwhites as a group, the exploitation of their bodies, land, and resources, and the denial of equal socioeconomic opportunities to them”. É assim que historicamente o contrato social tomara forma ao redimensionar o alcance do contrato sexual: “All whites are beneficiaries of the Contract, though some whites are not signatories to it”, entre eles, como já sabemos, as mulheres brancas, não menos beneficiadas por não serem partícipes de tal ato fundacional. “Whites do in general benefit from white supremacy (though gender and class differentiation mean, of course, that they do not benefit equally)”; “historically white racial solidarity has overridden class and gender solidarity”. No que diz respeito às mulheres e aos trabalhadores de matriz europeia, os respectivos contratos de subordinação são de uma dimensão não comparável ao contrato racial constitutivo do contrato social. Nem todas as desigualdades são iguais. A sugestão final de Pateman de que havia escrito apenas a metade da história voltou-se contra o seu próprio

<sup>21</sup> S. Freeman (ed.), *The Cambridge Companion to Rawls*, Cambridge, CUP, 2003, há espaço para o *Sexual Contract* (cap. 14: M.C. Nussbaum, *Rawls and Feminism*, mais próximo de Rawls do que de Pateman) e não para o *Racial Contract*. Nenhuma só referência ao livro, nem tratamento algum do racismo se encontra em J. Mandle y D.A. Reidy (eds.), *Companion to Rawls*, Malden, Wiley Blackwell, 2014, embora aqui esteja quase no mesmo nível, pois há algo, pouco, sobre sexismo e nada sobre *sexual contract*.

<sup>22</sup> Mills, *The Racial Contract* cit., pns. 101-175.

argumento.<sup>23</sup> No entanto, veremos como, devido aos esforços de Mills, eles tentarão construir pontes e vínculos entre contratos.

Não existe um contrato específico, equivalente ao do casamento, que possa canalizar a exclusão inclusiva ou a inclusão excludente dos não europeus submetidos ao racismo num contexto de origem colonial. O contrato social como um contrato racial implica a negação de qualquer sociedade política anterior, que somente viria como um presente da Europa. O não-europeu é, na melhor das hipóteses, uma criança, uma criança sem voz, que necessita ser submetida ou está condenada à extinção. A divisão não é apenas política, mas acima de tudo cognitiva e moral. Somente o sujeito europeu conta com a capacidade para uma epistemologia e uma moralidade que lhe conferem personalidade e autonomia, condições necessárias para ser parte do contrato social. E assim, “the Racial Contract is an exploitation contract that creates global European economic domination and national white racial privilege”; “the Racial Contract historically tracks the actual moral/political consciousness of (most) white moral agents”; “the Racial Contract has always been recognized by nonwhites as the real determinant of (most) white moral/political practice and thus as the real moral/political agreement to be challenged”. Isto é, na história e no presente, a verdadeira substância do contrato social. Não é de estranhar que para Mills o contratualismo liberal realmente existente, tanto o de hoje como o de ontem com a conexão que ele viabiliza, se revele constitutivamente racista. Não é necessário que seus agentes o sejam.<sup>24</sup>

O *Racial Contract* não é para Mills uma unidade compacta. Como tem uma história real, ao contrário do contrato social, possui um desdobramento e passa por uma casuística. “Various moral and legal doctrines were propounded which can be seen as specific manifestations and instantiations, appropriately adjusted to circumstances, of the overarching Racial Contract. These were specific subsidiary contracts designed for different modes of exploiting the resources and peoples of the rest of the world for Europe: the expropriation contract, the slavery contract, the colonial contract”. O mesmo contrato de escravidão é, em si, um sem sentido. Mills o expõe como um elemento de um domínio colonial que presume o consentimento até dos mais dominados. Tudo isso é relevante. Não se trata apenas de dominação cultural, mas também, com o *Expropriation Contract*, material; com o *Slavery Contract*, humana, e, com o *Colonial Contract*, global. Este, o contrato colonial, é que deveria assumir um significado mais geral em vez do *Racial Contract*, mas serviria menos para o momento atual, pois o colonialismo costuma ser considerado superado e entendido como coisa do passado.<sup>25</sup>

O mesmo poderia ser dito sobre o racismo, como se atualmente existissem apenas as suas consequências, de modo que o termo mais geral e abrangente, de acordo com as próprias posições da Mills, deveria ser *Supremacist Contract*. Entretanto, o supremacismo ainda não é um conceito tão difundido e conhecido como o colonialismo ou o racismo, especialmente no idioma espanhol. A formação individual da linguagem tem seus limites na função social da comunicação. E a qualificação *racial* mantém sua força como construção social, não como um lema biológico: “In a contemporary vocabulary, the Racial Contract ‘constructs’

<sup>23</sup> Ibid., pns. 227-231 y 2017-2036; para o contrato racial como realidade histórica, pns. 341-513, 982 e 1794-1974.

<sup>24</sup> Ibid., (epígrafes do índice de *Contents*).

<sup>25</sup> Ibid., pns. 405-410; para a condição infantil ou equivalente, pns. 821-959.

race”, inclusive a “white race”, e não o contrário. A raça existe e não existe: resultado do racismo. O supremacismo se distingue para ressaltar que o *Racial Contract* não precisa se sentir racista.<sup>26</sup>

#### 4 O CONTRATO DE DOMINAÇÃO E O CAMINHO DO PLURICONTRATUALISMO

*The Racial Contract* de Mills e *The Sexual Contract* de Pateman não são fáceis de conciliar, para além do fato de Mills marcar a entidade colonial do contrato social histórico e Pateman se concentrar em destacar a subordinação específica e mais antiga da mulher. O próprio Mills sublinha diferenças adicionais. Para ele, o contratualismo liberal é colonial não por si mesmo, mas por contingência histórica, isto é, o colonialismo tem continuidade no supremacismo. Ele poderia ser regenerado se este último elemento fosse superado. Para Pateman, por outro lado, o contratualismo liberal, sendo intrinsecamente sexista, não pode ser recuperado, não importa as correções que se façam. Se o sexo o constitui, o repensar pluricontratu-alista não é suficiente para redimi-lo. Mesmo assim, estes autores, como já disse, se propuseram a integrar suas perspectivas, abordando em uma obra conjunta os diferentes vetores de dominação social no cenário de um contratualismo que ambos entendem como profundamente racista e sexista, como apenas superficialmente ou ocasionalmente liberal no que diz respeito à história e, em vários graus e formas, ao presente. A iniciativa do encontro, como também já foi dito, veio de Mills, que já havia registrado enfaticamente no *The Racial Contract* seu desacordo com Pateman. O livro estava em elaboração e foi anunciado desde o início do milênio. Foi publicado no final de sua primeira década. *Contract and Domination* é seu título; os *Domination Contrats*, seu objeto.<sup>27</sup>

Já no caminho do pluricontratualismo, a obra prossegue com apresentação de novos contratos e novas figuras, de uma forma que a integração de perspectivas não parece ajudar. Pateman se ocupa com um *Settler Contract* que efetivamente não atende a este objetivo. Não trata do contrato colonial em geral, mas de um pressuposto concreto de colonialismo de estabelecimento, que desloca, confina e elimina os povos indígenas: o caso da Austrália, dos Estados Unidos e do Canadá, que Pateman identifica com critérios problemáticos como a consideração jurídica dos territórios indígenas como *terra nullius*, terra de ninguém à disposição do colonizador. A questão era mais complicada em termos de direito.<sup>28</sup> De todo modo, o presente artigo apresenta o interesse de considerar a prática de tratados desiguais celebrados entre potências europeias e povos indígenas como expressão do *settler contract*, o que também está longe de ser uma característica exclusiva desse tipo de colonialismo. Pateman mal

<sup>26</sup> Ibid., pns. 969-973 y 1585-1590; Id., *Race and Global Justice*, In: D. Bell (ed.), *Empire, Race and Global Justice*, New York, CUP, 2019, cap. 4. Sobre o supremacismo, basta com um índice hoje mais relevante que o de consulta de dicionários. O corretor de Word-10 não reconhece em espanhol *supremacismo* nem derivados, enquanto que em inglês, para *supremacist*, dá como correspondências, entre outras, *racist* e *sexist* e, ademais, registra *White supremacism* como modismo.

<sup>27</sup> Mills, *The Racial Contract* cit., pns. 2002-2010; N. Puwar, *Interview with Carole Pateman: 'The Sexual Contract', women politics, globalization and citizenship*, In: “Feminist Review”, n. 70, 2002, pp. 123-133; S. Thompson, L. Hayes y D. Newman, ‘*The Sexual Contract*’ 30 Years on: A Conversation with Carole Pateman, In: “Feminist Legal Studies”, 2018, vol. 26, n. 1, pp. 93-104.

<sup>28</sup> B. Clavero, *Derecho de otras gentes entre genocidio y constitucionalidad*, Santiago de Chile, Olejnik, 2019, cap. 4: “*Terra Australis Nullius bajo el signo de Mabo*”, não somente em relação à Austrália.

deixa o mundo da anglosfera. Também procura apontar relações entre o contrato sexual e o contrato racial, de forma bastante ilustrativa, mas sem maior integração.<sup>29</sup>

De sua parte, Mills trata em geral do *Domination Contract*, denominação que pressagia uma dilatação da categoria de contrato racial em uma linha compreensiva de todos os contratos que produzem subordinação, começando com o contrato sexual. Avança para o domínio do debate teórico, inclusive com Pateman, mas menos para o domínio da história efetiva que ele mesmo considera como própria do contrato racial, em contraposição à ficção do contrato social. O mesmo pode ser dito de outro capítulo seu sobre a interseção entre contratos, que recicla uma ideia de *racial patriarchy* como *white supremacist patriarchy* e atribui ao contrato racial-sexual, *racial-sexual contract*, um efeito integrador, mas bem precário em termos da elucidação histórica que o próprio Mills tem exigido. A dimensão histórica é substituída por uma abundância de filosofia política e social com seu arrastar impenitente de polêmicas. Para a categoria mais geral de contrato de dominação, *Domination Contract*, insiste-se em todo caso em um princípio de primordial interesse: “the domination contract has the great and overwhelming virtue of conceptualizing class, gender, and race as themselves artificial, not natural”. Com tantas qualificações de contratos, vale ressaltar que estamos lidando com construções sociais e não com determinações inelutáveis.<sup>30</sup> Vamos colocar, como veremos, em termos jurídicos: a dominação de classe, sexo e raça é uma questão de direito constitucional e não de algum direito natural ou de alguma lei da história.

Mesmo quando os autores se mostram integradores, o dissenso aparece. Agora para Pateman o que existe é *the sexual-racial contract*, enquanto para Mills vimos que o que existe é *the racial-sexual contract (sic)*. Desde a introdução registram discrepâncias que acabam sendo as mesmas de antes de enfrentar o desafio do livro conjunto. Na hora da verdade, Mills reafirma diante de Pateman sua posição a favor do resgate igualitário do tema do contrato social, ao qual atribui especificamente a frustração de não ter conseguido um trabalho mais integrado: “We did not write a joint chapter or jointly authored book on the interrelationship of the racial contract and the sexual contract because it is doubtful that Mills’s view that contract theory can be modified and used for emancipatory purposes and Pateman’s view that contract theory should be abandoned can be reconciled”.<sup>31</sup> O alcance e a sorte do contrato social se revelam, assim, muito distintos para ambas as perspectivas, após uma tentativa séria tanto de aproximar as suas posições quanto de se confrontarem.<sup>32</sup>

<sup>29</sup> Pateman e Mills, *Contract and Domination* cit., caps. 2: “The Settler Contract”, e 5 “Race, Sex, and Indifference”.

<sup>30</sup> Ibid., p. 99; caps. 3: “The Domination Contract”, e 6: “Intersecting Contracts”; versão do primeiro em D.I. O’Neill, M.L. Shanley e I.M. Young (eds.), *Illusion of Consent: Engaging with Carole Pateman*, University Park, Pennsylvania State University Press, 2008, cap. 3. *Domination contract* era expressão cunhada pelo próprio Mills, *Race and the Social Contract Tradition*, In: “Social Identities: Journal for the Study of Race, Nation and Culture”, 2000, vol. 6, n. 4, pp. 441-462.

<sup>31</sup> Pateman e Mills, *Contract and Domination* cit., p. 4-7, a ata e a citação; cap. 4: “Contract of Breach: Repairing the Racial Contract”, de Mills, *contract of breach* como *breach of contract* sistemático para o saneamento do contrato social. Pateman também observa outro contrato em seu capítulo “Race, Sex, and Indifference”, o *contract of mutual indifference*, tomando a noção de N. Geras, *The Contract of Mutual Indifference: Political Philosophy after the Holocaust*, London, Verso, 1998.

<sup>32</sup> Pateman e Mills, *Contract and Domination* cit., cap. 1: “Contract and Social Change: A Dialogue between Carole Pateman and Charles W. Mills” (interessante ademais para conhecer o *background* da cientista política britânica Pateman e o jamaicano de filosofia política Mills); cap. 7: “On Critics and Contract”, de Paterson; cap. 8: “Reply to Critics”, de Mills. Para críticas posteriores, de M.W. Hughey, W. Kymlicka, S. Steinberg y H. Winant, *Symposium: Charles W. Mills’ ‘Black Rights/White Wrongs: The Critique of Racial Liberalism’*, 2018, vol. 41, n. 3, terceira seção, com réplica de Mills, pp. 557-563.

Após *Contract and Domination*, mais contratos foram acrescentados que podem ajudar a integrar a problemática, mesmo que pareçam dispersá-la. Temos o *Capacity Contract*, um contrato de capacidade que, como uma espécie de contrato de dominação, afeta as pessoas com deficiências ou outras incapacidades. É Stacey Clifford-Simplican que o propõe, valorizando a corrente de *critical social contract* de Pateman e Mills, enquanto os critica por terem negligenciado a deficiência como um contrato de dominação no qual se baseariam outros contratos, como o sexual e o colonial; assim, sempre em sua opinião, estariam concordando em parte com Rawls.<sup>33</sup> A mesma ideia tem sido aplicada, como *Generational Contract*, a menores de idade e outros, já que esta falta de capacidade tem sido tradicionalmente aplicada coletivamente a grupos minoritários e, mesmo que pudessem ser majorias, a povos indígenas. A incapacidade também é incapacitação. Há uma antropologia do sujeito capaz, com efeitos excludentes muito abrangentes. Como se não bastasse, apareceu também a sugestão de um *Species Contract* como forma de contrato de dominação da humanidade sobre as outras espécies animais.<sup>34</sup> Estes também estão sujeitos à exclusão inclusiva ou à inclusão excludente na sociedade humana, na medida em que são mantidos a serviço das necessidades, interesses e até mesmo entretenimento dessa mesma sociedade. E o que tem sido dito para os animais poderia ser aplicado para a natureza com um *Natural Contract* igualmente supremacista e predatório. Há, sem dúvida, uma cadeia de dominações, embora seja questionável se ou até que ponto sua classificação como contratos serve para percebê-las e analisá-las. Enfim, *Contract and Domination* fica aquém do esperado, mas a questão é que o livro impulsiona uma perspectiva integradora de pressupostos estruturais de dominação com a principal base histórica do colonialismo.<sup>35</sup>

Prossigamos com Mills e Pateman. O primeiro destaca a contingência histórica do colonialismo europeu e, com ele, dos respectivos contratos de dominação a partir de uma figura de contrato social constitutivamente racista. A segunda ressalta o caráter igualmente constitutivo para a ordem estabelecida tanto do contrato sexual quanto do contrato racial, em sua forma de *settler contract*, sem nenhuma referência à vista. Estou tentado dizer que ambos têm – e não têm – razão. O livro conjunto tem girado como uma roda-gigante em torno de algumas divergências não só entre alguns autores, mas também entre, digamos, a questão feminista e a questão racial em geral. O contratualismo em comum não faz muito sentido além de revelar uma ficção histórica e destacar uma realidade atual: “Mills appropriates the contractarian theoretical framework to make explicit how abstract ideal conceptions of society obscure the ways in which society is actually structured”; “I [Pateman] want to move away from contract, but the ‘social contract’ is commonly invoked not only by political philosophers

<sup>33</sup> S. Clifford-Simplican, *The Capacity Contract: Intellectual Disability and the Question of Citizenship*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 2015, cap. 1: “Locke’s Capacity Contract and the Construction of Idiocy”, e cap. 3: “The Disavowal of Disability in Contemporary Contract Theory”. Mills dá as boas-vindas ao novo contrato em “The Review of Politics”, 2016, vol. 78, n. 3, pp. 485-487.

<sup>34</sup> S. Donaldson y Kymlicka, *Inclusive Citizenship Beyond the Capacity Contract*, em A. Shachar, R. Bauböck, I. Bloemraad y M. Vink, *The Oxford Handbook of Citizenship*, New York, OUP, 2017, cap. 37, apoiando-se para esse fim, mesmo que então inédito, em Rollo, *Feral children: settler colonialism, progress, and the figure of the child*, em “Settler Colonial Studies”, 2018, vol. 8, n. 1, pp. 60-79; que pode interessar, o mesmo Rollo, *The Color of Childhood: The Role of the Child/Human Binary in the Production of Anti-Black Racism*, em “The Journal of Black Studies”, 2018, vol. 49, n. 4, pp. 307-329.

<sup>35</sup> Nichols, *Indigeneity and the Settler Contract Today*, em “Philosophy and Social Criticism”, 2013, vol. 39, n. 2, pp. 165-186; Rollo, *The Reasonable Voice of Oppression: Liberal Domination Contracts and Democratic Silence (Draft)*, antecipado em *academia.edu*, 2019.

but in popular political rhetoric and discussion, so it is necessary to investigate the logic and power of this political fiction”.<sup>36</sup>

Para avançar a partir daí, devemos seguir as sugestões dos próprios Mills e Pateman. Recorramos à história e a uma história que não se detém nem se atola em ideias: “The specific form of contract that I analyzed is not an abstract mechanism but inseparable from its relational and institutional context”.<sup>37</sup> Às vezes é um bom conselho seguir o exemplo do que nos é dito, não do que é feito. Devolvamos a história à história, a uma história que, por causa das questões envolvidas, do sujeito de direitos ao agente de poderes, deve ser a história constitucional. A filosofia mesma deve ser objeto da historiografia, não sua dona. A abstração é o germe do problema, não a solução. Passemos, finalmente, à história constitucional, uma vez que o contratualismo, *mono* ou *pluri*, ameaça fazê-lo e não o faz.

Além de competências e incompetências, sobreposições e lacunas, entre especializações acadêmicas mais ou menos estanques, da ciência política à história jurídica, a redução lógica do contrato social ao *State Contract* constituinte, ingressando na história constitucional, arruinaria as pretensões universalistas do monocontratualismo. Ele nem sequer reconhece tal redução do seu leitmotiv a um contrato de Estado. E não há base no direito supraestatal, nem mesmo no de direitos humanos, que autorize a ideia de um contrato social sem fronteiras, que poderia abrir o campo para uma história constitucional em outro nível e com mais sujeitos que o Estado.<sup>38</sup> Como não existem apenas contratualistas, não é a única razão pela qual a história constitucional não está escrita.

## 5 O VÉU DA IGNORÂNCIA DA HISTÓRIA CONSTITUCIONAL

*Why American Constitutional History is not written* (“americana” por estadunidense) não é um título provocativo de quinze anos atrás. Eu estava falando sério.<sup>39</sup> Essa história constitucional não está escrita em razão de um ponto cego fundamental, que se encontra sob o véu da ignorância. O surgimento do constitucionalismo nos Estados Unidos não pode ser entendido sem olhar para a presença indígena, uma presença que dominou o vasto território da América do Norte até o Pacífico. Diante da política mais acomodada do Império Britânico, o contingente de colonos decidiu não apenas se tornar independente, mas também estabelecer um sistema institucional, precisamente o constitucional, que os empoderaria frente aos povos

<sup>36</sup> Neher, Charles W. Mills’ ‘Racial Contract’ cit., pp. 5-6; *Symposium: Contract and Domination* by Carole Pateman y Charles W. Mills, em “Journal of Political Ideologies”, 2008, vol. 13, n. 3, pp. 227-262; Pateman y Mills, *Contract and Domination* cit., p. 229.

<sup>37</sup> Ibid., p. 206 (de Pateman).

<sup>38</sup> A seu modo, experimenta tudo isso o próprio Rawls, *Political Liberalism* cit.; *The Law of Peoples with “The Idea of Public Reason Revisited”*, Cambridge, Mass., HUP, 1999.

<sup>39</sup> Clavero, *Why American Constitutional History is not written*, em “Quaderni Fiorentini”, 2007, vol. 36, pp. 1445-1547.

indígenas. A história do constitucionalismo é abordada abstraindo-se desse fator determinante para todo o continente.<sup>40</sup> Aspecto aplicável as próprias origens do contrato social: “contractualism was, from its very inception, a discourse of colonial justification and ideation”.<sup>41</sup> Não é que não haja estudos a esse respeito, já que no caso dos Estados Unidos eles até existem em abundância<sup>42</sup>, mas sim que sua problemática não está integrada e muitas vezes nem é conhecida pela historiografia especificamente constitucional. Se começasse a abordá-la, essa historiografia estaria situada num cenário de pluralismo cultural e social, em situação oposta ao unilateralismo de traço colonial, com o constitucionalismo inicial como posição beligerante.<sup>43</sup> O próprio alcance jurídico da Constituição é reduzido pela concorrência de outras peças normativas de nível pelo menos análogo, como os tratados com os povos indígenas.<sup>44</sup>

Contudo, a história dessa transformação constitucional é um pouco mais complexa do que a de uma minoria homogênea que se empodera e uma maioria heterogênea excluída de tal ação constituinte concreta.<sup>45</sup> Desde o início, a exclusão inclusiva ou a inclusão excludente do contingente indígena começou a ser imposta, um contingente com uma presença prévia no território e, portanto, com direito precedente.<sup>46</sup> Assim, uma *Federal Indian Law* começaria a se desenvolver como produto dos Estados Unidos, ignorando e desalojando todo título prioritário de direito indígena. Se há uma questão básica em um sistema constitucional, não é a dos direitos ou, ainda menos, dos poderes, que são as questões geralmente abordadas pela historiografia constitucional. É a dos sujeitos de direitos e agentes de poderes, sejam eles quem forem. E é a parte não indígena, colonial, que se arrogou o direito de identificá-los e localizá-los, sendo o primeiro exercício de um poder constituinte. Além do que já foi dito sobre

<sup>40</sup> Ibid., *Constitucionalismo latinoamericano. Estados criollos entre pueblos indígenas y derechos humanos*, Santiago de Chile, Olejnik, 2017; *Derechos de otras gentes* cit., cap. 6: “Constitucionalismo y Colonialismo en las Américas”.

<sup>41</sup> Nichols, *Indigenous Peoples, Settler Colonialism, and Global Justice in Anglo-America*, em Bell (ed.), *Empire, Race and Global Justice* cit., cap. 10, p. 246.

<sup>42</sup> Assim, eles continuaram a crescer significativamente, tanto na história indígena quanto na história constitucional, seguindo o estado da arte que apresentei em *Why American Constitutional History is not written* que não precisam ser atualizadas, pois estas páginas, ao contrário daquelas, não têm uma finalidade bibliográfica.

<sup>43</sup> S. MacMullan, *Recognition, Constitution Building and the Indian Nations of North and Northwest United States, 1775-1995: The Importance of Indian Nations to the Framing of the US Constitution*, em “Albany Government Law Review”, 2017, vol. 10, n. 1, pp. 318-349, in part, p. 320: “[...] core constitutional understandings may be fundamentally altered if the history of relations with the Indian nations was accounted for in narratives of the Framing”. Embora de interesse substancial para nossos propósitos, não é o lugar aqui para entrar em sua polêmica com posições mais consistentes com o multilateralismo, como as de G. Ablavsky, *The Savage Constitution*, em “Duke Law Journal”, 2014, vol., 63, n. 5, pp. 999-1089.

<sup>44</sup> R.A. Williams Jr., *Linking Arms Together: American Indian Treaty Visions of Law and Peace, 1600-1800*, New York, OUP, 1997, cap. 5: “Treaties as Constitutions”; para outros tratados, estes entre Estados, que também têm um impacto precoce em questões constitucionais como a de direitos, Clavero, *Freedom’s Law and Indigenous Rights: From Europe’s Oeconomy to the Constitutionalism of the Americas*, Berkeley, The Robbins Collection, 2005, cap. 2: “Minority Making: Indigenous peoples and non-indigenous law between Mexico and the United States”; além disso, de incidência constitucional não inferior, os acordos de colonização, com particulares ou com igrejas: Clavero, *Constitucionalismo latinoamericano* cit., cap. 3: “Nación y Naciones en Colombia entre Constitución, Concordato y un Convenio, 1810-2010”; P. Freymer, *Building an American Empire: The Era of Territorial and Political Expansion*, Princeton, PUP, 2017, cap. 5: “The Limits of Manifest Destiny”, primeira parte sobre o México.

<sup>45</sup> W. Holton, *Forced Founders: Indian, Debtors, Slaves, and the Making of the American Revolution in Virginia*, Chapel Hill, University of North Carolina Press (UNCP), 1999; Clavero, *Freedom’s Law and Indigenous Rights* cit., cap. 1: “Freedom’s Law and Oeconomical Status: The Euro-American Constituent Moment”.

<sup>46</sup> A. Rana, *The Two Faces of American Freedom*, Cambridge, Mass., HUP, 2010; Id., *Colonialism and Constitutional Memory*, em “UC Irvine Law Review”, 2015, vol. 5, n. 2, pp. 263-288.

os povos indígenas, aplica-se à população não europeia um direito de família que impõe subordinação permanente não só da mulher, mas também do escravo e inclusive do trabalhador. Não é que faltem estudos<sup>47</sup>, mas sim que a historiografia constitucional só começa a olhar para o direito de família quando, após muito tempo, algo sobre o tema aparece nos textos constitucionais. Antes disso, a historiografia o ignora e assim também descuida da questão principal dos sujeitos.<sup>48</sup> Estamos na mesma situação. O fato de que o direito de família foi estudado durante a Revolução Francesa não significa que o assunto esteja devidamente integrado na história constitucional da França.<sup>49</sup> No entanto, o espesso véu do paradigma dominante oferece um álibi perfeito. A própria cultura, particularmente a acadêmica, pode ser uma forma definitiva de ignorância ou, dito de outra forma, via eficiente de imposição de paradigmas sociais como suposta ciência. O supremacismo não é apenas, nem principalmente, uma questão de mera ideologia.<sup>50</sup>

O véu da ignorância se desenvolveu desde o início da história constitucional por força da própria matéria do constitucionalismo. Essa ficção, ao continuar sendo delimitada pelo que tem sido interpretado como constitucional, acaba dando *carta de natureza* aos pontos cegos do próprio direito<sup>51</sup>, à cegueira imposta pelos sujeitos de alguns direitos que são, ao mesmo tempo, poderes. A fantasia do contrato social é replicada pela ficção da história constitucional. No início, se repete veladamente o paradigma de Locke, com sua estratificação da ordem social entre o espaço privado da família – baseado em um *fatherly power* muito mais que paterno – e um universo público que desdobra poderes cujos sujeitos são os próprios pais-maridos-patrões. O problema do pluriconstitucionalismo com o tema de fundo do contrato social reside no fato de que este último, de Locke a Rawls, se desenvolve no campo oposto, mantendo-se refratário ao questionamento de certos pressupostos que não só o caracterizam, mas até mesmo o definem. Não é que o seu exercício de abstração, assim como o da história constitucional, tenha negligenciado uma série de questões, mas que foi “constructed to evade these problems”, aqueles destacados por parte do pluricontratualismo.<sup>52</sup> Tal seria sua natureza. Pode não ser uma ideia muito feliz canalizar todo esse problema por meio de figuras

<sup>47</sup> C.L. Tomlins, *Law, Labor, and Ideology in the Early American Republic*, Cambridge, CUP, 1993; A.D. Stanley, *From Bondage to Contract: Wage Labor, Marriage, and the Market in the Age of Slave Emancipation*, Cambridge, CUP, 1998; H. Hartog, *Man and Wife in America: A History*, Cambridge, Mass., HUP, 2000; Tomlins, *Freedom Bound: Law, Labor, and Civic Identity in Colonizing English America, 1580-1865*, Cambridge, CUP, 2010; H. Brewer, *By Birth or Consent: Children, Law, and the Anglo-American Revolution in Authority*, Chapel Hill, UNCP, 2005; C.T. Field, *The Struggle for Equal Adulthood: Gender, Race, Age, and the Fight for Citizenship in Antebellum America*, Chapel Hill, UNCP, 2014.

<sup>48</sup> Clavero, *Derecho de otras gentes* cit., cap. 4: “O sujeito pré-constituído de direito como antropologia do primeiro constitucionalismo”, páginas destinadas a uma *Historia Constitucional de España* sob a direção de M. Lorente e J. Vallejo, que assim pretendem contribuir para o alargamento do horizonte histórico em matéria constitucional.

<sup>49</sup> M. Garaud e R. Szramkiewicz, *La Révolution Française et la famille*, Paris, Presses Universitaires de France, 1978, último volume, póstumo, da *Histoire Général du Droit Privé Français, de 1789 à 1804*, de Garaud. Para contraste, F. Furet y R. Halévy, *La Monarchie Républicaine. La Constitution de 1791*, Paris, Fayard, 1996, e volumes consecutivos da série *Histoire des Constitutions de la France*.

<sup>50</sup> Mills, *White Ignorance*, em S. Sullivan y N. Tuana (eds.), *Race and Epistemologies of Ignorance*, New York, State University of New York Press, 2007, cap. 1, e o volume por inteiro.

<sup>51</sup> M. Bastias, *Diversity as Paradox: Legal History and the Blind Spots of Law*, Frankfurt am Main, MaxPlanck Institute for European Legal History, Research Paper Series, n. 2020-05, mesmo com a ideia anacrônica de que a cegueira é devida a um princípio de igualdade inerente a toda a história constitucional.

<sup>52</sup> Pateman e Mills, *Contract and Domination* cit., p. 258, de Mills, o que disse em relação à obra de Rawls. “And it’s not just Rawls himself, but [...] the secondary literature also”, e não só a literatura, o que é muitas vezes, se

nominalmente contratuais, porém seu responsável poderia ser justamente qualificado como um “eye-opener”.<sup>53</sup> O contrato social seria o jogo de antolhos e o contrato de dominação, o das lentes.

Para perceber não basta aguçar a visão. É preciso um senso de orientação. E é necessário começar localizando a si mesmo. O pluricontratualismo joga no campo oposto do contratualismo. A história constitucional convencional se move no mesmo terreno do contrato social singular e abstrato. Estender o olhar constitucional ao trabalhador, à mulher, a menores, a indígenas, a afrodescendentes, a deficientes, a homossexuais e outros não recompõe o panorama nem da perspectiva historiográfica nem da perspectiva política. Direitos que se dizem de nova geração porque seus sujeitos não foram observados antes não anulam poderes, embora, sem dúvida, os condicionem e os reduzam. O paradigma do contratualismo liberal que orienta o constitucionalismo, de forma admitida ou encoberta, impõe princípios e mantém políticas adversas. Mesmo na medida em que foi condicionando-se e reduzindo-se, a abstração em favor de determinados poderes e interesses segue operando. Nunca é pura filosofia separada de sua própria vocação normativa. E a abstração filosófica corresponde à abstração historiográfica própria da história constitucional: “this tacit idealization is carried further in a picture of history that generally abstracts away from social oppression and its consequences”.<sup>54</sup> A contradição e o conflito entre sujeitos, de um lado, e as diversas classes de não sujeitos ou sujeitos em posição subordinada, de outro, não são temas considerados como uma questão intrínseca da história constitucional. O mesmo constitucionalismo doutrinário é hábil em se abstrair, tanto tratando do direito atual quanto se ocupando do direito do passado, o que muitas vezes é o caso. Significativamente, boa parte da historiografia constitucional continua sendo obra de constitucionalistas não só carentes de formação historiográfica, mas também de um senso de posicionamento coletivo e pessoal.<sup>55</sup> Exemplos não precisam ser dados aqui.

Enfim, não estamos falando apenas da história dos Estados Unidos da América ou, de modo mais geral, da anglosfera. Estamos tratando do primeiro momento histórico de ativação do contrato social, se tal coisa existe, com todos os seus elementos conflitantes, o contrato sexual, o contrato racial e o contrato colonial. Se em algum lugar da história se produziu a invenção do sistema constitucional, um sistema articulado de poder constituinte, reconhecimento de direitos, garantias de justiça, estabelecimento de freios e contrapesos em função garantista, foi na faixa atlântica da América do Norte quando os Estados Unidos foram fundados e organizados a partir de várias colônias britânicas. O constitucionalismo é uma invenção americana, não europeia. Em outras palavras, a invenção constitucional se produz historicamente na fronteira colonial da Europa, o que também terá um impacto severo na história constitucional europeia e além desta.<sup>56</sup> Hoje, não é raro ouvir apelos para abordar a história dos assuntos constitucionais a partir da perspectiva de seu contexto colonial, mas já se sabe

---

não sempre esquecido, então muitas vezes adiado nestas polêmicas. Id., *Black Rights/White Wrongs* cit., cap. 10: “The Whiteness of Political Philosophy”; N. Zack (ed.), *The Oxford Handbook of Philosophy and Race*, New York, OUP, 2017, cap. 5: “Philosophy and the Racial Contract”.

<sup>53</sup> Precisamente por Mills, “Philosophy and the Racial Contract” cit., p. 65, que começou.

<sup>54</sup> Pateman y Mills, *Contract and Domination* cit., p. 233, de Mills.

<sup>55</sup> Clifford-Simplican (*The Capacity Contract* cit., pns. 336-391) se refere como premissa metodológica à *autoethnography* no sentido mais pessoal: “the vulnerability of the researcher is a crucial component in autoethnography”. A ansiedade pessoal do constitucionalista procede da evidência negada da intransitividade do constitucionalismo para grande parte da humanidade, mesmo na sua própria sociedade.

<sup>56</sup> Clavero, *Derecho de otras gentes* cit., cap. 5: “La excepción, la normalidad y la clave colonial”.

entre *el dicho y el hecho hay mucho trecho*, sobretudo para aqueles que pertencem – por razões diferentes da descendência – à classe de sujeitos privilegiados e à cultura mais ampla que estes criaram.<sup>57</sup> A duras penas, se tenta levar em consideração o fato de que sem o colonialismo não se pode explicar as origens constitucionais, tampouco os desenvolvimentos posteriores.<sup>58</sup>

Pateman e Mills nos fizeram ver um detalhe valioso para esse propósito. Os sujeitos de direitos e agentes de poderes daqueles tempos clássicos estavam bem cientes de um aspecto fundamental que mais tarde se perdeu nas ficções da filosofia política e da história constitucional: é aquele de qual era seu lugar social, sua autolocalização. Sugiro reler a epígrafe escolhida para esse artigo, a carta de John Adams, ele que mais tarde seria o primeiro autor de um tratado de direito constitucional comparado e segundo presidente dos Estados Unidos. Com as piadas embaraçosas que se permitia contra a sensatez de Abigail, sua esposa<sup>59</sup>, Adams revelava a consciência de quem eram *We the People*, nós as pessoas-povo, que se prestavam a produzir constituições para assegurar seus direitos-poderes, e quem compunha o resto, toda uma maioria heterogênea a ser mantida subordinada de várias maneiras e por meios distintos. Os “bonds of Government” – vínculos políticos de uns “Masculine systems” – alcançavam a todos e todas com sua bateria de poderes, mas não impedia que jovens, mulheres, indígenas e afro-americanos fossem excluídos de seu estabelecimento e direção.<sup>60</sup> Eles não compareceram nem eram esperados. Leia novamente: “Indians slighted their Guardians, and Negroes

<sup>57</sup> Editorial: *Decolonising Global Constitutionalism*, em “Global Constitutionalism”, vol. 9, n. 1, 2020, p 5, “to call upon our readers to reflect upon how colonial and imperial order have shaped democracy, the rule of law, and human rights across the global normative order”, que é proclamado em uma edição que comemora o quarto centenário do *Mayflower* e seu contrato colonial como uma expressão precoce do constitucionalismo global, mesmo quando tenta mitigá-lo com atenção à presença e à agência indígena.

<sup>58</sup> Rana, *Constitutionalism and the Predicament of Postcolonial Independence*, em R. Albert (ed.), *Revolutionary Constitutionalism: Law, Legitimacy, Power*, Oxford, Hart, 2020, cap. 5. Observe o forte contraste de praticamente todo o restante do volume e do próprio trabalho ao qual é dedicado, B. Ackerman, *Revolutionary Constitutions: Charismatic Leadership and the Rule of Law*, Oxford, Hart, 2019, uma poderosa tentativa de história constitucional em escala global com postergação do colonialismo; e esse restante, uma representação de tal especialidade, se é que ela existe de todo. Uma seção inteira trata da União Européia sem nenhum registro de colonialismo; contraste-se com P. Hansen y S. Jonsson, *Eurafrica: The Untold History of European Integration and Colonialism*, London, Bloomsbury, 2014; E. Buettner, *Europe after Empire: Decolonization, Society and Culture*, Cambridge, CUP, 2016. A resposta de Ackerman a Rana é elusiva do fator colonial restrito (*Revolutionary Constitutions*, pns. 9644-9715).

<sup>59</sup> A carta continuou da seguinte forma: “We have only the Name of Masters, and rather than give up this, which would completely subject Us to the Despotism of the Petticoat, I hope General Washington and all our brave Heroes would fight” (“heavy-handed humor” e “joking” para R.B. Bernstein, *The Education of John Adams*, New York, OUP, 2020, pp. 79-80). A *Defence of the Constitutions of Government of the United States of America* (1787) de Adams é o que eu chamei de primeiro tratado sobre direito constitucional comparado, com o véu da ignorância levantado.

<sup>60</sup> <[https://www.masshist.org/digitaladams/archive/browse/letters\\_1774\\_1777.php](https://www.masshist.org/digitaladams/archive/browse/letters_1774_1777.php)>, para link com o manuscrito da carta, com a transcrição, em vez de “bonds of Government”, “bands of Governmen”, a adotada por Pateman e Mills, *Contract and Domination* cit., referindo-se anacronicamente nas notas de rodapé a “her (Abigail’s) belief in universal human rights” quando em sua correspondência falava sobre os direitos de propriedade das mulheres casadas da classe colonial rica.

grew insolent to their Masters”. O índio é equiparado a um menor sob tutela e a todo afro-descendente, não apenas aos escravos, se atribui um senhor.<sup>61</sup> Estas eram as regras. Não havia contratualismo que valesse, nem social nem associial.

A história constitucional herdada constitui uma peça, embora modesta, da engrenagem do sistema masculino com todas as suas dominações. Chegamos à conclusão. Entre o registro de consciência de ontem e o véu da ignorância de hoje, de uma ignorância realmente rawlsiana, se produziu o que eu chamei de perda do paradigma da história constitucional.<sup>62</sup> O desafio que se coloca não se resolve com a abstração da filosofia, mas pela concretude da história, de uma história de passado e de presente.

## REFERÊNCIAS

A THEORY OF JUSTICE: The Musical. YouTube, 20 de maio de 2019. Disponível em: <https://music.apple.com/us/album/a-theory-of-justice-the-musical-official-soundtrack/1463204198>. Acesso em: 12 abril 2020.

ABLAVSKY, G. The Savage Constitution, *Duke Law Journal*, vol., 63, n. 5, 2014.

ACKERMAN, B. *Revolutionary Constitutions: Charismatic Leadership and the Rule of Law*. Oxford: Hart, 2019.

AGHA, P. (ed.). *Law, Politics and the Gender Binary*. New York: Routledge, 2019.

BASTIAS, M. *Diversity as Paradox: Legal History and the Blind Spots of Law*, Frankfurt am Main, MaxPlanck Institute for European Legal History, Research Paper Series, n. 2020-05.

BELL, D. (ed.). *Empire, Race and Global Justice*. New York: CUP, 2019.

BERNSTEIN, R. B. *The Education of John Adams*. New York: OUP, 2020.

BRENNAR JR., W. J. Color-Blind, Creed-Blind, Status-Blind, Sex-Blind, *In: “Human Rights”*, vol. 14, n. 1, pp. 30-37, 1987.

BREWER, H. *By Birth or Consent: Children, Law, and the Anglo-American Revolution in Authority*. Chapel Hill: UNCP, 2005.

BUETTNER, E. *Europe after Empire: Decolonization, Society and Culture*. Cambridge: CUP, 2016.

CLAVERO, B. *Derecho de otras gentes entre genocidio y constitucionalidade*. Santiago de Chile: Olejnik, 2019.

CLAVERO, B. *Freedom’s Law and Indigenous Rights: From Europe’s Oeconomy to the Constitutionalism of the Americas*. Berkeley: The Robbins Collection, 2005.

<sup>61</sup> Williams, *The American Indian in Western Legal Thought: The Discourses of Conquest*, New York, OUP, 1990; Clavero, *Derecho indígena y cultura constitucional en América*, México, Siglo XXI, 1994, cap. 1, eps. 3: “Status de etnia”, e 5: “Recepción angloamericana”; P. Finkelman, *Slavery and the Founders: Race and Liberty in the Age of Jefferson*, Armonk, M.E. Sharp, 2001.

<sup>62</sup> Clavero, *Derecho de otras gentes*, cap. 6, epígrafe final: “O paradigma perdido”.

- CLAVERO, B. Why American Constitutional History is not written, *Quaderni Fiorentini*, vol. 36, 2007.
- CLIFFORD-SIMPLICAN, S. *The Capacity Contract: Intellectual Disability and the Question of Citizenship*. Minneapolis: University of Minnesota Press, 2015.
- DONALDSON, S.; KYMLICKA, W. Inclusive Citizenship Beyond the Capacity Contract, In: SHACHAR, A.; BAUBÖCK, R.; BLOEMRAAD, I.; VINK, M. *The Oxford Handbook of Citizenship*. New York: Oxford, 2017.
- EDMUNDSON, W. A. *John Rawls: Reticent Socialist*. Cambridge: CUP, 2017.
- ENGLISH, J. Justice between Generations, In: "Philosophical Studies", n. 31, pp. 91-104, 1977.
- FIELD, C. T. *The Struggle for Equal Adulthood: Gender, Race, Age, and the Fight for Citizenship in Antebellum America*. Chapel Hill: UNCP, 2014.
- FINKELMAN, P. *Slavery and the Founders: Race and Liberty in the Age of Jefferson*. Armonk: M.E. Sharp, 2001.
- FREEMAN, S. (ed.). *The Cambridge Companion to Rawls*. Cambridge: CUP, 2003.
- FREYMER, P. *Building an American Empire: The Era of Territorial and Political Expansion*. Princeton: PUP, 2017.
- GARAUD, M.; SZRAMKIEWICZ, R. *La Révolution Française et la famille*. Paris: Presses Universitaires de France, 1978.
- GERAS, N. *The Contract of Mutual Indifference: Political Philosophy after the Holocaust*. London: Verso, 1998.
- HANSEN, P.; JONSSON, S. *Eurafrica: The Untold History of European Integration and Colonialism*. London: Bloomsbury, 2014.
- HARTOG, H. *Man and Wife in America: A History*. Cambridge: HUP, 2000.
- HAUCHECORNE, M. *La gauche américaine en France. La réception de John Rawls et des théories de la justice*. Paris: CNRS, 2019.
- HOLTON, W. *Forced Founders: Indian, Debtors, Slaves, and the Making of the American Revolution in Virginia*. Chapel Hill: University of North Carolina Press (UNCP), 1999.
- HUGHEY, M. W.; KYMLICKA, W.; STEINBERG, S.; WINANT, H. *Symposium: Charles W. Mills' 'Black Rights/White Wrongs: The Critique of Racial Liberalism'*, vol. 41, n. 3, 2018.
- KULL, A. *The Color-Blind Constitution*. Cambridge Mass.: Harvard University Press, 1992.
- LERNER, G. *The Creation of Patriarchy*. New York: Oxford University Press (OUP), 1986.
- MACINTYRE, A. *After Virtue: A Study in Moral Theory*. London: Bloomsbury, 1981
- MacMULLAN, S. Recognition, Constitution Building and the Indian Nations of North and North-west United States, 1775-1995: The Importance of Indian Nations to the Framing of the US Constitution, *Albany Government Law Review*, vol. 10, n. 1, 2017.
- MANDLE, J.; REIDY, D. A. (eds.). *Companion to Rawls*. Malden: Wiley Blackwell, 2014.
- MILLS, C. H. Race and the Social Contract Tradition, In: "Social Identities: Journal for the Study of Race, Nation and Culture", vol. 6, n. 4, 2000.

- MILLS, C. W. *The Racial Contract*. Ithaca: Cornell University Press, 1997.
- NEHER, B. K.; MILLS, C. W. Symposium: Contract and Domination by Carole Pateman y Charles W. Mills, *Journal of Political Ideologies*, vol. 13, n. 3, 2008.
- NEHER, B. K.; MILLS, Charles W. '*Racial Contract*': Theory and Resistance to Systematic Racism, tese doutoral, Universidade da Georgia, 2017. Disponível em: <https://getd.libs.uga.edu>. Acesso em 10 jan. 2020.
- NICHOLS, R. L. Indigeneity and the Settler Contract Today, *Philosophy and Social Criticism*, vol. 39, n. 2, 2013.
- NICHOLS, R. L. Realizing the Social Contract: The Case of Colonialism and Indigenous Peoples, In: "Contemporary Political Theory", 2005.
- O'NEILL, D. I.; SHANLEY, M. L.; YOUNG, I. M. (eds.), *Illusion of Consent: Engaging with Carole Pateman*. University Park: Pennsylvania State University Press, 2008.
- OKIN, S. M. *Justice, Gender, and the Family*. London: Basic Books, 1989.
- PATEMAN, C. Beyond the Sexual Contract?, In: DENCH, G. (ed.), *Rewriting the Sexual Contract*. New York: Routledge, 2017.
- PATEMAN, C. *The Sexual Contract*. Cambridge: Polity Press, 1988.
- PATEMAN, C.; MILLS, C. W. *Contract and Domination*. Cambridge: Polity, 2009.
- PEARCEY, M. *The Exclusions of Civilization: Indigenous Peoples in the Story of International Society*. New York: Palgrave Macmillan, 2016.
- PUWAR, N. Interview with Carole Pateman: 'The Sexual Contract', women politics, globalization and citizenship, In: "Feminist Review", n. 70, 2002.
- RANA, A. *Colonialism and Constitutional Memory*, *UC Irvine Law Review*, vol. 5, n. 2, 2015.
- RANA, A. Constitutionalism and the Predicament of Postcolonial Independence, In: ALBERT, R. (ed.), *Revolutionary Constitutionalism: Law, Legitimacy, Power*. Oxford: Hart, 2020.
- RANA, A. *The Two Faces of American Freedom*. Cambridge: HUP, 2010.
- RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Cambridge: Cambridge Mass., 1999.
- RIBOTTA, S. *John Rawls. Sobre (des)igualdad y justicia*, Madrid: Dykinson, 2009.
- ROLLO, Toby. Feral children: settler colonialism, progress, and the figure of the child, *Settler Colonial Studies*, vol. 8, n. 1, 2018.
- ROLLO, Toby. The Color of Childhood: The Role of the Child/Human Binary in the Production of Anti-Black Racism, *The Journal of Black Studies*, vol. 49, n. 4, 2018.
- ROLLO, Toby. *The Reasonable Voice of Oppression: Liberal Domination Contracts and Democratic Silence (Draft)*, antecipado em *academia.edu*, 2019.
- SANDEL, M. *Liberalism and the Limits of Justice*. Cambridge: Cambridge University Press (CUP), 1982
- SMITH, A. F. Closer But Still No Cigar: On the Inadequacy of Rawls' Reply to Okin's 'Political Liberalism', Justice and Gender', In: "Social Theory and Practice", vol. 30, n. 1, pp. 59-71, 2004.

STANLEY, A. D. *From Bondage to Contract: Wage Labor, Marriage, and the Market in the Age of Slave Emancipation*. Cambridge: CUP, 1998.

SULLIVAN, S.; TUANA, N. (eds.), *Race and Epistemologies of Ignorance*. New York: State University of New York Press, 2007.

TAYLOR, C. *Sources of the Self: The Making of the Modern Identity*. Cambridge: Cambridge University Press (CUP), 1989.

THOMPSON, S.; HAYES L.; NEWMAN, D. 'The Sexual Contract' 30 Years on: A Conversation with Carole Pateman, In: "Feminist Legal Studies", vol. 26, n. 1, 2018.

TOMLINS, C. L. *Law, Labor, and Ideology in the Early American Republic*. Cambridge: CUP, 1993.

TOMLINS, C. *Freedom Bound: Law, Labor, and Civic Identity in Colonizing English America, 1580-1865*. Cambridge: CUP, 2010.

WALZER, M. *Spheres of Justice: A Defense of Pluralism and Equality*. New York: Basic Books, 1983.

WILLIAMS JR., R. A. *Linking Arms Together: American Indian Treaty Visions of Law and Peace, 1600-1800*. New York: OUP, 1997.

WILLIAMS JR., R. A. *The American Indian in Western Legal Thought: The Discourses of Conquest*. New York: OUP, 1990.

WOLFF, R. P., *Understanding Rawls: A Critique and Reconstruction of 'A Theory of Justice'*. Princeton: Princeton University Press (PUP), 1977.

ZACK, N. (ed.), *The Oxford Handbook of Philosophy and Race*. New York: OUP, 2017.



# COMO CONTAR A HISTÓRIA DOS DIREITOS HUMANOS NA EUROPA. ALGUMAS QUESTÕES METODOLÓGICAS

## HOW TO TELL THE STORY OF HUMAN RIGHTS IN EUROPE. SOME METHODOLOGICAL ISSUES

CRISTINA NOGUEIRA DA SILVA\*

### RESUMO

Neste texto pretende-se discutir alguns problemas metodológicos que se colocam quando se pensa numa história dos Direitos Humanos. Procura-se, por meio de exemplos retirados de diversos contextos históricos, da Antiguidade até ao século XX, desenvolver duas ideias centrais. Por um lado, questionar a ideia de que o conceito de «direitos humanos» possa ser transtemporal. Pelo contrário, procura mostrar-se que houve contextos históricos em que dificilmente se podia concetualizar direitos à escala da humanidade. A outra ideia central é a de que não é possível fazer uma história linear e contínua dos direitos humanos e que, quando os historiadores o tentam fazer, facilmente incorrem na retroprojeção e no anacronismo. Procura-se também identificar alguns debates historiográficos em torno destas questões, chamando-se a atenção para diferentes posicionamentos.

**Palavras-chave:** Historiografia; métodos da histórica; anacronismo; Direitos humanos, Liberdade, Revoluções liberais, Revolução francesa; revolução americana; constitucionalismo; colonialismo; escravatura.

### ABSTRACT

The aim of this text is to debate some methodological issues that arise when thinking about the history of human rights. By using examples coming from different historical contexts, from the Antiquity to the twentieth century, the text intends to explore two central ideas. On the one hand, to question the idea of a transtemporal nature of the concept of human rights. In opposition to that idea, the text intends to stress that historical context existed where universal/human rights could hardly be conceptualized. The other idea has to do with the improbability of carrying on a linear and continuous history of human rights without incurring in anachronism and retro projection. Another target of the text is to identify some historiographical debates on the issue and different approaches to it.

**Keywords:** historiography; historical methodology; anachronism; Human rights; Liberty; Liberal Revolutions: French Revolution; American Revolution; constitutionalism, colonialism; slavery.

\* Doutora em História do Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa (UNL), Portugal.  
Professora Associada da Faculdade de Direito da UNL.  
[ancs@fd.unl.pt](mailto:ancs@fd.unl.pt)

Recebido em 7-11-2022 | Aprovado em 29-11-2023



## SUMÁRIO

### TEXTO CONTÍNUO; REFERÊNCIAS

Este texto é o resultado de um conjunto de leituras sobre a história dos direitos humanos que foram motivadas pela investigação que tenho desenvolvido sobre a cidadania no Império português dos séculos XIX e XX e, em geral, sobre o estatuto e os direitos dos povos nativos dos territórios coloniais europeus durante aqueles dois séculos. Muitas das opções e pontos de vista que aqui foram privilegiados relacionam-se com esta conexão, que orientou de forma determinante não apenas a seleção dos textos que se constituíram em fonte, e que não abrangem de forma exaustiva o extenso universo da literatura que tem sido produzida em torno da história dos direitos humanos, mas também a lente através da qual esses textos foram lidos: uma lente mais dirigida à identificação de problemas que a noção de direitos humanos coloca quando aplicada a épocas passadas do que à valorização de eventuais “sinais” da presença de noções próximas daquela no passado.

À anterior motivação acrescentou-se outra, não menos importante, associada ao contacto que tenho tido, em virtude do exercício da docência e da investigação na Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, muitas vezes em parceria com outras Faculdades, com o trabalho de juristas, filósofos e de cientistas políticos que fazem investigação na área dos direitos humanos, bem como à observação do modo como estes muitas vezes dialogam com a história em geral e com a história dos direitos humanos, em particular<sup>1</sup>. Por exemplo, quando discutem o tema da fundamentação jusnaturalista ou não jusnaturalista dos direitos, identificando-se ou demarcando-se das posições de autores que escreveram em distintos tempos históricos e/ou lugares geográficos e que, por esse motivo, localizaram aqueles fundamentos em lugares também diferentes: Deus, a sua Vontade ou a sua Razão; a natureza humana, a sua vontade ou Razão; a Razão cósmica; a “ordem natural das coisas” ou um “sentido moral inato” aos seres humanos. Autores que, finalmente, identificaram de forma também diversa as entidades que compunham os direitos, ou dos quais eles derivavam: normas de natureza ética, valores jurídicos universais, direitos naturais ou, mais recentemente, direitos humanos<sup>2</sup>. Um historiador participará sempre com perplexidade neste diálogo. Porque a questão que a historiografia coloca não é, e para dar um exemplo, a de saber se S. Tomás de Aquino, que escreveu no século XIII (1225-1274), estava mais próximo da verdade quando identificou Deus e a ordem inscrita na sua obra como fundamento do direito natural, mas antes a de tentar compreender porque é que S. Tomás (ou Cícero, ou Immanuel Kant ou Thomas Jefferson, para enumerar alguns autores mais referidos nos livros sobre a história dos Direitos Humanos), identificaram como válidos determinados fundamentos, e não outros. O exemplo da fundamentação dos direitos na “autoevidência”, como fizeram os autores americanos da Declaração da sua independência (1776), é talvez um dos mais

<sup>1</sup> Este texto é resultado da investigação desenvolvida no âmbito de um projeto coordenado por António Marques e Paulo Barcelos, no Instituto de Filosofia da Linguagem da Faculdade de Ciências Sociais e Humanas da Universidade Nova de Lisboa e no Cedis, da Faculdade de Direito da mesma Universidade: Soberania pós-nacional: a União Europeia rumo a uma identidade política (PTDC/FIL-ETI/108287/2008). Nessa altura este artigo foi publicado na sua primeira versão: MARQUES, António; BARCELOS, Paulo [orgs.]. *Direitos Fundamentais e soberania na Europa*. História e Actualidade. Lisboa: IFILNova, 2014. p. 27-65. O texto que agora se publica é, no essencial, o mesmo, tendo havido alterações pontuais e alguma atualização bibliográfica.

<sup>2</sup> MARÍN, Rafael Hernández. *Historia de la filosofía del derecho contemporanea*. Madrid: Tecnos, 1989.

interessantes para ilustrar essa aproximação dos historiadores aos textos do passado<sup>3</sup>. A pergunta que estes fazem não é sobre se os direitos são, ou não são, autoevidentes. Na verdade, dificilmente se encontra um conceito mais anti-histórico do que o de autoevidência, pois o que se apresenta como tal é sempre olhado como estando livre das contingências históricas, como sendo transtemporal, transversal a todas as épocas e lugares. Não carece, por isso, de explicação histórica. A pergunta do historiador é, então, aquela cuja resposta lhe permita compreender porque é que a autoevidência se converteu num argumento válido no século XVIII, no contexto da Revolução americana, e não o foi antes. O mesmo argumento não foi o mais importante em outros contextos históricos e culturais<sup>4</sup>, nomeadamente em contextos menos marcados pela confiança na autonomia da Razão individual ou na sua universalidade. Esta confiança não pode desligar-se das formas científicas de saber que se desenvolveram nos séculos XVI e XVII, bem como das condições psicológicas e das formas de organização do poder ocasionadas e/ou associadas a processos de individuação que também ocorreram no tempo, e que fizeram emergir o indivíduo “moderno”, tal como o concebemos hoje<sup>5</sup>. Dificilmente um pensador medieval, por exemplo, sustentaria uma verdade na autoevidência racional, pois nesses tempos a ordem social era vista como “juridicamente dada”, e não como o resultado da Razão humana ou da vontade política dos homens<sup>6</sup>.

A segunda pergunta que um historiador fará é a que Lynn Hunt também fez num dos seus capítulos sobre o argumento da autoevidência durante a Revolução americana: “como é que essas verdades se tornaram autoevidentes”<sup>7</sup>? Foi a questões como estas que Orlando Patterson, alguns anos antes, se tinha já proposto responder, quando fez a história daquele que pareceu aos líderes americanos da revolução o mais autoevidente dos direitos, a liberdade<sup>8</sup>. Patterson chamou a atenção para a multiplicidade de sentidos e de combinação de sentidos, muitas vezes contraditórios, que o conceito de liberdade foi assumindo nos vários contextos sócio e espaço-temporais que o receberam e transformaram, antes de adquirir significados mais modernos. Tentou também identificar as variáveis – intelectuais, mas sobretudo sociais e materiais – que explicam as transformações semânticas às quais o conceito de liberdade foi historicamente sujeito, nomeadamente durante os acontecimentos

<sup>3</sup> Thomas Jefferson, que era senhor de escravos, escreveu, a propósito da Declaração da Independência Americana e dos direitos nela consagrados, como a liberdade, que “Consideramos estas verdades autoevidentes”. Cf. HUNT, Lynn. *A Invenção dos Direitos Humanos, uma História*. São Paulo: Editora Schwarcz, 2009, p. 17.

<sup>4</sup> “After all, ‘self-evidence’ is not a status that every culture claims for its central beliefs: it is a status that Western culture applied to its central beliefs at a specific historical moment”. Cf. MOYN, Samuel. Afterword: The self-evidence of human rights. In: TUNSTALL, Kate E. [ed.]. *Self-Evident Truths? Human Rights and the Enlightenment*. London and New York: New Delly, Sidney: Bloomsbury, 2012, p. 250.

<sup>5</sup> Hunt, descreveu as circunstâncias psicológicas em que considera que essa individuação aconteceu. Na sua argumentação, essas circunstâncias permitem, simultaneamente, uma maior alteridade (física e psicológica) do indivíduo em relação aos outros. Esta, por sua vez, ao possibilitar uma identificação com esses outros como “iguais”, no século XVIII, reforçou a empatia entre os seres humanos, ajudando a que estes percecionassem os direitos como “autoevidentes”. Cf. HUNT, *op. cit.*, p. 82 e ss.

<sup>6</sup> FIORAVANTI, Maurizio. *Constitucion. De la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Editorial Trotta, 2001, p. 37-38; ou GROSSI, Paolo. *L'ordine Giuridico Medievale*. Roma: Laterza, 1997. Sobre o universo cultural de argumentação intelectual do mundo medieval, Cf. VILLEY, Michel. *La Formation de la Pensée Juridique Moderne*. Paris: Presses Universitaires de France, 2003 e também, entre muitos outros, COLISH, Marcia L. *Medieval Foundations of the Western Intellectual Tradition, 400-1400*. New Haven: Yale University Press, 1997.

<sup>7</sup> HUNT, *op. cit.*, p. 24.

<sup>8</sup> PATTERSON, Orlando. *Freedom in the Making of Western Culture*. New York: Basic Books, 1991; PATTERSON, Orlando. Freedom, Slavery, and the modern construction of rights. In: HUFTON, Olwen [ed.]. *Historical Changes and human Rights*. New York: Basic Books, 1995.

que se sucederam à revolução americana, em particular a guerra civil, bem como mostrar a coexistência temporal, nestes primeiros tempos da independência americana, de diversas ideias históricas sobre a liberdade.

Além desta, outras histórias foram escritas, antes e depois da de Patterson, com o objetivo de compreender a pluralidade de definições históricas de liberdade e também de processos históricos que ajudam a explicar as mutações semânticas que o conceito sofreu na história ocidental. Mostrando, com isso, a complexidade que se esconde por detrás do argumento da autoevidência<sup>9</sup>. Quase todos esses estudos dialogam de forma mais ou menos completa nas/com as metodologias propostas pela abordagem da “Conceptual History” e/ou da “School of Cambridge”, abordagens diferentes entre si mas orientadas, em conjunto e de forma complementar, pela noção da mutabilidade temporal dos conteúdos e vivências associados aos vocábulos usados pelos atores históricos, bem como pela noção do dinamismo semântico dos conceitos, moldados por contextos, acontecimentos, interesses, tentativas de responder aos problemas (políticos, morais, sociais) concretos que se colocaram historicamente, bem como ainda pelas tradições discursivas em que os conceitos se inscreveram, e pela valorização das suas receções e recriações, que tornam arriscada uma definição fixa dos mesmos, seja na diacronia, seja na sincronia<sup>10</sup>. Como todos reconheceram, sobre os mesmos conceitos coexistem, no mesmo tempo histórico, assim como em tempos históricos diferentes, visões contrastantes e em competição<sup>11</sup>.

<sup>9</sup> Sem qualquer intenção de exaustividade, e selecionando somente as abordagens mais gerais, Cf. JAUME, Lucien. *La liberté et la Loi, les origines philosophiques du libéralisme*. Paris: Fayard, 2000; BARBERIS, Mauro. *Libertà*. Bologna: Il Mulino, 1999; DAVIS, R. W. [ed.]. *The Origins of Modern Freedom in the West*. Stanford: Stanford University Press, 1995; GREY, John; PELCZYNSKI, Z. [orgs.]. *Conceptions of Liberty in Political Philosophy*. London: Athlone, 1994; SKINNER, Quentin. *Liberty before Liberalism*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998. Podemos ainda fazer incursões mais antigas, em textos clássicos dos anos sessenta do século XX, como o de BERLIN, Isaiah. Two Concepts of Liberty. In: HARDY, Henry [ed.]. *Liberty*. Oxford: Oxford University Press, 2002, ou o de ARON, Raymond. *Essai sur les libertés*. Paris: Calmann-Lévy, 1965, bem como os estudos citados em RICHTER, Melvin. *The History of Political and Social Concepts: A Critical Introduction*. New York/Oxford: Oxford University Press, 1995. p. 9-25.

<sup>10</sup> Sobre as convergências e divergências entre a “School of Cambridge” de Quentin Skinner e J.G.A. Pocock e a anterior proposta, da “Conceptual History”, a qual eleger os conceitos como a unidade de análise para escrever a história do pensamento político, e cuja teorização ficou associada a nomes alemães como o de Reinhart Koselleck, Cf. RICHTER, *op. cit.*, p. 124-142.

<sup>11</sup> KOSELLECK, Reinhart. *Le Future Passé: contribution à la sémantique des temps historiques*. Paris: Éd. de l’École des Hautes Études en Sciences Sociales, 1990. Traduit de l’allemand par Jochen Hoock et Marie-Claire Hoock; KOSELLECK, Reinhart. *The practice of Conceptual History: timing history, spacing concepts*. Stanford: Stanford University Press, 2002. Translated by Todd Samuel Presner and Others; SKINNER, Quentin. *Visions of Politics*. vol. I. Cambridge: Cambridge University Press, 2002; 1998, p. 104-106. Numa tentativa de reformular as posições da “História dos conceitos” e da “School of Cambridge”, nas quais se inspirou, Barberis descreve de forma muito sugestiva a fórmula evolutiva dos conceitos: “[...]i concetti giuspolitici nascono ed evolvono come le specie naturali, addatandosi ai mutamenti dell’ambiente. Coloro i cali, nei diversi contesti storici, partecipano ai giochi dela politica o del diritto, compiono certo atti intenzionali, come deliberate mosse del gioco; tali atti intenzionali, pero, generano spesso effetti inintenzionali, né voluti né previsti dagli autori, fra i quali ocorre annoverare gli stessi concetti, sempre intesi come regole d’uso del linguaggio. Dunque, i concetti si formano e si affermano compatibilmente com le esigenze dell’ ambiente, e sopravvivono solo a pato di adattarsi ai mutamenti di questo” (BARBERIS, *op. cit.*, p. 10). Outro projeto interessante é o projeto coordenado por Javier Sebastián, que aplica os métodos da história conceptual às sociedades ibero-atlânticas (IberConceptos): Cf. SEBASTIÁN, Javier Fernández. Apresentação – Notas sobre História Conceptual e sua aplicação ao espaço ibero-americano. In: *Ler História*, nº 55, 2008; SEBASTIÁN, Javier Fernández (dir.). *Diccionario politico y social del mundo iberoamericano*. Madrid: C.E.C., 2009.

Outro desafio que se colocará sempre ao historiador que pretende fazer uma história dos direitos humanos, e que se relaciona estreitamente com os problemas metodológicos referidos nos parágrafos anteriores, é a de se posicionar face ao que Kevin Grant designou como uma “premissa teleológica segunda a qual a humanidade prosseguiu, desde tempos antigos, num caminho necessariamente direcionado para o reconhecimento dos direitos humanos”<sup>12</sup>. É uma premissa comum nos livros sobre História do direito, nos quais desempenha muitas vezes a função legitimadora de demonstrar o progresso do direito e a natureza necessária, linear, “escatológica” da história do pensamento jurídico<sup>13</sup>. No caso da história dos direitos humanos, a questão concreta que ela obriga a colocar é a de saber se essa história pode ser contada como um caminho único, que começou, por exemplo, no Código de Hamurabi, passou pelo pensamento estoico, na antiguidade, pelas teorias do direito natural medieval e modernas, pelas revoluções britânica (no século XVII), americana e francesa (no século XVIII), para atingir a sua forma acabada na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948?<sup>14</sup>; ou que existe uma relação linear entre a ideia de humanidade presente nos textos da escolástica medieval, que depois permanece nas doutrinas modernas do direito natural e no Iluminismo, e a emergência do Direito Internacional dos Direitos Humanos contemporâneo?<sup>15</sup>

Esta forma de abordar a história dos direitos humanos tem sido muito questionada, do ponto de vista metodológico, pela identificação de anacronismos e dos equívocos que lhe estão quase sempre associados. Contar a história de um conceito, de uma palavra, de uma ideia, como se estes fossem o resultado de uma evolução progressiva, linear e multissecular, abstraindo de ruturas de sentido que aconteceram no percurso histórico, das suas apropriações e recriações em contextos muito diversos, que os foram transformando, envolve vários riscos. O primeiro deles é o da transfiguração do passado, reduzido a uma antecipação incompleta/imperfeita, do presente, ou apreendido de forma anacrónica, através do uso de categorias do presente que os agentes históricos desconheciam<sup>16</sup>. O segundo risco, ainda mais sublinhado, é o do anacronismo. Como também salientou Kevin Grant em relação ao caso

<sup>12</sup> GRANT, Kevin. Human Rights and Sovereign Abolitions of Slavery, c. 1880-1956. In: GRANT, Kevin; LEVINE, Philippa; TRENTMANN, Frank. [orgs.]. *Beyond Sovereignty: Britain, Empire and Transnationalism C. 1880-1950*. Basingstone: Palgrave/Macmillan, 2007, p. 80.

<sup>13</sup> HESPANHA, António Manuel. *Cultura Jurídica Europeia: Síntese de um Milénio*. Lisboa: Almedina, 2012, p. 14-30.

<sup>14</sup> Cf. um exemplo próximo desta abordagem muito orientada pela procura de pontos de ligação entre alguns destes momentos históricos em: NEIER, Aryeth. *The Internacional Human Rights Movement: A History*. Princeton: Princeton University Press, 2012, p. 26-27. Apesar de aludir a quase todo este percurso, a autora não o descreve como absolutamente linear, identificando uma rutura importante, que, na sua opinião, aconteceu no momento em que os direitos humanos adquiriram significado político, situando esse momento no século XVI, em Inglaterra. Mas também o privilegiar desse momento na história dos direitos humanos tem sido fortemente questionado: “[...]. The Bill of Rights (1688) was concerned with vindicating the ancient rights of Englishmen, not human rights”. FREEMAN, Michael. *Human Right: An Interdisciplinary Approach*. Malden: Polity Press, 2011, p. 23. Com uma interpretação próxima da de Freeman, Cf. DIPPEL, Horst. *História do Constitucionalismo Moderno: Novas Perspectivas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007, p. 197-200, ou HERZOG, Tamar. *A short History of European Law: The last two and half Millennia*. Cambridge/Massachusetts, London: Harvard University Press, 2018, p. 170-174.

<sup>15</sup> MARTINEZ, Jenny S. *The Slave Trade and the Origins of International Human Rights Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 135.

<sup>16</sup> Sobre esta reflexão aplicada ao tema da história dos direitos humanos, Cf. HUFTON, *op. cit.*, p. 3-5; MOYN, Samuel. *The Last Utopia: Human Rights in History*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2010, p. 6; 11-12.

concreto dos direitos humanos, os estudos sobre a sua história que se inscrevem nesta opção metodológica “projetam no passado as concepções presentes sobre direitos humanos, fazendo enraizar um conjunto heterogêneo de ideias numa única genealogia política”<sup>17</sup>. O pressuposto implícito, de que existem conceitos (geralmente, os “nossos”) universais e transtemporais, cujas manifestações na história o historiador está como que obrigado a encontrar e a descrever, também obedece, em muitos casos, a um desígnio legitimador, o de demonstrar a antiguidade ou a intemporalidade das categorias e conceitos jurídicos do presente<sup>18</sup>. A estes riscos Kevin Grant acrescenta outros, com eles relacionados, mas mais comuns nos textos que se propõem estudar a origem e o desenvolvimento da ideia de direitos humanos. Um deles é a identificação de um impulso de universalidade em reivindicações de direitos feitas por e/ou para grupos particulares de pessoas que, na verdade, os reivindicam para si próprias, e não para todos. Nas quais, portanto, aquele impulso esteve ausente. É o que sucede, por exemplo, quando se interpretam como universalistas as finalidades das revoltas de escravos, nomeadamente nos séculos XVIII-XIX, quando nelas não se reivindicaram direitos humanos nem, na maioria dos casos, sequer o fim da escravidão (v. *infra*).

Outro risco é o uso da terminologia dos direitos humanos para descrever a ação de personagens do passado que não usaram essa linguagem para definir os seus principais objetivos ou descrever as suas conquistas<sup>19</sup>. É o que sucede, novamente, de forma clássica, na interpretação dos objetivos que subjaziam às campanhas contra a escravidão e o tráfico de escravos no século XVIII e dos textos que as acompanharam. Só muito tardiamente estes textos recorreram à linguagem dos direitos humanos. Essa linguagem foi, para dar um exemplo, um recurso argumentativo na jurisprudência das Comissões mistas britânicas que julgavam os navios negreiros acusados de tráfico ilegal de escravos, já no contexto das políticas abolicionistas do século XIX<sup>20</sup>. Mas, mesmo nesse contexto muito concreto, não se pôs em causa a escravidão e os direitos de propriedade sobre escravos, mas essencialmente o seu tráfico. Por outro lado, os escravos ilegalmente traficados não adquiriam, uma vez libertados, capacidade civil plena, além de serem sujeitos a formas de trabalho compelido, enquanto «aprendizes»<sup>21</sup>. Nesse mesmo contexto também não se questionou a ideia de Império e, portanto, a da normalidade jurídica das situações de domínio colonial, incompatíveis com a noção atual de direitos humanos<sup>22</sup>.

Deste conjunto de problemas resultam precauções metodológicas centrais que, independentemente da tese da qual se parta – a do passado longínquo da noção de direitos humanos ou a da sua origem muito recente – devem orientar a investigação sobre a sua história. Em primeiro lugar, o levantamento exaustivo do vocabulário usado pelos agentes históricos. Depois, um inquérito sistemático ao significado histórico das palavras que

<sup>17</sup> GRANT, *op. cit.*, p. 81-82.

<sup>18</sup> HESPANHA, *op. cit.*, p. 14 e ss.

<sup>19</sup> GRANT, *op. cit.*, p. 81-82.

<sup>20</sup> MARTINEZ, *op. cit.*

<sup>21</sup> E este propósito, Bartolomé Clavero convocou as críticas de Samuel Moyn a J. S. Martinez, quando esta relacionou as Comissões britânicas com um início do reconhecimento internacional dos direitos humanos e, até, da jurisdição supraestatal para proteção dos mesmos. Moyn recorda que “nem na teoria nem na prática as comissões mistas reconheciam aos escravos qualquer direito, e ainda menos direitos positivos baseados na sua condição humana”. Cf. CLAVERO, Bartolomé. Se debe a derechos humanos la abolición de la esclavitud? (A propósito de los Usos de la Historia de Samuel Moyn y de sus criticos). *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giurídico moderno*, 44, II, 2015, p. 1085.

<sup>22</sup> MOYN, *op. cit.*, p. 38 e ss; GRANT, *op. cit.*, p. 81-82.

mobilizaram, ao sentido diferente que adquiriram em momentos históricos diversos, à sua polissemia e às lutas em torno da definição de conceitos chave como o de liberdade, igualdade e até o de direitos. Finalmente, a identificação da natureza mais particular ou mais universal da reclamação de direitos, nos momentos em que ela foi historicamente produzida.

A ideia de direitos humanos esteve muitas vezes associada ao pressuposto da existência de um direito anterior ao direito positivo. Esse direito poderá ser designado como “direito natural”, um conceito antigo, comum a discursos provenientes de contextos históricos muito diversos. A questão que se pode colocar, no que diz respeito ao direito natural, é, então, a de saber se existe uma continuidade entre conceitos antigos de direitos naturais e o conceito mais recente de direitos humanos. Anthony Pagden, historiador da época moderna, estabeleceu uma relação muito direta entre a ideia de direito natural no mundo antigo e no pensamento medieval e moderno e o conceito atual de direitos humanos<sup>23</sup>. A tese deste autor é a de uma longa tradição do “direito natural”, cujo denominador comum foi a ideia de que os seres humanos têm direitos que decorrem imediatamente do fato de serem humanos e que permanecem atuantes mesmo após a sua organização em comunidades políticas. Pagden identificou uma rutura neste percurso, que fez coincidir com a ligação, operada durante a revolução francesa e o liberalismo oitocentista, entre direitos humanos e cidadania. Nesse momento, a ideia de que “só os membros da Nação podem ter direitos” rompeu com a noção dos direitos *a priori* da humanidade, de direitos naturais. Mas esta noção é, diz-nos ainda Pagden, posteriormente recuperada, no pós-guerra, na Declaração dos Direitos do Homem de 1948, a qual descreve, fazendo suas as palavras de Michael Ignatieff, como um “regresso da tradição europeia à sua herança do direito natural”<sup>24</sup>.

A ideia de regresso a uma tradição nunca comporta a sua reposição completa. Em vez disso, supõe sempre uma sua reinvenção. Por esse motivo, esta visão, a sua tendência para valorizar continuidades em processos onde as ruturas, ou a integração criativa de elementos antigos em contextos novos, foram preponderantes, tem sido fortemente criticada. Um dos olhares mais radicalmente críticos desta visão encontra-se na obra de Samuel Moyn<sup>25</sup>. Moyn não está muito distante das afirmações de Pagden quando este último sublinhou que a cultura dos direitos das revoluções liberais do século XIX tem pouco tem que ver com as formas contemporâneas de cosmopolitismo (e, acrescentaria Pagden, com as antigas). A noção de direitos do homem esteve, naquele momento, estreitamente relacionada com a construção, via revolucionária, da noção de soberania nacional, e não com a proteção da humanidade:

The “rights of men” were about a whole people incorporating itself in a state, not a few foreign people criticizing another state for its wrongdoings[...] This profound relationship between the annunciation of rights and the fast-moving «contagion of sovereignty» of the century that followed cannot be left out of the history of rights: indeed, it is the central feature of that history until very recently. If so, *it is far more fruitful to examine how human rights arose mainly because of the collapse of the model of revolutionary rights rather than through its continuation or revival*<sup>26</sup>.

<sup>23</sup> PAGDEN, Anthony. Human Rights and Europe’s Imperial Legacy. *Political Theory*, VI. 31, Nº 2, 2003, p. 174.

<sup>24</sup> *Ibid.*, p. 191.

<sup>25</sup> MOYN, *op. cit.*

<sup>26</sup> *Ibid.*, p. 26, subl. nossos.

Este raciocínio aplica-se, por exemplo, ao caso muito referido da obra setecentista de Immanuel Kant, pois também nos seus escritos cosmopolitas os Estados não eram o lugar onde os direitos se aplicariam<sup>27</sup>. Houve, no pensamento político dos séculos XVIII e XIX a ideia de que havia direitos anteriores e superiores ao próprio Estado, de que havia um conflito latente entre direitos naturais e a lei emanada pelo legislador<sup>28</sup>. Mas, como também sublinhou Moyn, essa tensão não deu origem à emergência de mecanismos de proteção judicial destes direitos. O mesmo afirmou o historiador francês Lucien Jaume, quando recordou, referindo-se concretamente aos Direitos do Homem da Declaração de 1789, que eles não se impunham à lei estadual, pela “ausência de qualquer forma de justiça constitucional”<sup>29</sup>. Esse legiscentrismo explica o fraco valor jurídico que as declarações de direitos tiveram na ordem jurídica liberal, e até o seu tendencial desaparecimento ao longo do século XIX<sup>30</sup>. Na doutrina do «Estado de Direito», produzida por juristas alemães do terceiro quartel do século XIX, originou-se mesmo uma cultura dos direitos na qual «deixam de ser os direitos e liberdades que se presumem plenos» (até que a lei do Estado os limite), e passa a ser a soberania do Estado que se presume plena, «até que ele mesmo a limite, com um ato próprio de vontade, constitutivo dos direitos [e das liberdades] individuais»<sup>31</sup>. A origem e a garantia dos direitos passam a estar no poder do Estado, reflexo orgânico de uma Nação que se sobrepõe aos interesses individuais e, simultaneamente, agente primeiro da racionalização da sociedade.

A partilha de pontos de vista entre Anthony Pagden e Samuel Moyn terminou, no entanto, neste ponto, pois o último considera que também as formas antigas de cosmopolitismo não têm conexão com formas contemporâneas, rejeitando a ideia de uma “tradição dos direitos naturais” interrompida pelas revoluções oitocentistas e recuperada no pós guerra, e distanciando-se, também, do que considera ser uma sobrevalorização daquela tradição na explicação da origem da cultura contemporânea dos direitos humanos<sup>32</sup>. São vários os momentos da obra de Samuel Moyn em que este expressa esta crítica, nomeadamente a propósito do cosmopolitismo estoico (à qual Pagden faz recuar a genealogia dos direitos humanos), pois

---

<sup>27</sup> MOYN, *op. cit.*, p. 257.

<sup>28</sup> Cf. o exemplo de Condorcet e outros autores franceses em: BAKER, Keith Michael. The Idea of a Declaration of Rights. In: KLEY, Dale Van. [ed.]. *The French idea of freedom: The Old regime and the Declaration of Rights of 1789*. Stanford: Stanford University Press, 1994a, p. 167-68; e, para dar um exemplo português, cf. o de Silvestre Pinheiro Ferreira em: SILVA, Cristina Nogueira da. *Constitucionalismo e Império: A Cidadania no Ultramar Português*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 149-154 e em: SILVA, Cristina Nogueira da. *Libertad, Derechos Naturales y 'multiculturalismo' en el pensamiento de Silvestre Pinheiro Ferreira (1769-1846)*. In: NARANJO, Esteban Conde [ed.]. *Vidas por el Derecho*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid/Editorial Dykinson, 2012.

<sup>29</sup> JAUME, *op. cit.*, p. 29-30.

<sup>30</sup> Mesmo assim, seria interessante investigar de forma sistemática se e de que forma os juristas - que, pelo menos na Europa do Sul, mantiveram, em boa medida, o poder de “dizer o direito” que lhes era reconhecido no Antigo Regime, como tem mostrado a mais recente historiografia: GARRIGA, Carlos; LORENTE, Marta [coords.]. *Cádiz, 1812. La constitución jurisdiccional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007; GARRIGA, Carlos. Cabeza moderna, cuerpo gótico. La Constitución de Cádiz y el orden jurídico. *Anuário de Historia del Derecho Español*, nº 81, 2011; HESPANHA, António Manuel. *Guiando a mão invisível: Direitos, estado e lei no liberalismo monárquico português*. Coimbra: Almedina, 2004. Usaram os direitos do homem como argumento, na jurisprudência de recurso, por exemplo. Embora o mais provável seja a natureza maioritariamente conservadora dessa jurisprudência, e não uma generalizada apropriação emancipadora do argumento dos direitos do homem.

<sup>31</sup> FIORAVANTI, Maurizio. *Appunti di Storia delle Costituzioni Moderne, le Libertà fondamentali*. Torino: G. Giappichelli Editore, 1995, p. 124.

<sup>32</sup> MOYN, *op. cit.*, p. 21.

[...] nem o cosmopolitismo dos estóicos nem a concepção [romana] de humanidade são remotamente similares nas suas implicações à noção atual de Direitos Humanos. As práticas sociais de exclusão encorajadas ou toleradas pela cultura romana, nomeadamente em relação aos estrangeiros, mulheres e escravos, comprovam essa distância [...]<sup>33</sup>.

Possível ainda acrescentar-se que o conteúdo atual dos direitos humanos integra aspectos da vida material aos quais os filósofos estoicos eram completamente indiferentes<sup>34</sup>. Samuel Moyn procede do mesmo modo crítico em relação a um hipotético valor matricial da noção tomista de direito natural, pois a lei natural teorizada em S. Tomás de Aquino “[...] era apreendida como algo de objetivo, à qual os indivíduos deviam obedecer na medida em que eram parte da ordem natural ordenada por Deus [...]”, passando também pelas concepções hobbesianas, já mais conectadas com a ideia de soberania<sup>35</sup>. Na obra seiscentista de Thomas Hobbes, a ideia de direito natural (que era apenas o direito que cada um tinha, no *estado de natureza*, a fazer tudo o que considerasse útil e necessário à sua sobrevivência) foi neutralizada pela criação da soberania, momento em que os contratantes se fazem representar num soberano que limitará esse direito, quase sem restrições, em nome da paz social<sup>36</sup>. Esta mesma ideia persiste nas doutrinas de muitos autores contratualistas que consideramos teorizadores modernos dos direitos naturais, dificultando a hipótese de situar as suas obras numa genealogia linear da ideia de direitos humanos. Os limites que o jusnaturalismo moderno e contratualista impôs ao poder dos Príncipes, para salvaguarda dos direitos naturais que enunciaram foram poucos, e quase nunca vinculativos<sup>37</sup>. Tem sido também sublinhada a presença de noções fortemente cristãs de direitos e deveres em autores associados a aceções modernas de direitos naturais e de direitos individuais, como John Locke, Samuel Puffendorf (1632-1694), ou Hugo Grotius (1597-1645)<sup>38</sup>.

Parece-nos, para terminar mais este exemplo dos problemas metodológicos que ocorrem quando se tenta contar a história dos direitos humanos, que o próprio Anthony Pagden identificou aspetos que enfraquecem a tese de um processo linear e contínuo. No seu texto sobre a ideia histórica de Europa Pagden já tinha afirmado que a ideia europeia da existência de uma ordem jurídica anterior, que limitava o âmbito de ação dos governantes, recuava à Antiguidade Clássica<sup>39</sup>. Mas, logo a seguir, confirmando as propostas interpretativas de uma sólida tradição historiográfica do Sul da Europa<sup>40</sup> reconheceu que esta ordem jurídica

<sup>33</sup> MOYN, *op. cit.*, p. 15.

<sup>34</sup> FREEMAN, Michael, *op. cit.*, p. 23, 18.

<sup>35</sup> MOYN, *op. cit.*, p. 21-22.

<sup>36</sup> SILVA, Cristina Nogueira da. Conceitos oitocentistas de cidadania. Liberalismo e igualdade. *Análise Social*, vol. XLIV (192), 2009a.

<sup>37</sup> RENAUT, Alain. Le contractualisme comme philosophie politique. In: RENAUT, Alain [dir.]. *Histoire de la Philosophie Politique*. Paris: Calmann-Lévy, 1999, p. 316-327.

<sup>38</sup> PATTERSON, *op. cit.*, p. 159; ZARKA, Yves Charles. Le Droit naturel modern. In: RENAUT, Alain [dir.]. *Histoire de la Philosophie Politique*. Paris: Calmann-Lévy, 1999, p. 281-307; ainda que este autor conclua, no fim, pela existência de uma genealogia direta dos direitos humanos no direito natural moderno (p. 307).

<sup>39</sup> PAGDEN, Anthony. Introduction. In: PAGDEN, Anthony [ed.]. *The Idea of Europe, From Antiquity to the European Union*. London: Cambridge University Press, 2002.

<sup>40</sup> GROSSI, *op. cit.*; HESPANHA, *op. cit.*; FIORAVANTI, Maurizio. Stato e costituzione. In: FIORAVANTI, Maurizio [org.]. *Lo Stato Moderno in Europa: Istituzioni e Diritto*. Bari: Laterza, 2002.

tinha como conteúdo, na cultura jurídica europeia medieval e moderna, entidades muito diversas do atual conceito de direitos humanos, ou de direitos individuais<sup>41</sup>.

The history of social life, and the realities of most (if not all) European states since the collapse of the Roman Empire, might suggest that such conceptions of the sources of authority had very little enduring significance. Freedom, even under the law, was the freedom only of the few (it excluded in most cases most women and children). The existence of slavery was accepted as part of nature, and even the emphasis of Christianity on the equality of all human beings in Christ (if not in society) did little to change this (...). The possibility of self determination on the part of the vast majority of the population was further constricted by systems of land tenure and indenture, and by semisacred hierarchies based on kin and patrimonial succession [...]<sup>42</sup>.

Outro problema que se coloca nas linhas de investigação que estou a reconstituir é o da utensilagem mental requerida para que se possa conceptualizar indivíduos portadores de direitos e projetar esse pensamento à escala da humanidade<sup>43</sup>. A noção de direitos humanos implica, desde logo, a percepção de que existem indivíduos autónomos, fortemente dotados de fins próprios e sujeitos de direitos, independentemente da sua inserção em contextos comunitários. Essa percepção também não é transtemporal. Há contextos históricos em que as identidades e identificações individuais, bem como os direitos das pessoas, dependem em absoluto da referência à(s) comunidades(s) a que cada um pertencia (a família, a cidade, o grupo social, a Respublica Christiana, a Nação), e dessa pertença decorrendo os direitos e, fundamentalmente, deveres e obrigações das pessoas. A percepção de que as pessoas são, em primeiro lugar, sujeitos de direitos subjetivos, é recente, desde logo porque o processo de individuação que favoreceu essa residência dos direitos no indivíduo abstrato também é recente. Em épocas anteriores, a noção mais comum foi aquela em que os direitos eram detidos e exercidos por pessoas mas enquanto membros de um grupo social ou de uma comunidade política, e não enquanto participando de uma humanidade comum. O que indicia estarmos em presença de representações e de identificações muito diversas e distantes da ideia de indivíduo e de direitos humanos do mundo contemporâneo. Na Grécia antiga, por exemplo, a referência crucial era a cidade/comunidade, o contexto no qual o cidadão desenvolvia as suas capacidades humanas de forma plena. O indivíduo, ou a humanidade, não tinham centralidade ou espessura<sup>44</sup>. O direito romano desconhecia, de acordo com a

<sup>41</sup> “Esta ordem jurídica era, é certo, olhada como tendo derivado de Deus e imanente à natureza, e não como uma ordem dependente da vontade legislativa da maioria, e por esse motivo era infinitamente maleável[...]”, PAGDEN, *op. cit.*, p. 4-5 (trad. minha).

<sup>42</sup> PAGDEN, *op. cit.*, p. 5.

<sup>43</sup> Recorremos ao conceito de “utensilagem mental” tal como Roger Chartier o descreve, uma noção que “permite indicar que as formas de pensar de uma época dependem dos ‘utensílios mentais’ (o vocabulário, os conceitos, as representações) próprios dessa época”, utensílios que delimitam o universo do pensável. Cf. CHARTIER, Roger. *Intellectuelle (Histoire)*. In: BURGUIÈRE, André [dir.]. *Dictionnaire des Sciences Historiques*. Paris, 1986, p. 374. Conceito também discutido em REVEL, Jacques. *Outillage Mental*. In: BURGUIÈRE, André [dir.]. *Dictionnaire des Sciences Historiques*. Paris, 1986; e BURKE, Peter. *O Mundo como Teatro: Estudos de Antropologia histórica*. Lisboa: Difel, 1992, entre muitos outros.

<sup>44</sup> EZRAHI, Yaron. *Liberty*. In: GRAFTON, Anthony; MOST, Glenn W.; SETTIS, Salvatore. *The classical tradition*. Cambridge: Harvard University Press, 2010.

convicção da historiografia do direito mais recente, o conceito de direitos subjetivos<sup>45</sup>. No mundo medieval, a palavra direitos dizia respeito a direitos concretos de pessoas particulares e, sobretudo, de comunidades ou grupos sociais, e não, em nenhuma ocasião, a direitos humanos. Como se referiu anteriormente, os direitos naturais eram sobretudo pensados como obrigações que decorriam da ordem natural da sociedade, querida por Deus, e do lugar que cada um aí ocupava, da função que desempenhava, e não da natureza humana individual. Há, sem dúvida, uma discussão historiográfica consistente em torno à maior ou menor abertura da escolástica medieval franciscana (e até a tomista) à ideia de direitos como faculdade ou poder de agir dos indivíduos, bem como ao seu impacto na filosofia medieval<sup>46</sup>, e nessa discussão são muitos os autores que defendem a ideia de uma continuidade entre a noção de lei natural dos juristas e filósofos medievais e a emergência da ideia de direitos subjetivos/direitos humanos<sup>47</sup>. Contudo, é muito convincente a ideia quase oposta a esta, de que como a ordem natural da sociedade, no mundo medieval e moderno, tinha o seu fundamento na desigualdade, legitimadora de uma visão hierárquica dos lugares sociais de cada indivíduo, na qual a autonomia individual e os direitos abstratos dos indivíduos, enquanto suporte e garantia da sua “capacidade de agir”, não eram concetualizados. Os direitos, como os deveres e as obrigações, não residiam nos indivíduos, derivavam das instâncias comunitárias e corporativas em que aqueles estavam inseridos<sup>48</sup>.

A própria interpretação clássica da obra lockeana como um marco na invenção do indivíduo como sujeito autónomo de direitos naturais *a priori* (a vida, liberdade, propriedade), independentemente de posteriores vínculos (e obrigações) sociais, tem sido questionada. Para Locke, a Razão humana era de origem divina e as criaturas humanas eram propriedade de Deus, aspetos que o ligam ao pensamento político tradicional, à ideia dos limites que a ordem divina impunha aos poderes humanos, nomeadamente no respeitante à acumulação da propriedade<sup>49</sup>. Por outro lado, mesmo tendo teorizado um “estado natureza” no qual todos, homens e mulheres, eram iguais, considerou que essa igualdade natural não tornava

<sup>45</sup> VILLEY, Michel. La genèse du droit subjectif chez Guillaume d’Occam. *Archives de Philosophie du Droit*, 9, 1964.

<sup>46</sup> VILLEY, *op. cit.*; BRETT, Annabel S. *Liberty, right and nature: individual rights in later scholastic*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000; FIORAVANTI, *op. cit.* p. 19-20.

<sup>47</sup> TIERNEY, Brian. Natural Law and Natural Rights – Old Problems and Recent Approaches. *The Review of Politics*, Vol. 64, Nº 3, 2002. S. Adam Seagrave criticou fortemente a tese de Tierney, na qual, segundo afirmou, “(...) modern rights are something like mature or adult medieval rights[...]. Cf. SEAGRAVE, S. Adam. How Old Are Modern Rights? On the Lockean Roots of Contemporary Human Rights Discourse. *Journal of the History of Ideas*, Vol. 72, Nº 2, 2011, p. 310.

<sup>48</sup> Sobre esta forma de imaginar os direitos das pessoas, cf. GROSSI, *op. cit.*; CLAVERO, Bartolomé. *Tantas personas como estados: Por una antropología política de la historia europea*. Madrid: Tecnos, 1986, p. 36 e ss; HESPANHA, António Manuel. *História de Portugal Moderno, político e institucional*. Lisboa: Universidade Aberta, 1995, p. 35-50; COSTA, Pietro. *Civitas. Storia della Cittadinanza in Europe*. Dalla Civiltà Comunale al Settecento. vol. I. Bari: Laterza, 1999; HESPANHA, António Manuel. *Imbecilistas: as bem-aventuranças da inferioridade nas sociedades de Antigo Regime*. São Paulo: Annablume, 2010, p. 54-50; HESPANHA, António Manuel. *Como os juristas viam o mundo. 1550-1750. Direitos, estados, coisas, contratos, ações e crimes*, ed. do autor disponível em Amazon-Kindle Edition, 2015. Veja-se também, finalmente, as reflexões críticas de SAAVEDRA, Manuel Bastias. *A Teleology of Ius Gentium?*. *Völkerrechtsblog*, 2021. Disponível em: <https://voelkerrechtsblog.org/a-teleology-of-ius-gentium>. Acesso em: 28 out. 2022; e as reflexões de B. Clavero acerca da extensão destas formas no constitucionalismo oitocentista, a partir do exemplo da Constituição de Cádiz: CLAVERO, Bartolomé. Cádiz 1812: Antropología e historiografia del individuo como sujeto de constitución. *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 42, 2013; e a extensíssima bibliografia aí citada.

<sup>49</sup> HAMPSHER-MONK, Iain. Evidence and Inference in the History of Political Thought, The Case of Locke's Theory of Property. In: TWINING, William; HAMPSHER-MONK, Iain. *Evidence and Inference in History and Law: interdisciplinary Dialogues*. Evanston: Northwestern University Press, 2003; FREEMAN, *op. cit.*, p. 24.

problemáticas as desigualdades que decorriam da idade e da virtude, do mérito, do nascimento, da natureza ou de sentimentos políticos como a gratidão<sup>50</sup>. Estes raciocínios confirmavam, na sua obra, as hierarquias sociais tradicionais e os estatutos jurídicos domésticos (como o do escravo, ou da mulher). Locke reconheceu o poder ilimitado do senhor sobre os seus escravos, quando estes tivessem sido resgatados numa guerra justa<sup>51</sup>. E, apesar da forma radical com que se pronunciou sobre a igualdade entre homens e mulheres no “estado natureza”, com o fim de refutar a natureza absoluta do «poder paternal», recordou também, no mesmo livro, a «sujeição que é devida de uma mulher relativamente ao seu marido»<sup>52</sup>. Estão também estudados os seus raciocínios sobre a expropriação legítima das populações nativas do continente americano, que serão referidas mais à frente<sup>53</sup>. Tem sido também sublinhada presença de noções fortemente cristãs de direitos e deveres em outros autores associados a aceções modernas de direitos naturais e de direitos individuais, como Samuel Puffendorf (1632-1694), ou Hugo Grotius (1597-1645)<sup>54</sup>.

Finalmente, no século XIX, o indivíduo e os seus direitos, como atrás se referiu, existiram sobretudo por referência à sua pertença à comunidade nacional, apesar de estar já conceptualizada a ideia de autonomia e liberdade individual como direito subjetivo. A ambivalência da primeira Declaração continental, uma Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, é um exemplo impressionante. Mas podemos encontrar outros, e nomeadamente as constituições portuguesas do século XIX, que nunca chegaram a referir os “direitos do homem”. Na primeira, autonomizaram-se os direitos individuais no título I. No entanto, não foram designados, no seu texto definitivo, nem como “Direitos individuais do Cidadão” (de acordo com o que também estava nas Bases daquela constituição<sup>55</sup>), nem como “Dos direitos e deveres individuais do Cidadão” (como se propôs no projeto da mesma constituição)<sup>56</sup>. Em vez dessas fórmulas, o que a primeira assembleia constituinte portuguesa decidiu foi que o título I da Constituição se designaria «Dos direitos e deveres individuais dos *Portugueses*»

<sup>50</sup> “Though I have said above (...) *That all Men by Nature are equal*, I cannot supposed to understand all sorts of *Equality: Age or Virtue* may give Men a just Precedency; *Excellency of Parts and Merit* may place others above the Common Level; *Birth* may subject some, and *Alliance and Benefits* others, to pay an Observance to those to Whom Nature, Gratitude or others Respects may have made it due (...)”: LOCKE, John. *The Second Treatise of Government: An Essay Concerning the True Original, Extent, and End of Civil Government*. Cambridge: Cambridge University Press, 1988. p. 304.

<sup>51</sup> “Captives taken in a just war are by the Right of Nature subjected to the Absolute Dominion and Arbitrary Power of their Masters”. *Ibid.*, p. 322-23

<sup>52</sup> LOCKE, John. *Two Treatises of Government, The false principles and foundation of Sir Robert Filmer, and his followers, are detected and overthrown*. Cambridge: Cambridge University Press, 1988, p. 174 e 176. Várias interpretações sobre as posições de Locke acerca do lugar das mulheres na família podem ser encontradas em HIRSCHMANN, Nancy J.; McCLURE, Kirstie M. [eds.]. *Feminist Interpretations of John Locke*. Pennsylvania: University Press, 2007.

<sup>53</sup> TULLY, James. *Rediscovering America: The two treatises and Aboriginal Rights*. In: ROGERS, G.A.J. [ed.]. *Locke’s Philosophy, Content and Context*. Oxford: Clarendon Press, 1994.

<sup>54</sup> PATTERSON, *op. cit.*, p. 159; ZARKA, *op. cit.*, p. 281-307; ainda que este autor conclua, no fim, pela existência de uma genealogia direta dos direitos humanos no direito natural moderno (p. 307).

<sup>55</sup> HOMEM, António Pedro Barbas; SANTOS, Jorge Silva; Alonzo, Clara Álvarez. *Constitutional Documents of Portugal and Spain, 1808-1845*. In: DIPPEL, Horst (ed.). *Constitutions of the World. From the Late 18th Century to the Middle of the 19th Century*. Berlin/New York: De Gruyter, 2010. p. 29, ou em *Bases da Constituição da Monarquia Portuguesa* (igual a [http://www.fd.unl.pt/Default\\_1024.asp](http://www.fd.unl.pt/Default_1024.asp), ‘Biblioteca Digital’). Todos os textos constitucionais aqui citados foram-no com base na consulta da coletânea organizada por Horst Dippel.

<sup>56</sup> DIPPEL, *op. cit.*, p. 35.

(sublinhados nossos). Ficando claro, portanto, que era enquanto membros da Nação portuguesa que os indivíduos exerceriam e veriam garantidos os seus direitos.

Se hoje os direitos humanos são reconhecidos a todos os indivíduos em virtude da sua condição de seres humanos, outra noção associada ao conceito é, então, a noção universal de humanidade. Contudo, a percepção de que existe uma Humanidade também não se apresenta com a mesma força em todos os momentos da história ocidental. Por outro lado, e ainda quando se falou de humanidade, o lugar onde se coloca a fronteira entre o que é humano e não é humano foi também historicamente variável.

No direito romano antigo, por exemplo, os indivíduos podiam reclamar por direitos (*iura*) previstos na lei (nas “ações de lei”), mas na sua condição de cidadãos de Roma, e não enquanto seres humanos<sup>57</sup>. Paralelamente, como sublinhou Anthony Pagden, a percepção dos romanos era a de que somente aqueles que regulavam a sua vida privada pelo direito civil romano eram, por definição, “humanos”:

The civil law itself, which had been created by human reason [...] out of an understanding of the natural law, was the human law, the *lex humanus*. Those who lived by it were, by definition, ‘humans’; *those who did not, were not*. But as it was also the Roman people who were responsible for the creation of the law, there was a sense in which only the Romans could be described as human. [...]. Those who were rational, and thus in deep sense human, were those who lived within the limits of the empire [...]<sup>58</sup>.

Se abandonarmos o mundo do direito e olharmos para as condições materiais e sociais da existência, das quais aquele é uma variável, também elas nos podem fornecer pistas acerca da maior ou menor percepção da existência de uma humanidade em momentos históricos diversos.

Num texto onde se questionou sobre a natureza do sentimento de compaixão humana, Carlo Ginzburg descreveu o modo como este foi historicamente pensado (por Aristóteles, David Hume, Denis Diderot) como estando dependente de condições (físicas, históricas, etc.), e não como um sentimento “natural”<sup>59</sup>. Nestas reflexões foi comum a noção de que a maior ou menor distância física (no espaço e no tempo) é um fator que contribui para fortalecer ou enfraquecer a ideia de humanidade, premissa que nos permite colocar hipóteses sobre a variação histórica do conceito de humanidade e dos sentimentos de empatia em relação à universalidade dos seres humanos. Contextos históricos nos quais as distâncias espaço-temporais eram maiores (pela ausência de meios tecnológicos e comunicacionais que permitissem presenciar factos que ocorrem em espaços e tempos distantes) foram contextos onde a percepção de uma humanidade comum e o desenvolvimento de sentimentos empáticos articulados com essa noção foram mais difíceis. Da mesma forma, também a maior ou menor distância social entre as pessoas, que variou igualmente em diferentes contextos históricos, tem influência sobre o maior ou menor raio de ação dos sentimentos empáticos suscetíveis de se desenvolver entre elas. As reflexões de Alexis de Tocqueville (1805-1859), que

<sup>57</sup> PAGDEN, *op. cit.*, p. 174.

<sup>58</sup> PAGDEN, Anthony. *Lords of All the World: Ideologies of Empire in Spain, Britain and France c. 1500-c. 1800*. New Haven/London: Yale University Press, 1995. p. 20, subl. meus.

<sup>59</sup> GINZBURG, Carlo. Killing a Chinese Mandarin: The Moral Implications of Distance. *In: HUFTON, op. cit.*

demonstrou uma sensibilidade notável relativamente ao que de novo estava a acontecer no tempo em que viveu e, simultaneamente, um conhecimento vivencial do que eram as “sociedades antigas”, que ele designou por sociedades aristocráticas, são, a esse propósito, sugestivas. No livro intitulado *Da Democracia na América*, Tocqueville explicou porque é que os homens das sociedades aristocráticas estavam tão ligados entre si que não se auto percecionavam como indivíduos, mas em primeiro lugar como parte de comunidades maiores (família, aldeia, etc). Mas explicou também, por outro lado, que aqueles homens estavam tão separados entre si, por barreiras sociais e geográficas, que também não concebiam a humanidade. Por um lado, o conceito de humanidade era enfraquecido pela natureza hierárquica e horizontal da sociedade medieval e de Antigo Regime:

Chez un peuple aristocratique, chaque caste a ses opinions, ses sentiments, ses droits, ses moeurs, son existence à part. Ainsi, les hommes qui la composent ne ressemblent point à tous les autres; ils n’ont point la même manière de penser ni de sentir, et c’est à peine s’ils croient faire partir de la même humanité[...]. Quoique le serf ne s’intéressât pas naturellement au sort des nobles, il ne s’en croyait pas moins obligé de se dévouer pour celui d’entre eux qui était son chef; et, bien que le noble se crût d’une autre nature que les serfs, il jugeait néanmoins que son devoir et son honneur le contraignaient à défendre, au péril de sa propre vie, ceux qui vivaient sur ses domaines.

Il est évident que ces obligations mutuelles ne naissent pas du droit naturel, mais du droit politique, et que la société obtenait plus que l’humanité seul n’eût pu faire. Ce n’était pas à l’homme qu’on se croyait tenu de prêter appui; c’était au vassal ou au seigneur. Les institutions féodales rendaient très sensible aux maux de certains hommes, non point aux misères de l’espèce humaine. Elles donnaient de la générosité aux moeurs plutôt que de la douceur, et, bien qu’elles suggérassent de grands dévouements, elles ne faisaient pas naître de véritables sympathies; car il n’y a de sympathies réelles qu’entre gens semblables; et, dans les siècles aristocratiques, on ne voit ses semblables que dans les membres de sa caste.

Lorsque les chroniqueurs du Moyen Age, qui tous, par leur naissance ou leurs habitudes, appartenaient à l’aristocratie, rapportent la fin tragique d’un noble, ce sont des douleurs infinies; tandis qu’ils racontent tout l’une haleine et sans sourciller le massacre et les tortures des gens du peuple<sup>60</sup>.

<sup>60</sup> TOCQUEVILLE, Alexis de. *De La Démocratie en Amérique*. Paris: Éditions Robert Laffont, 1986, p. 539-540. “Num povo aristocrático, cada casta tem as suas opiniões, os seus sentimentos, direitos e costumes próprios, uma existência à parte em relação às restantes [...]; não partilham a mesma maneira de pensar e de sentir e a custo julgam pertencer à mesma humanidade [...]. Se bem que o servo não se interessasse naturalmente pela condição dos nobres, não se julgava por isso menos obrigado a dedicar-se àquele que era o seu amo, e o nobre, muito embora se considerasse de uma natureza diferente da dos seus servos, entendia que o seu dever e a sua honra o obrigavam a defender, arriscando a própria vida, aqueles que viviam nos seus domínios. É evidente que estas obrigações mútuas não provinham do direito natural, mas sim do direito político, e que se inspiravam mais nos princípios em que se baseava a sociedade do que em princípios humanitários. Não era ao homem em si que se considerava dever prestar ajuda, mas sim ao vassalo ou senhor. As instituições feudais desenvolviam a sensibilidade em relação aos males que afligiam certos homens, não em relação às misérias da espécie humana em geral. Tornavam os costumes mais generosos do que brandos e, apesar de inspirarem grandes dedicações, não despertavam verdadeiras simpatias, pois estas só podem surgir entre pessoas semelhantes e, nos séculos aristocráticos, só se conhece como semelhantes os que pertencem à mesma casta. Quando os cronistas da Idade Média que, pelo seu nascimento ou pelos seus hábitos, pertenciam todos à aristocracia, nos dão conta do fim trágico de um nobre, pintam-no com dores infinitas, mas quando relatam o massacre e as torturas das gentes do povo, fazem-nos rápida e desenvoltamente”: TOCQUEVILLE, Alexis de. *Da Democracia na América*. Cascais: Principia, 2001, p. 670.

Por outro lado, esta forma de viver os laços sociais enfraquecia tanto a ideia mais estritamente individualista de pessoa, diluída na comunidade, quanto a ideia de humanidade:

Les classes étant fort distinctes et immobiles dans le sein d’un peuple aristocratique, chacune d’elles devient pour celui qui en fait partie une sorte de petite patrie, plus visible et plus chère que la grande [...].

Les hommes qui vivent dans les siècles aristocratiques sont donc presque toujours liés d’une manière étroite à quelque chose qui est placé en dehors d’eux, et ils sont souvent disposés à s’oublier eux-mêmes. Il est vrai que, dans cês mêmes siècles, la notion générale du semblable est obscure, et qu’on ne songe guère à s’y dévouer pour la cause de l’humanité; mais on se sacrifie souvent à certaines hommes<sup>61</sup>.

Estes relatos de Tocqueville permitem compreender melhor a tese desenvolvida na obra de Lynn Hunt, ao chamar a atenção para o modo como a diluição de barreiras sociais, ocasionada pela leitura de romances e outros textos de natureza humanista, em meados do século XVIII, favoreceu a expansão de uma “sensibilidade empática” (ou “simpatia”, palavra mais usada na época) de âmbito social cada vez mais alargado. Esta expansão, na opinião da autora, constituiu, entre outros que identifica, um fortíssimo fator psicológico potenciador da emergência da ideia de direitos humanos<sup>62</sup>.

Refletindo sobre tempos mais recentes, Armando Marques Guedes sugeriu que a globalização, os problemas globais e os desenvolvimentos científicos e tecnológicos que acompanham esses processos fortaleceram a imaginação de uma comunidade global, que isso reforçou o sentimento, partilhado por um número crescente de pessoas, de que somos seres humanos abstratos e inteiramente comparáveis e “intermutáveis”, e que esse enquadramento favorece a emergência de “valores humanos universais”<sup>63</sup>.

A compreensão dos factos históricos que ajudaram a identificar o conjunto dos seres humanos como “humanidade universal” é, portanto, uma outra questão que é necessário colocar quando se pensa a história da noção de direitos humanos. A hipótese que irei explorar é a de que o encontro entre humanidades diversas, no contexto dos Impérios, foi importante para a emergência de reflexões acerca dos direitos à escala da humanidade, mas sem que essa reflexão se tenha aproximado do atual pensamento sobre os direitos humanos<sup>64</sup>.

---

<sup>61</sup> TOCQUEVILLE, 1986, *op. cit.*, p. 497. “Sendo as classes muito distintas e imóveis no seio de um povo aristocrático, cada uma delas torna-se para qualquer dos seus membros uma espécie de pequena pátria, mais visível e mais querida do que a pátria maior [...]. Consequentemente, os homens que vivem nestas épocas estão quase sempre estreitamente ligados a qualquer coisa ou a alguém fora da sua própria esfera e, portanto, esquecem-se muitas vezes de si próprios. É um facto que, nestas épocas, a noção de semelhante é obscura e que ninguém identifica a defesa do seu semelhante com a dedicação à causa da humanidade; mas, por outro lado, é frequente o sacrifício por outros homens”. TOCQUEVILLE, 2001, *op. cit.*, p. 592.

<sup>62</sup> HUNT, *op. cit.*

<sup>63</sup> GUEDES, Armando Marques. Local normative orders and globalization: is there such a thing as universal human values?. In: GUEDES, Armando Marques. *Estudos sobre Relações Internacionais*. Lisboa: Biblioteca Diplomática, MNE, 2007.

<sup>64</sup> Tamar Herzog relacionou também o impulso que os contextos imperiais da época moderna teriam dado à procura de normas que a natureza ensinasse a todos os seres humanos, independentemente da sua religião,

A relação entre império e direitos humanos foi sugerida por Anthony Pagden, quando afirmou que o entendimento moderno dos direitos naturais, no século XVII, baseado no postulado de que todos os seres humanos possuíam direitos em virtude da sua humanidade, se desenvolveu no contexto de discursos desenvolvidos na Europa para legitimar a presença de europeus nos espaços imperiais. A síntese que fez sobre direitos naturais identificados por alguns teólogos da “Escola de Salamanca” ilustra aquela relação, mas entra, uma vez mais, em tensão com a sua tese da relação entre estes direitos naturais e a tradição dos direitos humanos. Entre aqueles direitos contavam-se o direito de guerra preventiva, o direito de ocupação de terras vagas (“the right to use ‘vacant’ lands”), o direito de punir os que não cumpriam com as obrigações decorrentes da lei natural<sup>65</sup> e, finalmente, o direito de circular livremente (“free passage”), com o qual se relacionou, na obra do dominicano Francisco de Vitoria, o direito natural de amizade (“partnership”) e de comunicação (*naturalis societas et communicationes*). De acordo com este último, os seres humanos eram obrigados, pela lei natural, a viver em estado de amizade, dela decorrendo a obrigação que os habitantes nativos da América tinham de amar os espanhóis, não colocando obstáculos à sua passagem, e também o direito que os povos nativos tinham de conservar a propriedade e jurisdição sobre as suas terras<sup>66</sup>.

A ocupação das terras do continente americano com base no direito natural de apropriação de terras vagas e a demonstração de que era esse o estatuto das terras americanas foi também intensamente discutido nas obras de Hugo Grotius e John Locke. Estes reconheceram aos europeus o exercício legítimo do direito natural de apropriação não consentida da terra, impossível numa sociedade politicamente organizada, mas autorizada pelo “estado natureza” em que consideraram que as populações americanas viviam, bem como pelo que consideravam ser o mau uso que estas faziam das terras que habitavam. Outro direito que ali se atribuiu aos europeus foi de conquista, em caso de resistência<sup>67</sup>.

Parte desta argumentação foi posteriormente invalidada na obra de Immanuel Kant, que insistiu na diferença entre o “direito de visita” e o direito (ilegítimo) de conquista e que defendeu o direito que os “povos selvagens” tinham à superfície da terra<sup>68</sup>. A mesma argumentação foi também afastada como fundamentação do Império por alguns publicistas dos séculos XVIII e XIX, nomeadamente por meio do reconhecimento do princípio da reciprocidade e dos direitos do “primeiro ocupante”, independentemente do uso que estes fizessem da terra que ocupavam. Foi esse o entendimento de Silvestre Pinheiro Ferreira, quando procurou uma resposta à questão de saber “Como deverá proceder uma nação

---

cultura ou origem. Cf. HERZOG, *op. cit.*, p. 162. O impacto do encontro dos europeus com os povos não europeus na emergência da modernidade está bem descrito nas pp. 152-163 deste livro

<sup>65</sup> Francisco de Vitoria e Francisco Suárez, diz-nos Anthony Pagden, iram no combate aos sacrifícios humanos e à antropofagia, costumes que consideravam concretizarem um estado de guerra dos governantes índios contra os seus súbditos, uma das justificações para a ocupação espanhola da América.

<sup>66</sup> PAGDEN, *op. cit.*, p. 178 -186; para uma interpretação muito mais crítica sobre a doutrina dos direitos naturais da Escola de Salamanca, cf. ANGHIE, Antony. Francisco Vitoria and the Colonial Origins of International Law. In: DARIAN-SMITH, Eve; FITZPATRICK, Peter [eds.]. *Laws of the Postcolonial*. Ann Arbor: The University of Michigan Press, 1999. Estes debates foram recentemente revisitados em KOSKENNIEMI, Martti. *To the Uttermost Parts of the Earth: Legal Imagination and International Power, 1300-1870*. Cambridge: Cambridge University Press, 2021.

<sup>67</sup> KEENE, Edward. *Beyond the Anarchical Society, Grotius, Colonialism and Order in World Politics*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002; Foi também importante, ainda neste registro, a obra de TULLY, *op. cit.*, bem como a obra de Hugo Grotius e de John Locke e, já no século XVIII, de Emerich de Vattel (1714-1767); cf. síntese em SILVA, 2009, *op. cit.*, p. 72-77.

<sup>68</sup> MUTHU, Sankar. *Enlightenment against Empire*. Princeton and Oxford: Princeton University Press, 2003.

civilizada a respeito de um país ocupado por selvagens ?”<sup>69</sup>. Antes dele, Georg Friedrich von Martens (1756-1821) já tinha escrito que “[...] sendo o direito de propriedade o mesmo para todos os homens, independentemente da sua religião e costumes, a lei natural não autoriza os povos cristãos a atribuírem-se territórios já efetivamente ocupados pelos selvagens contra a vontade destes”<sup>70</sup>. Mas o de estes argumentos terem sido construídos, desde o seu início, em contextos de expansão violenta e até de guerra, e tendo como pano de fundo visões hierárquicas presentes na contraposição cristãos/ gentios, ou selvagens/nações civilizadas, bem como a sua inscrição em discursos que eram favoráveis à presença europeia em outros continentes, permite colocar, uma vez mais, o problema da sua relação histórica com o atual entendimento do que são os direitos humanos. O facto de esses argumentos terem sido apropriados pela literatura colonial de forma funcional à presença europeia em África, nos séculos XIX e XX, reforça ainda mais o anterior problema<sup>71</sup>.

Outro momento identificado como momento forte na construção da ideia de direitos humanos foi o *Iluminismo* e as revoluções a ele associadas, no contexto das quais foram aprovadas as primeiras Declarações de Direitos. Vimos já, em parágrafos anteriores, o contexto estatocêntrico em que estas declarações surgiram, afastando-as de uma perspetiva cosmopolita. A este contexto podemos juntar outros elementos que tornam ainda mais questionável o seu valor matricial na constituição de uma cultura dos direitos humanos. Um deles reside no facto de a Declaração de Independência americana, como a Declaração francesa, terem convivido com uma instituição impossível no atual universo semântico do conceito de direitos humanos, a escravidão.

No momento em que discutiram se devia ou não votar-se uma Declaração dos Direitos do Homem que declarasse os homens livres e iguais, antes de se votar uma Constituição para a França, muitos deputados constituintes franceses entenderam que tal Declaração tinha sido oportuna na América, uma sociedade sem passado e que classificaram como «igualitária», mas perigosa em França, onde eram de temer os efeitos subversivos de uma declaração abstrata e *a priori*, impossível de concretizar<sup>72</sup>. Arriscava-se a possibilidade de esses seres humanos virem a reivindicar uma igualdade de direitos que a revolução não lhes iria oferecer<sup>73</sup>. O que, de facto, sucedeu, mostrando desde cedo a pouca centralidade que os direitos desses seres humanos (escravos, ex-escravos, mulheres, serventes domésticos) mereceram nesse primeiro momento em que se discutiam os direitos do homem. Nestas discussões, além de se ter omitido a radical desigualdade envolvida na relação entre senhores americanos e os seus escravos, revelavam-se alguns equívocos relativamente ao significado que a revolução tinha tido em solo americano. Ao contrário da representação que dela deram alguns deputados constituintes franceses, a revolução americana autorrepresentou-se não como um momento sem passado, mas como um momento de recuperação de direitos históricos dos *englishmen* – como o da posse de escravos, ou o de apenas se votar impostos

<sup>69</sup> SILVA, 2012, *op. cit.*

<sup>70</sup> MARTENS, G.F. de. *Précis du Droit des Gens Moderne de L'Europe Fondé sur Les Traités et l'Usage[...]*. T. I. Paris: Aillaud, 1831, p. 117.

<sup>71</sup> COSTA, *op. cit.*, p. 484 e ss.; COSTA, Pietro. Il fardello della civilizzazione. Metamorfosi della sovranità nella giuscolonialistica italiana. *Quaderni Fiorentini...*, p. 33-34, 2005; NUZZO, Luigi. *Origini di una Scienza*. Diritto internazionale e colonialismo nel XIX secolo. Frankfurt am Main: Klostermann, 2012.

<sup>72</sup> BAKER, Keith Michael. *Inventing the French Revolution*. Cambridge: Cambridge University Press, 1994, p. 63-65; GAUCHET, Marcel. *Droits de L'Homme*. In: FURET, François; OZOUF, Mona [orgs.]. *Dictionnaire Critique de la Révolution Française*. Paris: Flammarion, 1998, p. 686.

<sup>73</sup> BAKER, 1994. *op. cit.*, p. 262 e 268.

em assembleias representativas –, direitos que se considerava estarem ameaçados pelos poderes constituídos e, sobretudo, por um Parlamento onde não estavam representados. Assim, se, nos primeiros momentos da revolução americana, os dispositivos doutrinários jusnaturalistas foram funcionalizados aos objetivos revolucionários, logo a seguir os direitos naturais misturaram-se e confundiram-se com os direitos históricos da *common law* britânica, garantidos pela jurisprudência constitucional, mas apenas aos ingleses. E não, como a invocação dos direitos naturais podia deixar subentender, a toda a humanidade<sup>74</sup>.

A Declaração da Independência americana relacionou-se então com a reivindicação, por parte dos colonos americanos, das liberdades dos “freeborn englishmen”, um conjunto de poderes e imunidades garantidos pelo poder político, entre os quais incluíam o direito de decidir, em assembleias coloniais, sobre os destinos da colônia; decidir, nomeadamente, a favor da permanência das normas que regulavam as relações entre senhores e escravos<sup>75</sup>. Desde a segunda metade do século XVII que colonos e as companhias coloniais contrapunham aos *Acts* que contrariavam o poder doméstico absoluto dos senhores sobre os seus escravos, aprovados no parlamento britânico, os (inalienáveis) direitos de propriedade sobre esses escravos, direitos cuja proteção a legislatura colonial garantia<sup>76</sup>. Fora do horizonte desta Revolução estava, portanto, a ideia da inconsistência radical entre liberdade e escravidão. Pelo contrário, a liberdade foi também entendida como a liberdade para preservar a escravidão.

Esta tradição explica que, no Congresso de 1784-85, o número de escravos tenha sido determinante no cálculo do número de deputados de cada Estado no Congresso Nacional, fazendo-se equivaler cada escravo a três quintos de um habitante livre<sup>77</sup>. Posteriormente, a Declaração de Independência americana omitiu a natureza escravagista da sociedade que fundava, não se pronunciando sobre o problema. A procura de uma solução foi adiada pela União e entregue a cada um dos Estados, que o resolveram nas respetivas Constituições. Em muitas destas, apesar de se referir os “direitos do homem”, distinguiu-se entre homens livres e não livres, excluindo-se os últimos da nacionalidade e da cidadania<sup>78</sup>. A libertação de todos

<sup>74</sup> FIORAVANTI, *op. cit.*, p. 84. E, no entanto, no século XVII, alguns dos que eram contrários à escravidão na América já tinham olhado para a liberdade a partir da teoria dos direitos naturais, e não a partir da tradição jurisprudencial inglesa, que de facto favorecia a escravidão. Cf. GREENE, Jack P. Liberty and Slavery, The transfer of British Liberty to the West Indies, 1627-1865. In: GREENE, Jack P. [ed.]. *Exclusionary Empire, English Liberty Overseas, 1600-1900*. Cambridge: C.U.P. 2010, p. 50-76. Lynn Hunt também procurou estabelecer uma diferença mais substancial entre o Bill of Rights de 1688, onde não se declarava a igualdade, a universalidade ou o caráter natural dos direitos, e a Declaração da Independência, onde esses valores foram declarados, cf. HUNT, Lynn. *The French Revolution and Human rights: a brief history*. Boston/New York: Bedford Books, 1996, p. 19. Por isso me parece sugestiva a ideia de “mistura” entre estas duas tradições que, provavelmente, entraram num conflito produtivo durante o processo revolucionário e, pelo menos, até à Guerra Civil Americana.

<sup>75</sup> Esta foi uma noção próxima do conceito proposta por Quentin Skinner, que o designou como um conceito neorromano, no qual ser livre é obedecer à lei em cuja elaboração se participou, conceito que o autor associou, de facto, à Revolução americana, em: SKINNER, *op. cit.*, p. 105-106.

<sup>76</sup> MARSHALL, P. J. Parliament and property rights in the late eighteenth-century British Empire. In: BREWER, John; STAVES, Susan [eds.]. *Early Modern Conceptions of Property*. London and New York: Routledge, 1996, p. 530-542; ARMITAGE, David, BRADDICK, Michael J. [eds.]. *The British Atlantic World, 1500-1800*. 2. ed. Basingstoke: Palgrave Mcmillan, 2009; GREENE, *op. cit.*

<sup>77</sup> DIPPEL, 2007, *op. cit.*, p. 166.

<sup>78</sup> O constitucionalismo norte-americano tinha consagrado esta distinção, havendo nas suas constituições estaduais, mas não na federal, muitas referências a homens livres: por exemplo, na Constituição do Estado da Carolina Setentrional (1776) a Declaração dos Direitos continha inúmeros artigos de aplicação restrita ao “homem

os escravos nos EUA só viria a ser constitucionalmente consagrada na 13ª emenda à Constituição americana, em 1865. Apenas nesse momento, na sequência da guerra civil, é que a “noção antiga de liberdade como poder pessoal direto sobre os outros [foi afastada] do campo semântico da liberdade”<sup>79</sup>.

Na França a escravidão só foi abolida, num contexto de radicalização política e militar, em 1794, tendo sido restabelecida por Napoleão em 1802 e definitivamente abolida em 1848. Esta cronologia mostra que a primeira Declaração dos Direitos do Homem francesa coexistiu com a escravidão e, durante algum tempo, com a exclusão dos homens livres de cor (e das mulheres, e de muitos outros grupos, de várias formas excluídos, de que aqui não nos ocuparemos) em relação aos direitos políticos. Era portanto possível conceptualizar, ao mesmo tempo, os direitos do homem e a exclusão numa das suas versões mais radicais, a escravização. Como descreve Laurent Dubois, logo a seguir à Revolução, colocaram-se, no que a estes assuntos diz respeito, questões contraditórias na Assembleia Nacional. O artigo 1 da Declaração, que proclamava que os homens nasciam livres e iguais em direitos “não sendo permitidas distinções sociais que não as que se fundam no bem comum”, colocou a questão de saber se a escravização de seres humanos se fundava no “bem comum”. Já o artigo 17 declarava que o direito de propriedade era sagrado e inviolável, o que colocou o problema de saber qual dos direitos devia ter prioridade, se o direito do escravo à liberdade/igualdade ou o direito do senhor à propriedade<sup>80</sup>. Desta discussão resultou a subtração do espaço colonial francês à vigência das Constituições francesas de 1791 e de 1793. A primeira daquelas Constituições subtraiu-os explicitamente da vigência da Constituição, determinando que “As colónias e as possessões francesas na Ásia, África e na América, posto que façam parte do Império Francês, não estão compreendidas na presente Constituição”, artigo 8)<sup>81</sup>. Debates desta natureza repetiram-se em todas as assembleias constituintes dos países que, no momento de elaborarem as suas primeiras constituições escritas, tinham sob seu domínio territórios na América ou em África. Todas as constituições espanholas e portuguesas do século XIX reconheceram, de formas diferentes, a escravidão, o mesmo sucedendo com as constituições brasileiras do século XIX<sup>82</sup>, bem como no primeiro Código penal brasileiro, em 1830<sup>83</sup>. No art. 21 da Constituição portuguesa de 1822 determinou-se que os escravos, uma parte muito significativa da população que na altura residia em território português, sobretudo na América e em África, não eram cidadãos portugueses, não exerceriam os direitos

---

livre” (arts 12 e 13); a Constituição da Carolina Meridional (1778) restringia a aplicação dos preceitos eleitorais ao “homem branco e livre”, artigo 13, cf. COLLECÇÃO de Constituições antigas e modernas com o projecto d’outras, seguidas de hum exame comparativo de todas ellas. Por dois Bachareis. Lisboa: Typographia Rollandiana, 1820-1822. Tomo IV, p. 172, 209-210.

<sup>79</sup> PATTERSON, *op cit.*, p. 172.

<sup>80</sup> DUBOIS, Laurent. *A colony of citizens: revolution and slave emancipation in the French Caribbean: 1787-1804*. Virginia: University of North Carolina Press, 2004, p. 104.

<sup>81</sup> Cf. GODECHOT, Jacques. *Les Constitutions de la France depuis 1789*. Paris: Garnier-Flammarion, 1970, p. 67. Depois, a Constituição do Ano I foi omissa no que ao problema da escravidão dizia respeito, o mesmo sucedendo com a Constituição de 1793 (BENOT, Yves. *La Révolution française et la fin des colonies*. Paris: Éditions La Découverte, 1989).

<sup>82</sup> FRADERA, Josep. Esclavage et la logique constitutionnelle des empire. *Annales ESS*, nº 3, 2008; SILVA, 2009, *op. cit.*; BERBEL, Márcia; MARQUESE, Rafael; PARRON, Tâmis. *Escravidão e Política: Brasil e Cuba, c. 1790-1850*. São Paulo: Editora Hucitec, 2010.

<sup>83</sup> DANTAS, Monica Duarte. Dos Statutes ao Código Brasileiro de 1830: o levante de escravos como crime de insurreição. *Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro*, 452, 2011; SONTAG, Ricardo. Black Code? The exceptional legal regime of slave control in Brazil (1830-1888). *Ivs Fvgit*, nº 24, 2021.

individuais dos portugueses declarados no seu título I, ainda que todos os juristas portugueses da época considerassem que os escravos eram seres humanos<sup>84</sup>. A Carta brasileira de 1824, tal como a Carta Constitucional portuguesa de 1826, resultado quase direto da primeira, não referiram a existência de escravos nos territórios nacionais respetivos, mas na doutrina brasileira da época era comum a opinião de que a escravidão estava assegurada pelo artigo 179 que garantia, na Constituição brasileira, o direito de propriedade em toda a sua plenitude<sup>85</sup>. Havia, evidentemente, leituras diferentes. Os parágrafos das Constituições que garantiam a propriedade podiam ser objeto de leituras alternativas, favoráveis ao fim da escravidão. Caetano Soares, um jurista brasileiro dos anos 1850, apelou à exceção prevista no artigo 179 da Constituição brasileira – que, como na Carta portuguesa, admitia a expropriação mediante indemnização, quando estivesse em causa o bem público – para defender a alforria forçada. O bem público que o justificava era, na ótica do jurista, a “extinção gradual da própria escravidão”<sup>86</sup>. Em Portugal, Sá da Bandeira socorreu-se do artigo 145 da Carta Constitucional, onde se garantiam direitos civis como a liberdade, para argumentar a favor da inconstitucionalidade da escravidão e do trabalho forçado em África<sup>87</sup>. Mas não se convocou, nestes discursos, a linguagem dos direitos humanos. Falou-se, em vez disso, em propriedade legítima e, portanto, para os que queriam abolir a escravidão, em indemnizações. Mesmo em Inglaterra, onde a escravidão foi muito precocemente abolida (o tráfico em 1807, a escravidão em 1833), a emancipação dos escravos envolveu a indemnização dos proprietários de escravos, sinal de que se reconhecia a legitimidade daquele tipo de propriedade. Em Portugal, onde o tráfico foi abolido em 1836 e a escravidão em 1869, a natureza gradual do processo abolicionista foi relacionada pelo seu mais importante protagonista, o Marquês de Sá da Bandeira, com a dificuldade que o Estado português teve em garantir o montante necessário para indemnizar os senhores de escravos<sup>88</sup>.

Outro problema que se colocou durante os primeiros meses do processo revolucionário francês foi o de determinar o número de deputados que deviam ser eleitos nos territórios ultramarinos franceses e, associado a ele, o da concessão de todos os direitos civis e políticos aos designados “negros livres” e “homens livres de cor” (*hommes de couleur, gens de couleur*). Este debate deu origem ao reconhecimento da representação parlamentar das colónias, concretizada na eleição de deputados em S. Domingos, Guadalupe e Martinica. Mas o problema dos direitos políticos dos negros livres e “gens de couleur” ficou sem solução. Em março de 1790 a Assembleia Nacional votou uma lei admitindo que se constituíssem assembleias coloniais “livremente eleitas pelos cidadãos”. Reconhecia-se, assim, as assembleias coloniais já constituídas, dominadas por colonos, mas sem se especificar sobre quem seriam os cidadãos que livremente as elegeriam. Estas assembleias, por sua vez, reivindicaram para si “o direito de estatuir sobre o seu regime interno”, convocando, para isso, os princípios revolucionários, favoráveis ao alargamento da participação política, mas incluindo nesse regime a legislação sobre o estatuto das pessoas, o que lhes permitia conservar a escravidão e a menorização jurídica de populações afrodescendentes livres nas

<sup>84</sup> SILVA, 2009, *op. cit.*, p. 239-236; SILVA, Cristina Nogueira da. Escravidão e Direitos Fundamentais no século XIX. *Africana Studia, Revista Internacional de Estudos Africanos*, nº 14, 2010.

<sup>85</sup> PENA, Eduardo Spiller. *Pagens da Casa Imperial, Jurisconsultos, Escravidão e a Lei de 1871*. Campinas: Editora da Unicamp, 2001, p. 256-57.

<sup>86</sup> *Ibid.*, p. 63.

<sup>87</sup> BANDEIRA, Marquês de Sá da. *O Trabalho Rural Africano e a Administração Colonial*. Lisboa: Imprensa Nacional, 1873. p. 13-14.

<sup>88</sup> MARQUES, João Pedro. *Sá da Bandeira e o fim da escravidão*. Lisboa: ICS, 2008.

colônias<sup>89</sup>. Tal opção deu origem a um conjunto importante de petições enviadas por “gens de couleur”, nas quais se chamava a atenção para a natureza vaga da expressão “cidadão” e se lamentava que o decreto não os incluísse explicitamente, por meio de uma fórmula como “todas a pessoas livres, sem exceção”<sup>90</sup>. Só depois de muitos debates, e impulsionada pelas revoltas de populações escravizadas e de antigos escravos, nas colônias, bem como pela pressão dos representantes dos seus interesses na metrópole e por atos de rebelião envolvendo “gens de couleur”, é que a Assembleia clarificou a sua posição, concedendo o direito de voto aos homens livres de cor cujos pais fossem ambos livres (decreto de 15 de maio de 1791). A política seguida neste decreto foi continuada, depois de alguns episódios novamente ambíguos<sup>91</sup>, por um outro que, a 4 de abril de 1792, reconheceu a cidadania às pessoas livres de cor, e ainda o decreto de 23 de agosto de 1792, no qual se previa que “todos os cidadãos livres, de qualquer cor e de qualquer estado”, exceto [...] os que se encontram num estado de domesticidade”, pudessem votar para formar a Convenção Nacional<sup>92</sup>. Depois, já durante a primeira República, e também sob pressão dos acontecimentos político-militares ocorridos nos territórios coloniais, foi aprovada a primeira abolição da escravidão, a 4 de fevereiro de 1794<sup>93</sup>. A Constituição de 1795, finalmente, considerou as colônias como parte integrante da República francesa, em situação de absoluta igualdade relativamente a todos os seus outros departamentos<sup>94</sup>, tendo sido esse o momento em que ao “universalismo territorial” se juntou o que Pierre Rosanvallon designou por “universalismo racial”<sup>95</sup>. Este desfecho, que não era evidente quando o processo revolucionário se iniciou, permite-nos pensar que as tensões geradas pelos debates e as lutas que ocorreram em torno da definição dos direitos contribuíram para que estes adquirissem um sentido universal que não tinham à partida - facto que, de resto, os adversários da aprovação dessa declaração tinham previsto, como se viu. O processo revolucionário foi ele próprio transformador do sentido das palavras usadas pelos seus protagonistas<sup>96</sup>, ou um factor de aceleração nas mudanças linguísticas<sup>97</sup>, podendo toda a reflexão suscitada pela convivência entre escravidão e princípios teóricos universalistas contribuído para a inovações na forma de perceber os direitos. Ou, dizendo de outro modo, o facto de terem sido declarados « direitos do homem » originou um número interminável de questões e de ações que mudaram o seu significado e ampliaram o âmbito do vocábulo

<sup>89</sup> GEGGUS, David. Racial Equality, Slavery, and Colonial Secession during the Constituent Assembly. *The American Historical Review*, vol. 94, nº 5, 1989.

<sup>90</sup> DUBOIS, *op. cit.*, p. 102.

<sup>91</sup> BENOT, *op. cit.*, p. 158; GEGGUS, *op. cit.* p. 1301 e ss.

<sup>92</sup> DUBOIS, *op. cit.*, p. 104.

<sup>93</sup> “A escravatura dos negros em todas as colônias é abolida; por consequência, todos os homens, sem distinção de cor, domiciliados nas colônias, são cidadãos franceses e gozarão de todos os direitos garantidos pela Constituição”: GEGGUS, *op. cit.*, p. 1290-1308; GEGGUS, David. Slavery and the Haitian Revolution. In: ENGERMAN, D. Eltis, S.; DRESCHER, S.; RICHARDSON, D. [eds.]. *The Cambridge World History of Slavery*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017, 321-343.

<sup>94</sup> “As colônias francesas são partes integrantes da República, e ficam sujeitas à mesma lei constitucional”, artigo 6, cf. LEWIS, Martin Deming. One Hundred Million Frenchmen: The Assimilation Theory in French Colonial Policy. *Comparative Studies in Society and History*, vol. IV, nº 2, 1962, p. 134; cf. COLLECÇÃO *op. cit.*, vol. I, p. 43.

<sup>95</sup> ROSANVALLON, Pierre. *Le Sacre du Citoyen, Histoire du Suffrage Universel en France*. Paris: Gallimard, 1982, p. 425.

<sup>96</sup> EDELSTEIN, Dan. A response to Jonathan Israel. In: TUNSTALL, Kate E. *Self Evident Truths? Human Rights and the Enlightenment*. London and New York, New Delly, Sidney: Bloomsbury, 2012.

<sup>97</sup> RICHTER, *op. cit.*, p. 17.

“direitos”<sup>98</sup>. Nomeadamente, de ações protagonizadas por aqueles que deles estavam inicialmente excluídos. Como salientou, de novo, Dubois, escravos e homens livre de cor das Antilhas souberam apropriar-se, durante a Revolução, “[...] da linguagem dos direitos para dar um conteúdo novo e imprevisto à ideia de cidadania, expandindo a imaginação da cultura política republicana” e conseguindo, com isso, a “radicalização da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão [...]”<sup>99</sup>. Tal não significa, contudo, que a sua linguagem fosse a dos direitos humanos, ou sequer uma sua antecipação. David Geggus, que reconheceu a centralidade da revolução haitiana de 1791 na abolição da escravidão nas colónias francesas, sublinhou a natureza limitada, não universalista, dos objetivos dessa revolução, bem como o caráter autoritário dos seus líderes e do regime político a que deu origem. Recordou ainda que aquela foi uma revolução cuja Declaração de Independência não fez referência a direitos<sup>100</sup>. Contrapondo-se a Laurent Dubois e a Robert Blackburn, Geggus afirmou mesmo que foram

[...] os burgueses brancos, e não os escravos rebeldes, a expandir o conteúdo ideológico da revolução ao ponto de ele implicar a liberdade para todos”, opinião polémica, que se integra na discussão historiográfica sobre o maior ou menor papel das revoltas escravas na abolição da escravidão<sup>101</sup>.

Do ponto de vista que aqui nos ocupa, não tanto o facto particular da abolição, mas o seu lugar na história dos direitos humanos, o que podemos dizer, para concluir, é que a conjuntura abolicionista foi uma conjuntura precária, pois rapidamente a “ordem escravagista” foi substituída, nos espaços imperiais europeus, por uma “ordem colonial” cuja excecionalidade – reconhecida na Constituição francesa de 1848, que, no mesmo ano em que a escravidão foi abolida, consagrou a necessidade de serem os territórios coloniais regidos por “leis particulares” –, preservou, sob outras formas, uma política de limitação dos direitos das populações anteriormente escravizadas, nomeadamente através da regulamentação do seu trabalho<sup>102</sup>, o mesmo sucedendo em todos os outros Impérios europeus, que igualmente constitucionalizaram a excecionalidade dos territórios coloniais<sup>103</sup>. Foi também a partir desse momento que a concessão de plenos direitos políticos à totalidade das populações das colónias voltou a dar origem, em França e em outros países, a novas discussões. Até ali a supremacia política dos europeus não tinha estado ameaçada, porque os homens de cor livres

<sup>98</sup> Recentemente, Tamar Herzog também sublinhou que a linguagem abstrata e universalista das Declarações de Direitos podia transformar-se, não obstante a permanência das anteriores realidades, num instrumento capaz de expandir a inclusão. HERZOG, *op. cit.*, p. 201.

<sup>99</sup> DUBOIS, *op. cit.*, p. 172; 167-68; COOPER, Frederik; STOLER, Ann Laura [eds.]. *Tensions of empire: colonial cultures in a bourgeois world*. Berkeley: University of California Press, 1997, p. 2.

<sup>100</sup> GEGGUS, David. Rights, resistance and emancipation: A response to Robin Blackburn. In: TUNSTALL, *op. cit.*, p. 166.

<sup>101</sup> *Ibid.*, p. 165; sobre esta discussão, cf. BLACKBURN, Robin, Slavery, emancipation and human rights. In: TUNSTALL, *op. cit.*; ISRAEL, Jonathan. Philosophy, religion and the controversy about basic human rights in 1789. In: TUNSTALL, *op. cit.*; EDELSTEIN, *op. cit.*; em Portugal, cf. MARQUES, João Pedro. *Revoltas Escravas: Mistificações e Mal-entendidos*. Lisboa: Guerra e Paz Editores, 2006; e DRESCHER, Seymour; EMMER, Pieter C. *Who abolished Slavery? Slave Revolts and Abolitionism*. A Debate with João Pedro Marques. Berghahn Books, 2021.

<sup>102</sup> CHANTAL, George [org.], *L'Abolition de l'esclavage*. Un combat pour les droits de l'homme. Paris: Éditions Complexe, 1998, p. 22-38.

<sup>103</sup> BURBANK, Jane; COOPER, Frederick. Empire, droits et citoyenneté, de 212 à 1946. *Annales HSS*, 63 année, n<sup>o</sup> 3, 2008; SILVA, 2009, *op. cit.*; FRADERA, Josep. *Colonias para después de un Império*. Barcelona: edicions Belaterra, 2005; COOPER, Frederick; HOLT, Thomas C.; SCOTT, Rebecca J., *Beyond Slavery: explorations of race, labour, and citizenship in post emancipation societies*. Chapel Hill: University of North Carolina Press, 2000.

eram pouco numerosos e, sobretudo, porque a maioria tinha poucas probabilidades de vir a ser eleitor, em virtude do regime censitário e capacitário. Contudo, a partir de 1848, já não seria assim nas colónias francesas, nomeadamente por causa do sufrágio universal, que a constituição desse ano instituíra, como também da abolição da escravidão e da maior extensão do Império, resultante das políticas expansionistas em África<sup>104</sup>. Estes três fatores introduziram alterações importantes na relação eleitoral da população de origem metropolitana e nativa, motivo pelo qual as soluções universalistas não se aplicaram aos territórios ocupados pela França ao longo do século XIX, nomeadamente na Argélia, onde a exclusão passou a basear-se na multiplicação de categorias jurídicas ambíguas, como as de “franceses não cidadãos”, “indígenas não cidadãos”, “súbditos franceses”, cidadãos assimilados. Tudo categorias que configuravam novas formas de cidadania colonial (e de não cidadania) que foram uma realidade em todos os Impérios europeus contemporâneos<sup>105</sup>. Em Portugal, no ano de 1906, Marnoco e Sousa, então professor da recém-criada disciplina de *Administração Colonial* na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (1901), lamentava que Portugal imitasse a França no momento de decidir sobre os direitos das colónias e dos seus habitantes nativos, pois tal implicava a opção, que considerava absurda, de transportar os “direitos do homem” “para além dos mares”. A descrição simplificadora que fez do que fora a política revolucionária francesa no respeitante aos territórios colonizados sugere que a crítica positivista e antiliberal dos inícios do século XX à revolução francesa (e à ideia de que existissem direitos universalizáveis), teve o seu papel na construção da imagem, equivocada, segundo a qual a revolução francesa, bem como as revoluções liberais que lhe sucedera na Europa, tinha declarado direitos humanos universais:

A “política de assimilação tem sido seguida pelas nações da raça latina como herdeiras do génio assimilador de Roma. Portugal, Espanha e França são as nações que representam esta política [...]. Efetivamente, a revolução francesa proclamou a igualdade de todos os cidadãos, considerou os direitos proclamados por ela como pertencendo a todos os homens, sem distinção de raça e latitude. A consequência natural e lógica era tratar os habitantes das colónias como os da metrópole, transportando para além dos mares os direitos do homem [...]”<sup>106</sup>.

A exclusão política e civil da parte nativa da humanidade dos territórios, que se realizou, nos Impérios coloniais do século XX, em íntima conexão com discursos como o que acabei de referir, significou a sua remissão para um universo que facilmente se podia aproximar da ausência de direitos e que se caracterizou, sempre, pela criação de estatutos especiais para *indígenas*, afastando-os dos direitos de cidadão<sup>107</sup>. Esta situação não foi contestada, durante quase todo o período de vigência do colonialismo europeu, em nome dos

<sup>104</sup> COHEN, William B., *Français et Africains: Les Noirs dans le regard des Blancs, 1530-1880*. Paris: Ed. Gallimard, 1981, p. 230 e ss.

<sup>105</sup> Cf., para França, Portugal e outros contextos onde ocorreram processos semelhantes, SILVA, 2009, *op. cit.*, e SILVA, Cristina Nogueira da. Representação Política e Cidadania no Império. In: CATROGA, Fernando; ALMEIDA, Pedro Tavares de [coords.]. *Res Publica: Cidadania e Representação Política em Portugal, 1820-1926*. Lisboa: Biblioteca Nacional de Portugal/Assembleia da República, 2010a; e FRADERA, Josep. *Gobernar Colónias*. Barcelona: Ediciones Península, 1999.

<sup>106</sup> MARNOCO E SOUZA, José Ferreira. *Administração Colonial, Prelecções feitas ao curso do 4º ano jurídico do ano de 1906-1907*. Coimbra: Tipografia França Amado, 1906, p. 110.

<sup>107</sup> FIORAVANTI, 1995, *op. cit.*; SILVA, 2009, *op. cit.*, p. 149-152.

direitos humanos. Estes factos parecem confirmar a hipótese, que se colocou ao longo deste texto, de que nem a noção de Direitos do homem foi uma noção central na cultura revolucionária e liberal dos séculos XVIII-XIX, apesar de ter sido um conceito discutido e de ter ganho aí sentidos universalistas, nem a inclusão de todos os que hoje consideramos seres humanos na categoria “Homem” foi evidente para uma grande parte dos que nela participaram, quer revendo-se nela, quer demarcando-se dela, como sucedeu com o pensamento conservador e antirrevolucionário. O que se passou a seguir, na Europa e nos seus Impérios coloniais, aponta no mesmo sentido.

Talvez as palavras de Samuel Moyn, que sublinhei a certa altura deste texto (*human rights arose mainly because of the collapse of the model of revolutionary rights rather than thought its continuation or revival*) sejam excessivas, pois, como também foi referido, os direitos declarados tinham o que podemos identificar como uma “vocalização expansiva”, quer por parte dos que os declararam (ainda que seja difícil avaliar a natureza mais, ou menos, retórica da sua invocação), quer por parte dos que se apropriaram deles, os “excluídos”. É, no entanto, um facto que a proteção dos direitos esteve, até muito tarde no século XX, garantida pelos Estados aos cidadãos, e não por entidades supreeaduais, aos seres humanos, e que esse é um dos elementos em que Moyn se baseia para situar a emergência da noção de Direitos humanos apenas nos anos setenta do século XX. Como recordou Bartolomé Clavero, as suas posições e esta data tão tardia valeram a Moyn muitas críticas. Foi, por exemplo, acusado de ter construído uma teoria do “big bang”, que cancelou qualquer possibilidade de genealogia para os direitos humanos<sup>108</sup>. Parece-me, contudo, rigorosa a ideia, que perpassa todo o seu livro, que as primeiras Declarações dos Direitos do Homem que se escreveram na Europa do século XIX não constituíram nem a continuação nem o início de uma cultura substantiva dos direitos humanos.

## REFERÊNCIAS

ANGHIE, Antony. Francisco Vitoria and the Colonial Origins of International Law. In: DARIAN-SMITH, Eve; FITZPATRICK, Peter [eds.]. *Laws of the Postcolonial*. Ann Arbor: The University of Michigan Press, 1999.

ARMITAGE, David, BRADDICK, Michael J. [eds.]. *The British Atlantic World, 1500-1800*. 2. ed. Basingstoke: Palgrave Mcmillan, 2009.

ARON, Raymond. *Essai sur les libertés*. Paris: Calmann-Lévy, 1965.

BAKER, Keith Michael. *Inventing the French Revolution*. Cambridge: Cambridge University Press, 1994.

BAKER, Keith Michael. The Idea of a Declaration of Rights. In: KLEY, Dale Van. [ed.]. *The French idea of freedom: The Old regime and the Declaration of Rights of 1789*. Stanford: Stanford University Press, 1994a.

---

<sup>108</sup> CLAVERO, *op. cit.* Clavero reconstitui aqui duas das mais importantes polémicas em que Moyn se envolveu, uma delas com Robin Blackburn (p. 1081), a outra, com Philip Alston (p. 1108).

- BANDEIRA, Marquês de Sá da. *O Trabalho Rural Africano e a Administração Colonial*. Lisboa: Imprensa Nacional, 1873.
- BARBERIS, Mauro. *Libertà*. Bologna: Il Mulino, 1999.
- BENOT, Yves. *La Révolution française et la fin des colonies*. Paris: Éditions La Découverte, 1989.
- BERBEL, Márcia; MARQUESE, Rafael; PARRON, Tâmis. *Escravidão e Política: Brasil e Cuba, c. 1790-1850*. São Paulo: Editora Hucitec, 2010.
- BERLIN, Isaiah. Two Concepts of Liberty. In: HARDY, Henry [ed.]. *Liberty*. Oxford: Oxford University Press, 2002.
- BLACKBURN, Robin. Slavery, emancipation and human rights. In: TUNSTALL, Kate E. *Self Evident Truths? Human Rights and the Enlightenment*. London and New York, New Delly, Sidney : Bloomsbury, 2012.
- BRETT, Annabel S. *Liberty, right and nature: individual rights in later scholastic*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.
- BURBANK, Jane; COOPER, Frederick. Empire, droits et citoyenneté, de 212 à 1946. *Annales HSS*, 63 année, nº 3, 2008.
- BURKE, Peter. *O Mundo como Teatro: Estudos de Antropologia histórica*. Lisboa: Difel, 1992.
- CHANTAL, George [org.], *L'Abolition de l'esclavage. Un combat pour les droits de l'homme*. Paris: Éditions Complexe, 1998.
- CHARTIER, Roger. Intellectuelle (Histoire). In: BURGUIÈRE, André [dir.]. *Dictionnaire des Sciences Historiques*. Paris, 1986.
- CLAVERO, Bartolomé. *Tantas personas como estados: Por una antropologia política de la historia europea*. Madrid: Tecnos, 1986.
- CLAVERO, Bartolomé. Cádiz 1812: Antropología e historiografía del individuo como sujeto de constitución. *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 42, 2013.
- CLAVERO, Bartolomé. Se debe a derechos humanos la abolición de la esclavitud? (A propósito de los Usos de la Historia de Samuel Moyn y de sus criticos). *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 44, II, 2015.
- COHEN, William B., *Français et Africains: Les Noirs dans le regard des Blancs, 1530-1880*. Paris: Ed. Gallimard, 1981.
- COLISH, Marcia L. *Medieval Foundations of the Western Intellectual Tradition, 400-1400*. New Haven: Yale University Press, 1997.
- COOPER, Frederick; HOLT, Thomas C.; SCOTT, Rebecca J., *Beyond Slavery: explorations of race, labour, and citizenship in post emancipation societies*. Chapel Hill: University of North Carolina Press, 2000.
- COOPER, Frederik; STOLER, Ann Laura [eds.]. *Tensions of empire: colonial cultures in a bourgeois world*. Berkeley: University of California Press, 1997.
- COSTA, Pietro. *Civitas. Storia dela Cittadinanza in Europe. Dalla Civiltà Comunale at Settecento*. vol. I. Bari: Laterza, 1999.

- COSTA, Pietro. *Civitas*. Storia della Cittadinanza in Europa. Dalla Civiltà Comunale al Settecento. vol III. Bari: Laterza, 2001.
- COSTA, Pietro. Il fardello della civilizzazione. Metamorfosi della sovranità nella giuscolonialistica italiana. *Quaderni Fiorentini...*, p. 33-34, 2005.
- DANTAS, Monica Duarte. Dos Statutes ao Código Brasileiro de 1830: o levante de escravos como crime de insurreição. *Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro*, 452, 2011.
- DIPPEL, Horst. *História do Constitucionalismo Moderno: Novas Perspectivas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.
- DIPPEL, Horst (ed.). *Constitutions of the World. From the Late 18th Century to the Middle of the 19th Century*. Berlin/New York: De Gruyter, 2010.
- DUBOIS, Laurent. *A colony of citizens: revolution and slave emancipation in the French Caribbean: 1787-1804*. Virginia: University of North Carolina Press, 2004.
- DAVIS, R. W. [ed.]. *The Origins of Modern Freedom in the West*. Stanford: Stanford University Press, 1995.
- DRESCHER, Seymour; EMMER, Pieter C. *Who abolished Slavery? Slave Revolts and Abolitionism*. A Debate with João Pedro Marques. Berghahn Books, 2021.
- EDELSTEIN, Dan. A response to Jonathan Israel. In: TUNSTALL, Kate E. *Self Evident Truths? Human Rights and the Enlightenment*. London and New York, New Delhi, Sidney: Bloomsbury, 2012.
- EZRAHI, Yaron. Liberty. In: GRAFTON, Anthony; MOST, Glenn W.; SETTIS, Salvatore. *The classical tradition*. Cambridge: Harvard University Press, 2010.
- FIORAVANTI, Maurizio. *Appunti di Storia delle Costituzioni Moderne, le Libertà fondamentali*. Torino: G. Giappichelli Editore, 1995, p. 124.
- FIORAVANTI, Maurizio. *Constitucion. De la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Editorial Trotta, 2001.
- FIORAVANTI, Maurizio. Stato e costituzione. In: FIORAVANTI, Maurizio [org.]. *Lo Stato Moderno in Europa: Istituzioni e Diritto*. Bari: Laterza, 2002.
- FRADERA, Josep. *Gobernar Colónias*. Barcelona: Ediciones Península, 1999.
- FRADERA, Josep. *Colonias para después de un Imperio*. Barcelona: edicions Belaterra, 2005.
- FRADERA, Josep. Esclavage et la logique constitutionnelle des empires. *Annales ESS*, nº 3, 2008.
- FREEMAN, Michael. *Human Right: An Interdisciplinary Approach*. Malden: Polity Press, 2011.
- GARRIGA, Carlos. Cabeza moderna, cuerpo gótico. La Constitución de Cádiz y el orden jurídico. *Anuario de Historia del Derecho Español*, nº 81, 2011.
- GARRIGA, Carlos; LORENTE, Marta [coords.]. *Cádiz, 1812. La constitución jurisdiccional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- GAUCHET, Marcel. Droits de L'Homme. In: FURET, François; OZOUF, Mona [orgs.]. *Dictionnaire Critique de la Révolution Française*. Paris: Flammarion, 1998.

- GEGGUS, David. Racial Equality, Slavery, and Colonial Secession during the Constituent Assembly. *The American Historical Review*, vol. 94, nº 5, 1989.
- GEGGUS, David. Rights, resistance and emancipation: A response to Robin Blackburn. In: TUNSTALL, Kate E. *Self Evident Truths? Human Rights and the Enlightenment*. London and New York, New Delly, Sidney: Bloomsbury, 2012.
- GEGGUS, David. Slavery and the Haitian Revolution. In: ENGERMAN, D. Eltis, S.; DRESCHER, S.; RICHARDSON, D. [eds.]. *The Cambridge World History of Slavery*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.
- GINZBURG, Carlo. Killing a Chinese Mandarin: The Moral Implications of Distance. In: HUFTON, Olwen [ed.]. *Historical Changes and human Rights*, Basic Books, 1995.
- GRANT, Kevin. Human Rights and Sovereign Abolitions of Slavery, c. 1880-1956. In: GRANT, Kevin; LEVINE, Philippa; TRENTMANN, Frank. [orgs.]. *Beyond Sovereignty: Britain, Empire and Transnationalism C. 1880-1950*. Basingstone: Palgrave/Macmillan, 2007.
- GREENE, Jack P. Liberty and Slavery, The transfer of British Liberty to the West Indies, 1627-1865. In: GREENE, Jack P. [ed.]. *Exclusionary Empire, English Liberty Overseas, 1600-1900*. Cambridge: C.U.P. 2010.
- GREY, John; PELCZYNSKI, Z. [orgs.]. *Conceptions of Liberty in Political Philosophy*. London: Athlone, 1994.
- GROSSI, Paolo. *L'ordine Giuridico Medievale*. Roma: Laterza, 1997.
- GUEDES, Armando Marques. Local normative orders and globalization: is there such a thing as universal human values?. In: GUEDES, Armando Marques. *Estudos sobre Relações Internacionais*. Lisboa: Biblioteca Diplomática, MNE, 2007.
- HAMPSHER-MONK, Iain. Evidence and Inference in the History of Political Thought, The Case of Locke's Theory of Property. In: TWINING, William; HAMPSHER-MONK, Iain. *Evidence and Inference in History and Law: interdisciplinary Dialogues*. Evanston: Northwestern University Press, 2003.
- HERZOG, Tamar. *A short History of European Law: The last two and half Millennia*. Cambridge/Massachusetts, London: Harvard University Press, 2018.
- HESPANHA, António Manuel. *Como os juristas viam o mundo. 1550-1750. Direitos, estados, coisas, contratos, ações e crimes*, ed. do autor disponível em Amazon-Kindle Edition, 2015.
- HESPANHA, António Manuel. *História de Portugal Moderno, político e institucional*. Lisboa: Universidade Aberta, 1995.
- HESPANHA, António Manuel. Marginalia sobre história do poder. *Thémis*, Ano IV, nº 6, 2003.
- HESPANHA, António Manuel. *Guiando a mão invisível: Direitos, estado e lei no liberalismo monárquico português*. Coimbra: Almedina, 2004.
- HESPANHA, António Manuel. *Imbecilistas: as bem-aventuranças da inferioridade nas sociedades de Antigo Regime*. São Paulo: Annablume, 2010.
- HESPANHA, António Manuel. *Cultura Jurídica Europeia: Síntese de um Milénio*. Lisboa: Almedina, 2012.

- HIRSCHMANN, Nancy J.; McCLURE, Kirstie M. [eds.]. *Feminist Interpretations of John Locke*. Pennsylvania: University Press, 2007.
- HUFTON, Olwen [ed.]. *Historical Changes and human Rights*. New York: Basic Books, 1995.
- HUNT, Lynn. *The French Revolution and Human rights: a brief history*. Boston/New York: Bedford Books, 1996.
- HUNT, Lynn. *A Invenção dos Direitos Humanos, uma História*. São Paulo: Editora Schwarcz, 2009.
- ISRAEL, Jonathan. Philosophy, religion and the controversy about basic human rights in 1789. In: TUNSTALL, Kate E. *Self Evident Truths? Human Rights and the Enlightenment*. London and New York, New Delly, Sidney: Bloomsbury, 2012.
- JAUME, Lucien. *La liberté et la Loi, les origines philosophiques du libéralisme*. Paris: Fayard, 2000.
- KEENE, Edward. *Beyond the Anarchical Society, Grotius, Colonialism and Order in World Politics*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.
- KOSKENNIEMI, Martti. *To the Uttermost Parts of the Earth: Legal Imagination and International Power, 1300-1870*. Cambridge: Cambridge University Press, 2021.
- KOSELLECK, Reinhart. *Le Future Passé: contribution à la sémantique des temps historiques*. Paris: Éd. de l'École des Hautes Études en Sciences Sociales, 1990. Traduit de l'allemand par Jochen Hoock et Marie-Claire Hoock.
- KOSELLECK, Reinhart. *The practice of Conceptual History: timing history, spacing concepts*. Stanford: Stanford University Press, 2002. Translated by Todd Samuel Presner and others.
- LEWIS, Martin Deming. One Hundred Million Frenchmen: The Assimilation Theory in French Colonial Policy. *Comparative Studies in Society and History*, vol. IV, nº 2, 1962.
- LOCKE, John. *The Second Treatise of Government: An Essay Concerning the True Original, Extent, and End of Civil Government*. Cambridge: Cambridge University Press, 1988.
- LOCKE, John. *Two Treatises of Government, The false principles and foundation of Sir Robert Filmer, and his followers, are detected and overthrown*. Cambridge: Cambridge University Press, 1988.
- MARÍN, Rafael Hernández. *Historia de la filosofía del derecho contemporanea*. Madrid: Tecnos, 1989.
- MARQUES, António; BARCELOS, Paulo [orgs.]. *Direitos Fundamentais e soberania na Europa*. História e Actualidade. Lisboa: IFILNova, 2014.
- MARNOCO E SOUZA, José Ferreira. *Administração Colonial, Preleções feitas ao curso do 4º ano jurídico do ano de 1906-1907*. Coimbra: Tipografia França Amado, 1906.
- MARQUES, João Pedro. *Revoltas Escravas: Mistificações e Mal-entendidos*. Lisboa: Guerra e Paz Editores, 2006.
- MARQUES, João Pedro. *Sá da Bandeira e o fim da escravidão*. Lisboa: ICS, 2008.
- MARSHALL, P. J. Parliament and property rights in the late eighteenth-century British Empire. In: BREWER, John; STAVES, Susan [eds.]. *Early Modern Conceptions of Property*. London and New York: Routledge, 1996.

- MARTENS, G.F. de. *Précis du Droit des Gens Moderne de L'Europe Fondé sur Les Traités et l'Usage[...]*. T. I. Paris: Aillaud, 1831.
- MARTINEZ, Jenny S. *The Slave Trade and the Origins of International Human Rights Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- MOYN, Samuel. *The Last Utopia: Human Rights in History*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2010.
- MOYN, Samuel. Afterword: The self-evidence of human rights. In: TUNSTALL, Kate E. [ed.]. *Self-Evident Truths? Human Rights and the Enlightenment*. London and New York: New Delly, Sidney: Bloomsbury, 2012.
- MUTHU, Sankar. *Enlightenment against Empire*. Princeton and Oxford: Princeton University Press, 2003.
- NEIER, Aryeth. *The Internacional Human Rights Movement: A History*. Princeton: Princeton University Press, 2012.
- NUZZO, Luigi. *Origini di una Scienza*. Diritto internazionale e colonialismo nel XIX secolo. Frankfurt am Main: Klostermann, 2012.
- PAGDEN, Anthony. Introduction. In: PAGDEN, Anthony [ed.]. *The Idea of Europe, From Antiquity to the European Union*. London: Cambridge University Press, 2002.
- PAGDEN, Anthony. Human Rights and Europe's Imperial Legacy. *Political Theory*, VI. 31, Nº 2, 2003.
- PAGDEN, Anthony. *Lords of All the World: Ideologies of Empire in Spain, Britain and France c. 1500-c. 1800*. New Haven/London: Yale University Press, 1995.
- PATTERSON, Orlando. *Freedom in the Making of Western Culture*. New York: Basic Books, 1991.
- PATTERSON, Orlando. Freedom, Slavery, and the modern construction of rights. In: HUFTON, Olwen [ed.]. *Historical Changes and human Rights*. New York: Basic Books, 1995.
- PENA, Eduardo Spiller. *Pagens da Casa Imperial, Jurisconsultos, Escravidão e a Lei de 1871*. Campinas: Editora da Unicamp, 2001.
- RENAUT, Alain. Le contractualisme comme philosophie politique. In: RENAUT, Alain [dir.]. *Histoire de la Philosophie Politique*. Paris: Calmann-Lévy, 1999.
- REVEL, Jacques. Outillage Mental. In: BURGUIÉRE, André [dir.]. *Dictionnaire des Sciences Historiques*. Paris, 1986.
- RICHTER, Melvin. *The History of Political and Social Concepts: A Critical Introduction*. New York/Oxford: Oxford University Press, 1995.
- ROSANVALLON, Pierre. *Le Sacre du Citoyen, Histoire du Suffrage Universel en France*. Paris: Gallimard, 1982.
- SONTAG, Ricardo. Black Code? The exceptional legal regime of slave control in Brazil (1830-1888). *Ivs Fvgit*, nº 24, 2021.
- SAAVEDRA, Manuel Bastias. *A Teleology of Ius Gentium?*. Völkerrechtsblog, 2021. Disponível em: <https://voelkerrechtsblog.org/a-teleology-of-ius-gentium>. Acesso em: 28 out. 2022.

- SEAGRAVE, S. Adam. How Old Are Modern Rights? On the Lockean Roots of Contemporary Human Rights Discourse. *Journal of the History of Ideas*, Vol. 72, Nº 2, 2011.
- SEBASTIÁN, Javier Fernández (dir.). *Diccionario político y social del mundo iberoamericano*. Madrid: C.E.C., 2009.
- SEBASTIÁN, Javier Fernández. Apresentação – Notas sobre História Conceptual e sua aplicação ao espaço ibero-americano. *In: Ler História*, nº 55, 2008.
- SILVA, Cristina Nogueira da. *Constitucionalismo e Império: A Cidadania no Ultramar Português*. Coimbra: Almedina, 2009.
- SILVA, Cristina Nogueira da. Conceitos oitocentistas de cidadania. Liberalismo e igualdade. *Análise Social*, vol. XLIV (192), 2009a.
- SILVA, Cristina Nogueira da. Escravidão e Direitos Fundamentais no século XIX. *Africana Studia, Revista Internacional de Estudos Africanos*, nº 14, 2010.
- SILVA, Cristina Nogueira da. Representação Política e Cidadania no Império. *In: CATROGA, Fernando; ALMEIDA, Pedro Tavares de [coords.]. Res Publica: Cidadania e Representação Política em Portugal, 1820-1926*. Lisboa: Biblioteca Nacional de Portugal/Assembleia da República, 2010a.
- SILVA, Cristina Nogueira da. Libertad, Derechos Naturales y ‘multiculturalismo’ en el pensamiento de Silvestre Pinheiro Ferreira (1769-1846). *In: NARANJO, Esteban Conde [ed.]. Vidas por el Derecho*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid/Editorial Dykinson, 2012.
- SKINNER, Quentin. *Liberty before Liberalism*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998.
- SKINNER, Quentin. *Visions of Politics*. vol. I. Cambridge: Cambridge University Press, 2002; 1998.
- TIERNEY, Brian. Natural Law and Natural Rights – Old Problems and Recent Approaches. *The Review of Politics*, Vol. 64, Nº 3, 2002;
- TOCQUEVILLE, Alexis de. *De La Démocratie en Amérique*. Paris: Éditions Robert Laffont, 1986.
- TOCQUEVILLE, Alexis de. *De la démocratie en Amérique souvenirs l'ancien régime et la révolution*. Paris: Laffontjavascript:NewSearch("DP 1996"), 1996.
- TOCQUEVILLE, Alexis de. *Da Democracia na América*. Cascais: Principia, 2001.
- TULLY, James. Rediscovering America: The two treatises and Aboriginal Rights. *In: ROGERS, G.A.J. [ed.]. Locke's Philosophy, Content and Context*. Oxford: Clarendon Press, 1994.
- VILLEY, Michel. La genèse du droit subjectif chez Guillaume d'Occam. *Archives de Philosophie du Droit*, 9, 1964.
- VILLEY, Michel. *La Formation de la Pensée Juridique Moderne*. Paris: Presses Universitaires de France, 2003.
- ZARCA, Yves Charles. Le Droit naturel modern. *In: RENAUT, Alain [dir.]. Histoire de la Philosophie Politique*. Paris: Calmann-Lévy, 1999.



# A HISTÓRIA DO DIREITO CONSTITUCIONAL

## THE HISTORY OF CONSTITUTIONAL LAW

FRANÇOIS SAINT-BONNET\*

Tradução: MARIA CELINA MONTEIRO GORDILHO\*\*

### RESUMO

Enquanto, por um lado, mantém seu interesse pela história dos regimes políticos após a Revolução Francesa, por outro lado a história do direito constitucional também se interessa pelo controle judicial da lei e pela proteção dos direitos e das liberdades. Trabalhos de grande importância mostram a vitalidade dessa disciplina, alicerçada na história do direito.

**Palavras-chave:** história constitucional; história do direito; França; aspectos metodológicos.

### ABSTRACT

Preserving its emphasis on the history of political regimes since the Revolution, the history of constitutional law is also interested in the juridical control of the law and the protection of rights and liberties. Work of great importance reveals the vitality of the discipline anchored in legal history.

**Keywords:** constitutional history; legal history; France; methodological aspects.

\* Doutor em História do Direito pela Université Paris 2, França.  
Professor da Université Paris-Panthéon-Assas  
[francoissaintbonnet@gmail.com](mailto:francoissaintbonnet@gmail.com)

\*\* Doutoranda em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Professora voluntária da UnB.  
[celina.gordilho@gmail.com](mailto:celina.gordilho@gmail.com)

Recebido em 26-10-2022 | Aprovado em 26-10-2022<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Artigo convidado. **Nota da tradutora:** tradução, autorizada pelo autor, do artigo publicado originalmente em francês: SAINT-BONNET, François. L'histoire du droit constitutionnel. In: KRYNEN, Jacques; ALTEROCHE, Bernard d' (Dir.). *L'Histoire du droit en France. Nouvelles tendances, nouveaux territoires*, 2014, p. 239-248. Palavras-chave elaboradas pela tradutora.



## SUMÁRIO

**INTRODUÇÃO; 1 A HISTÓRIA POLÍTICA DAS CONSTITUIÇÕES. CENTRO DA HISTÓRIA DO DIREITO CONSTITUCIONAL; 2 A HISTÓRIA DA HIERARQUIA DAS NORMAS. NOVO TERRITÓRIO DA HISTÓRIA DO DIREITO CONSTITUCIONAL; 3 HISTÓRIA DA VIDA POLÍTICA E OS CONTINENTES CULTOS À DERIVA; 4 ENSINO; PERSPECTIVAS; REFERÊNCIAS.**

### ■ INTRODUÇÃO

De maneira sintomática, os organizadores da Jornada em que apresentei esta publicação propuseram, como denominação para este "campo" de pesquisa ou esta "disciplina", História do direito constitucional, e não História constitucional, nem História constitucional e política. Essa denominação é realmente nova, adequada e *feliz*. A evolução da designação desse campo de pesquisa histórica caminha, em realidade, com a mudança mais ampla da disciplina constitucional *lato sensu*. Quais são essas mudanças, após três décadas? O direito constitucional que era, e que continua sendo, em muitos aspectos, um direito político ou um direito da organização do poder político transformou-se, também, num direito que se preocupa com o contencioso das normas (o controle da constitucionalidade das leis ou de outros atos legislativos) e com a garantia das liberdades fundamentais (a fundamentação da lei, expressão da vontade geral, desejada pelo soberano em nome da proteção dos direitos constitucionalmente protegidos). Neste último ponto, a história do direito constitucional é um dos possíveis ramos da história do direito das liberdades, e vice-versa.

De modo evidente e prioritário, essas evoluções impactam não apenas a pesquisa, como também o ensino e a metodologia da disciplina, como testemunham as reflexões recolhidas por Carlos Miguel Herrera e Arnaud Le Pillouer em *Comment écrit-on l'histoire constitutionnelle?*<sup>2</sup>

Existem temas que permanecem no centro deste campo de pesquisa (I. história política das constituições), temas novos (II. história da hierarquia das normas) e, por fim, temas que foram abandonados e que são estudados por outros campos (III. história da vida política).

### 1 A HISTÓRIA POLÍTICA DAS CONSTITUIÇÕES. CENTRO DA HISTÓRIA DO DIREITO CONSTITUCIONAL

O tema que está no centro da história do direito constitucional é o da história da distribuição das funções entre os órgãos constitucionais. Não se trata da história de cada um desses órgãos - o que era e que permanece largamente sendo feito pela história das instituições, seguindo a clássica e notável *Histoire des institutions publiques depuis la Révolution française* de Gérard Sautel e Jean-Louis Harouel<sup>3</sup> -, mas a história da separação dos poderes ou da divisão das diferentes competências entre as instituições e o equilíbrio dessa divisão. Esse

<sup>2</sup> Paris, Kimé, *Nomos et Normes*, 2012.

<sup>3</sup> Paris, Dalloz.

equilíbrio não advém exatamente daquilo que os textos constitucionais mostram, considerando as relações de força e o poder de interpretação dos atores políticos. Evidentemente, é neste vai e vem permanente entre os textos, as práticas e as relações de força que os historiadores podem contribuir com um estudo atento, com uma leitura mais sensível das fontes e dos textos, que presta mais atenção aos personagens, às personalidades daqueles que ocupam as funções de poder.

Trata-se aqui de uma história *clássica* da separação dos poderes que se aproxima de uma história dos regimes políticos, na tradição de Maurice Deslandres, estando o regime político para a separação dos poderes o que a prática judiciária é para o texto bruto. Nesse campo, os historiadores do direito ocupam um espaço considerável, mesmo com a constante reedição de dois importantes manuais: o de Marcel Morabito (*Histoire constitutionnelle de 1789 à nos jours*)<sup>4</sup>, e aquele para o qual Jean-Louis Mestre apresentou desenvolvimento substanciais, na equipe de Louis Favoreu (*Droit Constitutionnel*).<sup>5</sup> Embora sejam de tamanhos diferentes, ambos propõem sumários organizados seguindo uma lógica cronológica que permite a compreensão de todas as nuances da evolução dos conceitos de separação de poderes marcados pelo republicanismo ardente, o liberalismo conservador, o cesarismo ou, ainda, um republicanismo que não mais amedronta. Essa abordagem permite ressaltar as singularidades da história constitucional da França: a grande riqueza das experiências (notadamente na época da Revolução Francesa, mas, na verdade, ao longo de todo o século XIX) transformam o hexágono em verdadeiro laboratório; a extrema politização das ideias constitucionais (não existe um constitucionalismo, mas constitucionalismos, no plural - o dos Legitimistas<sup>6</sup>, o dos Orleanistas<sup>7</sup>, ou ainda o dos Bonapartistas<sup>8</sup> - que nada mais são que *programas políticos*). Sem dúvida, a França não é a única a conhecer a instabilidade constitucional, mas é o único grande país, conhecido ao redor do mundo, que inspira esse mundo todo e que dispõe de tamanha riqueza histórica. Podemos encontrar essa riqueza também no Reino Unido e nos Estados Unidos, mas sua leitura ou sua tradução são bem diferentes. A razão dessa instabilidade constitucional não se encontra (apenas) em um hipotético espírito francês, mas resulta da própria estrutura deste direito constitucional, que integra o programa político dos vencedores contra aquele dos vencidos. No momento em que os vencedores conquistam o poder, eles destroem a constituição existente. Esse enfoque sobre a história constitucional é compartilhado por autores relevantes de outras disciplinas, como Claude Émeri, Christian Bidégaray, Olivier Duhamel, Michel de Guillenchmidt, Pierre-Yves Guchet e Charles Zorgbibe. Todos são autores de livros e manuais que cobrem o período posterior à Revolução Francesa.

É preciso ressaltar que a sucessão na pesquisa está assegurada por historiadores do direito, autores de pesquisas mais inovadoras: sobre o Senado (Karen Fiorentino), sobre a influência francesa no constitucionalismo espanhol (Jean-Baptiste Busaall), sobre o quinquenato de 1873 (Vida Azimi), sobre a designação do chefe de Estado e os poderes de crise (François Saint-Bonnet), sobre os regramentos das Assembleias (Samuel Sanchez), sobre os procedimentos eleitorais (Philippe Tanchoux), sobre a ideia de república (Éric Gojoso), a ideia de

<sup>4</sup> LGDJ, coll. Domat “droit public”.

<sup>5</sup> Dalloz, coll. “Précis”.

<sup>6</sup> Partidários do movimento político favorável à restauração da monarquia da casa dos Bourbon, opositores dos Orleanistas e dos Bonapartistas (N. da T.).

<sup>7</sup> Partidários do movimento político favorável ao ducado de Orleães, representantes da aristocracia financeira e da alta burguesia (N. da T.).

<sup>8</sup> Partidários da ideologia política alinhada à maneira de governar de Napoleão Bonaparte e de Napoleão III, em que o Executivo tem mais força que os demais poderes da República (N. da T.).

nação (Ahmed Slimani), dentre outros. Contudo, nesse campo, onde a história constitucional é estudada dessa maneira, os autores que não são historiadores do direito são mais numerosos, pois a disciplina com a qual eles lidam é estruturalmente mais completa. Para citar os contribuidores mais importantes: Michel Troper, Guillaume Glénard, Alain Laquière, Arnaud Le Pillouer, Lucien Jaume.

Há, porém, uma especificidade na maneira como os historiadores do direito fazem história constitucional? Podemos ser tentados a pensar que os juristas têm bem menos ferramentas para trabalhar com a história, enquanto os historiadores possuem lacunas em conhecimento jurídico, portanto apenas os historiadores do direito possuiriam as competências necessárias para esse tipo de pesquisa. Isso seria verdade, se não tivéssemos, entre os juristas, excelentes historiadores, e, entre os historiadores, refinados juristas. E essas figuras existem, para a alegria da história constitucional clássica. *Nemo auditur suam propriam methodum allegans*<sup>9</sup>.

## 2 A HISTÓRIA DA HIERARQUIA DAS NORMAS. NOVO TERRITÓRIO DA HISTÓRIA DO DIREITO CONSTITUCIONAL

Recentemente, a linha de pesquisa mais explorada é a da hierarquia das normas. Por um lado, estuda-se o cumprimento, pelos detentores do poder, das normas superiores, geralmente inseridas nas leis constitucionais, mas também nas declarações de direitos ou nas listas de súmulas e orientações enunciadas pelos tribunais. Por outro lado, é o estudo dos órgãos, jurisdicionais ou não, capacitados para verificar esse cumprimento. Nesses novos estudos, a fronteira temporal de 1789 pode ser facilmente atravessada, tanto que se verificou que os parlamentos e as cortes soberanas do Antigo Regime praticavam um tipo de controle dos atos judiciais que alguns pesquisadores denominam de “controle de civilidade” (M.-F. Renoux-Zagamé) e outros comparam a um “controle de constitucionalidade” (lembrando que as linhas paralelas têm por característica jamais se encontrarem).

É aqui que os historiadores do direito podem contribuir de maneira importante, por várias razões. Primeiro, o campo cronológico é anterior a 1789, um período tradicionalmente desconhecido dos constitucionalistas, cujo *horizonte de expectativa* geralmente se encerra na Revolução Francesa. Segundo, os historiadores do direito sepultaram a ideia medieval da submissão do rei ao direito natural, ao direito divino, à justiça e ao bem comum. Nessas condições, a noção de que o legislador esteja submetido a uma “ordem constitucional” (Ph. Pichot) é familiar aos historiadores do direito que conhecem bem as técnicas, os discursos e as máximas que fundaram o ordenamento jurídico. Neste aspecto, a ferramenta conceitual de que dispõem os historiadores “puros” e os “constitucionalistas” é menos hábil para fazer pesquisas confiáveis. Terceiro, os historiadores do direito não se constrangem de usar “princípios”, “paradigmas” e “máximas”, ou seja, normas que sem dúvida são impostas sem estarem necessariamente formuladas textualmente. Pelo contrário, os juristas que só beberam na fonte do positivismo estrito - toda formação é uma deformação - passam pelo incômodo de levar a

<sup>9</sup> “Ninguém pode se valer do seu próprio método”, variação do autor para o brocardo latino “ninguém pode se valer da sua própria torpeza” (N. da T.).

sério um corpo normativo que não vem de um texto escrito ou preciso. Esse incômodo é alheio aos medievalistas e aos modernistas que praticam cotidianamente aquele tipo de pesquisa.

Nestas áreas, importantes pesquisas foram conduzidas para determinar qual opinião os antigos juízes tinham de si sobre seu papel no Estado, semelhante à lei real concebida mas ainda não escrita, mas também à lei escrita mas que se bate contra as leis divinas e as leis naturais, sem contar as leis escritas mas virtude do “poder absoluto” do rei (o “assento de justiça”<sup>10</sup>). Sem dúvida, o papel constitucional dos parlamentos e das cortes soberanas não é “idêntico” ao de uma corte constitucional contemporânea, embora haja algumas pontes entre essas instituições. Esse papel constitucional é tão verdadeiro que essas cortes são como “canais por onde corre a potência” (Montesquieu) e que o respeito por suas prerrogativas permite diferenciar uma monarquia verdadeira de um regime despótico, assim compreendido por Bodin, pouco suspeito de tibieza em matéria de defesa do poder absoluto do rei.

Em trabalhos recentes, pesquisa-se igualmente aquilo que hoje se convencionou chamar “Estado de Direito” ou “Estado de Justiça”, ou, dito de outra forma, uma organização política na qual o “poder” ou a “vontade política” não é negado, mas sim limitado pelo direito. Mas de que direito se trata? Quem possui a *iuris dictio*? Se são os juízes que dispõem da jurisdição, qual a sua legitimidade?

Merece destaque uma última temática, a que às vezes se denomina de diálogo dos juízes, ou seja, saber como os juízes de ordenamentos jurídicos distintos e concorrentes podem resolver questões idênticas baseando-se em *corpus* constituídos por normas não obrigatórias (*soft law*) e por princípios gerais. Neste caso, a história constitui um laboratório formidável de experiências quando os tribunais nacionais disputam com tribunais submetidos a outras normas jurídicas, ou quando as jurisdições nacionais entram em conflito entre si.

Pode-se observar que essa nova área da história do direito constitucional é, se não uma área restrita, uma área natural para os historiadores do direito, pois requer competências que são propriamente as desses pesquisadores. Devemos citar aqui os trabalhos de Jacques Krynen, Marie-France Renoux-Zagamé, François Saint-Bonnet, Éric Gojosso, Anthony Mergey, Philippe Pichot... No entanto, também alguns juristas franceses se interessaram por essa temática, como Elina Lemaire, ou estrangeiros como Paolo Alvazzi del Frate ou Francesco Di Donato.

No entanto, ainda há muito por fazer, pois essa nova forma de fazer história do direito constitucional não olha para além da Idade Média e da Modernidade. A prática dos tribunais e o uso dos textos constitucionais e das declarações pelas cortes suscitaram igualmente a curiosidade no campo cronológico posterior a 1789, em particular a maneira como o judiciário pode se concentrar nas normas constitucionais. Sob este aspecto, os inúmeros trabalhos de Jean-Louis Mestre ou os de Isabelle Anselme devem ser destacados como particularmente inovadores. As normas constitucionais ou similares podem ser mantidas pelo judiciário e por outras instituições, ocasiões para renovar o estudo da história, ou melhor, das histórias, da justiça constitucional e de outras instituições a que foram confiadas a guarda da constituição: *jury constitutionnaire*<sup>11</sup>, colégio de conservadores, poder neutro, senado, convenção, povo. Podemos citar, nesse tema, os trabalhos de Oscar Ferreira, Philippe Pichot, Nathalie Ollivier,

<sup>10</sup> Uma sessão formal que ocorria no parlamento de Paris, durante o Antigo Regime, presidido pelo rei, em que este possuía maior autoridade (N. da T.).

<sup>11</sup> Um tipo de controle de constitucionalidade das leis, proposto pelo Abade Sieyès, no ano de 1795, logo após a Revolução Francesa e que foi rejeitado por ser muito inovador (N. da T.).

François Saint-Bonnet, e aqueles provenientes de outras áreas, como Lucien Jaume ou Clémence Zacharie.

Foi concluído um impressionante trabalho de arquivo, cujo objetivo era traçar os sentidos da palavra constituição além dos caminhos clássicos da história constitucional. Estudos terminológicos, notadamente os de Arnaud Vergne e de Jean-Louis Mestre, permitiram localizar até que ponto a história do surgimento das palavras no direito e de seus significados trilha caminhos singulares que permitem enriquecer consideravelmente a compreensão global da disciplina.

Devemos dar lugar de destaque também aos trabalhos de história constitucional comparada que permitem renovar, em profundidade, a análise das influências das culturas constitucionais. Sob este aspecto, as pesquisas conduzidas pelo saudoso Édouard Tillet, por Jean-Baptiste Busaall ou, entre os juristas, por Xavier Boyer, Denis Baranger, Michael Stolleis, Olivier Jouanjan ou, ainda, Olivier Beaud, merecem uma atenção especial.

O alargamento do perímetro do lado da hierarquia das normas e do controle jurisdicional do poder político, história comparada do direito constitucional e história terminológica permitiram um olhar mais moderno sobre a temática. Ela saiu de seu status de disciplina mais política ou cultural que verdadeiramente jurídica para se colocar em um lugar de distinção. Prova disso é o recente interesse pela história por parte da redação dos *Cahiers du conseil constitutionnel*, que consagrou um dossiê sobre a história do controle da constitucionalidade ou, melhor, sobre a importância atribuída ao laboratório de história do direito constitucional, notadamente no VII Congresso de Direito Constitucional, ocorrido em Nancy, em 2011. Ao trabalhar um direito que se torna mais contencioso e mais técnico, os constitucionalistas perderam um pouco do peso cultural que era o cerne da sua disciplina. Assim, eles necessitam dos historiadores para inundar, com uma nova luz, o céu das suas ideias.

### 3 HISTÓRIA DA VIDA POLÍTICA E OS CONTINENTES CULTOS À DERIVA

A história da vida política, que ocupava, anteriormente, um lugar essencial na história constitucional, é bem menos estudada pelos historiadores do direito constitucional atualmente. A história política é uma especialidade dos historiadores de correspondências, os quais desempenham um trabalho digno de nota (como o atesta, por exemplo, o vigor da publicação *Parlement[s]*) e é, também, uma especialidade da ciência política. Se, ao longo da segunda metade do século XX, politólogos e juristas convergiam, no plano metodológico, no estudo do direito constitucional e dos regimes políticos, esses mundos se separaram a partir dos anos 1980, como continentes que flutuam à deriva, lenta porém irremediavelmente. De igual modo, para os historiadores, aqueles que consideram o direito constitucional um jogo de relação de forças se afastaram daqueles que levam esse direito a sério, de maneira que a história política e a história do direito constitucional tornaram-se duas disciplinas independentes uma da outra. Elas continuam a se retroalimentar, mas percorrem caminhos diferentes.

## 4 ENSINO

Diversas faculdades de direito trocaram a disciplina intitulada "história das instituições e dos regimes políticos contemporâneos" pela "história constitucional" ou pela "história do direito constitucional" da França contemporânea. Esta disciplina, que tanto pode ser obrigatória quanto opcional, geralmente é oferecida nos primeiros dois anos do curso. No contexto da pós-graduação francesa, é mais raro um curso dessa natureza ser oferecido no master 1, ao passo que é proposto em diversos master 2. Nessa última hipótese, a disciplina é agregada ao mestrado em direito público ou em ciência política. Pode-se encontrar a oferta dessa disciplina em diversos Institutos de Estudos Políticos.

É possível ocupar este terreno pois os professores de direito constitucional, como podemos observar a partir dos conteúdos dos manuais mais recentes, costumam ignorar a parte histórica e preferir uma abordagem normativa e contenciosa do direito constitucional. Em consequência, os alunos de direito ficariam privados de qualquer aprendizado histórico em direito constitucional, o que seria uma lástima. É uma ocasião para os historiadores do direito mostrarem que suas competências se complementam com aquelas de seus colegas de direito público.

### ■ PERSPECTIVAS

Os historiadores do direito possuem um objetivo particular para investir no campo da história do direito constitucional: há uma forte demanda nas faculdades, como visto acima, mas também nos estudos das instituições. O Conselho Constitucional é verdadeiramente uma instituição criada *ex nihilo* em 1958? Tendo em vista a história do Conselho de Estado e da Corte de Cassação, respeitáveis antecedentes não os prejudicariam. Os juízes de primeiro grau, e notadamente suas cortes supremas, são dominados por normas de direito constitucional? Pensávamos, até pouco tempo atrás, que o controle pela via excepcional não havia sido jamais praticado na França, mas Jean-Louis Mestre administrou magistralmente a prova do contrário ao exumar dois processos da corte de cassação de 1851.

São numerosos os canteiros a serem abertos ou que estão à disposição de pesquisas inovadoras. Os historiadores do direito já ocupam seus lugares. Mas o campo pode se abrir ainda mais.

## ORIENTAÇÕES BIBLIOGRÁFICAS

FIORENTINO, Karen. *La seconde chambre dans l'histoire des institutions et des idées politiques de 1789 à 1940*. Paris: Dalloz, 2008.

KRYNEN, Jacques. *L'État de justice, France, xiii<sup>e</sup> -xx<sup>e</sup> siècle*, vol. I: L'idéologie de la magistrature ancienne et II: L'emprise contemporaine des juges. Paris: Gallimard, [Bibliothèque des Histoires], 2009 et 2012.

MESTRE, Jean-Louis. *Le contrôle de la constitutionnalité de la loi par la Cour de cassation sous la IIe République*. Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu, Paris: Dalloz, 2007.

MESTRE, Jean-Louis. Les chapitres consacrés à l'histoire constitutionnelle de la France et à l'histoire de la justice constitutionnelle. In: FAVOREU, Louis et al. *Droit constitutionnel*. Paris: Dalloz, [Précis], 14 ed., 2012.

MORABITO, Marcel. *Histoire constitutionnelle de la France de 1789 à nos jours*. Paris: LGDJ-Lextenso, [Domat droit public], 12 ed., 2012.

SAINT-BONNET, François. *L'État d'exception*. Paris: PUF, [Léviathan], 2001.

SAINT-BONNET, François. La double genèse de la justice constitutionnelle en France. La justice politique au prisme des conceptions françaises. *RDP*, n° 3, 2007, p. 753-791.

SAINT-BONNET, François. *Le droit contre la loi. Regard sur les mutations du droit constitutionnel au xxe siècle*. L'État au xxe siècle, dir. S. Goyard-Fabre, Paris: Vrin, [Histoire des Idées et des Doctrines], 2004, p. 87-117.

TROPER, Michel. *Terminer la Révolution. La Constitution de 1795*. Paris: Fayard, [Histoire des constitutions de la France], 2006.



# MOMENTOS SUBVERSIVOS: DESAFIANDO AS TRADIÇÕES DA HISTÓRIA CONSTITUCIONAL

SUBVERSIVE MOMENTS:  
CHALLENGING THE TRADITIONS OF CONSTITUTIONAL HISTORY

PATRICIA A. CAIN\* | LINDA K. KERBER\*\*

Tradução: MARIA TEODORA ROCHA MAIA DO AMARAL\*\*

## RESUMO

O texto explora os desdobramentos teóricos e metodológicos do curso “Gênero e História Constitucional”, ministrado e criado pelas professoras Patricia A. Cain e Linda K. Kerber. Há dois momentos, um sobre levantamento histórico dos cursos de Gênero e o Direito e similares; o outro, com análise de casos utilizados no próprio curso ministrado, tendo sempre como pano de fundo as interseções entre a história, o Direito Constitucional e as lutas feministas. O primeiro, *Coger vs North West Union Packet Co*; o segundo, *Coggeshall vs Cidade de Des Moin*; por fim, *Green vs Shama*. Ao revisitar a história do movimento feminista, tendo como objeto o Direito e suas matizes, as autoras encontraram achados sobre a ocultação de elementos da história feminista. Além disso, o texto possui um caráter pedagógico acentuado por estar sempre cruzando os achados teóricos com os feedbacks dos alunos e da experiência em sala de aula com o curso. Ele serve, também, como incentivo para que mais cursos nesse estilo sejam ministrados. Uma vez que, explorar a história constitucional do feminismo se mostrou uma forma muito eficaz (e reproduzível) de ser subversivo. O trabalho foi publicado em 2002, mas continua extremamente atual.

**Palavras-chave:** História Constitucional; feminismo; Direito Constitucional.

## ABSTRACT

The text explores the theoretical and methodological developments of the course “Gender and Constitutional History”, taught and created by professors Patricia A. Cain and Linda K. Kerber. There are two moments, one on a historical survey of courses in Gender and Law and the like; the other, with analysis of cases used in the course taught, always having as a background the intersections between history, Constitutional Law and feminist struggles. The first, *Coger vs. North West Union Packet Co*; the second, *Coggeshall vs City of Des Moin*; finally, *Green vs Shama*. When revisiting the history of the feminist movement, having Law and its nuances as an object, the authors found findings on the concealment of elements of feminist history. In addition, the text has an accentuated pedagogical character because it is always crossing theoretical findings with student feedback and classroom experience with the course. It also serves as an incentive for more courses in this style to be taught. Once, exploring the constitutional history of feminism has proved to be a very effective (and reproducible) way to be subversive. The work was published in 2002, but remains extremely current.

**Keywords:** Constitutional History; feminism; Constitutional Law.

\* Doutora em Direito pela University of Georgia, Estados Unidos.

Professora da Faculdade de Direito da Universidade de Santa Clara (SCU), Estados Unidos.

*pcain@scu.edu*

\*\* Doutora em História pela Columbia University, Estados Unidos. Professora de Artes e Ciências Liberais da Faculdade de Direito da Universidade de Iowa (UIOWA), Estados Unidos.

*linda-kerber@uiowa.edu*

\*\*\* Mestranda em Direito pela Universidade Federal Rural do Semi-árido.

*mteodorarocha@gmail.com*

Recebido em 8-10-2022 | Aprovado em 8-10-2022<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Artigo convidado. **Notas da tradutora:** tradução autorizada pelas autoras. (1) o artigo foi originalmente publicado em inglês com o título, “Subversive Moments: Challenging Traditions of Constitutional History, no periódico *Texas Journal of Women the Law*, Volume 13, 2003, pp. 91-111; (2) Resumo e abstract elaborados pela tradutora.



## SUMÁRIO

**INTRODUÇÃO; 1 ANTECEDENTES; 2 NOSSO CURSO; 2.1 COGER VS. NORTH WEST UNION PACKET CO.; 2.2 COGGESHALL VS. CIDADE DE DES MOINE; 2.3 GREEN VS. SHAMA; 3 O QUE APRENDEMOS?; 4 APÊNDICE.**

### ■ INTRODUÇÃO

Nos últimos cinco anos, temos feito a nossa própria intervenção subversiva no currículo da faculdade de direito. Os cursos de "Gênero e Direito" já são comuns. O nosso curso "Gênero e História Constitucional" é uma variação que achamos revigorante para ensinar em conjunto: uma de nós é formada em Direito e a outra em História. Cerca de metade dos nossos alunos são estudantes de direito; os outros são estudantes de pós-graduação em ciências humanas e sociais; e alguns são graduandos no fim do curso. Nós prometemos ensinar aos estudantes de direito a pensar como historiadores, e aos demais (fora do direito) a começar a pensar como advogados. Mais importante, procuramos restaurar o contexto histórico da análise jurídica.

Quando começamos a ministrar este curso, não percebíamos o quanto desafiaríamos as suposições que os estudantes de direito traziam para a sala de aula. Os outros estudantes já sabiam que não pensavam como advogados e ansiavam por esse gostinho em uma nova disciplina. Mas os estudantes de direito tinham sido bem ensinados a excluir dados "irrelevantes" da análise de princípios. Muitos dos estudantes de direito acharam a restauração da cronologia histórica e do contexto desafiador e revigorante. Nós também ganhamos nossas próprias novas perspectivas. Ao atribuir trabalhos nos quais os alunos reconstruíam a história do litígio sobre igualdade de tratamento no estado de Iowa, descobrimos, para nossa surpresa, que nossos alunos poderiam fazer contribuições significativas para nossa compreensão da história das mulheres, da história do Estado e, de fato, da história da nação. (A nossa compreensão do caso *Plessy vs. Ferguson*<sup>2</sup> muda quando tomamos nota de Emma Coger, que ganhou seu processo contra uma empresa de barcos a vapor que se recusou a deixá-la entrar no refeitório da primeira classe. A história do sufrágio parece diferente quando sabemos que, em 1904, as mulheres de Des Moines ganharam uma ação judicial defendendo seu direito de votar em títulos que ameaçavam aumentar seus impostos. Quem sabia que as professoras de Cedar Rapids haviam processado o distrito escolar para manter seus cargos após a licença-maternidade? Quem sabia que trinta anos atrás era ilegal em Iowa um cabeleireiro com licença de esteticista cortar o cabelo de um homem, mas era legal para um cabeleireiro com licença de barbeiro cortar o cabelo de uma mulher?) Nossos alunos nos ensinaram tanto quanto nós os ensinávamos.

---

<sup>2</sup> Caso 163 U.S. 537 (1896)

## 1 ANTECEDENTES

Os primeiros cursos "Mulheres e o Direito" foram desenvolvidos no início da década de 1970.<sup>3</sup> Esses primeiros cursos foram oferecidos principalmente em resposta às demandas do que estava se tornando uma massa crítica de estudantes de direito<sup>4</sup>. Muitas vezes, o curso era ministrado teoricamente por uma professora de direito disposta a emprestar seu nome ao curso, e, em vez disso, foi essencialmente ministrado por estudantes a partir de materiais que eles mesmos haviam desenvolvido.<sup>5</sup> Em 1985, esses cursos eram tão numerosos que Ann Shalleck, da American University, organizou uma pequena, mas nacional, conferência de mulheres professoras de direito que compartilharam programas e materiais para os cursos de Mulheres e Direito.<sup>6</sup> As conversas naquela reunião inicial se concentraram em saber se as mulheres e os cursos de direito eram apenas uma "solução" temporária para o problema da omissão, ou se era um esforço digno por si só. Naquela reunião inicial, os participantes concluíram que estudar somente questões sobre mulheres em um único curso era um importante esforço de conscientização; professores e alunos estavam ganhando *insights* importantes ao relacionarem questões que haviam sido dispersas.

Esses cursos se basearam nas áreas de Direito de Família, Direito Constitucional, Direito do Trabalho e Direito Penal. Muito do que eles ensinaram - por exemplo, a incapacidade das mulheres de nomear seus próprios filhos<sup>7</sup> - ou não foi abordada nos cursos substantivos<sup>8</sup> padrão ou foi espalhada no currículo padrão e muitas vezes ensinada de uma perspectiva externa, criando diferentes implicações.

Esses primeiros cursos foram ministrados em um contexto político emocionante alimentado por movimentos feministas de base. No início da década de 1970, a Conferência Nacional sobre a Mulher e o Direito começou a sediar conferências anuais que se concentravam em questões jurídicas de ponta que afetavam as mulheres, como a classe.<sup>9</sup> Depois que Grace Blumberg publicou seu artigo inovador sobre sexismo no Código Tributário, em 1972,<sup>10</sup>

<sup>3</sup> KERBER, Linda. K. *Writing Our Own Rare Books*. 2002. 14. YALE J. L. & FEMINISM 429, 431. (2002).

<sup>4</sup> Em 1970, apenas 8,6% dos estudantes de direito eram mulheres; em 1980, a porcentagem de mulheres havia aumentado para 34,2%. Ver: KORNHAUSER, Lewis. A.; REVESZ, Richard. L. *Legal Education and Entry into the Legal Profession: The Role of Race, Gender, and Educational Debt*. 70 N.Y.U. L. RE. v. 829, 849. (1995).

<sup>5</sup> Os próprios alunos de Yale ensinaram o curso em 1970 e, em seguida, convenceram a administração a contratar Barbara Babcock para lecioná-lo no ano seguinte. Kerber (nota supra, p. 431). O primeiro curso "Mulheres e o Direito" em Wisconsin foi ministrado por Jean Love em 1972, então professora visitante, a partir de materiais reunidos por mulheres estudantes de direito. Um ano depois, a Universidade de Indiana inaugurou seu primeiro curso "Mulheres e o Direito", ministrado por Jack Getman, a partir de materiais preparados por sua então aluna, Martha West, que hoje é professora de direito na Universidade da Califórnia, Davis.

<sup>6</sup> As primeiras reuniões nacionais para discutir Mulheres e as questões jurídicas ocorreram em 1971, em Yale, patrocinadas pela Carnegie Foundation, e em 1972, na NYU, patrocinadas pela American Association of Law Schools (AALS). Ver Kerber, nota supra 2, p. 429; Grace Ganz Blumberg, *Women and the Law: Taking Stock After 25 Years*, 6 UCLA WOMEN'S L.J. 279, 281 (1996).

<sup>7</sup> Ver, em geral: MACDOUGALL, Priscilla Ruth. *The Right of Women to Name Their Children*. 3. LAW & INEQ. 91 (1985).

<sup>8</sup> Nota da tradutora: cursos substantivos são cursos proferidos para estudantes de graduação se aprofundarem sobre assuntos específicos.

<sup>9</sup> Para uma breve história dessa importante organização feminista inaugural, ver: CAIN, Patricia A. *The Future of Feminist Legal Theory*, II WIS. WOMEN'S L.J. 367, 378-83 (1997).

<sup>10</sup> BLUMBERG, Grace. *Sexism in the Code: A Comparative Study of Income Taxation of Working Wives and Mothers*, 21 BUFF. L. REV. 49 (1971).

a Conferência Nacional sobre Mulheres e o Direito começou a incluir sessões sobre legislação tributária federal e sobre testamentos e fideicomissos<sup>11</sup>. A Suprema Corte dos Estados Unidos estava começando a reconhecer as mulheres como uma classe protegida pelo Direito à Igualdade, da Décima Quarta Emenda,<sup>12</sup> a própria Emenda do Direito à Igualdade havia sido introduzida recentemente e os ativistas nacionais estavam se mobilizando para ratificá-la.<sup>13</sup> Finalmente, uma importante doutrina estava sendo criada, como também os primeiros casos do Título VII envolvendo discriminação sexual estavam apenas começando a ser decididos.

Os cursos do tipo "Mulheres e o Direito" ministrados na década de 1970 continuam até hoje. Às vezes chamados de "Gênero e a Lei" ou "Sexo e a Lei", esses cursos tendem a se concentrar na "questão da mulher" em várias disciplinas jurídicas substantivas. As disciplinas abrangidas podem variar de curso para curso, mas normalmente há uma grande dose de Direito de Família, Direito do Trabalho, Direito Penal e Direitos Reprodutivos. Essa ênfase é refletida nos dois principais livros de casos neste campo.<sup>14</sup>

No início da década de 1980, uma nova modalidade de curso "Mulheres e o Direito" começou a surgir nas faculdades de direito de todo o país. Esses cursos, muitas vezes chamados de "Jurisprudência Feminista" ou "Teoria Jurídica Feminista", focavam mais na teoria e menos no direito substantivo. Em 1983, a Conferência Nacional sobre a Mulher e o Direito pela primeira vez incluiu um painel que continha explicitamente a frase "jurisprudência feminista".<sup>15</sup> Hoje há uma grande variedade de livros de casos que se pode escolher ao ministrar um curso de jurisprudência feminista,<sup>16</sup> e Martha Chamallas acaba de publicar a segunda edição de uma "cartilha" sobre teoria jurídica feminista.<sup>17</sup>

Uma pesquisa informal das descrições de setenta e cinco cursos "Mulheres e o Direito" agora ministrados nos EUA revela que eles estão divididos igualmente entre aqueles que se concentram na teoria e aqueles que são semelhantes aos cursos temáticos inaugurais. (É claro

<sup>11</sup> Ver: *Women and the Law: A Sourcebook* (Eighth National Conference, Madison, Wisconsin) Mar. 24-27, 1977; *Women and the Law: A Sourcebook* (Ninth National Conference, Atlanta, Georgia) Apr. 6-9, 1978.

<sup>12</sup> Ver: *Reed v. Reed*, 404 U.S. 71 (1971).

<sup>13</sup> A Câmara aprovou a Emenda do Direito à Igualdade em 1971 e o Senado a aprovou em 22 de março de 1972. A resolução do Congresso previa um período de sete anos para ratificação pelos estados. Em 6 de outubro de 1978, o Congresso acrescentou três anos ao período de ratificação. O número necessário de estados era 38. A emenda nunca foi totalmente ratificada. Sobre a constitucionalidade da prorrogação do prazo, ver Ruth Bader Ginsburg, *Ratification of the Equal Rights Amendment: A Question of Time*, 57 TEX. L. REV. 919 (1979). Para uma história sucinta e sutil da luta, veja DAVID E. KYVIG, *EXPLICIT AND AUTHENTIC ACTS: AMENDING THE U.S. CONSTITUTION, 1776-1995*, at 134 (1996), capítulo 17. Para um relato extenso das campanhas de ratificação em um único estado, veja DONALD G. MATHEWS & JANE SHERRON DE HART, *SEX, GENDER, AND THE POLITICS OF ERA: A STATE AND THENATION* (1990).

<sup>14</sup> HERMA HILL KAY & MARTHA WEST, *DISCRIMINAÇÃO BASEADA NO SEXO* (5ª ed. 2002) (direito de família: 219 páginas; direito trabalhista: 419 páginas; direito penal: 135 páginas; direitos reprodutivos: 101 páginas); BARBARA BABCOCK ET AL., *SEX DISCRIMINATION AND THE LAW* (2ª ed. 1996) (direito de família: 203 páginas; direito trabalhista: 508 páginas; direito penal: 189 páginas; direitos reprodutivos: 233 páginas). O livro de casos publicado mais recentemente de Catharine A. MacKinnon, *SEX EQUALITY*, também cobre essas áreas, mas adiciona material sobre questões internacionais e abordagens interdisciplinares para uma cobertura mais completa tanto do direito quanto da teoria. Mais de 1600 páginas ao todo.

<sup>15</sup> Veja Cain, nota supra 7; painéis em anos anteriores incluíam perspectivas que poderiam ser chamadas de "jurisprudência feminista", mas não usavam o termo.

<sup>16</sup> Além dos citados na nota 12 (16, *na tradução*), ver KATHARINE T. BARTLETT & ANGELA HARRIS, *GENDER AND THE LAW: THEORY, DOCTRINE COMMENTARY* (2d ed. 1998); MARY BECKER E. AL., *JURISPRUDÊNCIA FEMINISTA: LEVANDO AS MULHERES A SÉRIO* (2ª ed. 2001).

<sup>17</sup> MARTHA CHAMALLAS, *INTRODUCTION TO FEMINIST LEGAL THEORY* (2d ed. 2003).

que depende muito de como o professor aborda e interpreta o material). Mas apenas oito das setenta e cinco descrições dos cursos faziam qualquer referência ao contexto histórico em que o direito se desenvolveu. Nos livros de casos que a maioria dos estudantes acessa, a relação das mulheres com a lei – seja constitucional, familiar, criminal etc. – é geralmente tratada como uma questão de discriminação baseada no gênero. O desafio intelectual está em identificar o nível adequado de escrutínio judicial em matéria de proteção igualitária. Os principais casos históricos - Bradwell,<sup>18</sup> Muller,<sup>19</sup> Goesaert<sup>20</sup> e Hoyt<sup>21</sup> - aparecem como pano de fundo à medida que avançamos no conceito de classificação de suspeitos<sup>22</sup> no Direito à Igualdade. Esses casos não surgem em seu próprio momento cronológico, embora se estendam por um século desde Bradwell em 1872, Hoyt em 1961 e Frontiero<sup>23</sup> em 1973.

Nosso curso - não surpreendentemente, uma vez que é ministrado por uma professora de direito e uma professora de história - está mergulhado no contexto histórico. Achamos que a inclusão de uma grande dose de história é subversiva. Dá aos nossos alunos, a maioria dos quais nasceu bem depois que a segunda onda do feminismo atingiu seu pico e o ativismo de base recuou dos níveis do início dos anos 1970, insights importantes sobre o poder contínuo do patriarcado na lei. Quando nos perguntamos por que tantas estudantes liberais se recusam a se definir como feministas, uma resposta pode ser que a instrução que tem sido central para a compreensão da lei e da justiça americanas apaga as maneiras pelas quais as regras antigas de cobertura e a crença de que o tratamento diferente com base no sexo não é arbitrário, mas baseado em distinções que a própria natureza estabeleceu, infectou entendimentos de equidade desde a era da fundação até o presente.

Nos divertimos tanto ensinando juntas que gostaríamos de encorajar outras a considerarem abordagens semelhantes. A pedagogia feminista interdisciplinar oferece oportunidades para abordar muitos temas contemporâneos importantes: os limites do feminismo liberal, a relação entre a teoria queer e a teoria liberal, a relação entre os movimentos sociais pelos direitos dos homossexuais e os movimentos sociais pelos direitos das mulheres e as dimensões de gênero, de raça e da cidadania.

## 2 NOSSO CURSO

Dois grandes temas ocorrem e se repetem em nosso programa:<sup>24</sup> as relações de propriedade e o impacto dos movimentos sociais. Em primeiro lugar, fundamentamos a experiência das mulheres na velha *Law of Domestic Relations*, na *Law of Baron and Femme*, *Parent and Child*, *Master and Servant*, and *Master and Slave*, que a geração fundadora trouxe intacta para a nova república.<sup>25</sup> As regras de cobertura limitavam o controle que as mulheres tinham

<sup>18</sup> Bradwell v. Illinois, 83 U.S. 130 (1872).

<sup>19</sup> Muller v. Oregon, 208 U.S. 412 (1908).

<sup>20</sup> Goesaert v. Cleary, 335 U.S. 464 (1948).

<sup>21</sup> Hoyt v. Florida, 368 U.S. 57 (1961).

<sup>22</sup> Nota da tradução: A Classificação de suspeitos refere-se a uma classe de indivíduos que foram historicamente sujeitos a discriminação. No caso dos EUA, os principais parâmetros são raça, religião e nacionalidade.

<sup>23</sup> Frontiero v. Richardson, 411 U.S. 677 (1973).

<sup>24</sup> Uma cópia do nosso programa atual (partes materiais) é anexada a este ensaio.

<sup>25</sup> Um bom lugar para começar é Christopher Tomlins, Subordination, Authority, Law: Subjects in Labor History, 47 INT'L LAB. & HIST DA CLASSE TRABALHADORA. 56 (1995).

sobre a propriedade e, por extensão, limitavam sua capacidade de agir como agentes livres, moldando as relações entre mulheres e homens desde o início da república até o século XX. Embora as regras de cobertura pareçam simples e diretas, as práticas eram complexas e extrapolavam as situações pensadas nas leis.<sup>26</sup> Quando a diferença racial estava envolvida, a aplicação das regras poderia se tornar explosiva.<sup>27</sup> Grande parte do nosso curso, especialmente o primeiro terço, é dedicado a mostrar a esperteza e a originalidade exibidas por pessoas que viviam em um sistema em que a cobertura era controlada. Ainda na década de 1960, as regras de cobertura ainda enredavam as propriedades e afetavam o direito de contratar das mulheres casadas.<sup>28</sup>

Em segundo lugar, procuramos restaurar o contexto social à análise jurídica e filosófica. Por exemplo, os livros de casos de direito constitucional normalmente tratam de *Reed v. Reed*<sup>29</sup> e seus sucessores perguntando se a decisão da Suprema Corte foi baseada simplesmente em “revisão racional” ou se estava de fato aplicando “escrutínio elevado”. Lendo esses livros de casos, no entanto, não se teria a menor ideia de que pouco antes de *Reed* ser discutido, 50.000 mulheres compareceram a um desfile em Nova York - e mais em outras cidades - no cinquentenário do sufrágio igualitário; ou que, enquanto *Reed* estava sendo litigado, o senador Sam Ervin estava montando uma forte campanha contra a ERA<sup>30</sup> e, uma vez aprovada, ofereceria os serviços de seu escritório, incluindo seu privilégio de franquia, a Phyllis Schlafly e outros oponentes da ERA.<sup>31</sup> Em suma, raramente há algo nas discussões de casos que os coloca no contexto do movimento de mulheres incrivelmente expansivo, que, junto com o movimento pelos direitos civis, foi o maior movimento social do século XX, e que definiu o ERA como parte de sua agenda e fez lobby com grande inteligência por ele.

A energia da libertação das mulheres – e dos direitos civis e da libertação gay – não pode ser compreendida sem reconhecer quão profundamente enraizada na lei e na prática

<sup>26</sup> Ver, por exemplo, *Lanier v. Ross*, 21 N.C. 39 (1834) em que uma mulher casada, com a ajuda de um amigo e o consentimento de seu marido insolvente, negociou com um vendedor a compra de uma propriedade que seria depositada em fideicomisso em seu benefício. A Carolina do Norte reconheceu a regra legal geral de que uma mulher casada não poderia possuir propriedade, mas também reconheceu a exceção, com base na igualdade, que lhe permitia possuir um interesse em confiança. A Suprema Corte da Carolina do Norte considerou que a exceção se aplicava apenas quando a mulher casada era a donatária passiva ou detentora do interesse compartilhado e não podia ser aplicada quando ela estava negociando o interesse em seu próprio nome. Mesmo depois que os estados adotaram as leis de propriedade das mulheres casadas, as regras de cobertura continuaram. Por exemplo, um estatuto pode conceder a uma mulher casada o direito de comprar uma propriedade como sua propriedade separada, desde que ela use seus próprios fundos para a compra. Mas se ela usasse seus próprios ganhos para a compra, a transação não seria coberta pelos novos atos porque a lei consuetudinária considerava seu marido o dono de seus ganhos. Assim, ela estaria adquirindo a propriedade não com recursos próprios, mas com os recursos do marido. Ver, por exemplo, *McElfresh v. Kirkendall*, 36 Iowa 224 (1873); *H. Apple & Co. v. Ganong*, 47 Miss. 189 (1872).

<sup>27</sup> Ver *Stephens v. Clements*, 6 Binn. 206 (Pa. 1814) (reconhecendo o direito da mulher negra de contratar e, assim, validar sua anuência como serva).

<sup>28</sup> Ver, por exemplo, *United States v. Yazell*, 382 U.S. 341 (1966) (questionando se, sob a lei do Texas, um contrato de empréstimo entre a Small Business Administration e um marido e uma esposa poderia ser aplicado contra a propriedade separada da esposa; tanto o Tribunal de primeira instância como o de apelação decidiu a favor da esposa com base na lei de cobertura do Texas; a Suprema Corte confirmou, sustentando que não havia interesse federal suficiente para superar a lei estadual de propriedade).

<sup>29</sup> 404 U.S. 71 (1971).

<sup>30</sup> *Nota da tradução: sigla para a emenda do Direito à Igualdade.*

<sup>31</sup> Ver MATHEWS & DE HART, nota supra 11 (*nota 15, na tradução*).

americanas estão relações desiguais que assumem a heterossexualidade como norma e desafiam os princípios revolucionários de igualdade, liberdade e justiça. Reed, Frontiero e todo o resto das decisões até Romer,<sup>32</sup> Bowers,<sup>33</sup> Morrison<sup>34</sup> e as decisões de 2003 em Hibbs,<sup>35</sup> Bollinger<sup>36</sup> e Lawrence<sup>37</sup> não podem ser totalmente compreendidas até que abramos espaço para os movimentos sociais que energizaram os litigantes e lhes deram a linguagem, a energia e o senso de direito que lhes permitiu desafiar as formas estabelecidas de fazer as coisas.<sup>38</sup>

Nossos alunos aprendem a apreciar esse contexto em parte por nossas palestras e pela leitura que atribuímos, que inclui o trabalho de historiadoras e juristas. Ainda mais importante, no entanto, é a sua própria pesquisa. Começamos oferecendo uma lista de casos selecionados de Apelação de Iowa que envolvem questões de gênero. Escolhemos os casos de Iowa para que os alunos tenham uma boa chance de encontrar resumos e documentos do tribunal, cobertura em jornais locais e, para casos mais recentes, a possibilidade de entrevistar alguns dos litigantes. Usamos casos de apelação porque é mais provável que os documentos tenham sido arquivados. Os casos que listamos são aqueles que achamos que os alunos acharão interessantes, mas, uma vez que eles fazem a pesquisa, quase sempre ficamos surpresos com o quanto eles descobriram e quão significativos esses casos subexaminados geralmente são. Três de nossos casos favoritos são: Cogger vs. North West Union Packet Co.,<sup>39</sup> Coggeshall vs. Cidade de Des Moines<sup>40</sup> e Green v. Shama<sup>41</sup>.

## 2.1 Cogger v. North West Union Packet Co.<sup>42</sup>

Emma Cogger era uma jovem professora em Illinois, afro-americana e de pele clara. Não parece que ela viveu sua vida defendendo a causa de sua raça. Mas, na década de 1870, ela encenou o que é inquestionavelmente um dos primeiros "*sit-ins*" (ou talvez, mais precisamente, um "*sit-down*") para afirmar seu direito à igualdade de tratamento. Ela embarcou no navio a vapor S.S. Merrill, em Burlington, Iowa, com a intenção de viajar pelo Mississippi até Quincy, Illinois. Ela teve dificuldade em comprar um vale-refeição de primeira classe, pois a política da empresa era não pagar esse serviço para pessoas de cor. Quando ela pediu a uma camareira para comprar tal ingresso para ela, o ingresso voltou com "menina de cor" escrito nele. Ela devolveu a passagem e pediu a um senhor branco que comprasse uma passagem para ela. Usando o novo ingresso, ela entrou na cabine de jantar e sentou-se na "mesa das

<sup>32</sup>Romer v. Evans, 517 U.S. 620 (1996). Para a história completa sobre este caso e os movimentos envolvidos nele, veja LISA KEEN & SUZANNE B. GOLDBERG, STRANGERS TO THE LAW: GAY PEOPLE ON TRIAL (1998).

<sup>33</sup> Bowers v. Hardwick, 478 U.S. 186 (1986). Para mais informações sobre este caso, veja PATRICIA A. CAIN, RAINBOW RIGHTS: THE ROLE OF LAWYERS AND COURTS IN THE LESBIAN AND GAY CIVIL RIGHTS MOVEMENT, 169-82 (2000).

<sup>34</sup> U.S. v. Morrison, 529 U.S. 598 (2000).

<sup>35</sup> Nevada Dep't of Human Res. v. Hibbs, 538 U.S. 721 (2003).

<sup>36</sup> Grutter v. Bollinger, 539 U.S. 306 (2003).

<sup>37</sup> Lawrence v. Texas, 123 S.Ct. 2472 (2003).

<sup>38</sup> Para discussões sobre o papel dos movimentos sociais no contencioso, ver em geral CAIN, nota supra 29 (34, na tradução) e JACK GREENBERG, CRUSADERS IN THE COURTS: HOW A DEDICATED BAND OF LAWYERS FOUGHT FOR THE CIVIL RIGHTS REVOLUTION (1994).

<sup>39</sup> 37 Iowa 145 (1873).

<sup>40</sup> 117 N.W. 309 (Iowa 1908).

<sup>41</sup> 217 N.W.2d 547 (Iowa 1974).

<sup>42</sup> 37 Iowa 145 (1873).

senhoras". Pouco depois, o capitão chegou e pediu que ela se retirasse. Neste momento começou uma briga. Como a Suprema Corte de Iowa descreveu:

O pedido era que ela saísse da mesa e tomasse sua refeição perto dos guardas ou na despensa, não saísse do lugar reservado e pegasse outro. Ela recusou, e então foi chamado o capitão do barco, que repetiu o pedido e, negado o cumprimento, procedeu à força para removê-la da mesa e da cabine do barco. Ela resistiu tanto que foi necessária uma violência considerável para arrastá-la para fora da cabine e, na luta, a cobertura da mesa foi arrancada e os pratos quebrados, e o oficial sofreu um leve ferimento. As testemunhas do réu declararam que ela usou linguagem abusiva, ameaçadora e grosseira durante e após a luta, mas ela nega. É certo, porém, que por sua resistência espirituosa e suas palavras desafiadoras, bem como por sua pertinácia em exigir o reconhecimento de seus direitos e em reivindicá-los, ela deu provas do sangue anglo-saxão que corre em suas veias. Embora possamos considerar que a evidência, quanto às suas palavras e conduta, não tende a estabelecer aquela delicadeza e timidez feminina tão elogiada, mas mostra uma energia e firmeza na defesa de seus direitos não totalmente indignas de admiração. Mas nem a delicadeza feminina nem a coragem não-feminina têm a ver com seus direitos legais e os remédios para sua privação. Estes devem ser resolvidos sem levar em conta tais traços pessoais de caráter.<sup>43</sup>

Reconhecendo o direito de Emma Coger de igual acesso a acomodações públicas, a Suprema Corte de Iowa manteve o veredicto do júri de US\$ 250 em seu favor, como compensação pela agressão e agressão sofrida.

## 2.2 Coggeshall vs. Cidade de Des Moines<sup>44</sup>

Perto do final do século XIX, desesperadas com o fracasso em obter plenos direitos de voto, as sufragistas de Iowa se juntaram a suas colegas de todo o país na tentativa de encontrar uma solução parcial. Restringindo suas reivindicações ao tradicional princípio americano de "nenhum imposto sem representação", em 1894, elas persuadiram a legislatura a permitir que as mulheres votassem em "qualquer cidade, vila ou eleição escolar, na questão de emitir quaisquer títulos para fins municipais ou escolares, e para fins de empréstimo de dinheiro, ou sobre a questão de aumentar a carga tributária..."<sup>45</sup>. E, em 1898, as mulheres de Des Moines, colocando suas cédulas em uma urna separada nos locais de votação, votaram na questão da compra de uma nova usina de água para a cidade.

Em 1907, outra eleição especial foi convocada; uma pergunta era "Deve a cidade de Des Moines erguer uma prefeitura a um custo não superior a \$ 350.000?"<sup>46</sup> Ao não especificar a cobrança de impostos ou a emissão de títulos, os proponentes acreditavam que poderiam excluir as mulheres das urnas, e as autoridades municipais não fizeram nenhum esforço para se preparar para os votos delas. Quando as mulheres ativistas tentaram votar, elas foram rejeitadas. Dentro de um mês, um grupo de demandantes, liderado por Mary J. Coggeshall e a advogada Grace Ballantyne, contestou sua exclusão das pesquisas. Quando eles perderam no Tribunal Distrital, apelaram para o Supremo Tribunal de Iowa: "[quando] a lei da terra admite certas pessoas até mesmo em um lugar insignificante entre as fileiras de [eleitores], então...

<sup>43</sup> Coger, 37 Iowa at \*1

<sup>44</sup> 117. N.W. 309 (Iowa 1908).

<sup>45</sup> 1894 Iowa Acts, capítulo 39.

<sup>46</sup> Id em 309.



o livre exercício desse direito que foi concedido deve ser tão plenamente protegido pelos tribunais quanto os direitos políticos daqueles que primeiro se apropriaram do poder de fazer e limitar a concessão."<sup>47</sup>

As mulheres encontraram um ouvinte solidário no Presidente da Corte Scott M. Ladd, que observou: "O direito ao sufrágio é um direito político da mais alta dignidade".<sup>48</sup> Enquanto a Constituição do Estado de Iowa concedeu o direito de voto a "todo cidadão do sexo masculino dos Estados Unidos com idade de 21 anos"<sup>49</sup>, que viveu no estado nos seis meses anteriores e no condado por sessenta dias, Ladd negou que a constituição do estado inibisse a expansão do sufrágio para as mulheres - o que, de fato, a legislatura havia feito. Ele concluiu que "os queixosos tinham direito a votar na questão apresentada em uma eleição especial em 20 de junho de 1907, e foram ilegalmente privados desse privilégio".<sup>50</sup> Ele reconheceu que quando um indivíduo foi desqualificado de votar por causa de um erro de julgamento de um oficial de votação, "não há remédio" e a eleição continua válida. Mas em 1907, os oficiais de votação haviam excluído "uma classe inteira de eleitores... numerosa o suficiente para alterar o resultado. A negação é então da natureza da opressão e opera para derrotar o próprio propósito da eleição..."<sup>51</sup>

Ladd concluiu avidamente: "De acordo com o último censo estadual, havia 19.179 mulheres nativas com mais de 21 anos de idade residindo em Des Moines, ou 741 a mais do que homens da mesma idade". Ele se recusou a discutir se o resultado da eleição teria mudado se as mulheres pudessem votar; era óbvio que havia "mais votantes qualificadas do que o necessário para superar a maioria"<sup>52</sup>. Coggeshall, Ballantyne e seus colegas - cidadãos determinados que combatem a corrupção, apesar de sua marginalidade - persuadiram a Suprema Corte de Iowa a declarar a eleição inválida.

### 2.3 Green vs. Shama<sup>53</sup>

No início da década de 1970, o cabelo comprido e desgrenhado havia se espalhado dos homens jovens para a meia-idade, dos rebeldes para a classe média. Desprezando os barbeiros tradicionais e os estilos de cabelo curtos, os barbeiros foram treinados para cortar e um número crescente de homens gravitava para esteticistas, que são cabeleireiros acostumados a cuidar dos cabelos compridos das mulheres. O Sioux City Journal chegou a publicar um anúncio colocado por um salão de beleza destinado a homens: "*Shag it!*".

Mas quando os homens apareciam nos salões de beleza femininos, os salões estavam infringindo a lei. Os estatutos de Iowa há muito previam que os barbeiros (praticamente todos são homens) podiam cortar o cabelo de homens ou mulheres, mas os esteticistas (principalmente mulheres, mas também alguns homens) podiam cortar legalmente apenas o cabelo de

<sup>47</sup> Resumo e argumentos na Suprema Corte de Iowa, maio de 1908. Apelantes Brief and Argument, 560-61. Somos gratos a Eleanor H. McConnell, *Fighting City Hall: The Battle for Municipal Suffrage in Progressive Era Des Moines*, (2001) (artigo não publicado em arquivo com os autores).

<sup>48</sup> *Coggeshall*, 117 N.W. 312.

<sup>49</sup> Id em 311.

<sup>50</sup> Id em 313.

<sup>51</sup> Id em 314.

<sup>52</sup> Id.

<sup>53</sup> 217 N.W.2d 547 (Iowa 1974).

mulheres e meninos com menos de onze anos. Então, quando Rose Shama e Gary McCormack anunciaram que seu salão entendia os desafios de cabelos mais longos e dava boas-vindas aos homens, Charles Green e outros barbeiros licenciados viram seu sustento em jogo. Os barbeiros argumentaram que Shama e McCormack mantinham "uma Barbearia não licenciada" e faziam propaganda enganosa, já que os esteticistas não podiam solicitar cortes de cabelo aos homens adultos. Ambos os lados concordaram que todo cidadão tinha o direito de exercer qualquer comércio ou ocupação legítima; e ambos os lados concordaram que o Estado poderia exercer seu poder de polícia para aprovar leis que beneficiassem a saúde e o bem-estar geral. Mas os estatutos de Iowa estavam razoavelmente relacionados à saúde e segurança pública? Ou os estatutos eram "arbitrários, caprichosos e irracionais", porque pretendiam "limitar a concorrência sob o pretexto de proteger a saúde e a segurança do público masculino?".

De fato, a legislatura de Iowa estava naquele momento debatendo o mesmo ponto. Mas a legislatura foi retardada pela resistência dos barbeiros organizados, e a Suprema Corte de Iowa precisaria tomar uma decisão bem antes que a legislatura resolvesse a questão.

Em uma série de argumentos que são difíceis de acreditar agora - afinal, era 1974, apenas trinta anos atrás - os barbeiros afirmaram que os desafios que enfrentavam exigiam mais habilidade e sofisticação do que os esteticistas eram capazes. Como o Tribunal resumiu:

A partir do registro, aprendemos que abordagens diferentes foram adotadas para o estilo de cabelo masculino e feminino por causa das diferenças fisiológicas entre os sexos. As fêmeas têm feições mais finas devido à estrutura óssea da face e à presença de uma camada de tecido adiposo que cobre seus corpos, mas não o dos machos. A linha do cabelo feminino difere devido à ausência de costeletas e pelos faciais .... Os homens sofrem de calvície muito mais do que as mulheres.<sup>54</sup>

As características masculinas adultas mudam mais do que as femininas por causa de pelos faciais, costeletas e exposição aos elementos no trabalho. Mudanças no cabelo de uma mulher ocorrem durante os períodos menstruais e de gravidez. Os riscos para a saúde são geralmente de maior incidência no corte de cabelo dos homens, porque muitas vezes chegam ao barbeiro após realizarem trabalhos manuais e, portanto, há maiores probabilidades de propagação de doenças contagiosas; os mesmos perigos geralmente não estão presentes em relação às mulheres.<sup>55</sup>

Os barbeiros tiveram dificuldade em discriminar entre estilo cultural e situação biológica:

Devido a essas diferenças, o estilo de cabelo entre os sexos difere. Como regra geral, o cabelo masculino foi cortado curto e, mesmo que cortado longo, tem uma aparência quadrada, semelhante a uma caixa, projetada para parecer masculino.<sup>56</sup>

Apesar de dois votos contrários - "as afirmações dos demandantes são insustentáveis", observou o juiz McCormick - os barbeiros venceram. Os argumentos foram enquadrados em termos de Igualdade de Proteção e direito de exercer uma vocação, mas, como concluiu o

<sup>54</sup> Id. em 549-50.

<sup>55</sup> Id. em 550.

<sup>56</sup> Id.

Juiz dissidente, o que estava realmente em jogo era a concorrência por clientes; eram os estatutos que eram inconstitucionais, não as práticas. “Este caso não teria surgido se um número substancial de homens não tivesse preferido o que os esteticistas fazem com o cabelo ao que os barbeiros fazem com o cabelo”. E por mais um ano ou mais, em vilas e cidades em todo o estado de Iowa, homens respeitáveis e cumpridores da lei apareceram silenciosamente, depois do expediente, sem compromissos formais, em salões unissex que não ousavam falar seus nomes.<sup>57</sup>

### 3 O QUE APRENDEMOS

Ensinamos uns aos outros pelo menos tanto quanto ensinamos aos nossos alunos; ensinar juntas tem sido uma experiência enriquecedora para nós duas. Nossos alunos veem que estamos aprendendo uns com os outros, e isso torna mais fácil para eles aprenderem entre si e conosco também. Esperamos que os estudantes de direito saiam das aulas com uma maior apreciação do papel do acaso por si só e na definição dos desafios que os advogados enfrentam. Esperamos que eles emergam com o entendimento de que todo o conhecimento não está incluído no Westlaw. (Descobrimos há muito tempo que a nota no trabalho de pesquisa tem apenas um pouco a ver com o poder do cérebro e principalmente com o quão cedo eles deixam seus computadores, vão para a biblioteca e brincam com jornais velhos e manuscritos.) Esperamos que os outros estudantes aprendam a respeitar os contornos do argumento jurídico e as habilidades envolvidas em cortar os arbustos da eventualidade para revelar as questões subjacentes. Pedimos a todos os nossos alunos que suspendam sua descrença e tentem se imaginar em uma época em que a dissimulação era o senso comum da questão, quando a escravidão era um dado adquirido e quando pessoas razoáveis tinham que lutar com suposições sobre o estado de coisas normativo que ainda é muito estranho para nós agora. Esperamos poder fundamentar o ano de 1973 em seu próprio contexto histórico para esta geração de estudantes que o consideram uma história antiga; 1773 (o Boston Tea Party), 1872 (Bradwell), 1973 (Frontiero), 2003 (Lawrence), todos vêm em ordem cronológica necessária.

Concluindo, Pat diria que agora acha difícil pensar em qualquer coisa fora da ordem cronológica, e essa abordagem infundiu seus outros cursos. Quando ela ministra seus cursos usuais em fundos, propriedades e em impostos, ela inclui muito mais sobre cobertura e propriedade das mulheres. Linda diria com orgulho que ela aprendeu a levar os alunos a "resumir" um caso tecnicamente - conduzir uma "perseguição de papel" suave, por assim dizer. Em seus cursos do departamento de história, Linda agora classifica os exames anonimamente (os alunos recebem números aleatórios). E ela passou a se orgulhar do fato de que conhecer um pouco de história pode dar uma contribuição valiosa para a compreensão dos advogados sobre os problemas que eles enfrentam. Não somos a única dupla de advogadas/historiadoras ensinando juntas; no ano passado, Carol Sanger e Alice Kessler-Harris desenvolveram um curso que enfoca o direito de família no contexto histórico na Columbia.<sup>58</sup>

<sup>57</sup> Somos gratas à pesquisa de Emily Coleman e Eriko Ugihara.

<sup>58</sup> O curso foi ministrado no semestre da primavera de 2003 em Columbia e se chamava: Significados da Maternidade: Perspectivas Históricas e Jurídicas.

Nosso projeto recupera muitos aspectos ocultos da complexa história das mulheres. Seus objetivos, como os de qualquer projeto feminista, são descobrir os locais ocultos do poder e discernir onde ele pode ser desafiado. É empoderador saber que em 1908, muito antes das mulheres poderem votar nas eleições gerais, as mulheres de Des Moines assumiram a estrutura de poder da maior cidade de seu estado e venceram. É empoderador saber que muito antes de Plessy, Emma Coger, uma mulher afro-americana solitária, desafiou uma empresa de navios a vapor e venceu. É claro que na maioria das vezes os demandantes em nossos casos perdem, mas, ao questionar por que perderam, nossos alunos ficam irritados, emergindo não apenas com muitas informações novas, mas também com o compromisso de direcionar seus futuros trabalhos e pesquisas de modo a romper o conhecimento herdado. Esperamos que outros desenvolvam mais versões dessa estratégia subversiva.



## Apêndice

Universidade de Iowa

Faculdade de Direito

Outono de 2003

### Gênero e Direito: História Constitucional

Professora Patricia A. Cain

patricia-cain@uiowa.edu

Professora Linda K. Kerber

linda-kerber@uiowa.edu

#### OBJETIVO DO CURSO:

Este curso é um esforço para mesclar as abordagens de historiadores e juristas à medida que examinamos os principais temas da história do gênero e do direito, especialmente o Direito Constitucional. A Constituição Federal de 1787 não fazia distinções de gênero e raramente usava o genérico "ele". O termo "masculino" não foi introduzido na Constituição até depois da Guerra Civil, e apenas na cláusula de execução da Décima Quarta Emenda (uma cláusula que nunca foi posta em prática). No entanto, a relação de homens e mulheres com as proteções da Constituição difere; a capacidade de homens e mulheres de reivindicar o Estado variou; e o significado de igual proteção das leis, garantido pela Décima Quarta Emenda, tem sido vivenciado de forma diferente por homens e mulheres.

O campo da história do direito tem crescido rapidamente nos últimos anos, muito enriquecido pelo trabalho de estudiosos que abordam questões jurídicas em profundos contextos históricos. Esperamos que aqueles que ingressam na classe tendo sido formados como historiadores saiam com alguma noção do que significa pensar como um advogado; isto é, com ênfase em princípios de justiça, regras de procedimento e arte de argumentar. Esperamos que aqueles que ingressam na classe como estudantes de direito saiam com uma maior valorização do papel do contexto social e histórico, e o papel da serendipidade na formação dos desafios jurídicos que os tribunais e os advogados enfrentam.

Nosso curso será realizado em formato de palestra/discussão. Planeje ler antes da tarefa de cada dia para que nossa aula possa ser interativa. Leituras obrigatórias são extraídas de muitos gêneros diferentes: documentos legais como decisões judiciais, resumos e legislação; capítulos analíticos e ensaios de historiadores e advogados. Esses diferentes gêneros sugerem diferentes estratégias analíticas.

Trabalho de pesquisa. Cada aluno enviará um artigo de 10 páginas até sexta-feira, 5 de dezembro. O artigo escolherá um único caso no contexto social e histórico. Contará 50% da sua nota final.

O trabalho escrito será a contribuição *individual* de cada aluno. Mas os alunos trabalharão de forma colaborativa na pesquisa. Os grupos apresentarão os seus trabalhos à turma em novembro (ver programa). Preparamos uma lista de casos de Iowa que tratam de questões significativas de gênero e direito. Você terá a oportunidade de classificar suas melhores escolhas e tentaremos, *mas não podemos prometer*, atribuí-lo a um grupo com base em uma de suas seleções. Esteja preparado para entregar um cartão de seleção de casos até 17 de setembro.

Agendamos visitas à Biblioteca Jurídica e à Biblioteca Principal que apresentarão as estratégias de pesquisa e os recursos bibliográficos para este projeto.

Apresentações dos papers. Os alunos apresentarão, em equipe, o seu caso contextualizado no final do semestre.

Exame final. O exame final incluirá perguntas que pedem que você exiba análises históricas e legais. Será um exame aberto de três horas na terça-feira, 16 de dezembro, às 8h30, no prédio da advocacia. Computadores laptop, telefones celulares ou assistentes digitais pessoais (PDAs) não são permitidos. O exame contará 50% da sua nota final.

Acomodações para exames. Todas as solicitações de acomodações devem ser feitas a Linda McGuire, Diretora Associada da Faculdade de Direito.

## LEITURA OBRIGATÓRIA

Três cursos estarão disponíveis na livraria da faculdade de direito no primeiro andar do BLB. [Observação; a livraria tem horário limitado após as semanas de abertura das aulas]:

Pacote 1 - Documentos: decisões, resumos, estatutos, manifestos e outras fontes primárias

Pacote 2 - Comentário: ensaios, tratados, histórias e outras fontes secundárias

Pacote 3 - Historiadores e Advogados no Tribunal: Lawrence v. Texas, 2003



Os pacotes de curso serão preparados em papel perfurado de três furos, para que você possa guardá-los facilmente em fichários. Você deve planejar trazer para a aula as leituras que discutiremos naquele dia. De tempos em tempos, podemos adicionar um documento ou dois.

Um livro obrigatório: MELTON McLaurin, CELIA: A SLAVE

## CRONOGRAMA

### Quarta-feira, 27 de agosto: Introdução

Introdução ao curso

### Segunda-feira, 1º de setembro: Dia do Trabalho

Sem aula

## PRIMEIRA PARTE: DIREITO E PATRIARCADO

### Quarta, 03 de setembro: Tradições antigas no início da América

Pacote 2:

Gerda Lerner, THE CREATION OF PATRIARCHY, cap. 5

Pacote 1:

CÓDIGO DE HAMMURABI, *seleções*

Sir William Blackstone, COMMENTARIES ON THE LAW OF ENGLAND, 1771-1778, *seleções*

According to the condition of the mother, Virginia statute, 17th century.

Fulton v. Shaw (Va. 1827)

### Segunda, 08 de setembro: Sexualidade no início da América

Pacote 2:

John D'Emilio e Estelle Freedman, A HISTORY OF SEXUALITY, caps. 1 e 2

Mary Beth Norton, *Thomas/Thomasina*, em FOUNDING MOTHERS AND FATHERS: GENDERED POWER AND THE FORMING OF THE AMERICAN SOCIETY (1996).

Pacote 1:

Tapping Reeve, HE LAW OF BARON AND FEMME, *seleções*

### Quarta, 10 de setembro: A Cultura da Cobertura



**Segunda-feira, 15 de setembro:**

Pacote 1:

Casos em cobertura (Pacote 1)

Prescott vs. Brown (Maine 1843)

Lanier vs. Ross (NC 1834)

Bradley vs. State (Miss. 1824)

State vs. Rhodes (NC 1868)

Conner vs. Shepherd (Mass. 1818)

Allen vs. McCoy (Ohio 1838)

**Comparação entre os sistemas de direito inglês e civil:**

Pacote 2:

Deborah Rosen, *Women and Property Across Colonial America: Comparison of Legal Systems in New Mexico and New York*, 60 WILLIAM AND MARY QUARTERLY, 355-381, 3d series (2003)

Bea Ann Smith, *The Partnership Theory of Marriage*, 68 TEX. L. REV. 689 (1990), *seleções*

Pacote 1:

Van Maren vs. Johnson (Calif. 1860)

**Quarta, 17 de setembro: Vivendo com a Escravidão**

Melton McLaurin, *CELIA: A SLAVE* (1991)

Pacote 2:

Adrienne Davis, *"The Private Law of Sex and Race: An Antebellum Perspective"*, 51 Stanford L. REV. 221 (1999), *seleções*.

Pacote 1:

Stephens vs Clements (Penn. 1814).

## **Segunda, 22 de setembro: Cobertura Desestabilizadora**

### Pacote 1:

Documentos: Leis de Propriedade de Mulheres Casadas: Estatuto do Mississippi (1839)

Estatutos de Nova York (1848, 1861)

Estatutos de Iowa (1846, 1866)

Declaração de Sentimentos (1848)

### Pacote 2:

Comentário: Gerda Lerner, *The Meanings of Seneca Falls, 1848-1998*, DISSENT, Fall, 1998, *abreviado*.

Reva Siegel, Home as Work: The First Women's Rights Claims Concerning Wives' Household Labor, 1850-1880, 103 YALE L.J. 1073 (1994), *seleções*.

### Pacote 1:

Brooks vs. Schwerin (N.Y. 1873)

H. Apple Co. vs. Ganong (Miss. 1872)

McElfresh vs. Kirkendall (Iowa 1873)

## **SEGUNDA PARTE: RENEGOCIANDO A CIDADANIA 1865-1962**

## **Quarta, 24 de setembro: Raça, Gênero e Cidadania após a Guerra Civil**

### **Segunda, 29 de setembro:**

#### Pacote 1:

Documentos: 13<sup>a</sup>, 14<sup>a</sup>, 15<sup>a</sup> Emendas

Coger vs. North West Union Packet Co. (Iowa 1873)

Bradwell vs. Illinois [1873]

Minor vs. Happersett [1875]

Plessy vs. Ferguson [1896]

#### Pacote 2:



Ellen Carol DuBois, *Taking the Law in Our Own Hands: Bradwell, Minor, and Suffrage Militance in the 1870s*, in *VISIBLE WOMEN, NEW ESSAYS ON AMERICAN ACTIVISM* (1993)

#### **Quarta, 1º de outubro: sexo e casamento**

##### **Quarta, 08 de outubro:**

###### Pacote 1:

Scott vs. Geórgia (Ga 1869)

In re Hobbs (N.D. Ga 1871)

Reynolds vs. EUA (1878)

Lei Comstock (1873) e People vs. Friede (N.Y. 1929)

Muller vs. Orgeon (1908) e Brandeis Brief for Muller vs. Oregeon, *seleções*

Mackenzie vs. Hare (1915)

Loving vs. Virginia (1967)

###### Pacote 2:

Katherine M. Franke, *Becoming a Citizen: Reconstruction Era Regulation of African American Marriages*, 11 *YALE J. OF L. AND THE HUMANITIES* 251 (1999) *seleções* George Chauncey, *GAY NOVA YORK*, *seleções*

NancyCott, *PUBLIC Vows: A HISTORY OF MARRIAGE AND A NAÇÃO*, cap. 3 (2000).

#### **Segunda, 13 de outubro: Luta pelo Sufrágio**

###### Pacote 1:

Coggeshall vs. Cidade de Des Moines (1908)

19ª Emenda

###### Pacote 2:

Eleanor McConnell, *Fighting City Hall: The Battle for Municipal Suffrage in Progressive Era Des Moines*, artigo não publicado, 2001.

Reva Siegel, *She, the People*, 115 *HARV. L. REV.* 947 (2002) *seleções*.

*Seleções do documentário One Woman, One Vote*, serão exibidas em sala de aula

#### **Quarta-feira, 15 de outubro: Os limites do sufrágio, a persistência da cobertura**



Pacote 1:

EUA vs. Schwimmer (1929) [serviço militar e cidadania]

Breedlove vs. Suttles (1937) [poll tax]

Goesaert v. Cleary (1948) [emprego]

Hoyt vs. Flórida (1961) [serviço do júri]

Estados Unidos vs. Yazell (1966) [cobertura do Texas]

Pacote 2:

Alice Kessler-Harris, *THE PURSUIT OF EQUITY*, capítulo 3.

### **PARTE TRÊS: NOVOS DANOS, NOVOS SIGNIFICADOS: REINTERPRETANDO A CONSTITUIÇÃO**

**Segunda, 20 de outubro: Direito e Movimentos Sociais de Base**

**Quarta, 22 de outubro:**

Pacote 2:

Pauli Murray & Mary O. Eastwood, *Jane Crow e a Lei*, 34 GEO.WASH. L. REV 232 (1965)

Cynthia Harrison, *ON ACCOUNT OF SEX*, seleção.

Brenda Feigen, *NOT ONE OF THE BOYS* (2000), seleções.

*DEAR SISTERS: DESPATCHES FROM THE WOMEN'S LIBERATION MOVEMENT* (Rosalyn Baxandall e Linda Gordon eds., 2001)

SDS Women, *To the Women of the Left*, 1967

Redstockings, *Manifesto*

Radicalesbian, *The Woman Identified Woman*, 1970

Doris Wright, *Angry Notes from a Black Feminist*, 1970

*American Footbinding*

*Bread and Roses, Declaration of Women's*

*Independence*, 1970

Lee Schwing, *Editorial on Separatism*, 1973

Patricia A. Cain, *Tales from the Gender Garden: Transsexuals and Anti-Discrimination Law*, 75 DENVER UNIV. L. REV. 1321 (1998). seleções

Pacote 1:

Título VII, Lei dos Direitos Civis de 1964

Título IX, Emendas de Educação de 1972

Phillips vs. Martin Marietta (1969): *opinião e amicus breve*

Faith Seidenberg vs. McSorley's Old Ale House (1969)

Ulane vs. Eastern Airlines, Inc. (7º Cir. 1984)

**Segunda, 27 de outubro: O que é justo? O que é igual?**

**Quarta-feira, 29 de outubro:**

**Segunda-feira, 03 de novembro: Parte um.**

Pacote 1:

Reed vs Reed (1971)

Frontiero vs Richardson (1973)

Craig vs. Boren (1976)

Geduldig vs. Aiello (1974)

Emenda do Direito à Igualdade

Pacote 2:

Linda K. Kerber, *Sally Reed Demands Equal Treatment, em DAYS OF DESTINY* (James McPherson & Allan Brinkley eds., 2002)

David E. Kyvig, EXPLICIT AND AUTHENTIC ACTS: AMENDING THE U.S. CONSTITUTION, 1776-1995, (1996), *seleção do cap. 17*

**Parte dois**

Pacote 2:

Mary Dudziak, *Just Say No: Birth Control in the Connecticut Supreme Court Before Griswold*, 75 IOWA L. REV. 915 (1990)



James Mohr, *Iowa's Abortion Battles of the Late 1960s and Early 1970s*, 50 ANNALS OF IOWA 63 (1989)

Sarah Weddington, A QUESTION OF CHOICE *seleções*

Joyce Murdoch & Deb Price, COURTING JUSTICE: GAY MEN AND LESBIANS V. THE SUPREME COURT, *seleções*

Pacote 1:

Griswold vs. Connecticut (1965)

Roe vs. Wade (1973)

Planned Parenthood vs. Casey (1992)

Doe vs. Commonwealth's Attorney (1975) affirmed, 1976

**Quarta, 05 de novembro, Palestra Convidada: Danos Modernos**

**Segunda, 10 de novembro: APRESENTAÇÃO DOS PAPERS**

**Quarta, 12 de novembro: APRESENTAÇÃO DOS PAPERS**

**Segunda, 17 de novembro: APRESENTAÇÃO DOS PAPERS**

**Quarta, 19 de novembro: APRESENTAÇÃO DOS PAPERS**

**FERIADO DE AÇÃO DE GRAÇAS**

**Segunda, 1º de dezembro: [conferências sobre revisão de artigos]**

**Quarta, 03 de dezembro: Historiadores nos Tribunais:**

Pacote 3:

Lawrence vs. opiniões do Texas

Lawrence vs. Texas Brief of Professors of History, *outros resumos*.

Sylvia Law et al., THE PUBLIC HISTORIAN (1989). Fórum sobre se os historiadores devem escrever resumos



## “EVA É SEMPRE A MESMA MULHER”: A ELABORAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO DE 1934 E A QUESTÃO DOS DIREITOS E DEVERES FEMININOS

“EVE IS ALWAYS THE SAME WOMAN”: THE DRAFTING OF THE 1934 CONSTITUTION AND THE ISSUE OF FEMALE RIGHTS

MONICA KARAWEJCZYK \*

### RESUMO

O texto pretende dar visibilidade para algumas das discussões apresentadas durante a terceira Constituinte do Brasil que versaram sobre a questão feminina. Entre os assuntos debatidos, que diziam respeito às brasileiras, serão destacados três, a saber: a participação feminina no corpo de jurados, o serviço militar obrigatório para as mulheres e o sufrágio feminino. Tais questões causaram certa controvérsia nas reuniões da Assembleia Constituinte e acabaram por reverberar na imprensa da época e, em especial, no jornal *Correio do Povo*, publicado na cidade Porto Alegre, fio condutor da narrativa aqui apresentada. Outras fontes de consulta foram os anais da Constituinte e os arquivos da Federação Brasileira pelo Progresso Feminino.

**Palavras-chave:** Constituinte 1933-1934; participação política; direitos das mulheres.

### ABSTRACT

The text intends to give visibility to some of the discussions presented during the third Constituent Assembly of Brazil that dealt with the female issue. Among the issues discussed, which concerned Brazilian women, three will be highlighted, namely: female participation in the jury, compulsory military service for women and women's suffrage. Such issues caused some controversy in the Constituent Assembly meetings and ended up reverberating in the press of the time and, in particular, in the newspaper *Correio do Povo*, published in the city of Porto Alegre, the main thread of the narrative presented here. Other sources of consultation were the proceedings of the Constituent Assembly and the archives of the Brazilian Federation for Feminine Progress.

**Keywords:** Constituent 1933-1934; political participation; women's rights.

\* Doutora em História pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul.  
Pós-Doutora, pesquisadora e professora colaboradora do Programa de Pós-Graduação da Escola de Humanidades – História – da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

*karawejczyk@gmail.com*

Recebido em 23-9-2022 | Aprovado em 11-10-2022



## SUMÁRIO

**INTRODUÇÃO; 1 A CONSTITUINTE – PASSOS INICIAIS; 2 A QUESTÃO FEMININA NA CONSTITUINTE – DADOS DESTACADOS PELO JORNAL; 2.1 O serviço militar obrigatório; 2.2 A participação feminina no corpo de jurados; 2.3 O sufrágio feminino; 2.4 Vinculação do direito de voto ao dever de servir a pátria; PARA ENCERRAR; REFERÊNCIAS.**

### ■ INTRODUÇÃO

Após a ascensão de Getúlio Vargas ao poder em 1930, a Constituinte era o passo necessário para dar fim ao período discricionário, conforme reivindicavam grupos políticos da época. Contudo três anos se passaram até que uma Assembleia Nacional Constituinte fosse instalada no Palácio Tiradentes, no Rio de Janeiro, no dia 15 de novembro de 1933 e a nova Carta Magna entregue em 15 de julho de 1934.<sup>1</sup> Como destaca Angela de Castro Gomes:

Trata-se de uma Assembleia cujo principal objetivo é a construção da Carta Magna do país. Neste *locus* de poder é necessário traduzir orientações ideológicas em mecanismos políticos, em emendas que consagrem procedimentos operacionais. Desta forma, as grandes questões políticas do período são como decompostas em múltiplas facetas, surgindo sob um sem-número de discussões e de propostas concretas<sup>2</sup>.

Uma das *grandes questões políticas do período* foi a referente aos direitos e deveres femininos. Afinal, apenas em maio de 1933 as brasileiras votaram amparadas pelo novo Código Eleitoral publicado em 24 de fevereiro de 1932, em todo o território nacional. A eleição foi exatamente para a escolha dos deputados constituintes e contou pela primeira vez com eleitoras e candidaturas femininas.

Nas reuniões da Constituinte, tal como apontou o deputado pelo estado da Bahia, Aloysio Filho: “dos assuntos que mais tem interessado a Assembleia, decerto o dos direitos da mulher é um dos mais empolgantes”<sup>3</sup>. O deputado estava se referindo aos temas que estavam sendo debatidos e que diziam respeito às brasileiras, a saber, a igualdade jurídica entre homens e mulheres, o divórcio, a participação feminina no corpo de jurados, o trabalho femi-

<sup>1</sup> A convocação para a instalação da Assembleia Constituinte ocorreu através do Decreto nº 22.621 de 5 de abril de 1933. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-22621-5-abril-1933-509274-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso: em 11 out. 2022.

<sup>2</sup> GOMES, Angela Maria de Castro; COELHO, Rodrigo B. M.; PANDOLFI, Dulce C.; CASTRO, Maria Helena de M.; BOMENY, Helena Maria B.; LOBO, Lúcia L. *Regionalismo e centralização política* – partidos e constituinte nos anos 30. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1980, p. 33-34.

<sup>3</sup> ANNAES da Assembléa Nacional Constituinte. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1936, v. XV, p. 569. Aloysio Filho foi jornalista, advogado e professor, exerceu mandato na Câmara dos Deputados como Deputado Federal - (Constituinte), BA, Dt. Posse: 14/11/1933. Tal como pode ser conferido em: <https://www.camara.leg.br/deputados/2693/biografia> Acesso em: 11 out. 2022.

nino, o serviço militar obrigatório para as mulheres e o sufrágio feminino. Tais questões causaram controvérsia nas reuniões da Assembleia Constituinte e acabaram por reverberar na imprensa da época<sup>4</sup>.

Esse artigo procura dar destaque para a repercussão de tais fatos nas páginas do jornal *Correio do Povo* publicado na cidade Porto Alegre e tratará das questões que o periódico resolveu dar mais ênfase sobre os direitos e deveres das mulheres, a saber, as questões do serviço militar obrigatório, a participação no corpo de jurados e o sufrágio feminino. A escolha por centrar a atenção em um periódico do sul do Brasil se dá tanto pela representatividade do jornal no período analisado quanto em mensurar as implicações de tais demandas em outros estados para além do Sudeste, polo norteador da maioria dos estudos sobre a temática em questão. No período em questão o *Correio do Povo* era denominado como “o periódico de maior circulação e credibilidade no sul do país”<sup>5</sup>, motivo pelo qual foi escolhido como fio condutor para este texto. As sessões da Assembleia Constituinte apareciam noticiadas quase diariamente no jornal. Foram consultadas 249 edições do jornal entre os meses de novembro de 1933 a julho de 1934 e, destas, 22 edições fizeram referência direta as questões que diziam respeito aos temas aqui destacados, como pode ser conferido tanto na tabela 1 quanto no quadro 1.<sup>6</sup> Outras fontes de consulta fundamentais para a escrita do texto foram os Anais da Constituinte de 1933-1934 (acessados de forma *online*) bem como o fundo da Federação Brasileira pelo Progresso Feminino (consultada de forma presencial no Arquivo Nacional, na cidade do Rio de Janeiro).

**Tabela 1**  
**Quantidade de matérias por mês no *Correio do Povo***

Ano	Mês	Quantidade de matérias
1933	Novembro	1
	Dezembro	2
1934	Janeiro	5
	Fevereiro	0
	Março	6
	Abril	6
	Maio	3
	Junho	0
	Julho	2
<b>Total</b>		<b>25</b>

<sup>4</sup> Para mais informações sobre tal debate, consultar: DULTRA, Eneida Vinhaes Bello. *Direitos das mulheres na Constituinte de 1933-1934: disputas, ambiguidades e omissões*. 2018. 254 f. Tese (Doutorado em Direito), Universidade de Brasília, Brasília, 2018.

<sup>5</sup> KARAWEJCZYK, Mônica. Urnas e saias: uma mistura possível. A participação feminina no pleito eleitoral de 1933, na ótica do jornal *Correio do Povo*. *Topoi*, v. 11, n. 21, jul.-dez. 2010, p. 205.

<sup>6</sup> A consulta dos exemplares do jornal foi feita de forma presencial no *Museu de Comunicação Social Hipólito José da Costa*, na cidade de Porto Alegre, que possui a coleção completa do periódico. A grafia da época foi atualizada em todas as citações.

Quadro 1  
Distribuição por tipo do *corpus documental*

Tipo	Meses								
	Nov 33	Dez 33	Jan 34	Fev 34	Mar 34	Abr 34	Mai 34	Jun 34	Jul 34
Noticias	-	1	-	-	2	2	2	-	-
Notas	-	-	-	-	2	2	-	-	-
Sueltos	-	-	2	-	-	1	-	-	-
Entrevista	-	-	1	-	-	-	-	-	-
Artigo	1	1	2	-	2	1	1	-	2

Fonte: Elaboração própria.

## 1 A CONSTITUINTE – PASSOS INICIAIS

A eleição de 3 de maio de 1933 foi a primeira em que o voto secreto e o voto feminino foram aplicados em todo o território nacional tal como determinado pelo novo Código Eleitoral de 1932. Segundo Marieta de Moraes Ferreira e Carlos Eduardo Sarmento, “a instalação da Assembleia Nacional Constituinte [...] representou a tentativa de construção de um novo pacto político que harmonizasse os interesses dos principais grupos em conflito, permitindo a concretização de um novo modelo de Estado”<sup>7</sup>.

A bancada eleita foi composta por 214 deputados escolhidos em 3 maio acrescidos dos 40 representantes classistas eleitos por sindicatos em 20 de maio de 1933.<sup>8</sup> Ângela de Castro Gomes indica que “os resultados eleitorais asseguraram ampla vitória dos situacionismos estaduais, configurando uma Assembleia Constituinte caracterizada pela dominância de tendências governistas”<sup>9</sup>.

Os deputados foram empossados em novembro de 1933 e nas sessões da constituinte foram discutidas o anteprojeto elaborado pela *subcomissão do Itamarati*, criada em 1932, através do decreto n.21.402, de 14 de maio daquele ano.<sup>10</sup> Em julho, o conflito armado que

<sup>7</sup> FERREIRA, Marieta de Moraes; SARMENTO, Carlos Eduardo. República Nacional-Estatista (1930-1945). In: VERSIANI, Maria Helena (Org). *A Res Publica Brasileira*. Rio de Janeiro: Museu da República, 2010, p. 79.

<sup>8</sup> Para saber mais sobre a questão da representação profissional, consultar o quinto capítulo de Ângela de Castro Gomes *et al.* (1980) e o capítulo oito de Paolo Ricci (2019).

<sup>9</sup> GOMES, Ângela de Castro. *O Brasil republicano: sociedade e política (1930-1964)*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1996, p.24.

<sup>10</sup> Grande parte das reuniões se fez no Palácio do Itamarati, e daí que o grupo se denominasse “Subcomissão do Itamarati.” Fizeram parte da subcomissão: “Afrânio de Melo Franco, presidente; Temístocles Cavalcanti, advogado carioca, designado secretário-geral da subcomissão; Carlos Maximiliano, jurista renomado e designado relator-geral da subcomissão, elege-se constituinte e depois integra a comissão dos 26 da ANC, que respondeu pela consolidação dos trabalhos constituintes; Assis Brasil, havia integrado a comissão que elaborara o Código Eleitoral e elegeu-se depois deputado constituinte; Osvaldo Aranha, ministro da Fazenda; José Américo de Almeida, ministro da Viação e Obras Públicas; Oliveira Viana, iminente jurista e ideólogo do poder e sociólogo aristocrático<sup>96</sup>; Antônio Carlos de Andrada, jurista e político que mais tarde seria o presidente da ANC; Artur Ribeiro de Oliveira, ministro do Supremo Tribunal Federal e mineiro, que em 29 de janeiro de 1933 se afasta da subcomissão; Prudente de Moraes Filho, político paulista; Agenor Lafayette de Roure, integrante do Tribunal de

começou em São Paulo<sup>11</sup>, acabou postergando o início dos trabalhos da comissão, que acabaria se reunindo a partir de novembro, e o decreto de n.22.040, de 1º de novembro, foi o que regularizou os trabalhos do grupo. Foram necessárias 51 sessões para que o texto do anteprojeto fosse elaborado e apresentado para as discussões da Assembleia Constituinte iniciadas em 16 de novembro de 1933. Até março de 1934 as deliberações ficaram a cargo de uma comissão eleita entre os deputados composta por 26 membros, mais conhecida como a *Comissão dos 26*, nomeada em 16 de novembro de 1933 para o estudo do anteprojeto e das emendas a ele apresentadas. Foi formada por um representante de cada bancada estadual e dos grupos profissionais e apresentou um substitutivo ao anteprojeto, em 15 de março de 1934, para o debate dos demais deputados que ocorreu de março a maio, sendo que a nova Constituição foi promulgada em 16 de julho de 1934, na qual foi eleito Getúlio Vargas como presidente do Brasil por escrutínio secreto<sup>12</sup>.

A única representante feminina na constituinte foi a médica Carlota Pereira de Queiroz, eleita pelo estado de São Paulo e nesta ela integrou a *Comissão de Saúde e Educação* trabalhando pela alfabetização, assistência social e a criança<sup>13</sup>. Na imagem 1 observa-se a deputada “num instantâneo apanhado especialmente para o “Correio do Povo”, na sala do café do Palácio Tiradentes no momento em que a ilustre constituinte palestrava com os deputados Raul Fernandes e José de Almeida Camargo (serviço fotográfico especial para o “Correio do Povo” chegado por via aérea)” tal como destacado pelo jornal que cedeu três das nove colunas do seu espaço para a fotografia.

#### IMAGEM 1 - A deputada Carlota Pereira de Queiroz -

---

Contas da União; João Mangabeira, jurista e político baiano identificado por tendências esquerdistas e; o general Pedro Aurélio de Góis Monteiro, foi o Chefe do Estado – Maior das Forças Revolucionárias de 1930”, tal como indica DULTRA, Eneida Vinhaes Bello. Op. Cit., p. 86.

<sup>11</sup> O estado de São Paulo, desde o golpe perpetrado por Getúlio Vargas, em 1930, estava fazendo oposição direta ao novo governo implantado no Brasil. Uma das reivindicações mais prementes era pela constitucionalização do país. Assim a publicação do Código Eleitoral em fevereiro de 1932 bem como a nomeação de Pedro de Toledo, um civil, para ser interventor em São Paulo, podem ser entendidas como medidas para pacificar o estado, que acabaram não dando certo, sendo que, em 9 de julho de 1932, “estourou em São Paulo a revolução contra o governo federal. [...] O plano dos revolucionários era realizar um ataque fulminante contra a capital da República, colocando o governo federal diante da necessidade de negociar ou capitular. Mas o plano falhou. Embora a “guerra paulista” despertasse muita simpatia da classe média carioca, ficou militarmente confinada ao território de São Paulo”. O conflito foi encerrado em outubro de 1932, com a rendição dos revoltosos, tal como informa FAUSTO, Boris. *História do Brasil*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2003, p.346-350.

<sup>12</sup> Todas as informações sobre o funcionamento da Assembleia Constituinte foram retiradas de POLETTI, Ronaldo. *1934*. Brasília: Senado Federal. Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012.

<sup>13</sup> Carlota nasceu no dia 13 de fevereiro de 1892, na cidade de São Paulo. Em 1920, já professora formada, ingressa na Faculdade de Medicina de São Paulo. Durante a Revolução Constitucionalista, organiza, à frente de 700 mulheres, o movimento de assistência aos feridos. Em maio de 1933, é a única mulher eleita deputada à Assembleia Nacional Constituinte, tendo concorrido pela legenda da *Chapa Única por São Paulo Unido*. Foi de sua autoria o primeiro projeto brasileiro sobre a criação de serviços sociais, entre outros na mesma área, conforme dados apresentados em SCHUMACHER, Schuma; CEVA, Antonia. *Mulheres no Poder: trajetórias na política a partir da luta das sufragistas do Brasil*. Rio de Janeiro: Edições de Janeiro, 2015, p. 96-97. Seu primeiro discurso na tribuna, como deputada constituinte, no dia 13 de março de 1934, foi muito concorrido e aclamado, tal como pode ser verificado no *Correio do Povo* publicado no dia 14/03/34, p.1.



Fonte: *Correio do Povo*, 17. nov. 33, p. 1, colunas 7-9.

## 2 A QUESTÃO FEMININA NA CONSTITUINTE – DADOS DESTACADOS PELO JORNAL

### 2.1 O serviço militar obrigatório

A primeira eleição em que as brasileiras puderam votar nacionalmente, amparadas pela lei, tal como aludimos, foi justamente a eleição para a escolha dos deputados constituintes de 1933. Nem bem o direito de votar e ser votada havia sido assegurado para as brasileiras e uma polêmica era apresentada para as mulheres, a do serviço militar obrigatório ou, como também era denominado no período, a questão do “tributo de sangue”. Tantas nas sessões da Constituinte quanto na imprensa tal dever aparecia diretamente vinculado ao recém adquirido direito de voto das mulheres, fazendo uma articulação direta entre poder-dever. Esta foi uma das questões que mais impactaram e causaram controvérsia na imprensa quanto nas discussões da Constituinte, como veremos a seguir.

Góis Monteiro<sup>14</sup> - partícipe da *Subcomissão do Itamaraty* - havia incluído um dispositivo no anteprojeto com a seguinte redação: “todos os brasileiros, sem distinção de sexo, a

---

<sup>14</sup> Pedro Aurélio de Góis Monteiro nasceu em São Luís do Quitunde (AL) no dia 12 de dezembro de 1889. Entrou para o Exército, induzido pelas vantagens de uma carreira em que o ensino era gratuito e o aproveitamento profissional, garantido. Tendo iniciado sua carreira na Escola de Guerra de Porto Alegre, chegou ao posto de General-de-exército. Ao longo dos anos adotou um viés legalista ao combater os Dezoito do Forte, o Tenentismo e a Coluna Prestes durante os anos vinte. O irromper da Revolução de 1930 o levou a exercer o comando militar da mesma, contribuindo para o seu êxito. No período de 1 de junho de 1931 a 25 de abril de 1932, comandou a 2ª Região Militar, em São Paulo. Também comandou a 1ª Região Militar, no Rio de Janeiro, entre 24 de maio e 9 de julho de 1932. Em seguida, comandou as tropas federais que debelaram a Revolução Constitucionalista de 1932. Após a derrota dos paulistas, teve início um esforço político de reconciliação nacional. Assim, em novembro de 1932, sobre a presidência do chanceler Afrânio de Melo Franco, foi composta a chamada Subcomissão do Itamaraty, com a finalidade de elaborar um anteprojeto de Constituição, que seria levado à apreciação da Assembléia a ser eleita em maio do ano seguinte. O general Góis Monteiro fez parte dessa comissão. A Subcomissão do Itamaraty encerrou seus trabalhos em maio de 1933. Nesse mês realizaram-se as eleições e em novembro seguinte instalou-se a Constituinte. Dados biográficos disponíveis em: <http://www.fgv.br/cpd/doc/acervo/dicionarios/verbete-biografico/pedro-aurelio-de-gois-monteiro>. Acesso em: 11 out. 2022.

partir da idade legal, devem ser obrigados ao serviço militar [...]”<sup>15</sup>. De forma que o anteprojeto apresentado para ser discutido pela *Comissão dos 26* apresentava a seguinte redação:

Todo brasileiro é obrigado, na forma que a lei, ao serviço militar e a outros encargos necessários à defesa da Pátria de das instituições, e, em caso de mobilização, pode-se-lhe dar o destino que melhor convenha às suas aptidões, quer nas forças armadas, quer nas organizações do interior.

§ 1º Nenhum brasileiro poderá exercer direitos políticos, ou função pública, sem provar que não se recusou às obrigações estatuídas em lei para com a segurança nacional [...]”<sup>16</sup>.

Na 118ª sessão do dia 11 de abril, por exemplo, o deputado Manoel Cesar Góis Monteiro, deputado por Alagoas, irmão de Pedro Aurélio de Góis Monteiro (que participou da subcomissão do Itamaraty),<sup>17</sup> pediu a palavra e destacou: “alguns assuntos de ordem constitucional, fazem-me vir a esta tribuna, para que os membros possam merecer dos meus ilustres pares, desta Assembleia, a atenção necessária. Um deles [...] é o que se refere ao serviço militar da mulher e que tanta celeuma tem trazido, quer na imprensa do país, quer em discussões nesta Casa.”<sup>18</sup> Em seguida ele abordou que foi apresentada uma emenda ao substitutivo referente à redação do artigo 183, pelo deputado João Beraldo, com a seguinte proposta: “Todos os brasileiros, *com exclusão das mulheres*, são obrigados, na forma que a lei estabelecer, ao serviço militar, etc.”<sup>19</sup>. O deputado Góis Monteiro, nesta fala, procurou externar que, com tal projeto, nunca quis compelir as mulheres

a manejar o fuzil de guerra, cavar trincheiras, preparar minas, dar guardas, habitar casernas, etc. Não, Srs. Constituintes, não é bem isso o que se quer. O que se prevê, o que se deseja ‘expurgar de dúvida’, é que a mulher, exercendo mandato de voto e ocupando cargos públicos, enfim, adquirindo todos os direitos políticos, o faça cumprindo as suas obrigações para com a defesa nacional. [...] Não se trata de uma exigência ou castigo [...]. Ninguém almeja ver as nossas patrícias promiscuando-se nos quartéis ou nos campos de batalha, mas mesma atividade guerreira do homem, como acontece na Rússia e em outros países. A função principal da mulher, onde quer que ela esteja, é no lar, criando e educando os continuadores da nacionalidade. [...]”<sup>20</sup>.

O deputado deixa claro qual é, no seu entender, o papel definido para a mulher naquele período, o de responsável pelo lar, pelo cuidado com os filhos e que ela, a mulher, não devia se imiscuir nos negócios públicos, mas se tal fato fosse inevitável que elas, deveriam arcar com os deveres, tal como os cidadãos do sexo masculino deveriam honrar, ou seja, também deveriam prestar o serviço militar. Tal assunto foi novamente debatido na 149ª sessão no dia 19 de maio de 1934, sendo que a única mulher presente na Constituinte, Carlota Pereira

<sup>15</sup> AZEVEDO, José Afonso de Mendonça. *Elaborando a constituição nacional*: atas da Subcomissão elaboradora do anteprojeto 1932/1933. Ed. fac-similar. Brasília: Senado Federal, 2004, p. 161.

<sup>16</sup> POLETI, op. cit, p. 74.

<sup>17</sup> Ver dados biográficos de Manuel Góis Monteiro em <http://www.fgv.br/cpd/doc/acervo/dicionarios/verbete-biografico/monteiro-manuel-cesar-de-gois-1>, Acesso em: 11 out. 2022.

<sup>18</sup> ANNAES da Assembléa Nacional Constituinte. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1936, v. XIV, p. 6.

<sup>19</sup> Idem, op. cit, grifo no original.

<sup>20</sup> Idem, ibidem, p.6-11.

de Queiroz, foi a relatora de uma das emendas propostas para abrandar esse artigo, propondo que, ao invés de participar do serviço militar, as brasileiras deveriam prestar juramento à bandeira. Em sua explanação ela destaca:

para justificar-me perante a mulher brasileira, peço a VV, EEx, meus nobres colegas, que também a representam porque foram por elas igualmente eleitos, que sejam junto de suas co-estaduanas os intérpretes do meu pensamento. O anteprojeto da Constituição, submetido à apreciação desta Casa, foi apontado como exigindo da mulher o serviço militar [...] devo declarar que, [...] pedíamos que o serviço militar obrigatório fosse regido por lei ordinária e declarávamos julgar desnecessário deixar expressa a exclusão das mulheres, por que por convenções internacionais elas já o haviam sido [...]. Com a exclusão ou sem ela, o fato é que somos todos pela isenção da mulher do serviço militar. [...] Vamos iniciar uma época nova com a incorporação da mulher como cidadã. [...]<sup>21</sup>.

Carlota Queiroz e outros deputados pediam assim a retirada da obrigatoriedade do serviço militar para as mulheres do texto da Constituição. O único a defender a emenda é Góis Monteiro. Após longas deliberações entre os deputados a participação obrigatória das mulheres no serviço militar é sumariamente rejeitada<sup>22</sup>.

O *Correio do Povo* publicou, de forma resumida, na contracapa de sua edição do dia 20 de maio tal discussão. Pode-se ler em destaque, abaixo do título *Os trabalhos da Assembleia Constituinte*, a seguinte notícia:

A sessão de ontem apresentou um aspecto inédito pelo número de senhoras que, das galerias, procuravam intervir nos debates, muito custando ao presidente conter as aparteantes e restaurar a ordem. Discutida a emenda que sujeitava as mulheres ao serviço militar, foi ela rejeitada, sendo aprovado o artigo 183, do projeto, que apenas as aproveita em serviços auxiliares da defesa nacional<sup>23</sup>.

Entre as *senhoras* presentes nas galerias encontravam-se as associadas da Federação Brasileira pelo Progresso Feminino (FBPF), uma associação feminina fundada em 1922, na capital federal, que contava na década de 1930 com filiais em quase todos os estados brasileiros e numerosas associadas<sup>24</sup>. Em 1934 a FBPF, presidida por Bertha Lutz<sup>25</sup>, era referendada como a legítima representante do “movimento feminista nacional organizado, pelas associações femininas nacionais e estaduais confederadas, que esta Federação congrega e orienta há 13 anos”.<sup>26</sup> A FBPF, enviou cartas para os deputados no qual solicitava que eles levassem em

<sup>21</sup> Anais da Câmara dos Deputados, dia 19 maio 1934, p.288-290. In: Diários da Câmara dos Deputados. Coleção Assembleias Nacionais Constituintes. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/diarios.asp>. Acesso em: 10 ago. 2019.

<sup>22</sup> Idem, p. 288-310.

<sup>23</sup> *Correio do Povo*, 20/05/34, p.32.

<sup>24</sup> Tal como informa SOIHET, Rachel. *O feminismo tático de Bertha Lutz*. Florianópolis: Ed. Mulheres, 2006.

<sup>25</sup> Bertha Lutz concorreu a uma das vagas, na eleição de 1933, para deputado constituinte pelo Distrito Federal, não conseguiu uma vaga direta, mas acabou indicada como primeira suplente ao ocupar o 11º lugar das dez vagas do Distrito Federal conforme divulgado em *Boletim Eleitoral* do Rio de Janeiro, do dia 08/07/1933, p. 2409-2415. Disponível em Biblioteca Digital da Justiça Eleitoral: <http://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/>. Acesso em: 01 jan. 2018.

<sup>26</sup> Forma que a própria FBPF se autorreferenciava, tal como se pode constatar, por exemplo, na carta datilografada datada de 5 de fevereiro de 1934 da FBPF para deputados constituintes, presente no Fundo FBPF custodiada pelo

consideração *as reivindicações mínimas da mulher brasileira na Constituição*. Entre as reivindicações propostas por elas estavam:

- a) A manutenção da igualdade de direitos políticos;
- b) Declaração textual expressa do princípio vitorioso da igualdade política, econômica e jurídica de todos os brasileiros, sem distinção de sexo ou estado civil;
- c) Não inclusão na Constituição futura de quaisquer dispositivos que venham impedir à mulher o trabalho remunerado e o exercício de cargos públicos ou profissão em virtude do seu sexo ou estado civil;
- d) Não inclusão no direito constitucional de referências à capacidade da mulher que dificultem ou impossibilitem as suas reivindicações atuais ou futuras no direito civil e legislação ordinária;
- e) Não extensão da obrigatoriedade do serviço militar à mulher. [...] <sup>27</sup>.

Como comprovam correspondências encontradas no Fundo FBPF de posse do Arquivo Nacional, as associadas da FBPF estavam fazendo *lobby* entre os deputados para refutarem a proposta do serviço militar obrigatório. Entre as correspondências que tratam de tal tema consta, como exemplo, a carta enviada pela secretária geral da FBPF, Beatriz Pontes de Miranda para Antonia Ribeiro de Castro Lopes, presidente da filial de Campinas da FBPF, datada de 2 de maio de 1934, na qual é dito explicitamente:

o anteprojeto que veio do Itamaraty, trazia, na parte feita pelo General Góis Monteiro a obrigação ao serviço militar para as mulheres, pois incluía “todos os brasileiros”. Conseguimos colocar uma exceção expressa dizendo fica “excetuada a mulher”. [...] a emenda Góis Monteiro, suprimiu a exclusão. [...] O prejuízo da redação usada, decorre do fato de declarar na justificação que a expressão “todos os brasileiros” não abrange a mulher. Assim sendo, qualquer vez que nos invoquemos direito não expreso textualmente, esbarraremos com o dilema. Ou a expressão brasileiros não abrange a mulher e ela não terá nenhum direito, ou a expressão abrange o nosso sexo e nós somos obrigadas ao serviço militar. Daí a necessidade nossa da [sic] vencer. [...] Urge pois obter agora o apoio das outras correntes políticas daí – e a solidariedade dos deputados [...]. O assunto é urgente. [...] <sup>28</sup>.

Em correspondência anterior, datada de janeiro de 1934, enviada para todas as sócias, lê-se:

pedimos também urgente apoio junto aos deputados de cada Estado, principalmente na “Comissão dos 26”, os deputados feministas, os nossos amigos, os “leaders” de cada bancada e os que tiveram grande eleitorado feminino, enviando-lhes telegramas, cartas aéreas ou ambos, já que se trata de assunto urgentíssimo, incluindo as reivindicações mínimas feministas anexas e pedindo que as façam aceitar

Arquivo Nacional, Documentos Privados, Seção Administração, Correspondências, notação do fundo: AP 46, Cx 56, Pct 1, Dos 1.

<sup>27</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>28</sup> Carta datilografada, Fundo FBPF, Arquivo Nacional, Documentos Privados, Seção Administração, Correspondências, AP 46, Cx 56, Pct 1, Dos 4, grifo no original.

pelo representante do Estado na “Comissão dos 26”. [...] Tudo isso constitui assunto urgentíssimo por entrar muito breve em votação na Assembleia Constituinte<sup>29</sup>.

Também no mês de janeiro o jornal *Correio do Povo* entrevistou Bertha Lutz, na sua passagem por Porto Alegre quando retornava do Uruguai, onde participou como membro da delegação brasileira na *Sétima Conferência Pan-americana de Montevideu* (1933). No prólogo da matéria Bertha é descrita para os leitores do jornal como: “uma das mais antigas e incansáveis batalhadoras dos ideais femininos no país” tendo sido recebida com festa na cidade, com direito a uma deferência especial do prefeito, Alberto Bins, que colocou o seu automóvel à disposição da líder feminista. Tal ato parece demonstrar o prestígio e o reconhecimento que o trabalho dela, à frente da FBPF, já havia granjeado no país. Na sua passagem por Porto Alegre ela também participou da implantação da primeira filial da Federação no estado do Rio Grande do Sul, devidamente noticiada pelo jornal. Bertha, ao ser inquirida sobre os últimos acontecimentos que estavam ocorrendo no país, declarou:

As mulheres votaram em todo o Brasil para a Assembleia Constituinte. O voto distribuiu-se por todos os grupos e partidos, segundo a simpatia de cada eleitora, mas foi eleita uma deputada constituinte, a dra. Carlota Pereira de Queiroz, médica de São Paulo, mulher muito sensata e poderosa, que representa a serenidade e a capacidade colaboradora da mulher nos negócios públicos<sup>30</sup>.

Na questão do serviço militar para as mulheres, a FBPF atuou de forma a coibir que essa proposta fosse aprovada pelos constituintes. Bertha Lutz, nessa questão, tomou para si o encargo de dirigir o “serviço junto à Constituinte” tendo enviado mensagens pessoais e, em nome da federação, para os deputados<sup>31</sup>.

Mesmo não se podendo afirmar com certeza que foi devido à pressão e atuação da FBPF que a proposta foi rejeitada, o certo é que o *lobby* lucrou êxito, uma vez que a emenda foi suprimida da redação final, sendo comemorada de forma efusiva nas correspondências da associação.

## 2.2 A participação feminina no corpo de jurados

Outro tema que impactou na imprensa de Porto Alegre, e no *Correio do Povo*, em particular, dizia respeito à participação feminina no corpo de jurados. Duas matérias veiculadas no jornal, em janeiro de 1934, apontam para essa controvérsia. Ambos os textos destacam casos de mulheres que apesar de considerarem o voto como um dever, não achavam justo

---

<sup>29</sup> Carta datilografada de Maria Sabina Albuquerque, 1ª secretária, Fundo FBPF, Arquivo Nacional, Documentos Privados, Seção Administração, Correspondências, AP 46, Cx 56, Pct 1, Dos 1, grifo no original.

<sup>30</sup> *Correio do Povo*, 05/01/1934, p. 5.

<sup>31</sup> Tal como pode ser conferido no Fundo da FBPF em: Carta datilografada de Maria Sabina – 1ª secretaria para as consocias, de 12 de março de 1934, Fundo FBPF, Arquivo Nacional, Documentos Privados, Seção Administração, Correspondências, AP 46, Cx 56, Pct 1, Dos 2.

que elas tivessem que participar de outras atividades consideradas cívicas, tais como participar no corpo de jurados. Segundo a justificativa apresentada por elas, era mais fácil e rápido votar do que ser juradas.

Nesta argumentação apresentada no jornal, chama a atenção a veiculação da ideia de que apenas se participa da vida política no momento do voto, no exato momento em que se elege os seus representantes, e depois se esquece de tudo o mais, só voltando a se preocupar com a “política” nas próximas eleições. Bom destacar que a expressão *participação política* não se resumia (e não se resume) a comparecer umas poucas horas, a cada dois ou quatro anos, numa sessão eleitoral, e depositar o voto na urna. Tal expressão se presta a interpretações diversas, sendo geralmente usada para

designar uma variada série de atividades: o ato do voto, a militância num partido político, a participação em manifestações, a contribuição para uma certa agremiação política, a discussão de acontecimentos políticos, a participação em um comício ou numa reunião de seção, o apoio a um determinado candidato no decorrer da campanha eleitoral, a pressão exercida sobre um dirigente político, a difusão de informações políticas e por aí além<sup>32</sup>.

O ato passivo do voto é muitas vezes vinculado como a única forma de participação política de grandes parcelas da população, momento que simboliza o começo e o fim da sua participação. Tal como aponta José Murilo de Carvalho “em geral, quando se fala de direitos políticos, é do direito do voto que se está falando”<sup>33</sup>. Contudo, segundo Giacomo Sani, “na maioria dos casos, a contribuição é indireta e se expressa na escolha do pessoal dirigente, isto é, do pessoal investido de poder por certo período de tempo para analisar alternativas e tomar decisões que vinculem toda a sociedade.” O autor também chama a atenção que

o interesse pela política está circundado a um círculo bem limitado de pessoas e, não obstante o relevo dado pela comunicação de massa aos acontecimentos políticos, o grau de informação a tal respeito é ainda baixo: aos acontecimentos esportivos, o mundo do espetáculo e outros aspectos da crônica diária são muito mais conhecidos do grande público<sup>34</sup>.

É neste sentido que as “reclamações” das mulheres, manifestadas nas páginas do jornal, no que diz respeito à sua vinculação em um júri, devem ser aqui entendidas, pois parece que, para elas a participação política era entendida apenas como o ato de votar, que não demandaria muito tempo das suas obrigações cotidianas, uma vez que elas deveriam comparecer de forma esporádica aos pleitos eleitorais, ao contrário do que se espera de uma efetiva participação num júri. Esse tema será retomado mais adiante.

<sup>32</sup> SANI, Giacomo. Verbete Participação Política. In: BOBBIO, Norberto. *Dicionário de Política*. Brasília: Editora da Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2000, p. 888.

<sup>33</sup> CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 17. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013, p. 9.

<sup>34</sup> SANI, op. cit., p. 889.

### 2.3 O sufrágio feminino

O tema do sufrágio feminino retornou aos debates nacionais nas sessões da Constituinte, mesmo após a previsão no Código Eleitoral de 1932, que havia determinado no artigo 2º: *É eleitor o cidadão maior de 21 anos, sem distinção de sexo, alistado na forma deste Código*. Quanto ao alistamento o mesmo considerado, naquela ocasião, como sendo facultativo para as mulheres e os homens acima de 60 anos<sup>35</sup>. O anteprojeto da nova Constituição elaborado pela *Subcomissão do Itamarati* estava propondo algumas mudanças na lei de 1932 ao propor:

Art. O alistamento é obrigatório, sob as sanções, que a lei determinar. Esta disposição não se aplica aos maiores de 70 anos e às mulheres.

Art. O voto é obrigatório, nos termos e sob as sanções que a lei determinar, sendo, porém, facultativo aos maiores de 70 anos<sup>36</sup>.

Durante as sessões da constituinte alguns deputados, como Antonio Pennaforte, deputado classista, representante profissional dos empregados e Aarão Rabello, deputado pelo estado de Santa Catarina<sup>37</sup>, mostraram-se contrários à participação feminina no mundo político. Eles chegaram a sugerir que as mulheres fossem impedidas de continuar votando e se candidatando às eleições no país.

Na reunião do dia 28 de março, o deputado Antonio Pennaforte se manifestou explicitamente contra o voto feminino, vinculando de forma direta o direito de participar das pugnais eleitorais ao dever de defender a pátria. Acompanhem alguns trechos do seu discurso, que assim foi resumido pelo *Correio do Povo*:

[...] A seu ver, se a mulher tem o mesmo direito do homem é justo que tenha os mesmos deveres, obtendo carteira de reservista com um serviço militar compatível com o sexo. Afirma que as mulheres estão invadindo as repartições, boicotando a atividade dos homens, dos quais zombam, porque qualquer mocinha, hoje, tem emprego de um conto de réis e, por isso, escarnecem os homens que não conseguem ganhar tanto. O direito do voto à mulher é um erro porque ela, fanatizada pelos poderes, “vira bicho” e procura impor ao marido a sua opinião, trazendo dissídios causadores da dissolução do lar.

Enfim, o orador esteve por vezes pitoresco, provocando hilaridade com as suas expressões, que divertiram os deputados no final da sessão<sup>38</sup>.

<sup>35</sup> KARAWEJCZYK, Mônica. *Mulher deve votar?* O Código Eleitoral de 1932 e a conquista do sufrágio feminino através das páginas dos jornais Correio da Manhã e A Noite. Jundiaí: Paco, 2019, p. 224.

<sup>36</sup> AZEVEDO, op. cit, p. 929.

<sup>37</sup> Aarão Rabello ou Rebello, como também é referenciado no jornal *Correio do Povo*, nasceu em Itajaí, no estado de Santa Catarina, em 26 de fevereiro de 1906. Era bacharel de Direito e participou do movimento da Aliança Liberal em Santa Catarina e no Rio de Janeiro, através de comícios e da imprensa. Foi um dos fundadores do Partido Liberal Catarinense – PLC, elegeu-se em maio de 1933 deputado, pelo estado de Santa Catarina, por esta legenda. Essa eleição foi anulada, mas num segundo pleito, Aarão Rebello conseguiu assegurar o mandato, assumindo-o em janeiro de 1934. Participou dos trabalhos constituintes, combatendo sistematicamente a concessão de direitos políticos à mulher e chegando a apresentar, nesse sentido, uma emenda ao projeto de Constituição. Devido a essa atitude, foi cognominado “o inimigo das mulheres.” Segundo dados apresentados em: <http://www.fgv.br/cpdoc/acervo/dicionarios/verbete-biografico/rebello-aarao>. Acesso em: 11 out. 2022.

<sup>38</sup> *Correio do Povo*, 29/03/34, p.1.

Por sua vez, Aarão Rebelo, expressou nas suas falas nas sessões da Constituinte que, para ele, o lugar das mulheres era o ambiente doméstico e que elas deveriam permanecer nos lares e não se imiscuir em assuntos masculinos. Tal como se percebe, no dia 20 de março, na 99ª sessão da Constituinte, momento no qual o deputado apresentou uma emenda ao artigo 138 solicitando que o direito ao sufrágio fosse extinto para as mulheres. Assim ele solicita que “suprima-se – de um e outro sexo ” ao artigo referido.<sup>39</sup>

Os argumentos por ele apresentados, contra a participação das mulheres na política institucional, podem ser conferidos também no discurso proferido no dia 4 de abril, na sessão da Assembleia Constituinte quanto no que foi publicado no jornal no dia 5. Naquela sessão, o orador faz um veemente discurso contra o feminismo, que acabou gerando certo conflito com os outros deputados, como se pode verificar nestes trechos que foram publicados no *Correio do Povo*:

[...] estamos numa encruzilhada da história em que os sexos se enfrentam como para uma guerra de morte. [...] a mulher nasceu para ser mãe e não para fazer política e ir ao parlamento. Aparteia o sr. Augusto de Lima, estabelecendo-se tumulto. O orador, retomando o discurso, mostra que está sendo coerente, pois desde os bancos escolares combate o feminismo. Refere-se ao espetáculo que tem assistido nos corredores da Assembleia, senhoras cabalando deputados para votarem as medidas que pleiteiam. O sr. Aarão continua discorrendo sobre a dissolução que está levando a mulher a se alhear de seus deveres no lar, para se entregar á política. O general Christovam Barcellos chama a atenção para as heroínas de 1930. O orador responde que foram simples casos de histerismo. O general Barcellos cita então, Anita Garibaldi, conterrânea do orador. Este replica que Anita era uma vagabunda. Verifica-se novo tumulto. Muitos protestos impedem o orador de prosseguir, O sr. Levy Carneiro diz que o orador não tem a noção da responsabilidade e do lugar que ocupa. Afinal o orador retira a expressão que fora julgada injuriosa e prossegue [...]<sup>40</sup>.

Nessa mesma sessão, do dia 4, podemos acompanhar a seguinte discussão entre os deputados Vitor Russomano<sup>41</sup> e Aarão Rebelo:

<sup>39</sup> O artigo 138 determinava: “São eleitores os brasileiros, de um e outro sexo, maiores ou emancipados, na forma da lei civil, regularmente alistados.” Conforme pode ser conferido em ANNAES, op, cit, v. X, p. 592.

<sup>40</sup> *Correio do Povo*, 05/04/34, p. 1.

<sup>41</sup> Vitor Russomano nascido no Rio Grande do Sul, na cidade de Pelotas, em 12 de outubro de 1890, formado em Medicina em 1914, participou da Reação Republicana, movimento que promoveu, em 1921-1922, a candidatura de Nilo Peçanha à presidência da República, em oposição à de Artur Bernardes. Após a Revolução de 1930, passou a integrar o Partido Republicano Liberal (PRL), formado em 1932 pelo interventor gaúcho José Antônio Flores da Cunha a partir de dissidências do PRR e do PL, tornando-se membro de sua comissão diretora em Pelotas (RS). Em maio de 1933, elegeu-se deputado pelo Rio Grande do Sul à Assembléia Nacional Constituinte na legenda do PRL. Empossado em novembro de 1933, participou dos trabalhos constituintes e defendeu então o ensino gratuito em todos os graus, o direito de voto para as mulheres e a representação profissional, que considerou a característica revolucionária da nova constituição. Com a promulgação da nova Carta (16/7/1934), teve o mandato estendido e, eleito novamente em outubro de 1934, permaneceu na Câmara na legislatura ordinária iniciada em maio de 1935. Dados coletados em: <http://www.fgv.br/cpdoc/acervo/dicionarios/verbete-biografico/russomano-vitor> Acesso em: 11 out. 2022.

**SR. VITOR RUSSOMANO** – O que eu disse foi o seguinte: não podemos pleitear para seres biológicos atuais as mesmas condições de há vinte séculos passados. São diferentes.

**SR. AARÃO REBELO** - Meu colega, a Natureza não dá saltos; a natureza humana era, há séculos passados a mesma de hoje. [...] Dizia, quando fui interrompido, que cada ser humano deve colocar-se na esfera de trabalho que lhe é própria, sem desvio de aptidão, sem acumulações sem atropelo: cada sexo no setor de sua atividade - homens e mulheres, seguindo o curso invariável de suas inatas funções, cumprindo seus deveres na órbita que lhes é privativa, para a qual se sintam marcados pelo berço. [...] Desejo que, ao escrevermos nossa Carta Magna, ao definir e plasmarmos a nossa vida social e política, tenhamos presente no espírito a realidade brasileira, viva e ameaçadora, procurando conciliar as suas leis, ao invés de invertê-las ao sabor da novidade, para servir a interesses de grupos, de partidos, de classes, tão pouco de sexos. A nossa obra deve ser brasileira... e humana, deve consultar a média das aspirações nacionais. Com essas considerações, Sr. Presidente, entro sem pânico e sem temores, no objeto de minha tese. Não falo como quem obedece, apenas, a sugestões do seu temperamento, ou atende a superstições e a fraqueza de seu meio. Cumpro determinações de quem observa o presente, pensa e contempla o futuro. O direito do voto outorgado a mulher nunca foi uma aspiração nacional... nem uma necessidade brasileira, mas, sim, produto dos apetites do momento (não apoiados), da inconsciência, do desperdício e da novidade: sua instituição marca o começo de uma fase anárquica (não apoiados). (...) O voto feminino, acentuo-o com profunda tristeza... surge com as cores de uma desgraça nacional (não apoiados), invertendo a ordem natural das coisas e introduzindo a desordem no lar.

**SR. VITOR RUSSOMANO** - É um absurdo essa afirmação<sup>42</sup>.

Em outra ocasião, no dia 14 de abril, em um momento em que o deputado Vitor Russomano, proferia um longo discurso no qual foi lembrado à questão do voto feminino, Arão Rebello, reitera seu ponto de vista ao destacar: “no panorama brasileiro, o voto à mulher constitui uma redundância [...] ... porquê ela segue o pai, e o marido. [...]”<sup>43</sup>. Apesar das palavras do deputado Rebello, a polêmica por ele levantada não foi levada adiante pelos demais deputados, mas continuou sendo tema de algumas matérias publicadas pelo *Correio do Povo*.

Na 150ª sessão do dia 20 de maio de 1934, foi colocado em votação o artigo que estabelecia quem seriam, doravante, considerados eleitores no Brasil. Conforme noticiado pelo jornal, esta votação despertou um grande interesse do público. A redação final do artigo, com a emenda n. 1491, proposta pelo Dr. Aloyso Filho, ficou assim: “São eleitores os brasileiros de um e doutro sexo, maiores de dezoito anos, alistados na forma e sob as condições que a lei determina.” Segundo o jornal, “tal aprovação foi saudada com palmas ruidosas em toda a assistência. A referida proposição foi eloquentemente defendida por seu autor. Votaram a favor noventa e oito contra noventa e seis.”<sup>44</sup>.

A única diferença deste artigo, para o que já estava em vigor pelo Código Eleitoral, diz respeito à diminuição da idade para o cidadão ser considerado eleitor, determinada em 21 anos em 1932, sendo reduzida em três anos.

---

<sup>42</sup> ANNAES, v. XIII, p. 175-190. Trecho também destacado na tese de Eneida Dultra, op.cit., p. 152.

<sup>43</sup> ANNAES, op. cit., v. XIV, p. 528.

<sup>44</sup> *Correio do Povo*, 22/05/34, p.1.

## 2.4 Vinculação do direito do voto ao dever de servir a pátria

Em abril de 1934, um artigo assinado por Othelo Rosa, publicado no *Correio*, vinculou a participação feminina no corpo de jurados e no serviço militar ao recém-conquistado direito ao sufrágio.<sup>45</sup> Rosa procurava expor o que chamou de “a instabilidade feminina” e pedia que os brasileiros dessem um “voto de confiança” ao deputado Aarão Rebelo que, como visto, era contrário ao voto feminino. Apesar de afirmar não concordar com o deputado, no que diz respeito ao enxovalhamento que este fez da figura feminina, alegando que as mulheres são em tudo inferiores ao homem, Othelo Rosa concordava com ele

em certos pontos, em referencia á ação política da mulher, adiro rasgadamente ás ideias do sr. Rabello. Essas graciosas senhoras, afinal, estão ludibriando a nossa boa fé, estão zombando da onssa [sic] credulidade, do nosso cavalheirismo. Reclamam a igualdade. Pleiteiam os direitos políticos. Invadem as repartições publicas, arrancando-nos os empregos, e os respectivos vencimentos. Tomam de assalto as assembleias políticas, usurpando-nos os mandatos, e os honorários. Podem ser deputados, senadores, presidentes de Estado, ministros, presidente da República. E não podem ser jurados, porque são relativamente incapazes... Nem podem prestar serviços militares, porque são delicadas e frágeis... Adquirem todas as vantagens: e deixam para nós, com o mais encantador dos sorrisos, todos os ônus...

No artigo, Othelo Rosa vinculava a questão do serviço militar e da controvertida questão da participação das mulheres no corpo de jurados que estavam sendo associados ao fato de a mulher já ter adquirido o direito ao voto. Para ele as brasileiras não poderiam exercer tais funções, por serem consideradas “relativamente incapazes” pelos códigos vigentes no país. Talvez Othelo Rosa tenha esquecido, convenientemente, de citar que somente a mulher casada é que era considerada incapaz perante a lei então vigente e que não podia exercer certos atos, senão autorizada legalmente pelo marido, conforme determinado pelo Código Civil Brasileiro de 1917.

Sobre este tema, Ana Maria Colling salienta que, no Brasil,

<sup>45</sup> Othelo Rosa, segundo Walter Spalding no seu livro *Construtores do Rio Grande* publicado em 1969, apresenta Rosa como tendo iniciado sua vida pública como jornalista na cidade de Taquari onde, em 1911, é eleito Promotor de Justiça. Por volta de 1915, mudou-se para Porto Alegre, onde foi nomeado secretário particular do então Presidente do Estado, Antonio Augusto Borges de Medeiros e, a seguir, Secretário da Procuradoria do Estado e Juiz Municipal de Santa Cruz do Sul. Também dirigiu por longos anos o vespertino *A Federação* (órgão do Partido Republicano), até 1930, tendo sido, também, deputado da Assembleia Legislativa do Rio Grande do Sul e líder da maioria. Após a Revolução de 1930, foi criada no estado a Secretaria da Educação, cabendo a Othelo Rosa ser seu primeiro titular. Com o golpe de 1937 é afastado da política, e passa a trabalhar exclusivamente no Cartório de Registro Especial, do qual era oficial titular. Também foi poeta, cronista político e literário, ensaísta, historiador e romancista. Pertencia ao Instituto Histórico e Geográfico do Rio Grande do Sul, desde 1930, e à Academia Sul-Rio-Grandense de Letras, além de outras instituições nacionais e estrangeiras, e à Comissão Gaúcha de Folclore, ao Instituto Brasileiro de Educação, Ciência e Cultura. Sua obra, bastante vasta, está em boa parte esparsa em jornais como *A Federação*, *Taquariense*, *Correio do Povo* e revistas diversas, como podemos conferir nas páginas 217 a 222 do livro citado de Spalding.

o princípio formal da igualdade entre os sexos proclamado na Constituição coexistiu com um Código Civil que institucionalizava a desigualdade das mulheres casadas, explicitando um paradoxo de cidadania: cidadãs políticas com plenos poderes de um lado e menores perpétuas de outro<sup>46</sup>.

Todavia, tal como havia sido aprovado no Código Eleitoral de 1932, não eram apenas as mulheres casadas que podiam votar no Brasil, mas todas as mulheres, alfabetizadas, acima de 21 anos, que assim escolhessem participar das lides eleitorais. É bom salientar que este era um dos argumentos mais utilizados pelas próprias mulheres para pedir o seu desligamento do corpo de jurados (a sua inferioridade jurídica), como divulgado em algumas matérias publicadas no *Correio do Povo*. Tal fato também foi explorado por Othelo Rosa e por outros articulistas do jornal, como por exemplo, Fay de Azevedo, que assinou um artigo no dia 14 de janeiro de 1934, onde questionava: “Se a mulher pode ser eleitora, por que não participar do júri?” Azevedo acreditava que

Se a mulher, hoje, é eleitora, funcionária pública, médica, advogada, engenheira, comerciante, industrial, agricultora, operária, empregada no comércio, deve integrar a sua missão social, prestando, também, a sua colaboração á Justiça através do tribunal popular.

E concluía a sua explanação associando essa atuação feminina ao desprestígio do homem: “Quem sabe se a efetiva intervenção da mulher não salvará a velha instituição do crescente desprestígio em que os homens cada vez mais a afundam?”<sup>47</sup>. No trecho destacado dois dados chamam a atenção: a vinculação direta da questão do voto com os outros deveres concernentes a um pleno cidadão e a expectativa de que a presença feminina traria um “aspecto moralizador” a todos os lugares em que fosse admitido.

Outros artigos publicados no jornal, em março e maio de 1934, assinados por Marcelo de Andrade, explicitavam que a conquista do voto pelas mulheres apesar de valorosa, não deveria ser considerado como o primeiro e mais necessário passo para a emancipação feminina, pois, segundo o articulista:

o voto feminino é o último dique que o homem tenta opor a torrente das reivindicações da mulher. Não é o reconhecimento de um direito nem a consagração de uma igualdade, mas tão somente um meio oculto e maquiavélico por fazê-la esquecer outras pretensões que ferem fundo o egoísmo e orgulho masculino<sup>48</sup>.

Para Marcelo de Andrade, enquanto a mulher não tivesse acesso pleno à educação e a uma independência econômica comprovada, não poderia afirmar que ela estava emancipada, ou seja, para ele, a mulher precisa de três coisas: “educação, independência econômica e igualdade; sem isso ela continuará a ser a escrava a quem por ironia se denomina Senhora.”<sup>49</sup>

---

<sup>46</sup> COLLING, Ana Maria. *A Construção da Cidadania da Mulher Brasileira: Igualdade e Diferença*. Tese (Doutorado em História) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2000, p. 202.

<sup>47</sup> *Correio do Povo*, 14/01/34, p. 3.

<sup>48</sup> *Correio do Povo*, 07/03/1934, p.3

<sup>49</sup> *Correio do Povo*, 21/03/1934, p.3.

Quanto à questão do voto feminino, que voltou às discussões do jornal pela polêmica apresentada na Constituinte, Marcelo de Andrade, declarou:

[...] Vê-se que o orador está conforme com a situação de dependência em que sempre viveu a mulher, pronto para lutar ferozmente para que continue esse feliz estado de coisas. [...] Rainha (governante), Soberana (escrava), Deusa sujeita á vontade e capricho dos crentes, a mulher tem, para a felicidade do gênero humano, a missão precípua de organizar a casa, perpetuar a espécie, pela produção de senhores (apenas escravizados às cadeias de preconceitos e futura carne de canhão) e algumas outras mulheres indispensáveis, Além disso a obrigação importante de amar e amimar o dono que não escolheu e que é obrigada a aceitar pela necessidade de ter quem subvenha à sua manutenção. [...] Francamente dá gosto ser homem, bastando para viver tranquilo e feliz um bom egoísmo inconsciente<sup>50</sup>.

O articulista com estas linhas leva à conclusão de que a emancipação da mulher, “antes da conquista dos direitos políticos, que tanto elas como a grande maioria dos homens são incapazes ainda de exercer com sabedoria, deve visar a sua independência econômica e liberdade afetiva.” Sua voz se junta às que faziam esta analogia ainda antes da promulgação do Código Eleitoral que também vinculavam a independência feminina (econômica, social e afetiva) com a sua cidadania política<sup>51</sup>.

Esses foram os pontos principais acentuados pelo jornal no que se refere aos debates proferidos durante as sessões da Constituinte sobre os direitos e deveres femininos e os que aqui se quis destacar.

## ■ PARA ENCERRAR

A expectativa gerada pela promulgação da Constituição foi assim resumida por Dionysio Marques no artigo intitulado *O Império da Lei*:

Com a nova Constituição inicia-se uma nova fase da vida social e política do nosso caro Brasil, que deve ser de harmonia e operosidade construtora. Contém a nossa Magna Carta conquistas de direitos e garantias que constituíam justas aspirações do povo e que, sendo respeitadas integralmente, lhe proporcionarão uma vida feliz, a par do progresso moral e material da nossa Nação, de modo perduradouro, [sic] a consolidar a sua unidade. [...] Moços e moças, esperanças da regeneração social e política do nosso Brasil, a quem a nova Constituição pelo art. 108, concedendo o direito de voto, desde que tenham atingido 18 anos, se alistem como eleitores na forma da lei, confia papel importante no futuro, na organização do nosso governo, concito-vos a banirdes, repelirdes os homens acomodáticos e os políticos profissionais, sempre as voltas com conluios e acomodações pessoais em sacrifício dos princípios, dos ideais superiores. Moços e moças, congregai, autonomamente, vossos esforços, formai a legião sagrada de combatentes pela instituição de leis justas e pelo

<sup>50</sup> *Correio do Povo*, 05/05/1934, p.3.

<sup>51</sup> KARAWEJCZYK, Mônica. *Mulher deve votar?* O Código Eleitoral de 1932 e a conquista do sufrágio feminino através das páginas dos jornais *Correio da Manhã* e *A Noite*. Jundiaí: Paco, 2019.

seu império, afim de podermos ser dignos dos abençoados céus, terras e águas do Brasil, engrandecendo este grande país<sup>52</sup>.

Com a nova Constituição, que entrou em vigor em 17 de julho de 1934, o Brasil passou a ser um dos poucos países do Ocidente em que a mulher poderia votar livremente e exercer sua plena cidadania política. Getúlio Vargas, em seu diário, publicado posteriormente, assim se referia à nova Constituição: “Afim, chegou esse dia. Entre festas e demonstração de regozijo, foi promulgada a nova Constituição. Parece-me que ela será mais um entrave do que uma fórmula de ação”<sup>53</sup>.

A guisa de conclusão, convém apresentar as ponderações de duas mulheres contemporâneas dos temas debatidos na Constituinte. A primeira, Lucia Regina, que assinou um artigo no *Correio do Povo* no dia 11 de abril de 1934 e por fim Bertha Lutz, em duas cartas enviadas às associadas da FBPF.

Lucia Regina relatou no artigo a situação da mulher dos primeiros anos da década de trinta, destacando que, segundo sua perspectiva:

[...] Quem reconheceria, na mulher livre e desembaraçada d’agora, a dama recatada de outros tempos?... Finas e insinuas, elas foram invadindo a oficina, a academia, a política e o comércio... E, todos os campos da atividade humana se enriqueceram do concurso de suas qualidades preciosas, e encanto inefável... [...] A mulher típica de hoje, é uma conquistadora. No terreno mental, político, social... Será, por tal, menos digna de respeito e afeto? Um bem, ou um mal, a emancipação feminina? O porvir o dirá... Em todo caso, fato consumado... [...] Sob a indumentária nova, Eva é sempre a mesma mulher. [...] Mulher, e sempre mulher...<sup>54</sup>.

Já Bertha Lutz, em 30 de maio de 1934, iniciou uma carta endereçada a uma das sócias da FBPF com as seguintes palavras: “Estão vitoriosas as emendas feministas. Não perdemos uma.”<sup>55</sup> E, em outro momento, em uma circular enviada as sócias, no dia 4 de junho, destacou: “está triunfante a causa feminina na Constituinte. Vamos festejar a vitória.”<sup>56</sup>

De forma que as reivindicações sobre os direitos femininos e seus limites, consubstanciados na Constituinte pelas polêmicas destacadas nesse texto, podem ser compreendidas pela afirmação que algumas brasileiras estavam fazendo sobre o novo papel da mulher na sociedade. Tal como assevera Norbert Elias “o que caracteriza o lugar do indivíduo em sua sociedade é que a natureza e a extensão da margem de decisão que lhe é acessível dependem da estrutura e da constelação histórica da sociedade em que ele vive e age”<sup>57</sup>.

Por sua vez, Carla Pinsky e Joana Maria Pedro, ao comentarem sobre a distribuição dos direitos políticos no século XIX, destacaram: “em todos os países, o direito de participar

<sup>52</sup> *Correio do Povo*, 28/07/34, p. 3.

<sup>53</sup> VARGAS, Getúlio. *Getúlio Vargas: Diário*. v. 1. São Paulo: Siciliano; Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1995, p. 306-307.

<sup>54</sup> *Correio do Povo*, 11/04/1934, p. 3.

<sup>55</sup> Carta datilografada de Bertha Lutz para Berenice Martins Prates, de 30 de maio de 1934, Fundo FBPF, Arquivo Nacional, Documentos Privados, Seção Administração, Correspondências, AP 46, Cx 56, Pct 1, Dos 4.

<sup>56</sup> Carta datilografada de Bertha Lutz as filiais, Fundo FBPF, Arquivo Nacional, Documentos Privados, Seção Administração, Correspondências, AP 46, Cx 56, Pct 1, Dos 5.

<sup>57</sup> ELIAS, Norbert. *A sociedade dos indivíduos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994, p. 86.

na política em âmbito nacional é negado às mulheres em nome dos males e perturbações que tal desafio às leis da natureza sobre os papéis dos sexos traria à sociedade”<sup>58</sup>.

Se a imagem mais propagada pela cultura vigente no Ocidente era a do ideal do homem como um espécime exemplar, forte, o provedor e protetor do lar; a da mulher, em contrapartida, era o oposto. De fato, essa era uma época em que elas tiveram que afirmar constantemente que a figura feminina “pintada” como frágil, passiva, doméstica, suave, zeladora do lar pela sociedade não mais as definia de forma plena. Como afirma Lucia Regina, no excerto citado acima, as mulheres procuraram também afirmar que as novas demandas no espaço público em nada prejudicariam os seus deveres como donas de casa e mães de família, tal como se percebe na sua escolha de palavras para definir o novo papel da mulher: *sob a indumentária nova, Eva é sempre a mesma mulher*.

O *Correio do Povo*, neste sentido, deu ênfase nas suas publicações às emendas propostas sobre o serviço militar obrigatório para as mulheres e para a participação feminina no corpo de jurados vinculando tais questões à conquista do sufrágio. Quanto a primeira questão, até hoje o tema levanta dúvidas e propostas de alteração. As mulheres podem participar voluntariamente dos quadros das Forças Armadas, com a restrição de não tomarem parte em funções de combate<sup>59</sup>.

Com o advento da nova Carta Magna em 1934, o país finalmente saiu de um governo provisório para o que se esperava fosse um regime da lei e da ordem, no qual foi eleito o presidente para mandato definitivo. Era um futuro muito esperado, abre-se para todos os brasileiros e em especial para as mulheres que, como destacou Bertha Lutz, estavam festejando as vitórias, mas por pouco tempo, como a história nos mostrou, posto que a Constituição de 1934 não foi nem revista, nem emendada, mas rasgada em 1937.

## REFERÊNCIAS

ANNAES da Assembléa Nacional Constituinte. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1936, v. X, XIII, XIV, XV.

AZEVEDO, José Afonso de Mendonça. *Elaborando a constituição nacional: atas da Subcomissão elaboradora do anteprojeto 1932/1933*. Ed. fac-similar. Brasília: Senado Federal, 2004.

CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 17. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileiras, 2013.

<sup>58</sup> PINSKY, Carla B.; PEDRO, Joana M. Igualdade e Especificidade. In: PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla B. (Orgs). *História da Cidadania*. São Paulo: Contexto, 2003, p. 273.

<sup>59</sup> No ano de 1998, o Exército instituiu o Estágio de Serviço Técnico, para profissionais de nível superior que não sejam da área de saúde. Naquela oportunidade, incorporou a primeira turma de 519 mulheres advogadas, administradoras de empresas, contadoras, professoras, analistas de sistemas, engenheiras, arquitetas, jornalistas, entre outras áreas de ciências humanas e exatas, atendendo às necessidades de Oficial Técnico Temporário (OTT) da Instituição. A Escola de Saúde do Exército em 2001, permitiu a inscrição de mulheres para participar do concurso público para o preenchimento de vagas no Curso de Sargento de Saúde que passou a funcionar em 2002. Informações disponíveis em: [http://www.eb.mil.br/web/ingresso/mulheres-no-exercito/-/asset\\_publisher/6ssPDvxqEURL/content/a-historia-da-mulher-no-exercito?inheritRedirect=false](http://www.eb.mil.br/web/ingresso/mulheres-no-exercito/-/asset_publisher/6ssPDvxqEURL/content/a-historia-da-mulher-no-exercito?inheritRedirect=false) Acesso em: 11 out. 2022.

COLLING, Ana Maria. *A Construção da Cidadania da Mulher Brasileira: Igualdade e Diferença*. Tese (Doutorado em História) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2000.

DULTRA, Eneida Vinhaes Bello. *Direitos das mulheres na Constituinte de 1933-1934: disputas, ambiguidades e omissões*. 254 f. Tese (Doutorado em Direito), Universidade de Brasília, Brasília, 2018.

ELIAS, Norbert. *A sociedade dos indivíduos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994.

FAUSTO, Boris. *História do Brasil*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2003.

FERREIRA, Marieta de Moraes; SARMENTO, Carlos Eduardo. República Nacional-Estatista (1930-1945). IN: VERSIANI, Maria Helena (Org). *A Res Publica Brasileira*. Rio de Janeiro: Museu da República, 2010.

GOMES, Ângela de Castro. *O Brasil republicano: sociedade e política (1930-1964)*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1996.

GOMES, Angela Maria de Castro; COELHO, Rodrigo B. M; PANDOLFI, Dulce C.; CASTRO, Maria Helea de M.; BOMENY, Helena Maria B.; LOBO, Lúcia L. *Regionalismo e centralização política – partidos e constituinte nos anos 30*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1980.

KARAWEJCZYK, Mônica. *Mulher deve votar? O Código Eleitoral de 1932 e a conquista do sufrágio feminino através das páginas dos jornais Correio da Manhã e A Noite*. Jundiaí: Paco, 2019.

KARAWEJCZYK, Mônica. Urnas e saias: uma mistura possível. A participação feminina no pleito eleitoral de 1933, na ótica do jornal Correio do Povo. *Topoi*, v. 11, n. 21, jul.-dez., 2010.

ORIÁ, Ricardo. Perfil: Mulheres no Parlamento Brasileiro - Carlota Pereira de Queirós. *Plenarium*. Brasília, n. 1, [2003?].

PINSKY, Carla B.; PEDRO, Joana M. Igualdade e Especificidade. In: PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla B. (Orgs). *História da Cidadania*. São Paulo: Contexto, 2003.

POLETTI, Ronaldo. *1934*. Brasília: Senado Federal. Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012.

PORTO, Walter Costa. *História Eleitoral do Brasil*. Brasília: Gráfica do Senado Federal, 1989.

RICCI, Paolo (org.). *O Autoritarismo Eleitoral dos anos trinta e o Código Eleitoral de 1932*. Curitiba: Appris, 2019.

SANI, Giacomo. Verbete Participação Política. In: BOBBIO, Norberto. *Dicionário de Política*. Brasília: Editora da Universidade de Brasília: São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2000.

SCHUMAHER, Schuma; CEVA, Antonia. *Mulheres no Poder: trajetórias na política a partir da luta das sufragistas do Brasil*. Rio de Janeiro: Edições de Janeiro, 2015.

SOIHET, Rachel. *O feminismo tático de Bertha Lutz*. Florianópolis: Ed. Mulheres, 2006.

SPALDING, Walter. *Construtores do Rio Grande*. v. 2. Porto Alegre: Sulina, 1969.

VARGAS, Getúlio. *Getúlio Vargas: Diário*. v. 1. São Paulo: Siciliano; Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1995.



# A CONSTRUÇÃO DAS DIFERENÇAS NO CONSTITUCIONALISMO CHILENO (1810-1980)

THE CONSTRUCTION OF DIFFERENCES IN CHILEAN CONSTITUTIONALISM

MANUEL BASTIAS SAAVEDRA\*

## RESUMO

O artigo busca analisar a construção das diferenças no constitucionalismo chileno a partir da problemática relação entre direito e diversidade. Parte-se das tensões entre diferentes formas de observação social da diversidade para repensar o problema da alteridade nas constituições chilenas de 1810 a 1980. Sob essa perspectiva, a evolução histórica da constituição pode ser vista, além de suas reivindicações de igualdade formal, como um processo contínuo de construção de diferenças legais. Focalizando nas diferenças construídas através da história constitucional chilena, pode-se repensar a transição do ancien régime para o constitucionalismo moderno não como um processo orientado pela igualdade, mas sim como a construção e o desdobramento de novas diferenças. A história constitucional mostra que os modelos legais não produziram uma equalização par tout da população. Ao invés disso, a igualdade e a diferença foram reconstruídas e adaptadas às sociedades que emergiram da dissolução da ordem do ancien régime.

**Palavras-chave:** História constitucional; Chile; igualdade; diversidade; diferenças.

## ABSTRACT

The article seeks to analyze the construction of differences in Chilean constitutionalism from the problematic relationship between law and diversity. It starts from the tensions between different forms of social observation of diversity to rethink the problem of alterity in the Chilean constitutions from 1810 to 1980. From this perspective, the historical evolution of the constitution can be seen, in addition to its claims of formal equality, as a continuous process of building legal differences. Focusing on the differences constructed through Chilean constitutional history, one can rethink the transition from the ancien régime to modern constitutionalism not as an equality-oriented process, but as the construction and unfolding of new differences. Constitutional history shows that legal models have not produced a par tout equalization of the population. Instead, equality and difference were reconstructed and adapted to the societies that emerged from the dissolution of the ancien régime order.

**Keywords:** Constitutional history; Chile; equality; diversity; differences.

\* Doutor em Direito pela Freie Universität Berlin, Alemanha.

Professor Associado de História da América Latina na Leibniz Universität Hannover, Alemanha.

*manuel.bastias@hist.uni-hannover.de*

Recebido em 16-10-2022 | Aprovado em 7-11-2022<sup>1</sup>

<sup>1</sup> **Nota do autor:** esse artigo é uma tradução do mesmo artigo que aparecerá em: COLLIN, Peter; CASAGRANDE, Agustín (eds.). Law and Diversity. European and Latin American Experiences from a Legal Historical Perspective.



## SUMÁRIO

**INTRODUÇÃO; 1 CONTABILIZANDO PESSOAS: CONSTRUINDO E OCULTANDO DIFERENÇAS; 2 CONSTRUINDO E OCULTANDO A DIFERENÇA NA HISTÓRIA CONSTITUCIONAL DO CHILE; 2.1 Representação corporativa e individual, 1810-1833; 2.2 Nacionalidade e cidadania, 1810-1980; 2.3 Unidade ou diversidade religiosa, 1810-1980; 2.4 Silêncio e pontos cegos na Lei Constitucional (Chilena); CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS**

### ■ INTRODUÇÃO

A problemática relação entre direito e diversidade pode ser atribuída a uma incomensurabilidade fundamental que existe entre diferentes loci de observação estruturada na sociedade contemporânea. Esses problemas não existiam para a sociedade do *antigo regime*, que operava com base em pressupostos de unidade natural e alteridade. Essa construção de unidade e alteridade baseava-se na unidade e indivisibilidade de Deus e da ordem que ele deu à sua Criação, enquanto a alteridade era fundamentada pela imagem do corpo e pela harmonia alcançada pela necessária diversidade e autonomia de seus órgãos.<sup>2</sup> Essa visão de mundo pressupunha assim a existência de hierarquias e desigualdades, e a função da lei era sustentar essas diferenças através de status e privilégios, que eram vistos como o lugar ocupado por essas pessoas na ordem natural.<sup>3</sup> A cultura jurídica moderna primitiva funcionava assim sob a concepção de que o que existia no mundo tinha que ter um correlato no âmbito jurídico: as diferenças sociais consideradas naturais eram assim entendidas através de diversas *iura singularia* ou *privilegia*, atribuindo a grupos de pessoas ou circunstâncias sociais um tipo correlato definido no âmbito jurídico.<sup>4</sup>

A reorganização do direito em torno do princípio de igualdade no século XVIII, no entanto, significou que o direito não podia mais reconhecer as diferenças que não eram produzidas pela própria lei. As categorizações sociais até então consideradas naturais foram substituídas pelo princípio abstrato da igualdade perante a lei, que criou uma fratura entre as diferenças sociais e legais. O princípio de igualdade, consagrado em muitas constituições dos séculos XVIII e XIX, corroe a relativa comensurabilidade entre as diferenças sociais e jurídicas. A atribuição das diferenças através de privilégios foi substituída principalmente por distinções legais que não mais correspondiam necessariamente a diferenças sociais fora do âmbito legal. Nas recém-fundadas repúblicas latino-americanas, por exemplo, a condição indígena e a condição da mulher eram diferenças não mais observáveis perante a lei. Isso não significa que

---

vol. I: Fundamental Questions (Global Perspectives in Legal History), Frankfurt am Main: Max Planck Institute for Legal History and Legal Theory, no prelo. Tradução de Sarah Limao Papa. Todas as traduções das citações são feitas por SLP.

<sup>2</sup> HESPANHA, António M. Fazer um império com palavras. In: XAVIER, Ângela Barreto; SILVA, Cristina Nogueira da (orgs.). *O governo dos outros: poder e diferença no império português*. Lisboa: Imprensa de Ciências Sociais, 2016, p. 71.

<sup>3</sup> HESPANHA, António M. *Imbecillitas: as bem-aventuranças da inferioridade nas sociedades de Antigo Regime*. Belo Horizonte, Universidade Federal de Minas Gerais, 2008, p. 26-28.

<sup>4</sup> DUVE, Thomas. Sonderrecht in der Frühen Neuzeit. In: SONDERFORSCHUNGSBEREICH, Mitteilungen des. (org.). *Pluralisierung und Autorität in der Frühen Neuzeit*. Jahrhundert, 2007, p. 15-17.

essas diferenças deixaram de existir, mas que elas tinham que ser consideradas apenas em termos das distinções relevantes ao sistema jurídico (cidadão/não-cidadão, proprietário/não-proprietário, comprador/vendedor, e assim por diante). Vista dessa forma, a questão da diversidade se torna necessariamente mais complexa porque a diversidade dentro da lei não corresponde mais à diversidade na sociedade. Essa fratura está na raiz das exigências contemporâneas, no direito, por uma maior consciência da diversidade social, racial, étnica, linguística e sexual. A maior consciência no discurso jurídico contemporâneo sobre o problema da diversidade nada mais é do que um reflexo da forma como a sociedade está desvelando essas omissões e lacunas do sistema jurídico.

Neste trabalho, parte-se dessas tensões entre diferentes formas de observação social da diversidade para repensar o problema da alteridade nas constituições chilenas de 1810 a 1980. Sob essa perspectiva, a evolução histórica da constituição pode ser vista, além de suas reivindicações de igualdade formal, como um processo contínuo de construção de diferenças legais. Pensar a alteridade e a constituição coloca problemas metodológicos e até epistemológicos que não podem ser facilmente resolvidos. Por um lado, há a questão das fontes e de como o historiador legal deve ver o que foi tornado invisível nos códigos legais. O segundo problema é mais profundo e se refere à suposição de que existe uma realidade objetiva que, se examinada com precisão, revelará grupos de pessoas negligenciadas pela lei. Em trabalho anterior, examinei as questões metodológicas e epistemológicas que surgem da busca da diversidade, ou da ausência dela, na lei.<sup>5</sup> Nesta contribuição, gostaria de seguir outro caminho, refletindo sobre como várias formas de diferença foram construídas entre os séculos XIX e XX, no Chile. Na primeira seção, ilustrarei como as categorias diferenciais foram construídas ou ocultadas através de registros de população e censos, demonstrando o quanto as diferentes categorias de discriminação racial, étnica ou nacional foram aplicadas a situações sociais relativamente semelhantes. Posteriormente, irei refletir sobre o que isso significa em termos da alteridade que o historiador (legal) pode efetivamente detectar através das fontes. Na seção seguinte, irei destacar as diferenças construídas através das constituições chilenas de 1810 a 1980. Importa esclarecer que este trabalho não tem a pretensão de esgotar o assunto, procura-se apenas ilustrar como a constituição de fato sustentou e reforçou muitas diferenças, apesar da semântica da igualdade formal tradicionalmente associada a ela.

## 1 CONTABILIZANDO PESSOAS: CONSTRUINDO E OCULTANDO DIFERENÇAS

O censo é um bom ponto de partida, pois demonstra as dificuldades colocadas pela contabilização da "população". Mesmo que as pessoas encarregadas da contagem tenham começado com a suposição de que, através desse procedimento, estavam apenas produzindo uma representação da realidade, o processo de criação de censos implicou num processo de serialização, padronização, estabilização das diferenças, redução da complexidade e desagregação. "Na forma do censo, a realidade e o discurso se cruzaram quase imediatamente.

<sup>5</sup> SAAVEDRA, Manuel Bastias. Diversity as Paradox: Legal History and the Blind Spots of Law. In: *Max Planck Institute for European Legal History Research Paper Series*, 2020. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3554952>.

O modelo permitiu que a realidade entrasse no reino das palavras e dos números, mas também funcionou como um portão, mantendo de fora muitos aspectos que não interessavam à administração."<sup>6</sup> A realização do censo não era, portanto, simplesmente um processo de contagem de pessoas que viviam em um determinado território, mas um procedimento de construção da população de acordo com certas categorias arbitrárias que eram funcionais para o governo.

A variação nas categorias sociais representadas nos censos chilenos desde o final do século XVIII é ilustrativa dessa situação. A contagem geral da população não era comum durante o período colonial, mas as províncias e bispados geralmente mantinham algum tipo de registro de sua população para fins de tributo e coleta do dízimo. Uma contagem feita pelo Bispado de Santiago em 1778 que também incluía a província de Cuyo, então sob a jurisdição do governo do Chile, contava a população da seguinte forma: branca: 190.919; mestiça: 20.650; índios: 22.568; negros: 25.508.<sup>7</sup> Essas categorias eram, no entanto, menos estáveis do que podemos pensar, já que outras contagens de população seguiam distinções diferentes. Ao tomar posse de sua posição como Intendente da província de Chiloé em 1784, Francisco Hurtado recebeu a ordem de criar "um exato registro geral e censo de todos os habitantes dessas ilhas, com uma clara descrição das cidades a que pertencem e distinção entre os sexos".<sup>8</sup> O registro de Hurtado era o seguinte:

*Castro:*  
Espanhóis 10.035  
Índios 8.750  
*Chacao:*  
Espanhóis 3.107  
Índios 1.474  
*Calbuco:*  
Espanhóis 1.934  
Índios 1.403

Um registro do Bispado de Concepción em 1812 forneceu novamente diferentes categorias, distinguindo entre homens, mulheres e crianças, de acordo com o sexo, e contou 'espanhóis', 'índios' e 'mestiços, negros e mulatos'. Esses últimos foram contados na mesma categoria. Esse registro contava ainda os 'infiéis em missões' e os 'infiéis em todo o território'.<sup>9</sup> Os 'infiéis' contados por esse censo eram muito provavelmente os *Wenteche*, os *Nagche*, ou os *Lafkenche*, subgrupos indígenas autônomos que habitavam a região adjacente à província de Concepción.

A primeira tentativa de censo nacional foi em 1813. Aqui, homens e mulheres eram divididos de acordo com seu estado civil (solteiros, casados, viúvos). Deve-se notar que, como em outros países católicos, o divórcio e a separação não eram opções disponíveis. O formulário do censo também dividia os grupos etários em cinco cortes (1-7, 7-15, 15-30, 30-50, 50-

<sup>6</sup> GÖDERLE, Wolfgang. Administration, Science, and the State: The 1869 Population Census in Austria-Hungary. *Austrian History Yearbook*, 2016, p. 78.

<sup>7</sup> CASTRO, Raúl Silva. Introducción. In: EGANÃ, Juan. *Censo de 1813*. Santiago: Imprenta Chile, 1953, p. 7.

<sup>8</sup> *Ibid.*, p. 7-8.

<sup>9</sup> UN CENSO DEL OBISPADO DE CONCEPCIÓN. *Revista chilena de historia y geografía*, 1916, p. 266-67.

100) e fornecia espaço para incluir a profissão. Finalmente, contemplou as distinções de "origem e casta", como segue: espanhóis americanos; espanhóis europeus; espanhóis asiáticos, canários e africanos; europeus estrangeiros; índios; mestiços; mulatos; e negros.<sup>10</sup> O censo de 1835 não utilizou nenhum tipo de distinção étnica, racial ou nacional, enumerando apenas a população de homens e mulheres solteiros e casados.<sup>11</sup> O censo de 1865 construiu categorias bastante diferentes: Sexo, idade, estado civil, alfabetização, nacionalidade e deficiência 'física ou moral'.<sup>12</sup> O censo de 1875 perguntou sobre a paróquia a que o indivíduo pertencia e fez a distinção entre habitações urbanas e rurais.<sup>13</sup> O censo de 1885 não incluiu essas categorias, mas anexou uma nova sobre educação primária à questão sobre alfabetização, além de uma questão sobre vacinação.<sup>14</sup>

Através da forma como eles eram contabilizados, os registros populacionais e o censo sugeriam que certas diferenças eram mais relevantes do que outras. Até 1813, por exemplo, as categorizações étnicas ou raciais eram a forma mais proeminente de se fazer distinções. A partir daí, encontramos outras formas de diferenciar pessoas: homem/mulher, solteiro/casado/viúvo, capaz/desabilitado, alfabetizado/alfabetizado, nacional/estrangeiro, morador urbano/morador rural, vacinado/não-vacinado. É claro que nem todas essas diferenças foram completamente relevantes para a vida diária da população pesquisada, e, outras formas de diferença que podem ter tido efeitos na vida diária, como religião ou idioma, não foram consideradas. Entretanto, o processo de recenseamento demográfico implicou precisamente na transformação das complexas realidades sociais dos indivíduos em unidades padronizadas e uniformemente comparáveis. O processo de serialização exigiu isto: "A verdadeira realização do censo ultrapassou a mera coleta de dados demográficos: ela qualificou as realidades sociais dos cidadãos de maneira uniforme. Cada cidadão podia ser descrito individualmente pelos mesmos critérios, uma vez concluído o censo."<sup>15</sup>

Se nos concentrarmos apenas nas diferenças raciais/étnicas/nacionais e em como elas evoluíram com o tempo (como sintetizado na tabela 1), podemos ver como a serialização nivelou a população a partes consideradas mais relevantes para a administração e apagou outras formas de diferença consideradas mais evidentes pela sociedade pré-republicana: em meados do século XIX, a nacionalidade tornou-se o único marcador que o censo registrou.

*Categorias Raciais/Étnicas/Nacionais:*

1778	1784	1812	1813	1835	1865	1875	1885
Branco	Espanhóis	Espanhóis	Espanhóis americanos	Nenhum	Nacionalidade	Nacionalidade	Nacionalidade
Índios	Índios	Índios	Espanhóis europeus				

<sup>10</sup> EGANÃ, Juan. *Censo de 1813*. Santiago: Imprenta Chile, 1953, p. 7.

<sup>11</sup> REPERTORIO CHILENO. *Año de 1835*. Santiago: Imprenta Araucana, 1835, p. 171 e seguintes.

<sup>12</sup> CHILE. Censo Jeneral de la República De Chile. *Levantado el 19 de abril de 1865*, Santiago: Imprenta Nacional, 1866.

<sup>13</sup> CHILE. Quinto Censo Jeneral de la Población de Chile. *Levantado el 19 de abril de 1875*. Valparaíso: Imprenta del Mercurio, 1876.

<sup>14</sup> CHILE. Sexto Censo Jeneral de la Población de Chile. *Levantado el 26 de noviembre de 1885*, Valparaíso: La Patria, 1889.

<sup>15</sup> GÖDERLE, Wolfgang. Administração, Ciência e o Estado: O censo populacional de 1869 na Áustria-Hungria. In: *Anuário de História Austríaca*, 2016, p. 80.

Mes- tiços		Mes- tiços	Asiáticos, Canários, Afri- canos Espanhóis				
Negros		Mula- tos	Europeus estrangeiros				
		Negros	Índios				
			Mestiços				
			Mulatos				
			Negros				

Fonte: elaborada pelo autor.

A tabela é particularmente ilustrativa de como as diferenças foram construídas e ocultadas no processo de contagem. O item sobre nacionalidade tinha como objetivo, evidentemente, substituir outros tipos de inscrição étnica ou racial. A distinção de 1813, por exemplo, entre diferentes categorias de espanhóis é, no entanto, particularmente interessante na medida em que mostra que as categorias de diferenças também contêm diferenças dentro de si mesmas. A categoria “Índios”, que é uma constante em nossas amostras de 1778 até 1813, é também um caso em que a diferença pode ser encontrada dentro da diferença. Eles pertencem ao *Picunche*, ao *Huilliche*, ao *Pehuenche*, ou ao *Puelche*? Eles são *Wenteche*, *Nagche* ou *Lafkenche*? São talvez cristãos ou não-cristãos? E essas outras distinções têm alguma relevância?

Essas observações são feitas simplesmente para sugerir que as categorias de diferenças não podem evitar ocultar as alteridades. Particularmente, acredito que o historiador (legal) não pode simplesmente nomear o que foi tornado invisível sem evidenciar outras distinções. O que não significa dizer que a crítica contra factual da lei existente ou do passado não tenha valor, ela é necessária. Entretanto, essa forma de proceder tem que se basear em conhecimento informado sobre as diferenças que estão realmente sendo produzidas pela lei. O primeiro passo é, portanto, metodológico, e consiste em perguntar: que diferenças são produzidas através da constituição? A seção seguinte aborda essa questão analisando as regulamentações e constituições chilenas que foram promulgadas entre 1810 e 1980.

## 2 CONSTRUINDO E OCULTANDO A DIFERENÇA NA HISTÓRIA CONSTITUCIONAL DO CHILE

Como outros estados latino-americanos, o Chile teve várias cartas constitucionais ao longo de sua história. Durante a era da independência, entre 1810 e 1818, o país teve quatro regulamentos provisórios e uma constituição. Já durante o período de consolidação republicana, entre 1822 e 1833, foram promulgadas quatro constituições. Desde 1833 até o presente, o Chile teve apenas duas cartas constitucionais: uma de 1925, quando Arturo Alessandri derogou com sucesso a Constituição de 1833 para fortalecer os poderes da presidência, e a de 1980 promulgada durante a ditadura de Augusto Pinochet. Essa última constituição ainda está

em vigor, embora sujeita a várias reformas desde 1989, sendo as reformas de 2005, sem dúvida, as mais importantes.

Na seção que segue, não se procura fornecer uma revisão abrangente da história constitucional chilena. Em vez disso, concentra-se em quatro maneiras pelas quais as constituições chilenas criaram diferenças, seja através de distinções que produziram ou por omissão. Essas distinções são apenas alguns exemplos da forma como as constituições, apesar da semântica da igualdade, têm construído diferentes formas de alteridade. Assim, nas seções seguintes, para ilustrar como a constituição produz e reproduz formas de diferença social através de seu texto, e as suposições implícitas que a cercam, aborda-se o tratamento da representação corporativa e individual, da nacionalidade e cidadania, e da diversidade religiosa. Na seção final, analisando-se os problemas das desigualdades econômicas, gênero e diversidade sexual, e o status dos povos indígenas, aborda-se como o princípio abstrato da igualdade jurídica esconde e reforça as suposições implícitas e os preconceitos sociais nos quais se baseiam os textos constitucionais.

## 2.1 Representação corporativa e individual, 1810-1833

Durante o processo de independência da Espanha (1810-1818), vários órgãos autônomos, as *juntas*, redigiram regulamentações provisórias. O primeiro desses textos foi o *Reglamento Provisional de la Junta Gubernativa del Reino* de 1810, seguido pelo *Reglamento para el arreglo de la Autoridad Ejecutiva Provisoria de Chile* de 1811.<sup>16</sup> Esses dois primeiros regulamentos se destinavam a regulamentar o governo do Reino do Chile durante a ocupação francesa da Espanha, mas não eram, propriamente, constituições. Em 1812, nova regulamentação começou a lançar as bases para a independência do Chile da Espanha, removendo o reconhecimento da soberania espanhola em favor do "Povo do Chile".<sup>17</sup> Em seu artigo segundo declarava que "O Povo fará sua constituição através de seus representantes". Já no artigo quinto, afirmava que "Nenhum decreto, disposição ou ordem emanada de autoridade ou tribunal fora do território chileno terá qualquer efeito".<sup>18</sup> O regulamento de 1814 criou o papel do Diretor Supremo, que concentrou o poder do executivo em uma só pessoa.<sup>19</sup> Esse período constitucional da Independência foi concluído em 1818 com a promulgação de uma *Constituição Provisória para o Estado do Chile*.<sup>20</sup> No período de consolidação republicana, as minutas constitucionais transferiram a soberania do povo para a nação. As constituições de 1822, 1823 e 1828 começaram com a definição "A Nação Chilena e os Chilenos" e declararam que a Nação era a fonte última da soberania. Embora a Constituição de 1833 também declarasse a Nação como fonte de soberania, sua estrutura era diferente, começando pelo território e incluindo a definição da Nação dentro da seção sobre a forma de governo.

<sup>16</sup> CHILE. *Reglamento para el arreglo de la autoridad ejecutiva provisoria de Chile*. Sancionado em 14 de agosto de 1811. Disponível em: <http://bcn.cl/1uynn>. Acesso em: 30 maio 2019.

<sup>17</sup> CHILE. *Reglamento constitucional provisorio del Pueblo de Chile*. Subscrito por el de la capital, presentado para su subscripción a las provincias, sancionado y jurado por las autoridades constituidas. Santiago: Imprenta del Gobierno, 1812.

<sup>18</sup> *Ibid.*

<sup>19</sup> CHILE. *El reglamento para el gobierno provisorio*. Sancionado em 17 de marzo de 1814. Disponível em: <http://bcn.cl/1y6pz>. Acesso em: 30 maio 2019.

<sup>20</sup> CHILE. *Proyecto de Constitución Provisoria para el Estado de Chile*. Santiago: Imprenta del Gobierno, 1818.

José María Portillo, através de sua análise do processo constitucional hispano-americano, argumentou que "reduzir a diversificação do poder constituinte e 'nacionalizá-lo', no sentido de fazê-lo funcionar somente dentro dos espaços definidos como nações, foi, portanto, a primeira característica visível do constitucionalismo imediatamente após a independência".<sup>21</sup> No centro desse impulso para a 'nacionalização' estava a questão da soberania e da representação. Com a crise da monarquia espanhola e suas repercussões entre os reinos americanos, a soberania foi entendida como tendo revertido para os 'pueblos' as unidades corporativas básicas de representação. A formação de *juntas* em diferentes territórios das Américas e sua transição para a formação de congressos foi uma resposta à ideia de reconstruir a legitimidade das unidades políticas maiores que haviam sucumbido após a invasão napoleônica. As primeiras juntas chilenas, portanto, procuraram recriar o reino como o corpo político geral dos *pueblos* e províncias do Chile. Todo o processo de independência estava, no entanto, repleto de conflitos sobre onde colocar a fonte última da soberania: nas repúblicas locais constituídas pelos *pueblos* e províncias, ou no órgão político maior identificado com a nação ou o povo. Como Portillo observa, a nação não foi um resultado pré-determinado desse processo constituinte porque, como aconteceu em muitos lugares, o poder constituinte se manifestou em províncias e cidades, levando potencialmente ao aparecimento de inúmeras repúblicas soberanas e auto constituídas.<sup>22</sup>

Essa tensão já era evidente na formação do Primeiro Congresso do Chile. Após sua dissolução pelo regimento espanhol em 1811, José Miguel Carrera escreveu que o Congresso tinha sido "nulo desde seu início [...].

Os *pueblos* elegeram seus representantes antes que seu número de habitantes tivesse sido contado e antes de saber a quantos [representantes] eles tinham direito. Assim, um campo com quatro cabanas tinha tanta representação quanto o bairro mais populoso [...]. O Chile cometeu os mesmos erros dos tribunais espanhóis, o que está se repetindo.<sup>23</sup>

Os comentários da Carrera sinalizaram as tensões entre a representação individual e corporativa que estava no centro do início do processo constitucional. Essas tensões começaram a ser tratadas durante o período de consolidação republicana, quando a nação foi colocada como a fonte de toda a soberania. A Constituição de 1822 afirmava que "Art. 1. A Nação chilena é a união de todos os chilenos: nela reside essencialmente a Soberania, cujo exercício delega de acordo com esta Constituição"<sup>24</sup>. A Constituição de 1823 dizia: "Art. 1. O Estado do Chile é único e indivisível: A Representação Nacional é distribuída por toda a República"<sup>25</sup>. E a Constituição de 1828 declarava que "Art. 1. A Nação chilena é a união política de todos os

<sup>21</sup> PORTILLO, José María. *Historia mínima del constitucionalismo en América Latina*. México: El Colegio de México, 2016, p. 70.

<sup>22</sup> *Ibid.*, p. 41.

<sup>23</sup> CASTRO, Raúl Silva. Introducción. In: EGANÃ, Juan. *Censo de 1813*. Santiago: Imprenta Chile, 1953, p. 10.

<sup>24</sup> CHILE. *Constitución política del Estado de Chile*. Promulgada em 23 de octubre de 1822. Santiago: Imprenta del Estado, 1822.

<sup>25</sup> CHILE. *Constitución política del Estado de Chile*. Promulgada em 29 de diciembre de 1823. Santiago: Imprenta Nacional, 1823.

chilenos, naturais e legais".<sup>26</sup> Finalmente, a Constituição de 1833 declarou no art. 3 que "A República do Chile é una e indivisível" e no art. 4 afirmou que "A soberania residia essencialmente na Nação que delega seu exercício às autoridades estabelecidas nesta Constituição".<sup>27</sup> O primeiro e principal interesse das constituições que foram promulgadas durante o período republicano inicial era, portanto, dissolver o poder representativo das províncias e dos *pueblos*, e criar novas formas de representação geral. A diversidade local do poder político foi, portanto, a primeira vítima do efeito de nivelamento da Constituição e da criação da nação chilena.<sup>28</sup>

## 2.2 Nacionalidade e cidadania, 1810-1980

A segunda maneira de reconstruir as diferenças foi através da criação dos "chilenos", a categoria que agrupava os membros individuais da nação. Na Constituição de 1822, os chilenos eram definidos como aqueles "nascidos no território do Chile", "os filhos de pai e mãe chilenos, mesmo que nascidos fora do país", "os estrangeiros [homens] casados com [mulher] chilena, após três anos de residência", e "homens estrangeiros casados com mulher estrangeira, após cinco anos de residência" tendo uma certa renda e propriedade.<sup>29</sup> A Constituição de 1823, com certas variações, adotou essas definições e incluiu aqueles indivíduos que receberam a nacionalidade por graça do poder legislativo.<sup>30</sup> A Constituição de 1828 distinguia entre chilenos naturais e legalizados, e a Constituição de 1833 simplificou as distinções de local de nascimento, sangue e naturalização por residência ou por graça.<sup>31</sup> As categorias operativas que haviam sido funcionais no período anterior - espanhóis, índios, mestiços, mulatos, negros – tornaram-se irrelevantes para a ordem constitucional.

Embora encontrada na mesma seção da constituição de 1833, a nacionalidade foi entendida ao longo do século XIX como uma categoria distinta da cidadania. A Constituição de 1822, indicava no Art. 14: "Cidadãos são todos aqueles que têm as qualidades contidas no Art. 4 [dos chilenos], desde que tenham mais de vinte e cinco anos de idade, ou sejam casados,

---

<sup>26</sup> CHILE. *Constitución política de la República de Chile*. Promulgada em 8 de agosto de 1828. Disponível em: <http://bcn.cl/1v9pr>. Acesso em: 29 maio 2019.

<sup>27</sup> CHILE. *Constitución de la República de Chile*. Jurada y promulgada el 25 de mayo de 1833. Santiago: Imprenta de la Opinión, 1833.

<sup>28</sup> As Leis Federais de 1826 tomaram o princípio mais antigo e estabeleceram no artigo 1 que "A República está dividida em províncias, municípios e paróquias"; o artigo 5 estabeleceu que cada província teria uma assembléia e, seguindo os artigos, concedeu às assembléias grandes poderes em administração, tributação e nomeação de juízes, entre outros. Estas leis provocaram uma prolongada guerra civil que terminou em 1832 e levou à promulgação da Constituição de 1833, que eliminou definitivamente a representação das províncias. Ver: CHILE. *Proyecto de un reglamento provisorio para la administración de las provincias*. Presentado al Consejo Directorial por el Ministro del Interior, en 30 de noviembre de 1825. Disponível em: [https://www.bcn.cl/Books/Leyes\\_Federales\\_de\\_1826/index.html#p=1](https://www.bcn.cl/Books/Leyes_Federales_de_1826/index.html#p=1). Acesso em 30 maio 2018.

<sup>29</sup> CHILE. *Constitución política del Estado de Chile*. Promulgada em 23 de octubre de 1822. Santiago: Imprenta del Estado, 1822.

<sup>30</sup> CHILE. *Constitución política del Estado de Chile*. Promulgada em 29 de diciembre de 1823. Santiago: Imprenta Nacional, 1823.

<sup>31</sup> CHILE. *Constitución política de la República de Chile*. Promulgada em 8 de agosto de 1828. Disponível em: <http://bcn.cl/1v9pr>. Acesso em: 29 maio 2019; CHILE. *Constitución de la República de Chile*. Jurada y promulgada el 25 de mayo de 1833. Santiago: Imprenta de la Opinión, 1833.

e saibam ler e escrever"<sup>32</sup>. A Constituição de 1823 impôs exigências mais elevadas à cidadania. O art. 11 indicava que o cidadão ativo tinha que ter vinte e um anos de idade ou ser casado, católico, ser capaz de ler e escrever (em 1840) e cumprir certos requisitos formais. Os cidadãos também tinham que ter pelo menos um dos seguintes requisitos: imóveis de pelo menos 200 pesos, atividade comercial de pelo menos 500 pesos, uma profissão industrial, ter ensinado ou trazido invenções ou indústria para o país, ter cumprido seu mérito cívico.<sup>33</sup> A Constituição de 1828 definiu cidadãos ativos como chilenos que tinham atingido vinte e um anos de idade, ou antes se fossem casados ou tivessem prestado serviço militar; e praticado uma ciência, arte ou indústria, ou tivessem emprego, ou possuíssem capital, ou tivessem propriedade da qual pudessem auferir renda para viver.<sup>34</sup> Finalmente, a Constituição de 1833 definiu os cidadãos em seu Art. 8 como chilenos de vinte e cinco anos de idade, se solteiros, e vinte e um, se casados, e capazes de ler ou escrever. Também exigia uma das seguintes condições: 1) propriedade ou capital investido em uma indústria; 2) a prática de uma arte ou emprego ou o recebimento de aluguel ou renda.<sup>35</sup>

A cidadania também poderia ser perdida ou suspensa por diferentes razões. De acordo com a Constituição de 1822, a cidadania poderia ser suspensa como resultado de "incompetência legal devido a incapacidade moral ou física"; por causa de dívidas; para aqueles em situação de "empregado doméstico assalariado"; em casos de "modo de vida desconhecido"; ou se o indivíduo fosse réu em processo criminal.<sup>36</sup> Na Constituição de 1823, a cidadania seria perdida, entre outros, em casos de "falência fraudulenta". A cidadania poderia ser suspensa em casos de condenação judicial; devido a "inépcia física ou moral que impeça a ação livre e fundamentada"; por causa de dívidas; por falta de emprego ou "modo de vida conhecido"; se fosse um empregado doméstico; como resultado de condenação criminal; ou por "embriaguez habitual ou jogo de azar".<sup>37</sup> A Constituição de 1828 suspendia a cidadania por causa de "inépcia física e moral, para aqueles em situação de serviço doméstico, ou por estarem em atraso com impostos". A cidadania seria perdida, entre outras coisas, devido à condenação por atividade criminosa notória, e falência fraudulenta.<sup>38</sup> A Constituição de 1833 seguiu a mesma articulação.<sup>39</sup> Como muitos artigos da Constituição protegiam ou concediam certas faculdades aos cidadãos, e não aos nacionais, a forma como a cidadania foi definida teve consequências não só para a representação política, mas também para o exercício das demais garantias constitucionais.

<sup>32</sup> CHILE. *Constitución política del Estado de Chile*. Promulgada em 23 de octubre de 1822. Santiago: Imprenta del Estado, 1822.

<sup>33</sup> CHILE. *Constitución política del Estado de Chile*. Promulgada em 29 de diciembre de 1823. Santiago: Imprenta Nacional, 1823.

<sup>34</sup> CHILE. *Constitución política de la República de Chile*. Promulgada em 8 de agosto de 1828. Disponível em: <http://bcn.cl/1v9pr>. Acesso em: 29 maio 2019.

<sup>35</sup> CHILE. *Constitución de la República de Chile*. Jurada y promulgada el 25 de mayo de 1833. Santiago: Imprenta de la Opinión, 1833.

<sup>36</sup> CHILE. *Constitución política del Estado de Chile*. Promulgada em 23 de octubre de 1822. Santiago: Imprenta del Estado, 1822.

<sup>37</sup> CHILE. *Constitución política del Estado de Chile*. Promulgada em 29 de diciembre de 1823. Santiago: Imprenta Nacional, 1823.

<sup>38</sup> CHILE. *Constitución política de la República de Chile*. Promulgada em 8 de agosto de 1828. Disponível em: <http://bcn.cl/1v9pr>. Acesso em: 29 maio 2019.

<sup>39</sup> CHILE. *Constitución de la República de Chile*. Jurada y promulgada el 25 de mayo de 1833. Santiago: Imprenta de la Opinión, 1833.

A distinção entre nacionalidade e cidadania é ilustrativa de como a constituição continha e procurava conciliar as tensões entre igualdade e diferença. Como visto na seção anterior, uma forma pela qual a nacionalidade agiu para a uniformização foi desvinculando a representação individual dos órgãos corporativos e vinculando-a ao Estado-nação. Nos primeiros documentos constitucionais, ter a nacionalidade chilena garantia a igualdade de tratamento perante a lei, permitia a ocupação de cargos públicos, e estava vinculada à obrigação de ajudar a arcar com o "fardo do Estado".<sup>40</sup> A Constituição de 1828 vinculou menos as garantias constitucionais à nacionalidade e as vinculou mais à ideia de "homens". Em seu art. 10, afirmava que "a nação garante a todo homem, como direitos inalienáveis e imprescritíveis, liberdade, segurança, propriedade, direito de petição e a faculdade de publicar opiniões".<sup>41</sup> No art. 125, declarava que "Todos os homens são iguais perante a lei". A norma da Constituição de 1828 relativa à garantia dos direitos do *homem* mostra, como Bartolomé Clavero argumentou, que o que se entendia aqui era efetivamente o indivíduo masculino que gozava "tanto da liberdade no domínio público quanto do poder na esfera privada".<sup>42</sup> Nisso, naturalmente, não se incluía mulheres ou aqueles considerados dependentes, tais como trabalhadores ou servos. A igualdade perante a lei era, até 1828, entendida assim de forma bastante restritiva.

Isso foi alterado na Constituição de 1833, que declarou em seu art. 12 que "a todos os habitantes da República" é garantida a "igualdade perante a lei", juntamente com outros direitos enumerados no mesmo artigo.<sup>43</sup> A Constituição de 1925 manteve essa norma, garantindo igualdade perante a lei a "todos os habitantes da República".<sup>44</sup> A Constituição de 1980 deu garantias de "igualdade de proteção perante a lei e de exercício dos direitos" a "toda pessoa".<sup>45</sup> Os juristas chileno entenderam esse modelo de nacionalidade após 1833 como estabelecendo para "todos os habitantes" o vínculo entre indivíduo e Estado.<sup>46</sup> A igualdade de direitos e obrigações derivadas desse vínculo foi, portanto, entendida como garantia constitucional, independentemente de classe, raça e gênero.

Enquanto a nacionalidade reforçava o princípio da igualdade perante a lei, a ideia de cidadania era de uma natureza completamente diferente. A expectativa implícita da cidadania, como concessão de direitos políticos, era de que ela só poderia ser exercida por segmentos restritos da população. Dentre os juristas chilenos, quem propunha essa ideia era Jorge Huneeus, que em sua análise da Constituição de 1833, em vigor na época, argumentou que a cidadania não deveria ser considerada como um direito, mas como o exercício de um cargo público. Com isso em mente, as restrições ao exercício do direito de sufrágio, como para qualquer cargo público, tinham que ser baseadas na "*capacidade, inteligência e independência* dos

<sup>40</sup> CHILE. *Constitución política del Estado de Chile*. Promulgada em 23 de octubre de 1822. Santiago: Imprenta del Estado, 1822; CHILE. *Constitución política del Estado de Chile*. Promulgada em 29 de diciembre de 1823. Santiago: Imprenta Nacional, 1823.

<sup>41</sup> CHILE. *Constitución política de la República de Chile*. Promulgada em 8 de agosto de 1828. Disponível em: <http://bcn.cl/1v9pr>. Acesso em: 29 maio 2019.

<sup>42</sup> CLAVERO, Bartolomé. *Lei da Liberdade e Direitos Indígenas: from Europe's Oeconomy to the Constitutionalism of the Americas*. Berkeley: The Robbin's Collection, 2005, p. 21.

<sup>43</sup> CHILE. *Constitución de la República de Chile*. Jurada y promulgada el 25 de mayo de 1833. Santiago: Imprenta de la Opinión, 1833.

<sup>44</sup> CHILE. *Constitución Política de la República de Chile*. Promulgada em 18 de setembro de 1925. Santiago: Imprenta Universitaria, 1925.

<sup>45</sup> CHILE. *Constitución Política de la República de Chile*. Texto promulgado por Decreto Supremo nº 1150 del Ministerio del Interior de 21 de octubre de 1980. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1981.

<sup>46</sup> VIAL, Enrique Matta. La nacionalidad y la ciudadanía. *Revista Chilena*, vol. 53, 1922, p. 249.

eleitores"<sup>47</sup>. Os direitos de sufrágio eram assim "restritos e confiados somente às pessoas que satisfazem as condições mencionadas"<sup>48</sup>, o que, como vimos, variava desde a alfabetização até a posse de bens ou de uma profissão. A questão do sufrágio feminino era também um tópico sobre o qual a Constituição era omissa. Huneeus abordou essa questão no mesmo estudo, argumentando que, embora não "literal e categoricamente excluídas do sufrágio" no texto constitucional, as mulheres não estariam qualificadas para o voto, uma vez que também eram normalmente excluídas de ocupar cargos públicos.<sup>49</sup>

A Constituição de 1925 sustentou essas diferenças entre nacionalidade e cidadania. A cidadania foi concedida aos "chilenos que atingiram vinte e um anos de idade, sabem ler e escrever, e estão inscritos nos registros eleitorais".<sup>50</sup> A suspensão da cidadania foi reduzida a duas condições: "1. Inépcia física ou mental que impede o raciocínio livre e reflexivo; e 2. O cidadão estar sendo processado por um delito que carrega uma sentença grave". A cidadania poderia ser considerada perdida pela perda da nacionalidade chilena e "pela condenação de uma sentença grave".<sup>51</sup> Novamente, embora a Constituição não excluísse explicitamente as mulheres do sufrágio, elas não ganharam o direito de votar nas eleições locais até 1935 e tiveram que esperar até 1952 para votar nas eleições presidenciais. A Constituição de 1980, em seu artigo 13, restringiu a cidadania apenas a cidadãos chilenos maiores de 18 anos, refletindo assim a tendência geral para o sufrágio universal que se manifestou ao longo do século XX.<sup>52</sup>

Assim, até os anos 60, a cidadania era qualitativamente diferente da nacionalidade, na medida em que era considerada como abrangendo apenas um segmento muito restrito da população total. José María Portillo observou que a construção constitucional da nacionalidade e da cidadania implicava um "duplo processo de repersonalização"<sup>53</sup>. Por um lado, o desenvolvimento do constitucionalismo republicano criou um processo geral de inclusão através da nacionalidade. Por outro lado, os povos indígenas, as mulheres e outros grupos subalternos foram frequentemente privados da cidadania pelo estabelecimento de requisitos específicos, pelas condições de suspensão e pelas subjacentes suposições sobre a qualidade e valor individual. O processo geral pode ser descrito como um procedimento de inclusão generalizada, pelo qual nivelavam-se as diferenças na categoria nacionalidade, e efetua-se uma privação seletiva através da reintrodução de diferenças econômicas, sociais, étnicas/raciais e de gênero no modelo normativo de cidadania. O momento da equalização e o momento da diferenciação da constituição não podem ser separados um do outro.

---

<sup>47</sup> HUNEEUS, Jorge. *Obras de Don Jorge Huneeus: la Constitución ante el Congreso*. Primera Parte. 2. ed. vol. 1, 1890, p. 87.

<sup>48</sup> *Ibid.*, p. 67.

<sup>49</sup> *Ibid.*, p. 89.

<sup>50</sup> CHILE. *Constitución Política de la República de Chile*. Promulgada em 18 de setembro de 1925. Santiago: Imprenta Universitaria, 1925.

<sup>51</sup> *Ibid.*, arts. 8 e 9.

<sup>52</sup> CHILE. *Constitución Política de la República de Chile*. Texto promulgado por Decreto Supremo nº 1150 del Ministerio del Interior de 21 de octubre de 1980. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1981.

<sup>53</sup> PORTILLO, José María. *Historia mínima del constitucionalismo en América Latina*. México: El Colegio de México, 2016, p. 70.

### 2.3 Unidade ou diversidade religiosa, 1810-1980

A história constitucional chilena também lidou com as questões da diversidade religiosa e da liberdade de religião de diferentes maneiras. Embora prontos para romper politicamente com a coroa espanhola, os primeiros textos constitucionais eram mais ambivalentes sobre romper com o papel proeminente da fé católica na vida pública. O debate constitucional ao longo do século XIX se concentraria mais na questão da tolerância religiosa do que em questões de separação entre Igreja e Estado ou liberdade de religião. Diferentes textos constitucionais seguiram diferentes projetos políticos, o que influenciou a forma como a relação entre Estado, nação e Igreja foi abordada.

O *Reglamento Constitucional Provisorio* de 1812 foi um exemplo de ambiguidade que atraiu a rejeição de setores alinhados com a Igreja, apesar do lugar proeminente que foi concedido à fé católica no texto. Em seu art. 1, esse declarou: "a fé católica apostólica é e sempre será a fé do Chile".<sup>54</sup> Uma vez que não se referia explicitamente à Igreja Católica Romana e tampouco excluía a prática de outras religiões, considerava que essa constituição amparava a prática de fés dissidentes.<sup>55</sup> A Constituição de 1818 abordou essas questões no Título II "Da Religião do Estado", declarando em um único artigo que "A Religião Católica Romana e Apostólica é a única e exclusiva religião do Estado do Chile". Sua proteção, conservação, pureza e inviolabilidade será um dos principais deveres dos líderes da sociedade, que jamais permitirão outro culto ou doutrina pública contrária à de Jesus Cristo".<sup>56</sup>

A distinção entre culto público e privado introduzida pela Constituição de 1818 forneceu o modelo seguido pela maioria das constituições do século XIX para conciliar a primazia da fé católica com a tolerância religiosa. A Constituição de 1822 chamava explicitamente a atenção para a distinção entre atos públicos e opiniões privadas no Art. 10: "A Religião do Estado é a Católica Romana e Apostólica, com exclusão de qualquer outra. Sua proteção, conservação, pureza e inviolabilidade são um dos deveres primários dos Chefes de Estado, bem como o maior respeito e veneração dos habitantes de seu território, *independientemente de suas opiniões privadas*". Além disso, a constituição declarava no art. 11 que "Qualquer violação do artigo anterior é um crime contra as leis fundamentais do país".<sup>57</sup> Essa constituição pode ser considerada uma excepcionalidade na medida em que ancorou seus pontos de vista sobre a tolerância religiosa na liberdade de opinião. As constituições subsequentes, ao invés disso, focaram na proibição do culto *público*, o que, conforme veremos, promoveu consequências doutrinárias ao final do século XIX. A Constituição de 1828 assim declarava no art. 3, que a religião da nação chilena "é a Católica Romana e Apostólica, com exclusão da prática pública de qualquer outra".<sup>58</sup> O art. 5 da Constituição de 1833, finalmente, declarou a fé católica a religião da República do Chile, "excluindo o exercício público de qualquer outra".<sup>59</sup>

<sup>54</sup> CHILE. *Reglamento constitucional provisorio del Pueblo de Chile*. Santiago: Imprenta del Gobierno, 1812.

<sup>55</sup> GONZÁLEZ, Esteban Quiroz. Libertad de conciencia y religión en el proceso constituyente chileno. *Revista Latinoamericana de Derecho y Religión*, 2020, p. 2.

<sup>56</sup> CHILE. *Proyecto de Constitución Provisoria para el Estado de Chile*. Santiago: Imprenta del Gobierno, 1818.

<sup>57</sup> CHILE. *Constitución política del Estado de Chile*. Promulgada em 23 de octubre de 1822. Santiago: Imprenta del Estado, 1822.

<sup>58</sup> CHILE. *Constitución política de la República de Chile*. Promulgada em 8 de agosto de 1828. Disponível em: <http://bcn.cl/1v9pr>. Acesso em: 29 maio 2019.

<sup>59</sup> CHILE. *Constitución de la República de Chile*. Jurada y promulgada el 25 de mayo de 1833. Santiago: Imprenta de la Opinión, 1833.

Dentre os primeiros textos constitucionais, a Constituição de 1823 foi uma exceção, não apenas por suprimir a possibilidade de tolerância religiosa, seja através da liberdade de opinião ou através do culto privado, mas também por tornar a profissão da fé católica um requisito explícito para a cidadania. No art. 10 da Constituição de 1823 afirmava-se que "A Religião do Estado é a Católica Romana e Apostólica: excluindo o culto e a prática de qualquer outra".<sup>60</sup> Dado o fato de que o nascente Estado chileno desejava se beneficiar de laços econômicos mais estreitos com a Grã-Bretanha e os Estados Unidos e atrair a migração estrangeira, outros textos constitucionais haviam adotado uma visão pragmática em relação à tolerância religiosa. O autor da Constituição de 1823, Juan Egaña, havia argumentado contra essas visões pragmáticas em seu *Examen instructivo sobre la Constitución Política de Chile, promulgada em 1823*, ao apontar que "sem uma religião uniforme, pode-se construir uma nação de comerciantes, mas não de cidadãos". Alguns anos mais tarde, em sua *Memoria política sobre si conviene a Chile la libertad de cultos*,<sup>61</sup> ele ampliou essas opiniões, defendendo mais enfaticamente o ponto de vista de que qualquer concessão sobre tolerância religiosa levaria a um estado generalizado de falta de fé e, portanto, à agitação e à potencial destruição do Estado. "Para evitar esses males - argumentou ele - o melhor remédio que a política encontrou foi ter uma religião uniforme e sob esse império encontrou uma consistência longa e sólida".<sup>62</sup>

Essas opiniões sobre como lidar com a diversidade religiosa no início da ordem republicana, entretanto, não se tornaram dominantes no século XIX. Em vez disso, a questão da tolerância religiosa parece ter sido resolvida com base na distinção entre o culto público e privado. Essa distinção tornou possível sustentar a primazia oficial e pública da fé católica, ao mesmo tempo em que permitia a prática privada de outras religiões. Essa foi a solução proporcionada pela Constituição de 1833, que, através de legislação posterior e alterando a interpretação constitucional do Art. 5, eventualmente permitiu um reconhecimento constitucional da tolerância religiosa que não chegou ao ponto de garantir a liberdade de religião. Uma lei de 1844, por exemplo, permitiu o casamento de não católicos sem exigir que eles comparecessem perante um padre católico, enquanto que, em 1852, o presidente permitiu a construção de uma igreja protestante.<sup>63</sup> A promulgação da Lei Interpretativa de 27 de julho de 1865, no entanto, deu à liberdade de culto um status constitucional, assim como o aumento da migração do norte da Europa começou a reformular a composição religiosa do país à medida que os legisladores assumiam cada vez mais posições liberais e positivistas.<sup>64</sup> Essa lei deixou claro que o art. 5 da Constituição permitia a prática religiosa em espaços privados e permitia a educação religiosa em escolas administradas por particulares. Jorge Huneeus argumentou que essa lei interpretativa, juntamente com a ampla liberdade de imprensa e de reu-

<sup>60</sup> CHILE. *Constitución política del Estado de Chile*. Promulgada em 29 de diciembre de 182. Santiago: Imprenta Nacional, 1823.

<sup>61</sup> Para uma revisão do contexto desse texto, ver: STUVEN, Ana María. Tolerancia religiosa y orden social: Juan Egaña vs. José María Blanco White. *Ariadna histórica. Lenguajes, conceptos, metáforas*, 5, 2016.

<sup>62</sup> EGAÑA, Juan. *Memoria política sobre si conviene en Chile la libertad de cultos*. Santiago: Imprenta de la Independencia, 1825, p. 26.

<sup>63</sup> GONZÁLEZ, Esteban Quiroz. Libertad de conciencia y religión en el proceso constituyente chileno. *Revista Latinoamericana de Derecho y Religión*. 2020, p. 6.

<sup>64</sup> Sobre esse último, ver: SAAVEDRA, Manuel Bastias. Una nueva generación de estadistas. Derecho, universidad y cuestión social en Chile, 1860-1925. *Revista Austral de Ciencias Sociales*, 29, 2017.

nião, significava que o Chile desfrutava de liberdade religiosa de *fato*, mesmo que não estivesse constitucionalmente consagrada entre as garantias.<sup>65</sup> As leis interpretativas foram complementadas por uma série de reformas nos anos 1880 que retiraram muitas funções públicas da Igreja: a lei dos cemitérios não denominacionais; a lei do casamento civil; e a criação do cartório do registro civil, que tirou as certidões de nascimento, morte e casamento da Igreja Católica. Esses passos rumo à liberdade religiosa foram finalmente consagrados na Constituição de 1925, que garantiu a "profissão de todos os credos, a liberdade de consciência e o livre exercício de todos os cultos que não se opõem à moral, aos bons costumes e à ordem pública [...]"<sup>66</sup>.

A Constituição de 1980 apresentou uma maneira diferente de estruturar o problema da diversidade religiosa, da liberdade de consciência e das políticas públicas seculares. Enquanto que o parágrafo 6º do Art. 19 sobre "Direitos e Obrigações Constitucionais" garante a "liberdade de consciência, a profissão de todos os credos e o livre exercício de todos os cultos que não se opõem à moral, aos bons costumes e à ordem pública",<sup>67</sup> a mesma Constituição fundamenta e prescreve muitos elementos de uma cosmovisão católica doutrinária. Essas cláusulas são encontradas principalmente nos Arts. 1 e 19 da constituição. Enquanto as constituições anteriores tinham dedicado o Art. 1 às formas de governo e ao território, a Constituição de 1980 usa esse artigo para fornecer a estrutura doutrinária de todo o texto constitucional, colocando os indivíduos e a família em seu núcleo e dando ao Estado um papel subsidiário na estrutura da sociedade<sup>68</sup>. O art. 19, que enumera as garantias constitucionais, declara em seu primeiro parágrafo que a Constituição protege "O direito à vida e a integridade física e psicológica da pessoa", e posteriormente declara que "A lei protege a vida do nascituro"<sup>69</sup>, dando assim a proibição do aborto status constitucional. Essas ideias foram explicitamente tiradas da doutrina e filosofia católica e foram criticadas dentro da comissão constituinte como imbuindo o texto constitucional de "doutrina religiosa"<sup>70</sup>.

Outras questões sobre diversidade religiosa também foram observadas dentro da comissão constituinte, particularmente o fato de que a Igreja Católica gozava de personalidade jurídica sob o direito público, enquanto outras religiões eram consideradas pessoas jurídicas de direito privado. Essa distinção teve grandes consequências durante a ditadura, uma vez que a Igreja Católica tinha gozado de proteções mais robustas contra o Estado autoritário do que as igrejas de outras denominações. Os decretos-lei colocados em vigor ao longo dos anos 70 tinham dado ao regime militar faculdades para impedir eleições internas, supervisionar as reuniões do conselho, instalar conselhos de administração e supervisionar o financiamento de entidades corporativas privadas<sup>71</sup>. Essas diferenças entre o status legal das Igrejas acabaram

<sup>65</sup> HUNEEUS, Jorge. *Obras de Don Jorge Huneeus: la Constitución ante el Congreso*. Primera Parte. 2. ed. vol. 1, 1890, p. 72.

<sup>66</sup> CHILE. *Constitución Política de la República de Chile*. Promulgada em 18 de setembro de 1925. Santiago: Imprenta Universitaria, 1925.

<sup>67</sup> CHILE. *Constitución Política de la República de Chile*. Texto promulgado por Decreto Supremo nº 1150 del Ministerio del Interior de 21 de octubre de 1980. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1981.

<sup>68</sup> CRISTI, Renato. La génesis de la constitución de 1980 y sus claves conceptuales: función social de la propiedad y el bien común. *Derecho y Humanidades*, 23, 2014, p. 29.

<sup>69</sup> CHILE. *Constitución Política de la República de Chile*. Texto promulgado por Decreto Supremo nº 1150 del Ministerio del Interior de 21 de octubre de 1980. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1981.

<sup>70</sup> CRISTI, Renato. La génesis de la constitución de 1980 y sus claves conceptuales: función social de la propiedad y el bien común. *Derecho y Humanidades*, 23, 2014, p. 29.

<sup>71</sup> GONZÁLEZ, Esteban Quiroz. Libertad de conciencia y religión en el proceso constituyente chileno. *Revista Latinoamericana de Derecho y Religión*. 2020, p. 6.

sendo tratadas pela Lei 19.638 de 1999, que proporcionou uma solução legal, embora infra-constitucional, para essa questão<sup>72</sup>.

## 2.4 Silêncio e pontos cegos na Lei Constitucional (Chilena)

Enquanto as questões de representação corporativa ou individual, nacionalidade e cidadania, e diversidade religiosa têm sido pauta na doutrina constitucional chilena por quase dois séculos, outras diferenças têm recebido menos atenção. Nesta parte final da seção, gostaria de abordar brevemente as questões das diferenças econômicas, de gênero e de diversidade sexual e, aquela que talvez seja a maior omissão da carta constitucional chilena, o status dos povos indígenas.

Como vimos nas discussões sobre a questão da cidadania, as diferenças econômicas haviam adquirido status constitucional, ao conceder aos proprietários e detentores de certas profissões acesso privilegiado aos direitos de sufrágio. Os textos constitucionais funcionavam de certa forma gerando diferenças constitucionais (legais), confiando nas condições econômicas preexistentes. A Constituição de 1925 tratou diferentemente as diferenças econômicas, dando ao Estado certos poderes constitucionais em relação aos atores privados.<sup>73</sup> Os direitos de propriedade, por exemplo, eram garantidos, mas seu exercício estava "sujeito a limitações ou regras necessárias para a manutenção e progresso da ordem social".<sup>74</sup> A Constituição também protegia o trabalho, a indústria e a seguridade social "desde que se referissem à habitação segura e às condições econômicas da vida, de modo a assegurar um mínimo de bem-estar a cada habitante, de acordo com a satisfação de suas necessidades pessoais e as de sua família".<sup>75</sup> Os fundamentos sociais da Constituição de 1925 foram desfeitos pelo texto neoliberal infuso da Constituição de 1980, que buscava "consolidar uma estrutura econômica baseada na liberdade econômica, não discriminação, direitos de propriedade e uma suposta neutralidade tecnocrática dos órgãos estatais com competência em matéria econômica".<sup>76</sup>

O gênero e a diversidade sexual não foram considerados nas diferentes constituições, embora a justificativa para essas omissões tenha variado. As constituições do século XIX não faziam referência explícita à exclusão das mulheres de ocupar cargos públicos ou direitos de sufrágio, porque se presumia que uma ordem superior e natural tinha dado às mulheres um papel diferente na sociedade. Isso foi abordado por Jorge Huneeus em 1888, quando as mulheres começaram a exigir o acesso ao direito de voto: "Essa exclusão [das mulheres do direito de sufrágio], embora não explicitamente declarada nas Leis Fundamentais, tem razões de ordem superior: aquela estabelecida por Deus e pela Natureza ao dar às mulheres na Sociedade, e sobretudo, na família, uma série de obrigações que são verdadeiramente incompatíveis com

<sup>72</sup> *Ibid.*, p. 16-17.

<sup>73</sup> SAAVEDRA, Manuel Bastías. *Intervención del Estado y Derechos Sociales. Transformaciones en el pensamiento jurídico chileno en la era de la cuestión social, 1880-1925. Historia*, 2015.

<sup>74</sup> CHILE. *Constitución Política de la República de Chile*. Promulgada no 18 de setembro de 1925. Santiago: Imprenta Universitaria, 1925.

<sup>75</sup> *Ibid.*, arts. 10, 14.

<sup>76</sup> FERRADA, Juan Carlos. La constitución económica de 1980. Algunas reflexiones críticas. *Revista de Derecho*, 11, 2000, p. 50. Sobre o uso econômico do conceito de não-discriminação no direito constitucional após 1970, ver o artigo de Fernando Muñoz nesse volume.

o exercício ativo da Cidadania em toda a sua extensão".<sup>77</sup> Essa passagem revela muito claramente como as interpretações constitucionais se basearam na convenção social. O texto constitucional nunca concedeu explicitamente às mulheres o direito de ocupar cargos públicos e exercer o direito de sufrágio, mas a interpretação mudou ao longo do século XX. A Constituição de 1980 opera no pressuposto de que tanto homens quanto mulheres gozam de todos os direitos de cidadania.

A diversidade sexual também só se tornou uma questão relevante de discussão constitucional no início dos anos 2000, através da jurisprudência. A descriminalização das relações entre pessoas do mesmo sexo em 1999, um estatuto contra a discriminação sexual em 2012, a criação de um pacto de união civil para casais do mesmo sexo em 2015 e a promulgação de um estatuto de identidade de gênero em 2018 levaram a uma emergente "cidadania da diversidade sexual" no Chile.<sup>78</sup> Em nível de interpretação constitucional, no entanto, a Suprema Corte Chilena e o Tribunal Constitucional assumiram uma atitude condescendente em relação aos preconceitos sociais. Em um caso de 2004, a Suprema Corte negou à uma mãe a tutela materna de suas filhas por causa de sua orientação sexual, argumentando que um "casal do mesmo sexo nunca poderia proporcionar um ambiente adequado para a criação dos filhos".<sup>79</sup> Em 2012, a Corte Interamericana de Direitos Humanos reverteu o acórdão em uma decisão histórica sobre a diversidade sexual. Em 2011, o Tribunal Constitucional declarou que a definição de casamento como a união entre um homem e uma mulher encontrada na art. 102 do Código Civil não era inconstitucional, e decidiu que a Constituição não garantia o direito ao casamento a casais do mesmo sexo.

Finalmente, os povos indígenas não têm sido pauta relevante na doutrina constitucional chilena, nem têm sido parte do debate constitucional, diferentemente do que tem ocorrido desde os anos 80 em outros países latino-americanos. Somente a Constituição de 1822 mencionava os povos indígenas, cobrando o Congresso em seu art. 47, §6°, em "Providenciar a civilização dos índios no território".<sup>80</sup> Um decreto assinado em 1819 havia tomado uma posição liberal ao declarar que os povos indígenas, como chilenos, gozavam das mesmas proteções e direitos que qualquer habitante do território:

Os índios que viveram [sob o domínio espanhol] sem gozar dos benefícios da sociedade e morreram em infâmia e miséria, imediatamente serão chamados de cidadãos chilenos e serão livres, como outros habitantes do Estado, com os quais terão igual voz e representação, firmando para si mesmos qualquer tipo de contrato, na defesa de suas causas, na contração do casamento, no comércio e na escolha das artes às

<sup>77</sup> HUNEEUS, Jorge. *Obras de Don Jorge Huneeus*. La Constitución ante el Congreso. Primera Parte, 2. ed. vol. 1, 1890, p. 89.

<sup>78</sup> Para uma análise mais detalhada, ver: MUÑOZ, Fernando. The concept of discrimination: from its emergence to its reception in Chilean constitutionalism. In: COLLIN, Peter; CASAGRANDE, Agustín (eds.). *Law and Diversity*. European and Latin American Experiences from a Legal Historical Perspective. vol. I: Fundamental Questions (Global Perspectives in Legal History), Frankfurt am Main: Max Planck Institute for Legal History and Legal Theory, no prelo.

<sup>79</sup> *Ibid.*

<sup>80</sup> CHILE. *Constitución política del Estado de Chile*. Promulgada el 23 de octubre de 1822. Santiago: Imprenta del Estado, 1822.

quais estão inclinados, e terão uma profissão em letras ou armas, para obter emprego político e militar de acordo com sua saúde.<sup>81</sup>

É difícil determinar se essa representa a opinião da doutrina constitucional. Em todo caso, como vimos, os povos indígenas raramente teriam cumprido os requisitos constitucionais de alfabetização ou renda para gozar de plenos direitos de cidadania. Além disso, deve-se levar em consideração que um número importante dos povos indígenas do Chile viveu além do alcance do Estado chileno em territórios que permaneceram autônomos até o final da década de 1880. A incorporação gradual desses territórios desde a década de 1850 significou que as populações indígenas não eram regidas pela lei constitucional, mas sim por leis especiais para os territórios no que equivalia a viver em estado de exceção. Mesmo nas últimas décadas do século XX, quando nações como Equador e Bolívia estavam se definindo como estados plurinacionais, o Chile não considerou seriamente essas questões no debate constitucional.<sup>82</sup> Somente em 2017, as comunidades indígenas foram consultadas em procedimento para a elaboração de uma nova constituição.<sup>83</sup>

## ■ CONCLUSÃO

Essa breve visão geral das diferenças entre pessoas geradas pelas diversas constituições chilenas entre 1810 e 1980 ilustra que a constituição não atuou como um instrumento par tout de equalização. Na construção de suas categorias, ela nivelou a população e reintroduziu novas diferenças. As diferenças sociais, no entanto, não se tornaram invisíveis: elas estavam lá, evidentes se se seguissem os preconceitos e suposições da época. Os primeiros projetos constitucionais estavam se uniformizando em alguns aspectos, por exemplo, contra a divisão da nação em repúblicas locais autônomas. Para evitar isso, a constituição criou a nação e os chilenos como seus membros e fontes últimas da soberania política. Em outros aspectos, no entanto, a constituição sustentou as diferenças que eram evidentes para as sociedades do século XIX. As mulheres não possuíam o mesmo status que os homens, os homens solteiros não eram tratados da mesma forma que os homens casados, as empregadas domésticas não podiam ser incluídas na política, os indivíduos de baixo caráter moral não podiam ser considerados cidadãos, os católicos tinham acesso a garantias que não eram concedidas aos não católicos, e as fontes de renda e o poder aquisitivo individual proporcionavam a algumas proteções que não eram concedidas a outros. Essas eram apenas algumas formas de diferença que a constituição, explícita ou implicitamente, construía ou sustentava.

Focalizando nas diferenças construídas através da história constitucional chilena, pode-se repensar a transição do *ancien régime* para o constitucionalismo moderno não como

<sup>81</sup> O'HIGGINS, Bernardo. Ciudadanía chilena a favor de los naturales del país. 1819. Disponível em: <http://bcn.cl/2ege2>. Acesso em: 18 jun. 2020.

<sup>82</sup> Durante a discussão da Lei nº. 19.253 sobre os povos indígenas, o representante do Congresso Mario Palestro tentou incluir a expressão "Estado pluriétnico" no projeto de lei durante a sessão de 21 de janeiro de 1993. Esta indicação foi rejeitada na comissão especial. Ver: POBLETE, Manuel Núñez. (ed.), *Normativa nacional e internacional sobre pueblos indígenas*. Santiago: Universidad Católica del Norte, Santiago, 2010, p. 55.

<sup>83</sup> Recentemente, a questão da autonomia territorial indígena foi reconhecida nos arts. 234-235 da Propuesta de Constitución Política de la República de Chile de 2022, que foi rejeitada em um plebiscito em 4 de setembro de 2022.

um processo orientado pela igualdade, mas sim como a construção e o desdobramento de novas diferenças. A cultura jurídica moderna primitiva foi fundada no pressuposto de que as diferenças sociais naturais tinham que encontrar um correlato na lei. Assim, todos os tipos de diferenças eram marcados através de *iura singularia* ou *privilegia*, através do qual diferentes grupos de pessoas ou circunstâncias sociais encontravam um correlato na esfera jurídica: pessoas nobres, pobres e miseráveis, pessoas idosas, doentes, comerciantes, e assim por diante. Os habitantes indígenas das Américas foram incluídos na categoria de *personae miserabiles*. Essas diferenças foram sustentadas num tipo diferente de ordem constitucional, na qual a unidade da ordem natural e divina pressupunha a existência de diferentes órgãos corporativos. As primeiras constituições do Chile mostram que essa lógica não era mais sustentável precisamente porque a criação de estados-nação exigia a dissolução da representação política local. Para conseguir isso, a criação da nação e dos chilenos foi um ato fundamental de equalização territorial que, no entanto, permitiu a reintrodução de alternativas formas de diferença. Se o período colonial tinha sustentado diferenças entre espanhóis, *índios* e estrangeiros, o processo constitucional construiu novas diferenças entre chilenos, cidadãos e estrangeiros. Nesse processo, algumas formas de diferenças que haviam prevalecido durante o período colonial, como ser católico, foram explicitamente mantidas, enquanto outras formas de diferença foram implicitamente reintroduzidas através das diversas exigências de cidadania. Em suma, o processo constitucional mostra que os modelos legais não produziram uma equalização par tout da população. Ao invés disso, a igualdade e a diferença foram reconstruídas e adaptadas às sociedades que emergiram da dissolução da ordem do *ancien régime*.

## REFERÊNCIAS

- CASTRO, Raúl Silva. Introducción. In: EGANÃ, Juan. *Censo de 1813*. Santiago: Imprenta Chile, 1953.
- CHILE. Censo Jeneral de la República De Chile. *Levantado el 19 de abril de 1865*, Santiago: Imprenta Nacional, 1866.
- CHILE. *Constitución de la República de Chile*. Jurada y promulgada el 25 de mayo de 1833. Santiago: Imprenta de la Opinión, 1833.
- CHILE. *Constitución política de la República de Chile*. Promulgada em 8 de agosto de 1828. Disponível em: <http://bcn.cl/1v9pr>. Acesso em: 29 maio 2019.
- CHILE. *Constitución Política de la República de Chile*. Promulgada no 18 de setembro de 1925. Santiago: Imprenta Universitaria, 1925.
- CHILE. *Constitución Política de la República de Chile*. Texto promulgado por Decreto Supremo nº 1150 del Ministerio del Interior de 21 de octubre de 1980. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1981.
- CHILE. *Constitución política del Estado de Chile*. Promulgada el 23 de octubre de 1822. Santiago: Imprenta del Estado, 1822.
- CHILE. *Constitución política del Estado de Chile*. Promulgada em 29 de diciembre de 1823. Santiago: Imprenta Nacional, 1823.

CHILE. *El reglamento para el gobierno provisorio*. Sancionado em 17 de marzo de 1814. Disponível em: <http://bcn.cl/1y6pz>. Acesso em: 30 maio 2019.

CHILE. *Proyecto de Constitución Provisoria para el Estado de Chile*. Santiago: Imprenta del Gobierno, 1818.

CHILE. *Proyecto de un reglamento provisorio para la administración de las provincias*. Presentado al Consejo Directorial por el Ministro del Interior, en 30 de noviembre de 1825. Disponível em: [https://www.bcn.cl/Books/Leyes\\_Federales\\_de\\_1826/index.html#p=1](https://www.bcn.cl/Books/Leyes_Federales_de_1826/index.html#p=1). Acesso em 30 maio 2018.

CHILE. Quinto Censo Jeneral de la Población de Chile. *Levantado el 19 de abril de 1875*. Valparaíso: Imprenta del Mercurio, 1876.

CHILE. *Reglamento constitucional provisorio del Pueblo de Chile*. Subscrito por el de la capital, presentado para su subscripción a las provincias, sancionado y jurado por las autoridades constituidas. Santiago: Imprenta del Gobierno, 1812.

CHILE. *Reglamento para el arreglo de la autoridad ejecutiva provisorio de Chile*. Sancionado em 14 de agosto de 1811. Disponível em: <http://bcn.cl/1uynn>. Acesso em: 30 maio 2019.

CHILE. Sexto Censo Jeneral de la Población de Chile. *Levantado el 26 de noviembre de 1885*, Valparaíso: La Patria, 1889.

CLAVERO, Bartolomé. *Lei da Liberdade e Direitos Indígenas: from Europe's Oeconomy to the Constitutionalism of the Americas*. Berkeley: The Robbin's Collection, 2005.

CRISTI, Renato. La génesis de la constitución de 1980 y sus claves conceptuales: función social de la propiedad y el bien común. *Derecho y Humanidades*, 23, 2014.

DUVE, Thomas. Sonderrecht in der Frühen Neuzeit. In: SONDERFORSCHUNGSBEREICH, Mitteilungen des. (org.). *Pluralisierung und Autorität in der Frühen Neuzeit*. Jahrhundert, 2007, p. 15-17.

EGANÃ, Juan. *Censo de 1813*. Santiago: Imprenta Chile, 1953.

EGAÑA, Juan. *Memoria política sobre si conviene en Chile la libertad de cultos*. Santiago: Imprenta de la Independencia, 1825.

FERRADA, Juan Carlos. La constitución económica de 1980. Algunas reflexiones críticas. *Revista de Derecho*, 11, 2000.

GÖDERLE, Wolfgang. Administration, Science, and the State: The 1869 Population Census in Austria-Hungary. *Austrian History Yearbook*, 2016.

GONZÁLEZ, Esteban Quiroz. Libertad de conciencia y religión en el proceso constituyente chileno. *Revista Latinoamericana de Derecho y Religión*. 2020.

HESPANHA, António M. Fazer um império com palavras. In: XAVIER, Ângela Barreto; SILVA, Cristina Nogueira da (orgs.). *O governo dos outros: poder e diferença no império português*. Lisboa: Imprensa de Ciências Sociais, 2016.

HESPANHA, António M. *Imbecillitas: as bem-aventuranças da inferioridade nas sociedades de Antigo Regime*. Belo Horizonte, Universidade Federal de Minas Gerais, 2008.

HUNEEUS, Jorge. *Obras de Don Jorge Huneeus: la Constitución ante el Congreso*. Primera Parte. 2. ed. vol. 1, 1890.

O'HIGGINS, Bernardo. Ciudadanía chilena a favor de los naturales del país. 1819. Disponível em: <http://bcn.cl/2ege2>. Acesso em: 18 jun. 2020.

POBLETE, Manuel Núñez. (ed.), *Normativa nacional e internacional sobre pueblos indígenas*. Santiago: Universidad Católica del Norte, Santiago, 2010.

PORTILLO, José María. *Historia mínima del constitucionalismo en América Latina*. México: El Colegio de México, 2016.

SAAVEDRA, Manuel Bastias. Diversity as Paradox: Legal History and the Blind Spots of Law. In: *Max Planck Institute for European Legal History Research Paper Series*, 2020. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3554952>.

SAAVEDRA, Manuel Bastías. Intervención del Estado y Derechos Sociales. Transformaciones en el pensamiento jurídico chileno en la era de la cuestión social, 1880-1925. *Historia*, 2015.

SAAVEDRA, Manuel Bastías. Una nueva generación de estadistas. Derecho, universidad y cuestión social en Chile, 1860-1925. *Revista Austral de Ciencias Sociales*, 29, 2017.

STUVEN, Ana María. Tolerancia religiosa y orden social: Juan Egaña vs. José María Blanco White. *Ariadna histórica. Lenguajes, conceptos, metáforas*, 5, 2016.

UN CENSO DEL OBISPADO DE CONCEPCIÓN. *Revista chilena de historia y geografía*, 1916.

VIAL, Enrique Matta. La nacionalidad y la ciudadanía. *Revista Chilena*, vol. 53, 1922.





# DIRETRIZES "PARA O ACERTO DOS GOVERNOS": OS DIREITOS NO PRIMEIRO CONSTITUCIONALISMO MEXICANO (1821-1836)

GUIDELINES "FOR THE SUCCESS OF GOVERNMENTS": RIGHTS IN THE FIRST MEXICAN CONSTITUTIONALISM (1821-1836)

CATHERINE ANDREWS\*

Tradução: SÉRGIO RAFAEL NASCIMENTO E BOUÇAS\*\*

## RESUMO

Este artigo discute o reconhecimento que as primeiras constituições mexicanas deram aos direitos naturais. Ressalta-se que os mexicanos debateram dois modelos diferentes nesta matéria: o modelo liberal e o revolucionário jusnaturalista. Frequentemente, a historiografia do direito insiste em identificar a origem dessa discussão na Assembleia Constituinte de 1842 ou na de 1856. Este artigo sugere que as raízes do debate em torno dos direitos estavam presentes no México desde a Independência, em 1821.

**Palavras-chave:** direitos naturais; direitos civis; constitucionalismo mexicano; constitucionalismo estatal.

## ABSTRACT

This article discusses the recognition given to natural rights in the first Mexican Constitutions. It shows that the Mexicans debated two different models: the modern liberal model and the revolutionary ius naturalistic model. Law historiography often insists that this discussion originated in the 1842 Constituent Congress, or alternatively in the 1856 Constituent Congress. This text argues that the roots of this debate over rights had been present in Mexico since Independence in 1821.

**Keywords:** natural rights; civil rights; Mexican constitutionalism; State constitutionalism.

\* Doutora em História Mexicana pela St. Andrews University, Escócia. Professora na Divisão de História no Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE) na Cidade do México.  
*catherine.andrews@cide.edu*

\*\* Mestre em Direito pela Universidade Federal Rural do Semi-Árido.  
*sergio.rafael.nb@gmail.com*

Recebido em 16-10-2022 | Aprovado em 16-10-2022<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Artigo convidado. Nota do tradutor: tradução autorizada pela autora. Publicado originalmente em espanhol na revista *Estudios De Historia Moderna Y Contemporánea de México*, n.º 57, 2019, com o título "Pautas "para el acierto a los gobiernos". Los derechos en el primer constitucionalismo mexicano (1821-1836)".



## SUMÁRIO

**INTRODUÇÃO; 1 SOBRE O DIREITO NATURAL E OS DIREITOS NATURAIS; 2 A CONSTITUIÇÃO DE CÁDIZ E O DECRETO CONSTITUCIONAL DE APATZINGÁN; 3 O TRATAMENTO DOS DIREITOS NAS PRIMEIRAS CONSTITUIÇÕES MEXICANAS (1821-1835); 4 A PRIMEIRA LEI CONSTITUCIONAL DE 1836: "DIREITOS E OBRIGAÇÕES DOS MEXICANOS E DOS HABITANTES DA REPÚBLICA"; CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.**

### ■ INTRODUÇÃO

Em seu estudo sobre a Constituição Francesa de 1795, Michel Troper<sup>2</sup> critica a historiografia jurídica do século XX pela forma anacrônica em que avalia as constituições da época das revoluções. Ele ressalta que os historiadores do direito costumavam esperar que as constituições revolucionárias se conformassem à teoria constitucional moderna, que imagina uma constituição como uma norma obrigatória e suprema, com mecanismos de controle constitucional para garantir direitos reconhecidos. Disse Troper<sup>3</sup>:

Mas no século XVIII [...] a constituição ainda não era imaginada como juridicamente vinculativa neste sentido. [A Constituição] deveria ser imposta, é claro, mas apenas porque sua estrutura geral e os equilíbrios que organizou impediriam um uso abusivo e destrutivo da liberdade por aqueles que exerciam o poder. Por isso, nenhuma dessas constituições previa o controle constitucional das leis por uma garantia externa, mas todas buscaram garantias internas dentro da organização dos poderes<sup>4</sup>.

De acordo com Troper<sup>5</sup>, essa forma anacrônica de lidar com as constituições revolucionárias dificulta a análise das declarações de direitos que as precederam. A visão moderna quer compreender o objetivo da "declaração de direitos e deveres" de 1795 como um texto jurídico anexo à Constituição e, conseqüentemente, desqualifica-a por sua falta de rigor e garantias. Ele não entende que os constituintes de 1795 não atribuíram "nenhum valor jurídico" à declaração de 1795, pois uma leitura cuidadosa das fontes sugere que eles a entenderam mais como "um texto filosófico" ou "um guia moral" para os governantes. Troper<sup>6</sup> cita Boissy d'Anglas, membro da Comissão de Constituição em 1795, que, durante o debate sobre direitos no âmbito da Convenção em 1795, argumentou que a declaração de direitos "não é uma lei, e é bom repeti-la, mas deve ser a compilação de todos os princípios sobre os quais a organização civil repousa: é o preâmbulo necessário a toda constituição livre e justa; é o guia dos legisladores"<sup>7</sup>.

<sup>2</sup> TROPER, Michel, *Terminer la révolution. La Constitution de 1795*, Paris, Fayard, 2006, p.62.

<sup>3</sup> Idem, p.62,63.

<sup>4</sup> *El Sol*, 2 de fevereiro de 1822.

<sup>5</sup> TROPER, Michel, *Terminer la révolution. La Constitution de 1795*, Paris, Fayard, 2006, p.98.

<sup>6</sup> Idem, p. 100.

<sup>7</sup> "Séance du 5 messidor an III" (23 de junio de 1795), *Monit*, 1795, p. 1145; annexe 4, p. 293, citado por Michael Troper, *Terminer la révolution. La Constitution de 1795*, Paris, Fayard, 2006, p. 100.

Nesse mesmo sentido, Troper<sup>8</sup> insiste que a compreensão da declaração de 1795 como guia moral possibilita avaliar melhor o significado dos deveres listados nesta declaração, a saber:

Art. 2. Todos os deveres do homem e do cidadão derivam desses dois princípios, gravados pela natureza em todos os corações. "– Não faça aos outros o que você não gostaria que eles fizessem com você." "– Faça sempre aos outros o bem que você gostaria de receber".

Art. 3. As obrigações de cada um com relação à sociedade consistem em defendê-la, servi-la, viver sujeita às leis e respeitar aqueles que são seus órgãos.

Art. 4. Ninguém pode ser um bom cidadão a menos que seja um bom filho, um bom pai, um bom irmão, um bom amigo, um bom marido.

Art. 5. Ninguém é um bom homem a menos que observe as leis francamente e religiosamente.

Art. 6. Aquele que viola abertamente as leis declara guerra à sociedade.<sup>9</sup>

Não faz sentido pensar que a Constituição tipificaria o que significa ser um mal filho, pai, irmão, amigo e marido", explica Troper<sup>10</sup>; é muito mais sensato reconhecer que os deveres do homem são o guia moral, a contrapartida da declaração de direitos.

Há lições para a historiografia mexicana nos argumentos de Troper. Uma das razões para o lugar sagrado da Constituição de 1857 na história constitucional do México é que ela continha uma declaração de direitos garantidos por amparo, um mecanismo de controle constitucional exclusivo da república mexicana. As constituições anteriores – a Constituição Federal de 1824, as Sete Leis de 1836 e as Bases Orgânicas de 1843 – são consideradas deficientes porque não contemplaram um mecanismo externo à divisão de poderes ou, alternativamente, porque os direitos nelas reconhecidos não eram universais "do homem", mas direitos civis particulares "ao mexicano"<sup>11</sup>. Em outras palavras, a história constitucional anterior a 1857 é analisada com uma visão anacrônica, e sua importância para contextualizar e compreender a própria Constituição de 1857 é, portanto, subestimada.

<sup>8</sup> TROPER, Michel, *Terminer la révolution. La Constitution de 1795*, Paris, Fayard, 2006, p.98.

<sup>9</sup> "Constitution de 1795 o l'an III" (Jacques Godechot (ed.), *Les Constitutions de la France depuis 1789*, Paris, Flammarion, 1998, p. 101-103).

<sup>10</sup> TROPER, Michel, *Terminer la révolution. La Constitution de 1795*, Paris, Fayard, 2006, p.98.

<sup>11</sup> A origem deste julgamento, ainda predominante entre advogados dedicados à história do direito, são as análises constitucionais de Emilio Rabasa, Ignacio Vallarta, Isidro Antonio Montiel y Duarte, etc., cujas interpretações foram retomadas e ampliadas no século XX por Felipe Tena Ramírez, Alfonso Noriega e muitos outros. De acordo com esta interpretação, não só "a Constituição de 1857 teve o mérito de ser a primeira lei fundamental na qual um catálogo de direitos humanos é expressamente estabelecido em um capítulo", mas a incorporação do mecanismo de garantia com juízo de amparo marcou o início da proteção constitucional desses direitos (Alfonso Noriega, *La declaración de los derechos del hombre y la Constitución de 1857*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Facultad de Derecho, Dirección General de Publicaciones y Fomento Editorial, 2006 [1ª ed. ed. 1957], pp. 10-17). Esta interpretação situa a origem intelectual da Constituição de 1857 na Constituição de Yucatán de 1840, os projetos constitucionais de 1842 e a Lei de Reforma de 1847 (Emilio Rabasa, *La constitución y la dictadura: estudio sobre la organización política de México 2015*, p. 96-98). Há uma discussão sobre esta historiografia em Catherine Andrews, de Cádiz a Querétaro. *Historiografía y bibliografía del constitucionalismo mexicano*, México, Fondo de Cultura Económica, 2017, p. 84-92.

Neste artigo se sugere uma nova leitura da história dos direitos nas constituições mexicanas, com base nas abordagens de Troper. O objetivo é mostrar como uma investigação histórica que situa os direitos constitucionais em uma tradição jurídica e política mais ampla pode servir para demonstrar o significado das questões abordadas pelo primeiro constitucionalismo mexicano. Na primeira seção, será discutido o contexto filosófico e político em que o debate sobre direitos surgiu durante o primeiro constitucionalismo na França e nos Estados Unidos. Em seguida, examinar-se-á como os constituintes de Cádiz e os legisladores insurgentes mexicanos enfrentaram a questão dos direitos na Constituição de Cádiz (1812) e no Decreto Constitucional de Apatzingán (1814). A terceira seção analisará os direitos consagrados na Constituição Federal de 1824 e as constituições estaduais do primeiro federalismo. Finalmente, a quarta seção discutirá a relação entre o constitucionalismo federal e a primeira lei constitucional de 1836, que estabeleceu os "direitos e obrigações dos mexicanos e dos habitantes da República". Para concluir, serão apresentadas as ligações que poderiam ser estabelecidas entre a história do tratamento dos direitos discutidos neste ensaio e a história constitucional subsequente.

## 1 SOBRE O DIREITO NATURAL E OS DIREITOS NATURAIS

O argumento de Troper nos obriga a reconhecer que as primeiras constituições revolucionárias foram promulgadas em um contexto intelectual e jurídico diferente do contexto moderno. Para os constituintes franceses do século XVIII, como para os seus homólogos em Espanha e no México do século XIX, o pensamento jurídico sobre os direitos estava enraizado na tradição do direito natural e, sobretudo, na teologia de Tomás de Aquino e nos tratados dos neoescolásticos espanhóis da Escola de Salamanca<sup>12</sup>. Os ensinamentos tomistas afirmavam que o homem era uma parte integrante de um grande projeto divino. Era um animal motivado principalmente e invariavelmente pelo desejo de sobrevivência, mas um animal que também gozava do uso da razão. Esta *razão certa* levou o homem a racionalizar as suas necessidades, de acordo com o plano divino. A sobrevivência, por exemplo, exigiu a formação de comunidades. Além disso, a *razão certa* permitiu compreender os fundamentos morais do desígnio divino, ou seja, o direito natural. Segundo Aquino, o primeiro princípio desta lei era simples: "fazer o bem e evitar o mal". O problema filosófico era, então, como definir o bem e o mal. O exercício prático da razão do homem foi para lhe permitir aproximar-se da resposta divina, mas sempre com o risco de o conduzir por outros caminhos<sup>13</sup>.

<sup>12</sup> A historiografia sobre o assunto é vasta. Alguns textos que informam o que é dito aqui são: Quentin Skinner, *The Foundations of Modern Political Thought*, 2 v., México, Fondo de Cultura Económica, 1985; Brian Tierney, *Foundations of the Conciliar Theory: The Contribution of the Medieval Canonists from Gratian to the Great Schism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001; Brian Tierney, *Foundations of the Conciliar Theory: The Contribution of the Medieval Canonists from Gratian to the Great Schism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010; Richard Tuck, *Natural Rights Theories: Their Origin and Development*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002; Annabel S. Brett, *Liberty, Right, and Nature: Individual Rights in Later Scholastic Thought*, Cambridge, Cambridge University Press, 1997; Francisco Carpintero Benítez, *Historia breve del derecho natural*, Madrid, Constitución y Leyes/Colex, 2000; e Pauline C. Westerman, *The Disintegration of Natural Law Theory: Aquinas to Finnis*, Leiden, Brill, 1998.

<sup>13</sup> Para uma discussão sobre este ponto, ver Westerman, *The Disintegration of Natural Law, Theory...*, p. 69.

De acordo com Richard Tuck<sup>14</sup>, para Aquino o homem vive segundo a lei natural, mas não tem direitos individuais que poderiam ser chamados de naturais. A lei natural lhe permite procurar os meios da sua sobrevivência, mas não lhe concede um direito de propriedade ou domínio neste sentido. Tanto Tuck como Brian Tierney enfatizam que o debate entre os franciscanos e o papado sobre seu governo de pobreza levou o Papa João XXII a reformular os argumentos de Aquino em 1329 para insistir que os homens possuíam "um domínio sobre as coisas temporais", mesmo "no estado de inocência, antes que Eva fosse criada"; e, portanto, esse domínio sobre as coisas não foi instigado pelos homens através da lei positiva<sup>15</sup>. Assim, era possível pensar que o homem gozava de um domínio natural antes das leis civis, o que poderia ser interpretado como uma primeira afirmação da existência de um direito natural à propriedade.

No século XVI, a Escola de Salamanca retomou e reinterpretou a lei natural tomista à luz da chegada dos espanhóis na América e dos problemas teológicos que a conquista implicou. Como bem aponta Mónica Quijada<sup>16</sup>, o debate que surgiu em torno da condição dos indígenas levou os escolásticos a rejeitar a visão aristotélica de que a escravatura era natural para as raças "bárbaras". Tanto os europeus como os indígenas tinham o uso da razão certa. A prova disso, argumentou-se, estava nos seus governos civis, que teriam desenvolvido de acordo com a lei natural. Em outras palavras, os homens eram iguais uns aos outros; e estavam igualmente inclinados a seguir o direito natural. Como foi argumentado nos debates na Espanha sobre a qualidade dos indígenas: era evidente que eles obedeciam às leis naturais na construção de suas sociedades e impérios<sup>17</sup>. Os espanhóis não tinham o direito de conquistá-los, privando-os da sua propriedade e liberdade. Então, se a conquista não foi uma base legítima de poder: como explicar (e legitimar) o governo espanhol na América?

A questão preocupou várias gerações da segunda Escolástica, e resultou – como nos mostram os estudiosos do direito internacional – a uma justificação robusta do imperialismo baseado na lei das nações ou *ius gentium*<sup>18</sup>. Ao mesmo tempo, o debate obrigou os escolásticos a explicar também a relação entre o direito natural e o direito civil. Um dos últimos escolásticos, Francisco Suárez, definiu a lei nos termos da vontade: a lei era um ato pelo qual um superior obrigava um inferior a realizar uma ação. No entanto, para Suárez, ter superioridade sobre alguém não era suficiente para dar aos seus ditames a força da lei: apenas aqueles que se dirigiam às comunidades governadas por um pacto, cujo governo estava nas mãos de um príncipe, podiam ser considerados leis. A república era natural porque era o produto da *razão*

<sup>14</sup> TUCK, Richard, *Natural Rights Theories: Their Origin and Development*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, p. 55.

<sup>15</sup> *Quia vir reprobus* (1329) citado em Tuck, *Natural Rights Theories...*, p. 22. Veja também a discussão das ideias de William of Ockham sobre este debate em Tierney, *Foundations of the Conciliar Theory...*, loc. 2338-2363.

<sup>16</sup> QUIJADA, Mónica, "From Spain to New Spain: Revisiting the Potestas Populi in Hispanic Political Thought", *Mexican Studies/Estudios Mexicanos*, n. 24, 2008.

<sup>17</sup> Ver Brett, *Liberty, Right, and Nature...*, e Monica Quijada, "From Spain to New Spain: Revisiting the Potestas Populi in Hispanic Political Thought", *Mexican Studies/Estudios Mexicanos*, n. 24, 2008, p. 185-219.

<sup>18</sup> Ver Martti Koskenniemi, 'Empire and International Law: The Real Spanish Contribution', *University of Toronto Law Journal*, v. 61, n. 1, 2011, p. 1-36. Disponível em: doi.org/10.3138/utlj.61.1.001. Também foi necessário conceptualizar os indígenas como homens de menor capacidade racional que os peninsulares; por isso, eram considerados filhos perpétuos e necessitados de salvação religiosa por parte dos espanhóis.

*certa* humana e a legitimidade do seu príncipe repousava no acordo da sua comunidade. Consequentemente, o poder legislativo do príncipe foi limitado tanto por este acordo como pelo direito natural, que ditava que estas leis deviam ser para o bem comum da comunidade<sup>19</sup>.

Hugo Grócio foi o disseminador mais importante da Escola de Salamanca fora da Espanha e, sem dúvida, uma leitura importante para os revolucionários franceses e norte-americanos<sup>20</sup>. Em *The Rights of War and Peace*, Grócio argumenta que a relação causal entre a vontade divina e o direito natural era a seguinte: "o direito natural, ainda que nascido dos princípios internos do homem, pode, no entanto, em justiça, ser atribuído a Deus, porque Ele quis que tais princípios existissem em nós". Contudo, se a lei de Deus estava "gravada em todos os corações"<sup>21</sup>, esta não estava ao alcance de todos; só podia ser compreendida através do uso da razão. Assim também seria possível entender a lei natural como "um ditado da razão certa"<sup>22</sup>.

Grócio também acreditava que a aplicabilidade moral do direito civil estava nos convênios ou acordos pelos quais a comunidade se instituía. Para ele, "a mãe do direito natural é a própria natureza [...] e a mãe do direito civil é a mesma obrigação nascida do consentimento, que, como tira sua força do direito natural, a natureza também pode ser chamada de bisavó deste direito"<sup>23</sup>. Grócio deixou muito claro o que este argumento significava para aqueles ligados ao pacto: não se podia resistir a um governante a menos que ele violasse os termos do acordo ou violasse o direito natural<sup>24</sup>. Um homem que não respeitava as leis merecia ser punido, inclusive se o governo estivesse nas mãos de um ímpio.

Um constitucionalismo de direitos naturais, então, assumia que a comunidade sabia (através do uso da razão certa) quais eram os seus direitos. Coexistia com o contratualismo de John Locke, que rejeitava a versão tomista do direito natural em favor de uma versão protestante que recapturava o pessimismo de Agostinho de Hipona: o homem no estado de natureza deve ser entendido como um ser aprisionado pelas suas paixões, buscando apenas a sua própria sobrevivência. De modo que, no estado da natureza, a corrupção e os vícios dos homens significavam que a igualdade, a segurança pessoal, a propriedade e a vontade do homem estavam sempre em perigo. Locke considerava que os governos absolutistas apresenta-

<sup>19</sup> Francisco Suárez, *Tractatus de Legibus ac Deo Legislatore*, citado em Westerman ("Suarez and the Formality of Law", in *Politische Metaphysik: Die Entstehung moderner Rechtskonzeptionen in der Spanischen Spaetscholastik*, editado por Matthias Kaufmann e Robert Schnepf, Frankfurt am Main, PIE/PETER Lang, 2007, p. 227-237). Ver também Terence H. Irwin, 'Obligation, Rightness, and Natural Law: Suárez and Some Critics', in Daniel Schwartz (ed.), *Interpreting Suárez: Critical Essays*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, p. 142-162.

<sup>20</sup> Sobre a importância de Grotius para a Revolução Americana, ver Michael P. Zuckert, *Natural Rights and the New Republicanism*, Princeton (Nova Jersey), Princeton University Press, 1994.

<sup>21</sup> Consultei a tradução inglesa da edição espanhola de 1925. Contudo, para uma versão anotada e revista (mas em inglês), recomendo Hugo Grotius, *The Rights of War and Peace*, editado por Richard Tuck, Indianapolis, Liberty Fund, 2005, p. 209.

<sup>22</sup> Idem, p. 52.

<sup>23</sup> Idem, p. 15.

<sup>24</sup> Na história do direito natural e do constitucionalismo, a importância do reencontro com Cícero no mundo moderno também deve ser considerada; ver Daniel Lee, *Popular Sovereignty in Early Modern Constitutional Thought*, Kindle ed., Oxford, Oxford University Press, 2016; e Benjamin Straumann, *Roman Law in the State of Nature: The Classical Foundations of Hugo Grotius's Natural Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, p. 202-206.

ram um exemplo desta situação, pois nelas faltavam magistrados que protegessem eficazmente os direitos. "Onde quer que haja pessoas sem autoridade a quem apelar", argumentou Locke, "ainda estão no estado de natureza"<sup>25</sup>.

No século XVIII, os revolucionários norte-americanos expressavam eloquentemente esta coexistência na Declaração de Independência: "Consideramos como evidentes estas verdades: que todos os homens são criados iguais; que são dotados pelo seu Criador de certos direitos inalienáveis; que entre estes estão a vida, a liberdade e a busca da felicidade; que para assegurar estes direitos se instituem os governos entre os homens [...]"<sup>26</sup>.

Após a independência, as primeiras constituições estaduais norte-americanas inauguraram a prática de iniciar o texto constitucional com uma declaração de direitos. A divisão de poderes seguiu na seção intitulada *Frame of Government* (organização do governo). Estas constituições foram geralmente inspiradas nas cartas coloniais – ou *charters* – que vigoraram sob o governo britânico, e os direitos que elas enfatizavam eram os da *common law*.<sup>27</sup> O estudo das declarações de direitos parece dar razão a Michel Troper. Donald Lutz observa<sup>28</sup>, por exemplo, que "não é claro que as cartas de direitos foram sequer consideradas parte da constituição" nas primeiras décadas de independência. Lutz compara a linguagem usada nas declarações de direitos nestas cartas para mostrar sua preferência pela "linguagem prescritiva como 'deveria' (*ought*); quando na parte dedicada à forma de governo se utilizavam expressões legalmente vinculantes como 'fará' (*shall*)". Muitas vezes, sublinha Lutz, as declarações incluíam até a permissão explícita para o legislador estadual de fazer caso de um ou outro direito, se o "bem comum" o exigisse.

A questão do motivo de uma declaração de direitos foi discutida na convenção constitucional da Filadélfia: se os direitos eram naturais e inalienáveis, por que os incluir na constituição? Os defensores do projeto de 1787 argumentavam que incluir uma lista de direitos poderia ter o efeito de presumir que eles têm uma origem diferente da lei natural. Ou seja, dar aos direitos naturais uma definição e um respaldo constitucional – transformando-os em direitos civis – tiraria sua essência universal e natural. Assim, pode-se argumentar que direitos que não estavam listados na Constituição não existiam e, portanto, já não poderiam ser reivindicados. Neste caso, sublinhava o delegado Charles Pickney na Convenção Constitucional,

<sup>25</sup> John Locke, *Two Treatises of Government*, ed. by Peter Laslett, Cambridge, Cambridge University Press, 1988, p. 326. Desnecessário dizer que Locke era menos pessimista sobre o estado do homem na natureza do que o seu compatriota, Thomas Hobbes. Locke considerava que os homens podiam gozar dos seus direitos naturais no estado de natureza, embora com muitas dificuldades. Hobbes, por outro lado, afirmava em *El Leviatán* (Thomas Hobbes, *Hobbes's Leviathan Reprinted from the Edition of 1651*, ed. epub, com um ensaio do falecido W. G. Pogson Smith, Oxford, Clarendon Press, 1909. Disponível em: [oll.libertyfund.org/titles/869](http://oll.libertyfund.org/titles/869)): "que 'fora dos estados civis', há sempre guerra de todos contra todos". Direitos não poderiam existir fora do estado político, nesta situação, pois "se alguém semeia, constrói ou possui uma residência confortável, é de se esperar que outros venham com força para o desapossar e tirar dele, não apenas os frutos do seu trabalho, mas a sua vida ou liberdade".

<sup>26</sup> A Declaração de Independência, disponível online: [www.diputados.gob.mx/biblioteca/bibdig/const\\_mex/decla\\_1776.pdf](http://www.diputados.gob.mx/biblioteca/bibdig/const_mex/decla_1776.pdf) (acessado em 8 de dezembro de 2018).

<sup>27</sup> Ver Mary Sarah Bilder, "The Transatlantic Constitution: Colonial Legal Culture and the Empire", Cambridge (Massachusetts), Harvard University Press, 2004; e "Charter Constitutionalism: The Myth of Edward Coke and the Virginia Charter", *North Carolina Law Review*, v. 94, n. 5, 2016, p. 1545-1598.

<sup>28</sup> LUTZ, Donald S., "The Theory of Consent in the Early State Constitutions", *Publius*, v. 9, n. 2, 1979, p. 37,38.

o efeito seria delegar "ao governo geral o poder de retirar direitos que não havíamos enumerado"<sup>29</sup>.

Por sua vez, Alexander Hamilton observou que o projeto incluía os mecanismos tradicionais britânicos para a proteção das liberdades: nomeadamente, o *habeas corpus*, a proibição de leis *ex post facto* e a proibição de expropriação arbitrária de bens. A diferença entre o projeto de 1787 e as constituições estaduais norte-americanas anteriores era que essas proteções não eram listadas separadamente em uma declaração. Para Hamilton<sup>30</sup>, "a Constituição é uma DECLARAÇÃO DE DIREITOS em todos sentido racional e para todo fim útil". É de notar que quando o Congresso estadunidense se viu obrigado em 1791 a anexar uma carta de direitos à Constituição (na forma de emendas), os congressistas lembraram esse temor. Assim, foi decidido incluir na 9ª emenda a seguinte declaração: "A enumeração na Constituição de certos direitos não deve ser interpretada no sentido de negar ou depreciar outros que o povo tenha"<sup>31</sup>. Em outras palavras, os direitos naturais continuaram a existir mesmo fora da ordem constitucional.

## 2 A CONSTITUIÇÃO DE CÁDIZ E O DECRETO CONSTITUCIONAL DE APATZINGÁN

O dilema da Convenção de Filadélfia se repetiu nas revoluções constitucionais do século XIX na Espanha e nos seus domínios americanos. Esta seção examina como a Constituição de Cádiz (1812) e o Decreto de Apatzingán (1814) trataram da questão dos direitos naturais e civis. O objetivo é estabelecer que existiam dois modelos para os primeiros constituintes a partir de 1821: o modelo de Cádiz, que não continha uma declaração de direitos de estilo revolucionário, e o modelo de Apatzingán, que continha um capítulo intitulado "Da igualdade, segurança, propriedade e liberdade dos cidadãos", no seu primeiro título.

O artigo 4º de Cádiz estabelecia que a nação espanhola estava "obrigada a conservar e proteger por leis sábias e justas a liberdade civil, a propriedade e os demais direitos legítimos de todos os indivíduos que a compõem", mas não enumerava nem dava definições desses direitos "legítimos". Além disso, Cádiz não reconhecia que o objetivo da associação política deveria ser a proteção dos direitos naturais, imprescritíveis ou do homem. Em vez disso, o objetivo do governo, segundo o artigo 13, era "a felicidade da nação, uma vez que o fim de toda associação política não é outra coisa senão o bem-estar dos indivíduos que a compõem". Em outras palavras, os constituintes de 1812 se referiam a conceitos tomistas e escolásticos para definir o objeto do governo e, pode-se supor, consideravam que os direitos legítimos dos espanhóis derivavam, pelo menos em parte, do direito natural.

Além disso, vários títulos da Constituição de Cádiz enumeravam diversos direitos que o habitante e o cidadão gozavam perante a autoridade. Pode-se notar que as seções 10 e 11 do artigo 172, por exemplo, proibiam o poder executivo de privar as pessoas de sua liberdade ou propriedade. Da mesma forma, os artigos 287 a 306 incluíam uma enunciação de direitos

<sup>29</sup> WOOD, Gordon S., *The Creation of the American Republic, 1776-1787*, Chapel Hill, The University of North Carolina Press, 1997, p. 540.

<sup>30</sup> HAMILTON, Alexander James Madison, e John Jay, *The Federalist Papers*. Nova Iorque, Bantam Books, 2003, p. 525.

<sup>31</sup> "Declaración de derechos", Arquivo Nacional, [www.archives.gov/espanol/declaracion-de-derechos.html](http://www.archives.gov/espanol/declaracion-de-derechos.html) (acessado em 17 de março de 2018). A ênfase é do texto original.

processuais e articulavam os limites de ação das autoridades do poder judicial na administração da justiça. Neste último caso, é evidente a importância e influência do debate iluminista sobre o direito à segurança e o poder do Estado de punir. O tratado de Cesare Beccaria, *Dei delitti e delle pene* (1764), tinha proposto que o crime não fosse entendido como pecado, mas como "dano à sociedade". Portanto, o propósito da punição não poderia ser moral, mas civil: a função das autoridades judiciais era "impedir que o réu causasse mais danos aos seus concidadãos" e evitar que estes, por sua vez, o prejudicassem. Nesta perspectiva, ele se opôs à tortura e à pena de morte, assim como aos julgamentos secretos, e defendeu uma justiça rápida e pública<sup>32</sup>. Apesar de ter sido proibido pela Inquisição, o livro circulava na monarquia espanhola e a questão da reforma do direito penal foi discutida entre os iluministas na Espanha e na América. Em 1782, o novo-hispânico Manuel Lardizábal y Uribe publicou *Discurso sobre las penas: contraído a las leyes criminales de España para facilitar su reforma*, no qual propôs a adoção das ideias de Beccaria<sup>33</sup>. O anseio iluminista pela reforma penal pode ser visto nos artigos gaditanos, que (entre outros) proibiam o tormento e o constrangimento (art. 303); estabeleciam que a prisão era "para garantir e não para incomodar os presos" (art. 297); e, ordenavam que os julgamentos fossem públicos (art. 320).

Finalmente, sobre a questão da administração da justiça, o texto gaditano correspondeu ao que foi prometido por Agustín de Argüelles<sup>34</sup> no seu discurso preliminar ao projeto da Comissão Constitucional: acomodar "seu projeto, nacional e antigo em substância" dentro "[d]a ordem e método" do constitucionalismo moderno. Como bem demonstram Marta Lorente e Carlos Garriga<sup>35</sup>, a Constituição de Cádiz preservou os recursos judiciais tradicionais (por exemplo, o recurso de nulidade e de força, a arbitragem em casos não criminais) e procurou garantir o cumprimento da lei, responsabilizando funcionários e magistrados pelos seus atos. Além disso, o texto gaditano reconheceu aos espanhóis o "direito a representar às Cortes ou ao Rei para exigir a observância da Constituição" no artigo 373, o que constitucionalizou outra prática do constitucionalismo jurisdiccional do antigo regime: o direito de representar ou de peticionar e reclamar<sup>36</sup>.

<sup>32</sup> Para uma discussão sobre o trabalho de Cesare Beccaria e sua relação com a história dos direitos humanos, ver Vincenzo Ferrone, *Storia dei diritti dell'uomo: l'illuminismo e la costruzione del linguaggio politico dei moderni*, Kindle ed. A citação para Beccaria vem de loc. 5358.

<sup>33</sup> Gonzalo Quintero Olivares, "Beccaria y el iluminismo italiano en la cultura jurídica hispana", in Luis Arroyo Zapatero et al. (coord.), *Metáfora de la crueldad: la pena capital del tiempo de Cesare Beccaria al tiempo actual*, Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2016, p. 53-78, p. 63-68. Ver também Santiago García Ramírez, "Beccaria en nuestra América", em Luis Arroyo Zapatero et al. (coord.), *Metáfora de la crueldad: la pena capital del tiempo de Cesare Beccaria al tiempo actual*, Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2016, p. 23-52.

<sup>34</sup> ARGÜELLES, Agustín de, *Discurso preliminar a la Constitución de 1812*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1981, p. 76.

<sup>35</sup> GARRIGA, Carlos e Marta Lorente, Cádiz, 1812, la Constitución jurisdiccional, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

<sup>36</sup> Sobre o assunto, ver Bartolomé Clavero, "Garantie des droits: Emplazamiento histórico del enunciado constitucional", *Revista de Estudios Políticos*, n. 81, 1993, p. 7-22. 7-22; Marta Lorente Sariñena, *Las infracciones a la Constitución de 1812: un mecanismo de defensa de la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988 (Colección "Estudios Constitucionales"); e Beatriz Rojas Nieto, "El derecho de petición y el sistema representativo mexicano", *Istor*, n. 61, 2015, p. 159-186.

Tudo isto indica, então, que a Constituição de 1812 deve ser entendida como Alexander Hamilton o fez na versão original da Constituição de 1787: como "uma declaração de direitos em todo sentido racional e para todo o fim útil". Uma constituição sem declaração de direitos, mas cujos termos constituíam um manifesto dos direitos dos espanhóis.

Em contraste, o Decreto Constitucional de Apatzingán seguiu claramente o exemplo revolucionário norte-americano e francês<sup>37</sup>. Como as primeiras constituições estaduais dos Estados Unidos, foram divididas em duas partes: uma dogmática e outra orgânica. Em Apatzingán, se intitulava "Os princípios ou elementos constitucionais" e "Forma de governo". A declaração de direitos de Apatzingán foi incluída no capítulo V do primeiro título: "Da igualdade, segurança, propriedade e liberdade dos cidadãos". Nos artigos seguintes são descritos esses direitos: nos artigos relativos à igualdade, o Decreto estabeleceu que nenhum emprego público poderia ser herdado (art. 25), mas que todos deveriam "funcionar temporariamente, e o povo tem o direito de fazer com que voltem à vida privada, preenchendo as vagas por eleição" (art. 26). Os artigos que se referem à segurança incluíam a declaração de que "os atos praticados contra um cidadão sem as formalidades da lei" seriam "tirânicos e arbitrários" (art. 28); o artigo 30 garantia a presunção de inocência e o artigo subsequente prometia que "ninguém será julgado ou condenado, senão depois de ter sido legalmente ouvido". Os artigos que definem os direitos de propriedade indicavam que qualquer expropriação de propriedade privada exigia uma indenização (art. 35), e que era necessária uma ordem judicial para entrar numa casa privada em caso de investigação criminal (arts. 32 e 33). Nos artigos sobre liberdade (arts. 37-40), foi incluído o direito à liberdade de imprensa ("a menos que em suas produções ataque ao dogma, perturbe a tranquilidade pública ou ofenda a honra dos cidadãos"); a liberdade de seguir "qualquer tipo de cultura, indústria ou comércio"; e o direito de petição ("a liberdade de reivindicar seus direitos perante funcionários da autoridade pública").

O Decreto estabeleceu as obrigações do cidadão no artigo 41: "total submissão às leis, obediência absoluta às autoridades constituídas, uma pronta disposição para contribuir com as despesas públicas, sacrifício voluntário de bens e vida quando as suas necessidades assim o exigirem". Pode-se vislumbrar o objetivo a que se aspirava chegar com o emprego constante do verbo "dever" em relação com o que o Decreto esperava do governo e na conclusão do artigo 41 sobre as obrigações, que indicava que "o exercício dessas virtudes forma o verdadeiro patriotismo". Da mesma forma, a redação do Artigo 24 seguiu as previsões e aspirações das declarações de direitos francesas. Afirmava que "a felicidade do povo e de cada um dos seus cidadãos consiste no gozo de igualdade, segurança, propriedade e liberdade"; e assinava (em conformidade com o artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789) que "a plena preservação destes direitos é o objetivo da instituição dos governos e o único fim das associações políticas".

### 3 O TRATAMENTO DOS DIREITOS NAS PRIMEIRAS CONSTITUIÇÕES MEXICANAS (1821-1835)

<sup>37</sup> Para uma discussão sobre o Decreto, ver Catherine Andrews, "Alternatives to the Constitution of Cádiz in New Spain: Republicanism and the Insurgent Constitutional Decree of Apatzingán (1814)", *Journal of Iberian and Latin American Studies*, v. 22, n. 3, 2016, p. 163-180.

Após a independência da monarquia espanhola, os políticos mexicanos conheciam de primeira mão duas formas diferentes de tratar os direitos em uma constituição. Este conhecimento os levou a criar instrumentos que adotavam aspectos de ambos os modelos. Esta seção analisa o destino do modelo revolucionário e o exemplo gaditano no primeiro constitucionalismo. O objetivo é demonstrar tanto a heterogeneidade quanto a homogeneidade das constituições da primeira república federal mexicana.

Antes de analisar a Constituição Federal e as constituições estaduais com maior detalhe, é necessário sublinhar, mediante dois exemplos, que a tradição do direito natural, esboçada linhas acima, foi também o contexto filosófico em que os constituintes mexicanos escreveram as suas constituições. Um primeiro exemplo vem do jornal *El Sol* de 2 de fevereiro de 1822:

Os direitos sagrados de propriedade, liberdade e segurança são as três fontes da felicidade de todos os estados. Estes três princípios são para todos os governos o que é a alavanca para a mecânica, ou o que são as leis de atração descobertas por Newton para a astronomia [...] Devem ser consultados e levados em conta na formação das leis, sejam elas criminais, civis ou econômicas [...].

O direito de propriedade é aquela prerrogativa concedida ao homem pelo *Autor da natureza*, de ser o dono da sua pessoa, da sua indústria, dos seus talentos e dos frutos do seu trabalho. A liberdade é a faculdade de usar como quiser os bens adquiridos, e de fazer tudo aquilo que não vulnere a liberdade, propriedade e segurança dos outros. A segurança consiste no fato de que não haja força alguma que oprima o homem em tempo algum, e que ele nunca possa ser vítima do capricho do rancor de quem manda.

Estes três princípios luminosos *guiam* ao acerto os governos, e são das leis os seus elementos mais simples. Eles estão *escritos no coração do homem*, nos seus órgãos e mente; de modo que não pode despedaçá-los a fúria da superstição ou tirania [...]<sup>38</sup>

O segundo exemplo – também de 1822 – vem do plano constitucional que Francisco Severo Maldonado elaborou para o império mexicano. De acordo com este plano, cada cidadão "ao atingir a idade de dezesseis anos" marcaria a sua entrada na "associação de mexicanos", mediante um juramento oferecido ao padre de sua paróquia. Neste juramento, o associado teria que afirmar que queria entrar na associação "para garantir o gozo dos direitos naturais que recebi ao nascer da mão paterna e bondosa de Deus". Também deveria explicar a diferença entre a libertinagem e o direito natural de liberdade:

*Padre:* Por que é que os homens confundem tantas vezes a ideia de libertinagem com a ideia da verdadeira e bem compreendida liberdade?

---

<sup>38</sup> "Apuntes sobre las bases principales y demás objetos públicos, que deben tener presentes para establecer un gobierno franco, liberal, justo y equitativo", *El Sol*, 2 de fevereiro de 1822. O itálico é meu. Agradeço a Laura Martínez por partilhar comigo os temas do primeiro período do *El Sol* (1821-1822). Para uma discussão sobre a importância da revolução científica para as teorias do direito natural e a relação com a Declaração da Independência, ver Ferrone, *Storia dei diritti dell'uomo...*, loc. 1433-1490.

*Associado*: Da ignorância. Porque todo homem que abusa de sua liberdade agindo contra a lei, contra os ditames da *reta razão*, forma um falso julgamento, acreditando que existe o verdadeiro bem, onde só existem as suas aparências ou o verdadeiro mal. Assim é que existe um grau de evidência em que seria indefectível a prática do bem, ou o bom uso da liberdade.<sup>39</sup>

Em ambos os textos citados, pode-se ver que seus autores empregaram alguns dos elementos clássicos do constitucionalismo do direito natural. Os direitos eram concedidos pelo autor da natureza ou Deus, constituíam um guia para os governantes e estavam inscritos no coração dos homens. Poderiam, portanto, ser entendidos por todos mediante o uso da *reta razão*.

Com este contexto em mente, analisemos a Constituição Federal de 1824 e as constituições dos estados deste período. Havia dezenove estados em 1824<sup>40</sup>; mas esse número aumentou para vinte em 1830, graças à divisão do estado de Occidente em suas duas partes componentes: Sinaloa e Sonora. Os dezenove estados originais escreveram as suas constituições entre 1824 (Xalisco) e 1827 (Coahuila e Texas e o Estado do México). Sinaloa e Sonora promulgaram as suas em 1831.

Todas as constituições aqui examinadas preservaram a mesma combinação de direitos históricos e civis em matéria de justiça que havia adotado o código gaditano. Segundo Carlos Garriga<sup>41</sup>, "a configuração da justiça [n]o federalismo mexicano [...] é nem mais nem menos [que] uma reformulação cuidadosa do dispositivo articulado pelas Cortes de Cádiz". Igualmente, a Constituição de 1824 e a maior parte das constituições estaduais reproduziram os artigos gaditanos que limitavam a ação executiva contra o indivíduo e seus bens<sup>42</sup>. A liberdade de imprensa, regulada no México pela lei espanhola de 1820, também está garantida no Ata Constitutiva (art. 31) e em quase todas as constituições dos estados.<sup>43</sup> Em outras palavras, o legado da Constituição de Cádiz para o primeiro constitucionalismo mexicano é indiscutível. Esse legado assegurou uma arquitetura constitucional homogênea entre as cartas estaduais e o código federal.

A heterogeneidade em matéria de direitos no constitucionalismo federal, entretanto, se nota no tratamento que outorgaram as constituições à questão dos direitos naturais ou dos direitos do homem. O artigo 30 do Ata Constitutiva (que era parte integrante da Constituição

<sup>39</sup> "Constitución política de la república mexicana", *Fanal del Imperio Mexicano*, 15 de Setembro de 1822, p. 17-18. Os itálicos são meus. Para uma análise dos três planos constitucionais de Maldonado, ver Catherine Andrews, "Constitutional Projects for the Division of Powers in Mexico during Iturbide's Empire, 1821-1823", *Journal of Latin American Studies*, v. 46, n. 4, 2014, p. 775-780.

<sup>40</sup> A saber: Chiapas, Chihuahua, Coahuila e Texas, Durango, Guanajuato, México, Michoacán, Nuevo León, Occidente, Oaxaca, Puebla, Querétaro, San Luis Postosí, Tabasco, Tamaulipas, Veracruz, Xalisco, Yucatán e Zacatecas.

<sup>41</sup> GARRIGA, Carlos, "El federalismo judicial mexicano", em Beatriz Rojas (coord.), *Procesos constitucionales mexicanos. La Constitución de 1824 y la antigua constitución*, México, Instituto de Investigaciones Dr. José María Luis Mora, 2017, p. 161.

<sup>42</sup> Apenas as constituições de Nuevo León, Occidente, Tamaulipas, Xalisco e Zacatecas não incluíam estes artigos. Nas constituições do Occidente, Tamaulipas, Yucatán e Zacatecas, estes direitos foram incluídos nos artigos preliminares da constituição que enumerava os direitos. Nos casos de Nuevo León e Xalisco não existem direitos específicos enumerados neste sentido, apenas a referência genérica aos direitos de propriedade, liberdade, segurança e igualdade.

<sup>43</sup> Com exceção das constituições de Chihuahua, Estado do México, Sonora, Tabasco e Veracruz.

de 1824) se pronunciou claramente contra o modelo gaditano. Reformulou o artigo 4º gaditano para afirmar que o objetivo da proteção das "leis sábias e justas" para a nação mexicana era "os direitos do homem e do cidadão", e não "os direitos legítimos". É provável que os deputados constituintes tenham se referido à Declaração Francesa de 1789, embora não seja possível ter certeza. No entanto, não existe uma lista de direitos no estilo do Decreto de Apatzingán, nem na Ata Constitutiva, nem na Constituição propriamente dita.

As constituições de Coahuila e Texas, Durango, Nuevo León, Querétaro, Sinaloa, Tamaulipas, Tabasco e Xalisco abordaram o tema dos direitos de forma semelhante à Constituição de 1824. Estes textos incluíam um artigo que reconhecia "a liberdade, igualdade, propriedade e segurança" dos indivíduos de uma forma genérica e sem maior definição. No caso da Constituição de Querétaro, a redação era a seguinte: "o Estado lhes garante os seus direitos naturais e imprescritíveis de liberdade, segurança, propriedade e igualdade" (Constituição de Querétaro, art. 8º). Por sua vez, a de Xalisco se limitava a declarar que "todo homem que habite no Estado, mesmo como transeunte, goza no Estado dos direitos imprescritíveis de liberdade, igualdade, propriedade e segurança" (art. 8º). A Constituição de Coahuila e Texas declarava que era "dever do mesmo Estado conservar e proteger por leis sábias e equitativas estes direitos gerais dos homens" (art. 11). Por último, a Carta Sinaloana observava que "o objeto de toda associação política [é] a preservação dos direitos naturais do homem", de modo que qualquer funcionário público que, "no exercício de suas funções [,] contradiga este fim [...] torna-se responsável" (art. 12).

As constituições deste grupo incluíam um ou outro artigo especificando direitos concretos. No caso de Xalisco, o artigo 9º reconhecia a liberdade de imprensa e proibia a escravidão; no mesmo sentido, o artigo 12 da Constituição de Nuevo León assinalava que "ninguém nasce escravo no Estado de Nuevo León; nem é permitida a introdução de escravos". A Constituição de Tabasco declarava que "todos os tabascanos são iguais perante a lei" (art. 11, inciso 1) e que todos eram livres para praticar qualquer comércio (art. 11, inciso 2). Já a Constituição da Tamaulipas reiterava a liberdade de opinião e a proibição da escravidão no artigo 10. O artigo 11 estabelecia o direito de petição e o artigo 13 indicava que "quando, para objeto de conhecida utilidade comum, seja preciso tomar a propriedade de alguém [,] será antes indenizado à vista dos homens de bem, nomeados pelo governo do Estado e pelo interessado".

Outra maneira de tratar os direitos pode ser vista nas constituições de Guanajuato, Michoacán, Occidente e Yucatán. Estas constituições se distinguiam por duas razões: 1) porque incluíam uma lista de direitos constitucionais discriminados no início dos seus textos, e 2) definiam os sujeitos dos direitos reconhecidos nos seus textos de duas maneiras, os estrangeiros e os habitantes dos Estados. Por exemplo, a Constituição de Guanajuato diferenciava entre "os direitos dos guanajuatenses" (art. 15) e os dos "transeunte" (art. 16); a de Michoacán entre os direitos dos michoacanos (art. 10) e os dos "homens de qualquer país do mundo" (art. 15); enquanto a de Occidente falava de sonorenses e "estrangeiros e transeuntes" (art. 4). Em contraste, a Constituição de Yucatán primeiro reconhecia "a igualdade, propriedade e segurança de todos os indivíduos" em seu Estado (art. 4); para em seguida enumerar os direitos dos yucatecos.

Nessas constituições, se reconheciam aos estrangeiros os típicos "direitos imprescritíveis de liberdade, igualdade, propriedade e segurança"<sup>44</sup>. Na Carta yucateca também se afirmava que "nenhum estrangeiro será perseguido ou importunado por suas crenças religiosas, desde que respeite a do Estado" (art. 12), algo inusitado no constitucionalismo mexicano até agora. Os artigos que continham os direitos particulares ou civis dos habitantes também especificavam o respeito que se deveria dar à liberdade, propriedade e segurança, uns com mais detalhes que outros. Todos afirmavam o direito de livre expressão de opinião por escrito, por exemplo. As de Yucatán, Occidente e Michoacán também afirmavam o direito de petição. Yucatán e Occidente também previam que os habitantes tinham o direito de "exercer qualquer tipo de indústria e cultivo" (Constituição de Occidente, art. 19). Somente a Constituição de Yucatán reconhecia o direito dos seus habitantes "de se oporem ao pagamento de contribuições que não tenham sido impostas constitucionalmente" (art. 9º, inciso IV).

Um terceiro grupo de constituições estaduais evitou falar de direitos universais, naturais e/ou estrangeiros, completamente. Em vez disso, optaram simplesmente por enumerar os direitos reconhecidos na Constituição. É o caso das constituições de Chiapas, Puebla, Oaxaca, San Luis Potosí, Sonora e Zacatecas. A Constituição de Puebla iniciou a lista no artigo 4º, que dizia que "todo habitante do Estado é inviolável nos seus direitos" (art. 4º); enquanto a Constituição de Chiapas começava afirmando que "o Estado de Chiapas ampara e protege os seus habitantes no gozo dos seus direitos" (art. 6º). Zacatecas prefixou a sua lista com a observação de que era "um dever do Estado preservar e proteger a seus indivíduos" os direitos enumerados. Por sua vez, a Constituição de Oaxaca previu que a declaração de direitos incluída em sua constituição formava "os direitos civis dos oaxaquenhos que lhes são garantidos por esta constituição" (art. 9º). Finalmente, a carta sonorense previa que os direitos enumerados eram "os direitos civis dos sonorenses" (art. 10). Em todas estas constituições, os direitos enumerados referiam-se à liberdade, segurança, propriedade e igualdade. Algumas, como a sonorense, também incluíam o direito de petição.

Finalmente, é preciso falar das constituições de Chihuahua e Veracruz, as quais não incluem nenhum artigo que faça referência ao dever do Estado de proteger os direitos, nem apresentava uma lista de direitos do chihuahuense, do mexiquense ou dos veracruzense. No entanto, o primeiro título de cada uma incluía declarações que tocavam no tema dos direitos. Por exemplo, o artigo 7º da Constituição de Chihuahua estabelecia que "no território do Estado todos nascem livres, mesmo que seus pais sejam escravos" e prometia uma lei para alforriar os escravos existentes. O artigo 8º indicava que "o Estado não reconhece títulos de nobreza e proíbe o seu estabelecimento e o de morgadios", enquanto o artigo 10 afirmava que "a lei é uma para todos: ante ela todos são iguais". Os artigos 8º a 10 da Constituição de Veracruz fizeram as mesmas declarações.

Em suma, o constitucionalismo mexicano do primeiro federalismo ostentava uma maneira híbrida de compreender os direitos, adotando o esquema da administração da justiça da Constituição de Cádiz e incluindo também um reconhecimento ou definição dos direitos de "liberdade, segurança, propriedade e igualdade"<sup>45</sup>. Por isso, não deve surpreender que todas

<sup>44</sup> Constituição de Guanajuato, art. 16.

<sup>45</sup> Vale dizer que a Constituição de 1824 e todas as outras constituições estatais reconheceram privilégios militares e eclesiásticos. A definição de igualdade perante a lei deve ser entendida neste contexto. Também é importante lembrar que essa igualdade, que significou o desaparecimento das repúblicas indígenas, não implicava necessariamente no reconhecimento da igualdade intelectual dos povos indígenas em relação aos mestiços e crioulos.

as constituições dos estados – exceto as de Chihuahua, do Estado do México e Veracruz – também tivessem artigos complementares estabelecendo os deveres dos habitantes.

Uma análise das constituições estaduais revela que a questão da definição de direitos dividia a opinião na década de 1820. Por um lado, havia aquelas constituições que falavam de "direitos naturais e imprescritíveis", ou "direitos do homem"; e, por outro, aquelas que reconheciam apenas os direitos civis. Não obstante, é importante notar que a falta de reconhecimento dos direitos naturais ou universais em algumas constituições estaduais não significa que os seus autores não acreditassem em sua existência. Deve-se sempre lembrar que os códigos dos estados foram escritos no marco da Constituição Federal de 1824, em cuja Ata Constitutiva se reconheciam explicitamente os direitos do "homem e do cidadão".

Finalmente, os enunciados constitucionais sobre direitos tinham vários problemas de coerência interna fáceis de identificar a partir da perspectiva atual. Ao mesmo tempo em que a Constituição de 1824 e as constituições estaduais estabeleceram o direito à igualdade perante a lei, também continuaram a reconhecer privilégios militares e eclesiásticos. A definição de igualdade perante a lei no contexto da primeira república significava principalmente o desaparecimento de leis e tribunais específicos para a população indígena. Apesar de anunciar a liberdade de imprimir ou divulgar opiniões políticas, as constituições (exceto a constituição de Yucatán, no caso dos estrangeiros) não contemplavam a tolerância religiosa. Finalmente, a declaração prevista no artigo 13 da Constituição de Coahuila e do Texas ("No Estado ninguém nasce escravo desde que se publique esta constituição na frente de cada partido, e após seis meses tampouco se permite a sua introdução sob nenhum pretexto") não levou à libertação de escravos no Texas, nem impediu o desenvolvimento futuro da escravidão.

#### 4 A PRIMEIRA LEI CONSTITUCIONAL DE 1836: "DIREITOS E OBRIGAÇÕES DOS MEXICANOS E DOS HABITANTES DA REPÚBLICA"

Nas histórias dos direitos e garantias do constitucionalismo mexicano, as Sete Leis e as Bases Orgânicas são muitas vezes ignoradas. A razão dessa omissão é o antigo preconceito historiográfico frente ao projeto "conservador", que só poderia ser entendido como antagônico ao constitucionalismo liberal, herdado pelos historiadores do direito dos advogados porfirianos<sup>46</sup>. A falta de atenção dada às Sete Leis em particular é muito lamentável porque, como Alfonso Noriega demonstrou desde 1972<sup>47</sup>, esta constituição, cuja primeira lei delimitava os direitos e obrigações dos mexicanos e dos habitantes da República, se assentava em princípios liberais demonstráveis.

As Sete Leis trataram da questão dos direitos em três momentos: a primeira lei constitucional, que estabeleceu os "direitos e deveres" dos habitantes; a quarta lei, em que o artigo 18 proibiu o presidente de ocupar propriedades (inciso II) e privar os cidadãos de sua liberdade

<sup>46</sup> Ver Catherine Andrews, "El legado de las Siete Leyes: una reevaluación de las aportaciones del constitucionalismo centralista a la historia constitucional mexicana", *Historia Mexicana*, v. LXVIII, n. 4, 2019, p. 1539-1591; e pela mesma autora, *De Cádiz a Querétaro...*, p. 74-79.

<sup>47</sup> NORIEGA, Alfonso, *La declaración de los derechos del hombre y la Constitución de 1857*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Facultad de Derecho, Dirección General de Publicaciones y Fomento Editorial, 2006 [1ª ed. 1957], p. 148-203.

(inciso III), à maneira da Constituição de Cádiz e da Constituição Federal; e, na quinta lei, dedicada ao poder judicial, em que se respaldavam os direitos históricos – recurso de nulidade e responsabilidade dos juízes (art. 37), arbitragem (art. 39) – e os direitos processuais de teor iluminista (arts. 41-51). Em outras palavras, havia pouca diferença nesse aspecto entre a Constituição de 1836 e as constituições estaduais do primeiro federalismo.

No que diz respeito à primeira lei constitucional de 1836, em particular, a relação com o constitucionalismo federal é clara. Há uma divisão entre os direitos listados para "os mexicanos" (art. 2º) e os listados para estrangeiros (art. 12 e 13), e o artigo 3º contém uma lista de deveres. De fato, a redação do artigo 12, que estabelecia que "os estrangeiros, legalmente introduzidos na República, gozam de todos os direitos naturais, e além daqueles estipulados nos tratados, para os súditos de suas respectivas nações; e são obrigados a respeitar a religião, e a submeter-se às leis do país nos casos que lhes possam corresponder", coincide com a divisão que as constituições de Guanajuato, Michoacán, Occidente, Sonora e Yucatán haviam estabelecido ao tratar da questão dos direitos.

A constituição das Sete Leis de 1836 se distancia do constitucionalismo federal anterior no tema dos direitos. Como bem aponta Israel Arroyo<sup>48</sup>, a diferença era "que os direitos erigidos em 1836 foram entendidos como um ordenamento derivado da Constituição. Foram, em suma, entendidos como direitos constitucionais". Ou seja, a primeira das Sete Leis não endossou nenhum direito "natural" ou "imprescindível" ou "do homem" para os mexicanos. Só existiam direitos civis. Quanto aos estrangeiros, condicionou o gozo dos "direitos naturais" à sua permanência legal no país, uma vez que o artigo 12 só garantia direitos aos estrangeiros "legalmente introduzidos" na República<sup>49</sup>.

Como explicar esta mudança? Francisco Sánchez de Tagle<sup>50</sup>, o mais importante membro da Comissão Constitucional em 1835, respondeu a um crítico que assinalou a ausência de direitos naturais no projeto da primeira lei com a seguinte observação: "os direitos que as Constituições mencionam e dos quais a Comissão deveria ter falado são puramente políticos e civis". Os direitos naturais "o homem os tem como consequência do seu ser, e nenhuma legislação o pode privar deles". É preciso lembrar que a segunda lei constitucional de 1836 instituiu o Supremo Poder Conservador, um órgão cuja função era guardar e fazer cumprir a constituição. Tinha o poder de invalidar atos governamentais e – mais importante – de declarar a inconstitucionalidade das leis. Foi a primeira tentativa na história do constitucionalismo mexicano de criar um mecanismo de controle constitucional. É muito provável, portanto, que Sánchez de Tagle tenha feito oposição à enumeração dos direitos naturais na primeira lei porque rejeitava a ideia de que uma declaração deveria ser entendida como um mero guia moral para os governantes. O propósito de Sánchez de Tagle se assemelhava à moderna teoria constitucional: uma constituição não podia garantir direitos com uma adequada divisão de poderes, exigia também um mecanismo de controle constitucional externo para fazer valer a supremacia da carta magna. Incluir um reconhecimento de direitos "naturais e imprescritíveis"

<sup>48</sup> ARROYO, Israel, *La arquitectura del Estado mexicano. Formas de gobierno, representación política y ciudadanía, 1821-1857*, México/Puebla, Instituto de Investigaciones Dr. José María Luis Mora/Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, 2011, p. 162.

<sup>49</sup> Na verdade, o artigo 13 da primeira lei proibia os estrangeiros de comprar bens imóveis na República, o que limitava severamente o seu direito à propriedade.

<sup>50</sup> SÁNCHEZ DE TAGLE, Francisco Manuel, *Refutación de las especies vertidas en los números 21, 22, 23 del periódico titulado El Anteojo contra el proyecto de la primera ley constitucional, que presentó al Congreso la Comisión de Reorganización*, México, Imprenta del Águila, dirigido por José Ximeno, 1835, p. 18.

permitiria ao indivíduo apelar para direitos vagos e imprecisos, que "só poderia servir de pretexto para revoluções eternas"<sup>51</sup>.

## ■ CONCLUSÃO

A exposição feita até aqui demonstra que o constitucionalismo mexicano herdou duas formas de abordar o reconhecimento e a garantia dos direitos durante as décadas seguintes ao debate constitucional: o modelo revolucionário, endossado pelo primeiro constitucionalismo federal, e o modelo liberal de "direitos políticos e civis", adotado por Cádiz e pelas Sete Leis. Como é sabido, os constituintes de 1842, 1847 e 1856 discutiram novamente a conveniência de reconhecer os direitos naturais (ou do homem) no texto constitucional. Aqui, a opção de não os reconhecer foi associada aos grupos "conservadores", pois os grupos liberais – tanto moderados como puros – insistiram na importância de incluir uma referência aos direitos universais no texto constitucional<sup>52</sup>. Em contraste, as Bases Orgânicas optaram por eliminar qualquer referência aos direitos naturais, mesmo em relação aos estrangeiros<sup>53</sup>.

No debate constituinte de 1856, portanto, o confronto entre Ignacio Ramírez, Ignacio Vallarta e Ponciano Arriaga sobre o primeiro artigo da Constituição reafirmou argumentos já históricos no constitucionalismo mexicano sobre a função de uma declaração de direitos. O artigo dizia: "O povo mexicano reconhece que os direitos do homem são a base e o objeto das instituições sociais. Por conseguinte, declara que todas as leis e todas as autoridades do país devem respeitar e manter as garantias concedidas pela presente Constituição". Segundo Francisco Zarco, Ramírez se opôs à redação do primeiro artigo porque acreditava "que o direito nasc[ia] da lei"; e, como resultado, lamentou a confusão que o artigo fazia entre direitos e "garantias secundárias"<sup>54</sup>. Por sua vez, Vallarta pretendia "que a Constituição contivesse apenas disposições prescritivas, mandatos imperativos, sem formular princípios teóricos e abstratos, ou verdades científicas". Do fato de o povo reconhecer os direitos do homem não decorre que as leis devam respeitar e defender as garantias"<sup>55</sup>. Ambos rejeitaram, desta forma,

<sup>51</sup> Francisco Manuel Sánchez de Tagle, *Refutación de las especies vertidas en los números 21, 22, 23 del periódico titulado El Antejojo contra el proyecto de la primera ley constitucional, que presentó al Congreso la Comisión de Reorganización*, México, Imprenta del Águila, dirigido por José Ximeno, 1835, p. 13. Neste argumento, Sánchez de Tagle estava seguindo de perto as críticas de Jeremy Bentham à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, ver Jeremy Bentham, "Anarchical Fallacies, Being an Examination of the Declaration Issued during the French Revolution", em John Bowring (ed.), *The Works of Jeremy Bentham*, Edimburgo, William Tait, 1838.

<sup>52</sup> Ver Catherine Andrews, "El legado de las Siete Leyes: una reevaluación de las aportaciones del constitucionalismo centralista a la historia constitucional mexicana", *Historia Mexicana*, v. LXVIII, n. 4, 2019, p. 1539-1591.

<sup>53</sup> O artigo 10, estabelecia que "os estrangeiros gozarão dos direitos que lhes são conferidos pela lei e pelos respectivos tratados".

<sup>54</sup> Ao questionar a redação do primeiro artigo, Ramirez também rejeitou a ideia de que uma constituição poderia "ser simplesmente a arte de ser deputado ou a de manter uma carta". Ele censurou os membros da comissão pela Constituição não prever os direitos sociais das mulheres e das crianças (ele se referia principalmente às crianças naturais e aos órfãos). Dizia: "Alguns códigos antigos duraram séculos, porque protegiam mulheres, crianças, idosos, todos os fracos e necessitados, e é necessário que hoje as Constituições tenham o mesmo objetivo".

<sup>55</sup> Sessões do Congresso Constituinte Extraordinário de 10-11 de Julho de 1856, em Francisco Zarco, *Historia del Congreso Constituyente Extraordinario de 1856 y 1857. Extracto de todos sus sesiones y documentos*

que os direitos do homem deveriam servir de inspiração ou de guia moral para a legislação e para a constituição. Como Sánchez de Tagle tinha proposto em 1835, na carta magna só deveriam ser incluídos direitos civis precisos que pudessem ser reivindicados por recurso a uma instituição governamental, no seu caso o Supremo Poder Conservador; no caso de Vallarta, o recurso do amparo.

Por outro lado, em suas intervenções, Ponciano Arriaga deixou claro que considerava fundamental o reconhecimento dos direitos do homem para estabelecer que o homem gozava de direitos naturais antes de entrar na sociedade e que os preservava mesmo quando vivia em associação política. Ter presente esses princípios, afirmava, "seria conveniente para evitar as interpretações arbitrárias que os governos e os tribunais estão habituados a dar às constituições". Para Arriaga, o artigo não e[ra] mais que um ato constitutivo; o povo restring[ia] sua própria soberania, reconhec[ia] os direitos do homem e declara[va] que nunca os poder[ia] atacar".<sup>56</sup>

O debate sobre o reconhecimento dos direitos do homem não terminou com a promulgação da Constituição de 1857. O crítico mais famoso dessa Carta Magna, Emilio Rabasa<sup>57</sup>, opinava (de acordo com Ignacio Ramírez) que os constituintes de 1856 erraram ao "confundir direitos abstratos com garantias expressas [...] porque não há razão para colocar em uma teoria que nasce". Tanto Rabasa como Ignacio Vallarta se apoiavam também no novo positivismo jurídico para abrir novas frentes contra a ideia de que os direitos do homem deveriam servir para guiar o governante e o cidadão no exercício de suas funções<sup>58</sup>. Consequentemente, o debate sobre os direitos naturais terminou em 1917, quando o novo artigo primeiro da Constituição estabeleceu que "Nos Estados Unidos Mexicanos todo indivíduo gozará das garantias concedidas por esta Constituição, as quais não poderão ser restringidas ou suspensas, salvo nos casos e condições nela estabelecidos". Seria preciso esperar o século XXI para que renascesse a ideia de que os governantes e os cidadãos precisam de um "guia moral" para orientar as suas atividades.

## REFERÊNCIAS

ANDREWS, Catherine. Alternatives to the Constitution of Cádiz in New Spain: Republicanism and the Insurgent Constitutional Decree of Apatzingán (1814). *Journal of Iberian and Latin American Studies*, v. 22, n. 3, 2016.

*parlamentarios de la época*, 3 v., México, Imprenta de Ignacio Cumplido, calle de los Rebeldes, núm. 2, 1857, v. 2, p. 456-461.

<sup>56</sup> Sessão de 11 de julho de 1856, em Zarco, *Historia del Congreso Constituyente Extraordinario...*, 1857, p. 465.

<sup>57</sup> RABASA, Emilio, *La constitución y la dictadura: estudio sobre la organización política de México*, México, Consejo Nacional para la Cultura y las Artes, 2015 (Cien de México), p. 96-97.

<sup>58</sup> Andrés Lira, "Derechos del hombre y garantías individuales", *Revista de Investigaciones Jurídicas*, n. 29, 2005, p. 575-582; e pelo mesmo autor "Desde la observatoria constitucional. Derechos e historia en la obra de Ignacio L. Vallarta y Emilio Rabasa", em Cecilia Noriega e Alicia Salmerón (coord.), *México: un siglo de historia constitucional (1808-1917). Estudios y perspectivas*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación/Instituto de Investigaciones Dr. José María Luis Mora, 2011, p. 311-329.



- ANDREWS, Catherine. Constitutional Projects for the Division of Powers in Mexico during Iturbide's Empire, 1821-1823. *Journal of Latin American Studies*, v. 46, n. 4, 2014.
- ANDREWS, Catherine. *De Cádiz a Querétaro*. Historiografía y bibliografía del constitucionalismo mexicano. México: Fondo de Cultura Económica, 2017.
- ANDREWS, Catherine. El legado de las Siete Leyes: una reevaluación de las aportaciones del constitucionalismo centralista a la historia constitucional mexicana. *Historia Mexicana*, v. LXVIII, n. 4, 2019.
- AQUINAS, Thomas. *Summa Theologiae: Questions on God*, editado por Brian Leftow e Brian Davies, Cambridge: Cambridge University Press, 2006.
- ARGÜELLES, Agustín de. *Discurso preliminar a la Constitución de 1812*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1981.
- ARROYO, Israel. *La arquitectura del Estado mexicano*. Formas de gobierno, representación política y ciudadanía, 1821-1857. México/Puebla: Instituto de Investigaciones Dr. José María Luis Mora/Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, 2011.
- BENTHAM, Jeremy. Anarchical Fallacies, Being an Examination of the Declaration Issued during the French Revolution. In: BOWRING, John [ed.]. *The Works of Jeremy Bentham*. Edinburgh: William Tait, 1838.
- BILDER, Mary Sarah. Charter Constitutionalism: The Myth of Edward Coke and the Virginia Charter. *North Carolina Law Review*, v. 94, n. 5, 2016, p. 1545-1598.
- BILDER, Mary Sarah. *The Transatlantic Constitution: Colonial Legal Culture and the Empire*. Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 2004.
- BRETT, Annabel S., *Liberty, Right, and Nature: Individual Rights in Later Scholastic Thought*. Cambridge: Cambridge University Press, 1997.
- CARPINTERO BENÍTEZ, Francisco. *Historia breve del derecho natural*. Madrid: Constitución y Leyes/Colex, 2000.
- CLAVERO, Bartolomé. Garantie des droits: Emplazamiento histórico del enunciado constitucional. *Revista de Estudios Políticos*, n. 81, 1993.
- Constitución Política de la Monarquía Española*. Cádiz 1812, México, Tribunal Eleitoral do Poder Judiciário da Federação, 2012.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*: expedida em 31 de janeiro de 1917 e promulgada em 5 de fevereiro do mesmo ano. Reforma em 5 de fevereiro de 1857, México, Direção Geral de Educação Pública, 1917.
- Constitución Política del Estado de Sonora*, emitida em 7 de dezembro de 1831", em Manuel Corbalá Acuña, *Sonora y sus constituciones*, Hermosillo, Gobierno del Estado de Sonora/Secretaría de Fomento Educativo y Cultura/Instituto Sonorense de Cultura, 1992, p. 33-59.
- FERRONE, Vincenzo. *Storia dei diritti dell'uomo: l'illuminismo e la costruzione del linguaggio politico dei moderni*. Kindle edition. Roma: Laterza, 2014.
- GARCÍA, Ramírez, Sergio, "Beccaria en nuestra América", em Luis Arroyo Zapatero et al. (coord.), *Metáfora de la crueldad: la pena capital del tiempo de Cesare Beccaria al tiempo actual*, Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2016.

- GARRIGA, Carlos e Marta Lorente, Cádiz, 1812, *la Constitución jurisdiccional, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales*, 2007.
- GARRIGA, Carlos. El federalismo judicial mexicano. In: ROJAS, Beatriz [coord.]. *Procesos constitucionales mexicanos*. La Constitución de 1824 y la antigua constitución. México: Instituto de Investigaciones Dr. José María Luis Mora, 2017.
- GODECHOT, Jacques (ed.), *Les Constitutions de la France depuis 1789, Paris, Flammarion*, 1998.
- GROTIUS, Hugo. *Del derecho de la guerra y de la paz*. Traduzido por Jaime Torrubiano Ripoll. Madrid: Reus, 1925.
- GROTIUS, Hugo. *The Rights of War and Peace*. Editado por Richard Tuck. Indianapolis: Liberty Fund, 2005.
- HAMILTON, Alexander James Madison; JAY, John. *The Federalist Papers*. Nova Iorque: Bantam Books, 2003.
- HOBBS, Thomas, *Hobbes's Leviathan* Reimpresso da Edição de 1651, ed. epub, com um ensaio do falecido W. G. Pogson Smith, Oxford, Clarendon Press, 1909. Disponível em: [oll.libertyfund.org/titles/869](http://oll.libertyfund.org/titles/869).
- IRWIN, Terence H. Obligation, Rightness, and Natural Law: Suárez and Some Critics. In: SCHWARTZ, Daniel [ed.], *Interpreting Suárez: Critical Essays*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.
- KOSKENNIEMI, Martti. Empire and International Law: The Real Spanish Contribution. *University of Toronto Law Journal*, v. 61, n. 1, 2011, p. 1-36. Disponível em: [doi.org/10.3138/utlj.61.1.001](https://doi.org/10.3138/utlj.61.1.001).
- LEE, Daniel, *Popular Sovereignty in Early Modern Constitutional Thought*, ed. Kindle, Oxford, Oxford University Press, 2016.
- LIRA, Andrés. Derechos del hombre y garantías individuales. *Revista de Investigaciones Jurídicas*, n. 29, 2005.
- LIRA, Andrés. Desde la observatoria constitucional. Derechos e historia en la obra de Ignacio L. Vallarta y Emilio Rabasa", em Cecilia Noriega e Alicia Salmerón (coord.), *México: un siglo de historia constitucional (1808-1917)*. Estudios y perspectivas. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación/Instituto de Investigaciones Dr. José María Luis Mora, 2011.
- LOCKE, John. *Two Treatises of Government*. Ed. by Peter Laslett. Cambridge: Cambridge University Press, 1988.
- LORENTE Sariñena, Marta, *Las infracciones a la Constitución de 1812: un mecanismo de defensa de la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988 (Colección "Estudios Constitucionales").
- LUTZ, Donald S., "The Theory of Consent in the Early State Constitutions, *Publius*, v. 9, n. 2, 1979.
- NORIEGA, Alfonso, *La declaración de los derechos del hombre y la Constitución de 1857*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Facultad de Derecho, Dirección General de Publicaciones y Fomento Editorial, 2006 [1ª ed. 1957].

NORIEGA, Alfonso. *El pensamiento conservador y el conservadurismo mexicano*. V. 2. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1972.

Primera Constitución Política del Estado de Sinaloa. In: OLEA, Héctor R. *Sinaloa a través de sus constituciones*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1985, p. 115-134.

QUIJADA, Mónica, "From Spain to New Spain: Revisiting the Potestas Populi in Hispanic Political Thought", *Mexican Studies/Estudios Mexicanos*, n. 24, 2008.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, "Beccaria y el iluminismo italiano en la cultura jurídica hispana", in Luis Arroyo Zapatero et al. (coord.), *Metáfora de la crueldad: la pena capital del tiempo de Cesare Beccaria al tiempo actual*, Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2016.

RABASA, Emilio, *La constitución y la dictadura: estudio sobre la organización política de México*, México, Consejo Nacional para la Cultura y las Artes, 2015 (Cien de México).

ROJAS Nieto, Beatriz, "El derecho de petición y el sistema representativo mexicano", *Istor*, n. 61, 2015.

SÁNCHEZ DE TAGLE, Francisco Manuel, *Refutación de las especies vertidas en los números 21, 22, 23 del periódico titulado El Anteojo contra el proyecto de la primera ley constitucional, que presentó al Congreso la Comisión de Reorganización*, México, Imprenta del Águila, dirigido por José Ximeno, 1835.

SARASOLA, Ignacio Fernández. *La Constitución de Cádiz: origen, contenido y proyección internacional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011.

SKINNER, Quentin. *Los fundamentos del pensamiento político moderno*. v. 2. México: Fondo de Cultura Económica, 1985.

STRAUMANN, Benjamin. *Roman Law in the State of Nature: The Classical Foundations of Hugo Grotius's Natural Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.

TIERNEY, Brian. *Foundations of the Conciliar Theory: The Contribution of the Medieval Canonists from Gratian to the Great Schism*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

TIERNEY, Brian. *The Idea of Natural Rights: Studies on Natural Rights, Natural Law, and Church Law, 1150-1625*. Kindle ed., Grand Rapids (Michigan): Eerdmann, 2001.

TROPER, Michel. *Terminer la révolution*. La Constitution de 1795, Paris: Fayard, 2006.

TUCK, Richard. *Natural Rights Theories: Their Origin and Development*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

VILLEGAS MORENO, Gloria e Miguel Ángel Porrúa Venero (coord.), *Leyes y documentos constitutivos de la nación mexicana. De la crisis del modelo borbónico al establecimiento de la República Federal*, México, Instituto de Investigaciones Legislativas de la Cámara de Diputados, LVI Legislatura, 1997 (Enciclopedia Parlamentaria de México, Serie 3, v. 1).

Villegas Moreno, Gloria, e Miguel Ángel Porrúa Venero (coord.), *Leyes y documentos constitutivos de la nación mexicana. Entre el paradigma político y la realidad*, México, Instituto de Investigaciones Legislativas de la Cámara de Diputados, LVI Legislatura, 1997, v. II, t. 1 (Enciclopedia Parlamentaria de México, Serie 3, v. 1).

WESTERMAN, Pauline C. *The Disintegration of Natural Law Theory: Aquinas to Finnis*, Leiden: Brill, 1998.

WESTERMAN, Pauline C., *Suárez and the Formality of Law, in Politische Metaphysik: Die Entstehung moderner Rechtskonzeptionen in der Spanischen Spaetscholastik*, editado por Matthias Kaufmann e Robert Schnepf, Frankfurt am Main, PIE/PETER Lang, 2007.

WOOD, Gordon S. *The Creation of the American Republic, 1776-1787*. Chapel Hill: The University of North Carolina Press, 1997.

ZARCO, Francisco, *Historia del Congreso Constituyente Extraordinario de 1856 y 1857. Extracto de todos sus sesiones y documentos parlamentarios de la época*, 3 t., México, Imprenta de Ignacio Cumplido, calle de los Rebeldes, núm. 2, 1857.

ZUCKERT, Michael P., *Natural Rights and the New Republicanism*, Princeton (Nova Jersey), Princeton University Press, 1994.





# REESCRIBIR LA HISTORIA CONSTITUCIONAL DESDE ABAJO: EL APORTE DE LAS PETICIONES POPULARES A LA ASAMBLEA CONSTITUYENTE ARGENTINA DE 1949

WRITING CONSTITUTIONAL HISTORY FROM BELOW: THE CONTRIBUTION OF POPULAR PETITIONS TO THE ARGENTINE CONSTITUENT ASSEMBLY OF 1949

LETICIA VITA\*

## RESUMO

A história constitucional mais tradicional favorece vozes de especialistas e a visão estatista do direito. Suas fontes favoritas são, logicamente, as oficiais. A maior parte da história constitucional argentina não se desvia dessa descrição. Centra-se no século XIX, prioriza fontes secundárias, legitima o poder sem questioná-lo e reproduz uma abstração que oculta a exclusão anterior de grupos como mulheres, trabalhadores, indígenas, entre outros. Inspirado na perspectiva da história crítica do direito e da história “de baixo para cima”, este texto tem como objetivo destacar a importância de revisitar a história constitucional recuperando vozes não qualificadas do direito como a das classes populares. Para ilustrar isso, apresenta o caso da experiência constitucional argentina de 1949. Nesse contexto, centenas de coletivos apresentaram petições à assembleia constituinte, expressando suas propostas de reforma constitucional de forma bastante espontânea. O que essas manifestações mostram são os significados e expectativas que essas pessoas comuns tinham sobre o direito constitucional que entendemos, elas também fazem parte dessa história constitucional e a enriquecem.

**Palavras-chave:** História constitucional; Reforma constitucional de 1949; Argentina; História crítica do direito; Petições populares.

## ABSTRACT

Traditional constitutional history favors expert voices and a statist view of law. Its favorite sources are, logically, the official ones. Most of the Argentine constitutional history does not deviate from this description. It focuses on the 19th century, prioritizes secondary sources, legitimizes power without questioning it, and reproduces an abstraction that hides the previous exclusion of groups such as women, workers, and indigenous people, among others. Inspired by the perspective of the critical legal history and history "from below", this text aims to highlight the importance of revisiting constitutional history by recovering unqualified voices of law such as that of the popular classes. To illustrate this, it presents the case of the Argentine constitutional experience of 1949. In this context, hundreds of collectives presented petitions to the constituent assembly in Buenos Aires, expressing their proposals for constitutional reform in a largely spontaneous manner. What these demonstrations show are the meanings and expectations that these ordinary people had about the constitutional law that, we understand, they are also part of that constitutional history and enrich it.

**Keywords:** Constitutional history; Constitutional reform of 1949; Argentina; Critical legal history; Popular petitions

\* Doutora em Direito Político pela Universidad de Buenos Aires (UBA), Argentina. Professora da UBA. Investigadora do Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET)  
*ljvita@derecho.uba.ar*

Recebido em 5-11-2022 | Aprovado em 29-11-2022



## SUMÁRIO

### HISTORIAS Y SUJETOS CONSTITUYENTES; 1 LA EXPERIENCIA CONSTITUCIONAL ARGENTINA DE 1949; 2 LAS PETICIONES A LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE; EL APOORTE DE LAS PETICIONES POPULARES A LA HISTORIA DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL ARGENTINA. ALGUNAS CONCLUSIONES; REFERENCIAS

#### ■ HISTORIAS Y SUJETOS CONSTITUYENTES<sup>1</sup>

La historia constitucional que predomina en nuestras academias es de factura estatalista y se concentra tanto en las voces expertas del derecho (los juristas, casi siempre varones), como en las fuentes oficiales: los textos constitucionales, los debates de las convenciones constituyentes y las producciones de los padres fundadores. Se trata de una historia constitucional forjada a la imagen de una historia del derecho que nació para legitimar un *status quo* en el cual ciertos sujetos no tenían lugar<sup>2</sup>. Porque es, justamente, una historiografía que ha sido escrita desde la perspectiva de los custodios del derecho<sup>3</sup> y no la de la gente común.

Estos rasgos se replican en la historiografía constitucional argentina más tradicional<sup>4</sup>. Centrada en la historia política y de las instituciones, la historia constitucional que se enseña aún en la mayoría de nuestras facultades de derecho se ocupa en detalle del siglo XIX omitiendo, en la mayoría de los casos, el pasado reciente. Se trata de una historia que no detenta perspectiva de género, prácticamente no dialoga con la historiografía general (ya que abreva exclusivamente en doctrina jurídica)<sup>5</sup> y que posiblemente por todas esas razones, no dialoga con el derecho constitucional presente.

Son características de una historia constitucional que no pueden deslindarse de su objeto. El constitucionalismo moderno surge de la mano de un sujeto específico: el hombre blanco. Sin embargo, el contrato social fundante de nuestros pactos constitucionales se ha escudado tras el velo de ignorancia liberal que nos impide ver los contratos sexuales, raciales

<sup>1</sup> Agradezco por su lectura a Pamela Cacciavillani, Sebastián Pasarín, Déborah González Área y Jorge Afarian.

<sup>2</sup> CLAVERO, Bartolomé. *Tantas personas como estados. Por una antropología política de la historia europea*, Madrid, Tecnos, 1986, p. 27.

<sup>3</sup> WARRINGTON, David. Helping Historians Write Legal History "From Below", *Legal Reference Services Quarterly*, 20:1-2, 17-27, 2001, p.18.

<sup>4</sup> Tradicional porque, además, hace historia *en* la tradición antes que historia *de* la tradición. Ver este contrapunto en COSTA, Pietro. Saperi, disciplina, disciplinamento: verso una 'nuova' storia della cultura giuridica?. En: *Annali della Facoltà di Giurisprudenza* (Università degli Studi di Macerata. Nuova serie). Filosofia del Diritto e Teoria Politica, 1989-II. pp. 993-1027.

<sup>5</sup> Estos rasgos se repiten tanto en los títulos más clásicos de la historia constitucional argentina como LÓPEZ ROSAS, José Rafael. *Historia constitucional argentina*. Buenos Aires, Astrea, 1975; LINARES QUINTANA, Segundo Víctor. *Teoría e historia constitucional*. Buenos Aires, Alfa, 1958 y BIDART CAMPOS, Germán. *Historia política y constitucional argentina*. Buenos Aires, Ediar, 1976-77 como también en obras más recientes, como por ejemplo MARUCCI, Carlos y CIREA, Gerardo. *Historia Constitucional. Reformas constitucionales argentinas desde 1860 a 1994*, Buenos Aires, Erreius, 2022.

y coloniales detrás de él<sup>6</sup>. El derecho constitucional es presentado como abstracto y neutral a las diferencias. Una abstracción<sup>7</sup> presente “desde el principio de la historia constitucional”, que omite a las mujeres, trabajadores, indígenas, afrodescendientes, discapacitados, al colectivo LGTBI+ y a otros sujetos, y que sigue operando aun cuando las constituciones más nuevas los hayan incluido en sus catálogos de derechos<sup>8</sup>.

Este es uno de los principales motivos por los que la historia constitucional no suele incorporar las voces o sujetos que coinciden con los vencidos, con quienes no lograron convertir su voz en derecho positivo. El derecho constitucional es visto como una cuestión demasiado importante para ser reconstruida históricamente a partir de voces y fuentes no calificadas. Por eso, perspectivas como la de la historia desde abajo, que ponen en valor la palabra y la acción de la clase trabajadora o de las personas de a pie en la construcción de su historia, no son comunes en “asuntos presuntamente elevados”<sup>9</sup>.

Sí es frecuente en la historiografía general, que a partir de obras como la de Edward Palmer Thompson<sup>10</sup>, entre otras, construyó una aproximación que se caracteriza por escribir una historia “insurgente”<sup>11</sup> que se conoce como historia “desde abajo” o historia “al ras del suelo”. Esta perspectiva dentro de la historia social, pone a la clase trabajadora como su sujeto primario de estudio, recuperando su voz y dejándole hablar directamente siempre que sea posible. También busca entender la experiencia y la conciencia de los trabajadores, lo que los atraviesa y lo que piensan en un determinado período histórico y, sobre todo, ve a este colectivo no solo como sujeto sino como hacedor de la historia<sup>12</sup>.

En el campo de la historia del derecho, la inclusión de voces y fuentes no legas y el cuestionamiento de una visión puramente estatalista ha venido de la mano de la renovación historiográfica que en los años ochenta del siglo pasado dio lugar a la llamada historia crítica del derecho. Iniciada en Italia, España y Portugal de la mano de nombres como los de Paolo Grossi, Pio Caroni, Pietro Costa, Francisco Tomás y Valiente, Bartolomé Clavero, Manuel Antonio Hespanha y Marta Lorente Sariñena, entre otros<sup>13</sup>, la historia crítica del derecho se ha

---

<sup>6</sup> CLAVERO, Bartolomé. Velo de ignorancia e historia constitucional”, en: *Giornale di storia costituzionale / Journal of constitutional history*, 41, 2021, p. 97. Desde otra tradición académica pero con reflexiones que tienen puntos en contacto ver SANDBERG, Russell. *Subversive Legal History. A Manifesto for the Future of Legal Education*, London, Routledge, 2021.

<sup>7</sup> Pio Caroni advierte que “...la abstracción rompe con la historia, reniega y se libera del pasado. Aspira a formular un derecho no segmentado por coordenadas espaciales o temporales, sino válido e imperativo siempre y en cualquier lugar, como lo fueron las reglas *descubiertas* por los iusnaturalistas. Y, lógicamente, expulsa del ámbito jurídico todo cuanto separa, define y distingue a unos sujetos jurídicos de otros. Al hacerlo así, devalúa todo lo que elimina porque lo condena a la irrelevancia”. CARONI, Pio. *La soledad del historiador del Derecho: apuntes sobre la conveniencia de una disciplina diferente*. Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2010, p. 71.

<sup>8</sup> CLAVERO, Bartolomé. Velo de ignorancia e historia constitucional”, en: *Giornale di storia costituzionale / Journal of constitutional history*, 41, 2021, p. 98.

<sup>9</sup> CLAVERO, Bartolomé. Gracia y derecho entre localización y globalización (Lectura coral de las vísperas constitucionales de António Hespanha). *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 41 (1), 2012, p. 724.

<sup>10</sup> THOMPSON, Edward Palmer. *La formación de la clase obrera en Inglaterra*, Madrid, Capitán Swing, 2012.

<sup>11</sup> REDIKER, Marcus. Reflections on History from Below. En: *Trashumante. Revista Americana de Historia Social*; 20, 2022, p. 296.

<sup>12</sup> REDIKER, Marcus. Reflections on History from Below. En: *Trashumante. Revista Americana de Historia Social*; 20, 2022, p. 297.

<sup>13</sup> Y que ha sido continuada también generaciones más jóvenes como Sebastián Martín, Laura Beck Varela, Julia Solla Sastre, Alfons Aragoneses o en Argentina con Romina Zamora o Alejandro Agüero.

levantado contra las visiones más tradicionales y conservadoras de la historia jurídica por ser “una historia del derecho sensible y atenta a la alteridad del pasado en relación a nuestro presente y de nuestra cultura del derecho de frente a tantas, tantísimas otras”<sup>14</sup>.

Esta sensibilidad hacia la alteridad es un buen antídoto contra ciertas marcas de nacimiento de la ortodoxia de la historia constitucional que la hacen sorda (intencionalmente) a las voces “desde abajo”. La propuesta de la historia crítica del derecho, en contraste, ha sido resumida como la anteposición de un punto de vista que prioriza la alteridad, la discontinuidad entre tiempos y culturas a uno que busca las continuidades y las genealogías<sup>15</sup>. Mientras que la historiografía tradicional busca “calificar la historia por el derecho (sin cuestionarse lo que éste haya sido y partiendo por tanto de lo que al presente es)”<sup>16</sup>, la historia crítica del derecho define el derecho mediante su historia, “nos despierta la conciencia de la distancia (la alteridad) que separa al presente del pasado”<sup>17</sup>.

Para la historia crítica, finalmente, quien inspecciona el pasado toma en cuenta todos los hallazgos, incluso los de menor valor. Lo que “a lo largo del camino, fue eliminado, desplazado y olvidado” y lo que descubre de este modo “es el mundo de las cosas no realizadas, inacabadas y abandonadas, de las «pérdidas» por así decirlo. Su inteligencia es inestimable, porque permite redefinir el perímetro del derecho vigente”<sup>18</sup>. El presente, desde esta perspectiva, no es sólo el resultado “de iniciativas elaboradas y realizadas sino también de renunciadas, derrotas, negativas y exclusiones que, al no tenerlas en cuenta, hacen que nuestra reconstrucción histórica se torne débil y falsa”<sup>19</sup>.

La historia crítica del derecho no resuelve, por supuesto, todos los problemas de esa historia del derecho más tradicional y conservadora<sup>20</sup>. Sin embargo ofrece una de las invitaciones actuales más potentes a repensar el método y la función de la historia jurídica que escribimos. Abre, además, un canal de diálogo con la historiografía general que la nutre y al mismo tiempo se nutre de ella; y finalmente nos ayuda a recuperar la *umanità del diritto*, al poner en evidencia que este “es escrito en la historia, grande o pequeña que de los albores a hoy, los hombres han constantemente tejido con su inteligencia y sentimientos, con sus ideales y sus intereses, con sus amores y sus odios”<sup>21</sup>.

<sup>14</sup> CLAVERO, Bartolomé. «El cimientto de nuestra amistad». Lembrança de António Manuel Hespanha jovem e não tão joven”, *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Vol. 49, Nº 1, 2020, p. 145.

<sup>15</sup> GARRIGA, Carlos. ¿De qué hablamos los historiadores del derecho cuando hablamos del derecho?. En: *Revista Direito Mackenzie*, 14, (1), 2020, p. 9.

<sup>16</sup> GARRIGA, Carlos, ¿La cuestión es saber quién manda? Historia política, historia del derecho y “punto de vista”, en *PolHis: Boletín Bibliográfico Electrónico*, 10, 2012, p. 92.

<sup>17</sup> GARRIGA, Carlos. ¿De qué hablamos los historiadores del derecho cuando hablamos del derecho?. En: *Revista Direito Mackenzie*, 14, (1), 2020, p. 8.

<sup>18</sup> CARONI, Pio. *La soledad del historiador del Derecho: apuntes sobre la conveniencia de una disciplina diferente*. Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2010, p. 78.

<sup>19</sup> CARONI, Pio. *La soledad del historiador del Derecho: apuntes sobre la conveniencia de una disciplina diferente*. Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2010, p. 79.

<sup>20</sup> Sobre este punto nos hemos ocupado en VITA, Leticia y CACCIAVILLANI, Pamela. Los derechos sociales en contexto: las ventajas de una perspectiva histórica crítica para la argumentación jurídica. En: Clérico, Laura; De Fazio, Federico y Vita, Leticia (coord.). *La argumentación y el litigio judicial sobre derechos sociales. Una caja de herramientas interdisciplinaria*, Buenos Aires, El Zócalo, 2021, pp. 37-63. El historiador del derecho Sebastián Martín sabido señalar la necesidad de proponer una crítica de la historiografía crítica del derecho. Ver MARTÍN, Sebastián. *La historia del derecho como labor de investigación*. Memoria presentada para el concurso como profesor titular. Universidad de Sevilla, España, 2021.

<sup>21</sup> GROSSI, Paolo. *Prima lezione di diritto*. Laterza, Bari, 2003, p. 12.

En este trabajo pretendo ilustrar el aporte de esta perspectiva para la historia constitucional en un caso concreto: el de la experiencia constitucional argentina de 1949. Esta fue la primera reforma constitucional nacional del siglo XX y la primera en incorporar un catálogo de derechos sociales y un quiebre con el modelo liberal del Estado consagrado en el texto argentino de 1853. La historia constitucional predominante, cuando no la omite, la toma como un antecedente de poco valor, o bien como un proceso constituyente ilegítimo, nulo o directamente autoritario<sup>22</sup>. Sus principales esfuerzos se han centrado en el debate parlamentario sobre la necesidad de la reforma a fin de demostrar su ilegitimidad y, sobre todo, probar que el proceso constituyente tuvo como único fin el de garantizar la reelección del entonces presidente Juan Domingo Perón.

Mucho menos se ha ocupado esta historiografía sobre las implicancias de la reforma en materia de constitucionalismo social<sup>23</sup> y prácticamente nada, sobre los efectos que tuvo esta constitución –vigente durante más de 7 años<sup>24</sup>– en la vida de los trabajadores, las familias y los ancianos que fueron los nuevos sujetos que incorporó el pacto constitucional<sup>25</sup>. En ese marco, nada sabemos sobre lo que esperaban o querían estas personas frente a la posibilidad de que sus derechos se vieran incorporados a la ley suprema del país. ¿Era el Anteproyecto del Partido Peronista representativo de sus demandas?, ¿qué aspectos disputaron del mismo?, ¿qué significaba para estos grupos la posibilidad de que una constitución los incluyera?

Para acceder a estas tramas de sentido es que recurrimos en esta investigación a un acervo documental del período que aún se encuentra poco explorado<sup>26</sup>: las peticiones de la sociedad civil a la asamblea constituyente argentina de 1949. Se trató de un fenómeno principalmente espontáneo que se plasmó en más de dos centenas de expedientes repletos de telegramas, cartas y notas que reclaman derechos y cambios que debería receptar la reforma constitucional. Son en su mayor parte manifestaciones de personas comunes: trabajadores, hombres y mujeres “al ras del suelo”. Por eso hablaremos aquí de peticiones populares. En menor medida, también encontramos la voz de los factores de poder, como la iglesia católica y los representantes del capital, que nos ayudan a poner en contexto las primeras.

Así, esta fuente nos permitirá reconstruir los sentidos y las expectativas frente a la reforma constitucional que tenían los trabajadores y las trabajadoras, las vecinas, las personas

<sup>22</sup> Sobre este tema me he ocupado en VITA, Leticia. La reforma negada: la interpretación de la doctrina constitucional argentina contemporánea sobre la Constitución de 1949. En: BENENTE, Mauro (comp.) *La constitución mal-dita: estudios sobre la reforma de 1949*, José C. Paz, Edunpaz, pp. 21-45.

<sup>23</sup> La excepción a esta afirmación son, desde la historia del derecho, los trabajos de Susana Ramella y Juan Fernando Segovia y desde la historia de las ideas los de Carlos Miguel Herrera. Ver en particular HERRERA, Carlos Miguel. En los orígenes del constitucionalismo social argentino: Discursos en torno a la Constitución de 1949, *Historia Constitucional*, 15, 2014, pp. 445-469.

<sup>24</sup> Hasta que el gobierno de facto que derrocó a Perón la derogó y decretó la vigencia del anterior texto constitucional. Algo que, llamativamente, poca parte de la doctrina y la historia constitucional ha visto como problemático.

<sup>25</sup> Algo de esto podemos reconstruir en trabajos de historia de la justicia como el de CANAVESSI, Pablo. La rebelión de las aprendizas: cultura legal y conflictividad laboral en los Tribunales de Trabajo. Olavarría, 1951. *Boletín del Instituto de Historia Argentina y Americana Dr. Emilio Ravignani*, 52, 2020, pp. 89-115.

<sup>26</sup> Los primeros trabajos en abordar esta fuente fueron los realizados en el marco de nuestro proyecto de investigación UBACyT de las Programaciones 2018 y 2020. Una primera descripción del fondo documental se encuentra en VITA, Leticia. El pueblo a la Constitución. La reforma constitucional de 1949 a la luz de las peticiones a la asamblea constituyente. *Boletín de la Biblioteca del Congreso de la Nación*, 132, 2020, pp. 9-22.

de a pie, en la Argentina de 1949. Y nos interesa conocer esto aun cuando sus demandas no hayan sido incorporadas al texto sancionado o, si extremamos el argumento, aunque hayan sido ignoradas por la asamblea constituyente. Lo que este artículo trae a discusión es, precisamente, que estas voces pueden y deben ser vistas también, como productoras de derecho y de sentidos sobre el derecho. Incluso aunque sean las voces de los vencidos.

Finalmente, en tiempos en los que nuestra academia jurídica se ocupa con sumo interés del constitucionalismo participativo<sup>27</sup> y es interpelada por experiencias como la de la convención constituyente paritaria de Chile, recuperar las voces no expertas del derecho constitucional pronunciarse sobre el contenido de la constitución tiene un valor adicional. Porque conecta con discusiones presentes y nos recuerda que si hay un área de la historia del derecho que no puede prescindir del conocimiento de presente, esa es la historia constitucional<sup>28</sup>.

En la primera sección de este escrito se sintetizan las principales características de la reforma constituyente argentina de 1949, recuperando algunos hechos que nos ayudarán a contextualizar el proceso de organización y activación de la sociedad civil. En la segunda parte, el trabajo describe el acervo documental compuesto por las peticiones de la sociedad civil a la asamblea constituyente de 1949, privilegiando una mirada global pero destacando también los principales ejes de conflicto que señalan estas voces. No se pretende agotar la totalidad de aristas que brinda esta fuente, sino resaltar aquellas que aporten a una reflexión sobre la escritura de la historia constitucional. Consideraciones que serán presentadas en la última sección, con la pretensión de establecer algunas conclusiones que excedan el caso local.

## 1 LA EXPERIENCIA CONSTITUCIONAL ARGENTINA DE 1949

Hacia el fin de la cuarta década del siglo XX existía un claro consenso en el ámbito académico jurídico argentino en torno a la necesidad de reformar el texto constitucional de 1853<sup>29</sup>. Si bien el impulso reformista ya venía de la década anterior<sup>30</sup> y se había manifestado en algunas provincias, fue recién en mayo de 1948, cuando el entonces presidente Juan Domingo Perón se manifestó abiertamente a favor de la reforma, que este idea se concretó.

El debate parlamentario para habilitar la reforma se inició los días 13 y 14 de agosto de 1948 en la Cámara de Diputados. El bloque radical denunció que no se había cumplido con los recaudos formales, entre otros, el plazo de horas para proponer el debate<sup>31</sup>. La ausencia

<sup>27</sup> El constitucionalismo participativo plantea la idea de que las ciudadanas y los ciudadanos deliberen de manera directa sobre aspectos del texto constitucional. Para una revisión de la discusión más reciente ver RUBIO MARÍN, Ruth. Mujeres y procesos constituyentes contemporáneos: retos y estrategias de participación, *Revista de Estudios Políticos*, 187, 2020, pp. 43-69.

<sup>28</sup> CLAVERO, Bartolomé. La excepción y la normalidad (A propósito de la historia comparada de un constitucionalista), *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Vol. 49, Nº 1, 2020, p. 719.

<sup>29</sup> En ese sentido HERRERA, Carlos Miguel. "En los orígenes del constitucionalismo social argentino: Discursos en torno a la Constitución de 1949", *Historia Constitucional*, 15, 2014, p. 392. La constitución argentina fue reformada en 1860, 1866 y 1898 pero habían sido todas reformas menores, que no afectaron el diseño de derechos y rol de Estado establecido originariamente.

<sup>30</sup> SEGOVIA, Juan Fernando. *La Constitución de Perón de 1949: el reformismo entre la legalidad constitucional y la legitimidad política*, Mendoza, Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad Nacional de Cuyo, Instituto de Historia Americana y Argentina, 2019.

<sup>31</sup> ARGENTINA. *Diario de Sesiones de la Honorable Cámara de Diputados*, 1948, p. 2642.

de la oposición en el recinto y la decisión oficialista de proseguir con la sesión generó uno de los principales ejes de la polémica en torno a la legitimidad de la reforma del año 1949: el de la interpretación del artículo 30 de la Constitución Nacional. El texto de 1853, sostenía que la misma podía reformarse “en el todo o en cualquiera de sus partes” y que la necesidad de reforma “debe ser declarada por el Congreso con el voto de dos terceras partes, al menos, de sus miembros; pero no se efectuará sino por una Convención convocada al efecto”.

La cuestión controvertida pasaba por la forma en que debían contarse esos dos tercios: ¿miembros totales, efectivos o presentes? El bloque peronista argumentó a favor de la tesis de los miembros presentes. El radical insistió con la tesis de los miembros totales y, por lo tanto, denunció que estos no se habían logrado, ya que en lugar de 106 diputados, habían votado afirmativamente 96<sup>32</sup>. La Ley de necesidad de reforma se terminó sancionando, finalmente, a pesar de esta discusión, con el voto de la totalidad del Senado un 27 de agosto de 1948.

Los comicios nacionales para elegir representantes constituyentes se celebraron el 5 de diciembre de 1948. El Partido Peronista consiguió 110 de las 158 bancas en disputa, mientras que la Unión Cívica Radical, el principal partido de la oposición, logró 48 convencionales. El Partido Comunista se presentó a las elecciones pero no obtuvo representación. Tampoco lo lograron otros partidos provinciales y una candidatura independiente que obtuvieron en total el 0,23% de los votos<sup>33</sup>. El Partido Socialista optó por la estrategia de la abstención. En su oposición a la reforma, reivindicó el andamiaje liberal de la constitución de 1853, por entenderlo del todo compatible con la legislación social<sup>34</sup>. Además de no presentarse a las elecciones, propuso impugnar todo el proceso constituyente de manera activa.

Quienes no participaron de las elecciones de diciembre, pero contra su voluntad, fueron las mujeres. A pesar de que la ley de sufragio femenino N° 13.010 había sido sancionada en septiembre de 1947, un año después no se había concluido la confección del padrón electoral. El oficialismo argumentó una demora técnica<sup>35</sup> y denunció una “falta de compromiso popular”<sup>36</sup> en las mujeres argentinas. Esto fue disputado por parte de la oposición, pero especialmente por las agrupaciones de mujeres, que hicieron público su descontento con la decisión de proseguir con las elecciones sin su voto, sin tener la posibilidad de ser elegidas y sin tener en cuenta sus propuestas de cambio constitucional<sup>37</sup>.

<sup>32</sup> ARGENTINA. *Diario de Sesiones de la Honorable Cámara de Diputados*, 1948, p. 2708.

<sup>33</sup> ARCHIVO GENERAL DE LA NACIÓN. Datos y cifras sobre elecciones constituyentes de 1948.

<sup>34</sup> Sobre la postura del partido y su relación con el peronismo en el período 1945-1955 ver HERRERA, Carlos Miguel. *¿Adiós al proletariado? El Partido Socialista bajo el peronismo (1945-1955)*, Buenos Aires, Imago Mundi, 2016. Especialmente páginas 90 y siguientes.

<sup>35</sup> Por medio de la Ley 13.480, de junio de 1948, se había incluido la cláusula, supuestamente por galantería, de no consignar el año de nacimiento de las mujeres en el padrón. La demora en este empadronamiento, sin embargo, puede interpretarse como un reflejo de las resistencias que se desplegaron a lo largo de todo el espectro partidario a partir de la incorporación de las mujeres a la ciudadanía política. En este punto ver VALOBRA, Adriana. La ciudadanía política de las mujeres y las elecciones de 1951. *Anuario del Instituto de Historia Argentina*, 8, 2008, pp. 53-89 y especialmente VALOBRA, Adriana. *Del hogar a las urnas: recorridos de la ciudadanía política femenina: Argentina 1946-1955*, Rosario, Prohistoria, 2010.

<sup>36</sup> VALOBRA, Adriana. La ciudadanía política de las mujeres y las elecciones de 1951. *Anuario del Instituto de Historia Argentina*, 8, 2008, pp. 58 y 59.

<sup>37</sup> Esta denuncia aparece en las peticiones de mujeres y la hemos trabajado en VITA, Leticia y LOBATO, Julieta. ‘Eleva nuestra voz a los constituyentes’: las peticiones de mujeres ante la reforma constitucional de 1949. *Pasado Abierto*, 13, 2021, pp. 219-249.

A partir de esta elección, se iniciaron los trabajos preparatorios para el comienzo de las sesiones. No es mucho lo que conocemos respecto de este proceso. La mayor parte de la historiografía constitucional ha destacado el rol protagónico del jurista Arturo Enrique Sampay en la redacción del texto finalmente sancionado<sup>38</sup>. Sin embargo también existieron numerosos procesos previos de revisión y estudio constitucional, encuestas y anteproyectos, que son antecedentes del trabajo de la asamblea constituyente de 1949 pero que todavía no han sido abordados en detalle por la historia constitucional<sup>39</sup>.

En relación a la composición de la asamblea constitucional, no es posible soslayar que este fue el primer proceso constituyente argentino que incorporó en sus filas a trabajadores y gremialistas. La convención se compuso de 158 convencionales, de los cuales al menos 26 pueden ser considerados de origen sindical<sup>40</sup>. Algunos de ellos convivían también con su rol como funcionarios estatales o partidarios<sup>41</sup>. Cinco de los seis jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación integraron la convención<sup>42</sup> y se registran al menos 41 abogados, casi un 26% del total de representantes.

La asamblea sesionó desde el 24 de enero al 16 de marzo de 1949 en el recinto del Congreso de la Nación en la Capital Federal. Aprobó la nueva constitución el 11 de marzo de ese mismo año. Se reunió en pleno trece veces. Hasta la quinta reunión los representantes radicales intentaron, sin suerte, que se debatiera la impugnación de todo el proceso constituyente por nulidad. El punto de inflexión se dio el 8 de marzo, día en el que transcurrieron la sexta y la séptima reunión del pleno. Ese día por la tarde, el radicalismo abandonó el recinto luego de acusar al oficialismo de confesar abiertamente su voluntad de modificar la constitución para garantizar la reelección de Perón. El despacho en general de la Comisión Revisora fue aprobado por la unanimidad de los miembros que quedaron en el recinto y el 11 de marzo se aprobó el texto definitivo.

El texto finalmente sancionado no modificó la estructura de la constitución de 1853. Sumó dos fórmulas al preámbulo<sup>43</sup>, incorporó el habeas corpus y, lo más novedoso, en materia

<sup>38</sup> Arturo Sampay fue un destacado jurista peronista, miembro de la Comisión de Estudios del Anteproyecto de la Reforma y quien sería el redactor final del documento base de la discusión. Sobre su rol ver GONZÁLEZ ARZAC, Alberto. Arturo E. Sampay y la Constitución de 1949. Buenos Aires, Alberto Verdaguer Editor, 2009.

<sup>39</sup> Uno de esos antecedentes más importantes es el trabajo llevado a cabo por la Secretaría Técnica de la Presidencia en torno al diseño de los lineamientos generales de la reforma. En él tuvo un rol destacado el Secretario de Asuntos Técnicos José Miguel Francisco Luis Figuerola, quien escribió un estudio sobre la situación constitucional de la época. Uno de los pocos estudios sobre el tema viene desde la historia. Ver PROL, María Mercedes. Democracia de masas, representación y división de poderes en la comprensión de los convencionales del Partido Peronista durante la reforma de la Constitución Nacional (1948-1949). *Revista Itinerarios*, Año 2, N° 2, pp. 39-66.

<sup>40</sup> PASARÍN, Sebastián. ¿La constitución de Perón o la constitución de los trabajadores? Los sindicalistas constituyentes en la reforma social de la Constitución de la Nación Argentina de 1949. En: VITA, Leticia (coord.) *¿La constitución de Perón? La reforma constitucional argentina de 1949 en perspectiva transnacional*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires. Facultad de Derecho. Secretaría de Investigación. Departamento de Publicaciones, 2021, pp. 125-163.

<sup>41</sup> Como ser José Espejo, Emilio Borlenghi, Hilario Salvo, Agustín Giovanelli o Guillermo Lasciar.

<sup>42</sup> Rodolfo Guillermo Valenzuela, Luis Ricardo Longhi, Atilio Pessagno, Felipe Santiago Pérez y Justo Lucas Álvarez Rodríguez. También lo hicieron dos jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, Julio Escobar Sáenz y Cayetano Giardulli y un juez de Comercio de la Capital Federal, Juan Páez

<sup>43</sup> La de “promover la cultura nacional”, entre los objetivos enunciados al comienzo y la de “constituir una Nación socialmente justa, económicamente libre y políticamente soberana” en la enunciación del final. No modificó la invocación a Dios, ni tampoco la fórmula de bienvenida alberdiana de asegurar derechos y garantías para “todos los hombres del mundo que quieran habitar suelo argentino”.

de derechos sociales y economía agregó los nuevos artículos 37, 38, 39 y 40. El primero incluía los derechos del trabajador de manera extensa, detallando las obligaciones del Estado y de la sociedad en la materia. No incorporó el derecho de huelga, lo que fue cuestionado por la doctrina y, como veremos, reclamado por las peticiones a la asamblea. También incorporó la protección de la familia, la del matrimonio, sumó la garantía de la igualdad jurídica de los cónyuges y de la patria potestad y finalmente, como novedad en la región, incorporó los derechos de la ancianidad.

El artículo 38, por su parte, consagró la función social de la propiedad y el 39, decretó que el capital debería estar “al servicio de la economía nacional y tener como principal objeto el bienestar social”. El artículo 40, finalmente, estableció que el Estado podría “intervenir en la economía y monopolizar determinada actividad, en salvaguardia de los intereses generales”. Asimismo, y lo que más resistencias tuvo, incluso del propio Perón, estableció que los recursos naturales “son propiedades imprescriptibles e inalienables de la Nación”, habilitando la estatización de los servicios públicos. Por último, las principales modificaciones de la parte orgánica de la constitución se concentraron en materia de la elección de diputados, senadores y, el punto más disputado, el Poder Ejecutivo. Se estableció la elección directa de senadores y presidente y se habilitó la reelección presidencial.

## 2 LAS PETICIONES A LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE

El acervo documental que analizamos consta de 228 expedientes que fueron remitidos a la Convención Constituyente reunida en Buenos Aires entre enero y marzo de 1949<sup>44</sup>. Fueron ingresados de la misma manera en que lo eran en ese momento todas las peticiones y solicitudes de “particulares” al Congreso Nacional. Tienen un número de expediente, fecha de ingreso y un extracto que resume su objeto. Incluyen una carátula con el título “Convención Constituyente de la Nación Argentina”, e indican el origen del expediente con el término “Particulares”. Al pie de la carátula se señala la comisión a la que fue remitido ese expediente, que en todos los casos dice “revisora”. A mano alzada o con un sello incluyen la subcomisión de trabajo dentro de la convención a la cual fueron giradas, posiblemente por razones temáticas<sup>45</sup>.

Cada expediente incluye una, y en algunos casos, varias peticiones vinculadas por sujeto, objeto o zona geográfica. Los primeros datan del 31 de enero de 1949 y los últimos del 17 de marzo de ese año. Es decir, acompañan las sesiones de la Convención Constituyente, que se iniciaron el 24 de enero y clausuraron el 16 de marzo. Existen, no obstante, algunas

<sup>44</sup> Todos ellos se encuentran en 4 cajas de las 14 que conservan todo el material correspondiente al trabajo de la Asamblea Constituyente de 1949 que se conserva en el Archivo y Registro de Leyes del Senado de la Nación.

<sup>45</sup> La Asamblea Constituyente de 1949 se organizó en distintas comisiones y subcomisiones. La comisión revisora, compuesta por 55 miembros elegidos por la presidencia, fue presidida por Alberto Tesaire y secundada por Arturo Sampay y Rodolfo Valenzuela. En su primera reunión se conformaron 8 subcomisiones: 1) declaraciones políticas, 2) derechos, deberes y garantías de la libertad personal, 3) derechos sociales, 4) propiedad, capital y actividad económica y 5) redacción del texto definitivo.

cartas fechadas con anterioridad al periodo de sesiones que fueron enviadas junto con otras de fecha posterior<sup>46</sup>.

En cuanto a su formato, las peticiones son cartas mecanografiadas, telegramas, formularios preimpresos<sup>47</sup> y notas escritas a mano alzada. En muchos casos, como los de las peticiones de mujeres o de la iglesia católica, incluyen un listado (o varios de ellos) colmados de firmas. En lo que refiere a su procedencia, es claro el predominio de las regiones más pobladas del país. Abundan las provenientes de la Capital Federal, y las provincias de Buenos Aires, Córdoba y Santa Fe. Sin embargo, también encontramos varias de otras partes del país, incluso de pequeñas localidades como Macachín en la Provincia de La Pampa o Villa del Pilar en la Provincia de Formosa.

¿Fueron peticiones espontáneas o las solicitó el gobierno para legitimar el proceso de reforma? No encontramos ningún indicio en documentos oficiales que hable de un llamado oficial a la sociedad civil a presentar sugerencias para la reforma constitucional. Tampoco se identifican referencias a un llamado de ese tipo en las propias peticiones, a diferencia de lo sucedido con las cartas enviadas años después en el marco del Plan Quinquenal<sup>48</sup>. Por otra parte, si bien varias peticiones se identifican con los ideales y las ideas peronistas, muchas otras marcan contrapuntos, algunas incluso en el seno del propio bloque partidario<sup>49</sup>.

La prensa partidaria demuestra que existió una campaña motorizada por el Partido Comunista para que la ciudadanía formara comités de discusión de la reforma constitucional, y para que hiciera llegar a la convención constituyente sus propuestas<sup>50</sup>. Sin embargo, sería erróneo concluir que todas las peticiones fueron motorizadas por el Partido Comunista, ya que muchas de las que componen el acervo están muy lejos de las reivindicaciones del partido (como las impulsadas por la iglesia católica, la Sociedad Rural Argentina o grupos de corte

<sup>46</sup> Es posible rastrear peticiones relativas a modificaciones constitucionales ya desde el 5 de mayo de 1948. En este caso eran dirigidas al Congreso Nacional. Se encuentran digitalizadas y disponibles en <https://www.hcdn.gob.ar/secparl/dmuseo/archivo-Parlamentario/expedientes.html>

<sup>47</sup> Lo encontramos, por ejemplo, en las peticiones presentadas por la Unión de las Mujeres de la Argentina y en una petición presentada por la Unión de Jóvenes Patriotas Argentinos.

<sup>48</sup> En diciembre de 1951 Perón hizo un llamado público a presentar propuestas en el marco del diseño del Segundo Plan Quinquenal. A esta convocatoria respondieron un aluvión de cartas de individuos e instituciones que conforman un fondo documental de cerca de 19.000. Sobre estas cartas existe una importante línea de investigación ilustrada por los trabajos de ELENA, Eduardo. *What the People Want. State Planning and Political Participation in Peronist Argentina*. *Journal of Latin American Studies*, 37, 2005, pp. 81-108; GUY, Donna. *La construcción del carisma peronista. Cartas a Juan y Eva Perón*, Buenos Aires, Biblos 2017 y BARROS, Mercedes; MORALES, Virginia; REYNARES, Juan Manuel; VARGAS, Mercedes. Las huellas de un sujeto en las cartas a Perón: entre las fuentes y la interpretación del Primer Peronismo. *Revista Electrónica de Fuentes y Archivos Centro de Estudios Históricos "Prof. Carlos S. A. Segreti"*, Córdoba (Argentina), año 7, N°7, 2016, pp. 234-260.

<sup>49</sup> Por ejemplo el bloque Peronista del Consejo Deliberante de Campana, que manifiesta su preocupación y se hace eco "de un anhelo general" al cuestionar la obligatoriedad de la ciudadanía argentina que establecía el artículo 20 del Anteproyecto del Partido Peronista. *Bloque Peronista del Consejo Deliberante de Campana, Caja 3, Expediente N° 33*.

<sup>50</sup> Encontramos tempranas referencias a este llamado en el Periódico Orientación, prensa del Partido Comunista argentino. Así, por ejemplo, denunciaban que: "...la convocatoria a elección de constituyentes se aprobó casi sin discusión parlamentaria, sin recibir el sentir de la opinión pública (...) En estas circunstancias, los comunistas pensamos que todos los argentinos –hombres o mujeres–, todos los habitantes de nuestro suelo, deben exteriorizar su juicio sobre la reforma, indicando qué es lo que debe incluir la nueva ley fundamental de la Nación". "Por una constitución popular y democrática", *Orientación*, 20 de octubre de 1948, p. 8.

conservador) y hasta alguna solicita la misma prohibición de las ideas comunistas<sup>51</sup>. En síntesis, lo más probable es que hayan sido mayormente espontáneas, aunque también producto de una tradición previa que fue potenciada por el gobierno de Perón<sup>52</sup>.

¿Quiénes enviaron estas solicitudes? Una primera distinción relevante es entre las peticiones individuales y las colectivas. Del total de expedientes un veinte por ciento (47) fueron presentados por individuos y un ochenta por ciento (181) por distintos colectivos<sup>53</sup>. Los individuos que presentaron solicitudes son todos varones. Abundan entre ellos los profesores de derecho, como Salvador Vigo, un profesor titular de derecho constitucional de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral, pero también personas que no se identifican como juristas sino solo como peronistas<sup>54</sup>. En algunos casos incluyeron también proyectos de reforma propios<sup>55</sup> o publicaciones que habían escrito sobre el tema de la reforma. Son también numerosos los religiosos y laicos católicos que de manera individual, además de colectivamente, solicitaron la revisión del patronato, la inclusión de la educación religiosa o incluso la adopción del culto católico como religión oficial.

Son destacables, de igual manera, las peticiones de varios extranjeros que abogaron de manera individual (y también colectiva) por la garantía de la doble nacionalidad<sup>56</sup>. Este reclamo se explica con motivo de que el Anteproyecto del Partido Peronista decretaba que tras dos años de residencia en el país, la persona extranjera debía decidir entre nacionalizarse o abandonar el territorio argentino. Además supeditaba el goce de los derechos civiles a la concesión de esa nacionalidad y el de los políticos, tras cinco años de la naturalización. Esta redacción cambió mucho en el texto sancionado, lo que evidencia que algo del malestar general que muestran las peticiones sobre este tema, fue receptado por la convención.

Las peticiones colectivas fueron presentadas por asociaciones de todo tipo, incluyendo sindicatos, y en menor medida, partidos políticos o bloques partidarios. Si bien las más abundantes son las solicitudes de los sectores populares, también encontramos reivindicaciones presentadas en defensa del capital y de la iglesia católica, como ya se mencionó. En el primer caso, encontramos, por ejemplo, las de la Asociación Argentina de la Producción, Industria y Comercio; el Centro de Martilleros de Hacienda y Bienes Raíces, la Sociedad Rural Argentina, la Bolsa de Comercio de Buenos Aires, los Empresarios de Transporte Automotor y la de la Asociación de propietarios de Bienes Raíces.

Las peticiones articuladas por sindicatos, que explícitamente se identifican como tales, son numerosas aunque no la mayoría. Se destaca una de la Confederación General del Trabajo firmada por José Espejo, su secretario, y las del Sindicato de Obreros y Empleados de Y.P.F, Sindicato de Obreros Estibadores, Sindicato de Médicos Veterinarios de La Plata, Sindicato de Oficios Varios de Almaguero, la Unión Ferroviaria, La Fraternidad (varias seccionales),

<sup>51</sup> Como la petición de Pedro Flores, ciudadano que solicita se quite de la constitución toda protección “para que en nuestro país no se mencione [sic] en ningún lado el Partido Comunista y sus satélites, ni nada que sea de origen extranjero”.

<sup>52</sup> En este punto ver BARROS, Mercedes. Derechos que sujetan, sujetos de derecho bajo el primer peronismo. *Revista Estudios Sociales. Publicación de la Universidad Nacional del Litoral*, N° 47, 2014, pp. 93-128.

<sup>53</sup> Este dato refiere a quienes encabezan los expedientes, ya que en algunos expedientes colectivos se incluyen también peticiones particulares.

<sup>54</sup> El caso de Juan Tavella, quien se presenta como “ciudadano humilde de la Nación y soldado de la causa de nuestro gran Presidente Perón”. Tavella, Juan, Caja 3, Expediente N° 11.

<sup>55</sup> Borda Roca, Antonio, Caja 3, Expediente N° 18.

<sup>56</sup> Por ejemplo la petición de Conrado Freedon, Caja 6, Expediente N° 209.

Sindicato de la Industria Lechera y Molino, Sindicato de Maestros de la Zona Sur de Santa Fe y la del Sindicato Obrero de Oficios varios de La Pampa.

Sin embargo, el movimiento obrero se manifestó en estas peticiones de diversas maneras y no solo identificándose con los sindicatos. Peticionaron numerosos grupos de obreros y vecinos como por ejemplo: los obreros y vecinos de Talleres (Córdoba), los obreros de la construcción de la Fábrica de Penicilina (Buenos Aires), el personal obrero de la Fábrica Garbesi y Cía., los trabajadores de establecimientos textiles, obreros portuarios de Formosa, los vecinos de la ciudad de Mendoza, los vecinos del territorio de La Pampa, los vecinos del barrio Alberdi (Córdoba), y los obreros del Frigorífico Swift, entre otros. Si bien en algunos casos es posible sospechar la filiación comunista de estos grupos, especialmente de las que provienen de vecinos de ciertas localidades, no se puede predicar eso de todos<sup>57</sup>.

Uno de los rasgos más llamativos de la composición de los sujetos peticionantes es la presencia masiva del colectivo de mujeres, principalmente las organizadas desde la Unión de Mujeres de la Argentina (UMA) y sus muchas filiales y/o afiliadas<sup>58</sup>. Además de ellas, presentaron también sus peticiones la Agrupación Cultural Femenina, la Unión de Trabajadores de Casas Particulares (Servicio Doméstico), la Comisión Femenina contra las inundaciones del Arroyo Maldonado, la Agrupación Femenina de Ramos Mejía y la Liga Femenina Argentina Pro-Maternidad e Infancia. Como mencionamos, este colectivo en particular acompañó sus reivindicaciones con largas listas de firmas, muchas de ellas recolectadas en formularios específicamente diseñados para ello.

Abundan además peticiones de asociaciones de objetivos muy diversos, como por ejemplo: la Unión Patriótica de la Juventud Argentina, la Liga Argentina por los Derechos del Hombre, la Agrupación Pro-Unión Estudiantil de la Facultad de Ingeniería de La Plata, el Colegio de Contadores Públicos Nacionales de La Plata, el Consejo Profesional de Ciencias Económicas de la Provincia de Buenos Aires, la Asociación de Viajantes de Comercio, la Junta de Vinculación Tiflológica, el Centro Permanente de Estudios sobre Protección, Asistencia y Legislación de Menores y la Cooperativa Tamberos de Suardi.

Por último, si bien no son la mayoría, se registran igualmente peticiones de agrupaciones partidarias como las presentadas por el Partido Comunista, la Unidad Socialista<sup>59</sup>, el Ateneo Peronista de General Roca y el Centro peronista de Santa Fe. De todas ellas, la más extensa por su densidad, complejidad y propuestas es la del Partido Comunista, que como adelantamos, decidió participar del proceso constituyente y propició desde muy temprano una campaña a fin de que las clases populares se involucraran en el proceso de reforma.

En relación a la retórica que inspira las peticiones, la mayoría de las individuales habla de “completar el” o “contribuir al” trabajo de los convencionales electos. Así, por ejemplo, un particular expresa que lo que busca es exponer su “sentir ciudadano acerca de un punto que

<sup>57</sup> Jorge Afarian y Sebastián Pasarín se han ocupado de los grupos de trabajadores en la Provincia de Córdoba en AFARIAN, Jorge y PASARÍN, Sebastián. Las peticiones cordobesas por la inclusión del derecho de huelga en la Constitución Nacional de 1949. *Anuario del Centro de Estudios Históricos "Prof. Carlos S. A. Segreti"*. Año: 2020 vol. 2, pp. 60-88.

<sup>58</sup> Sobre estas peticiones nos hemos ocupado en VITA, Leticia y LOBATO, Julieta. ‘Elevar nuestra voz a los constituyentes’: las peticiones de mujeres ante la reforma constitucional de 1949. *Pasado Abierto*, N°13, 2021, pp. 219-249. Cabe destacar que la UMA nucleaba mujeres de varias extracciones partidarias e ideológicas: comunistas pero también católicas y peronistas.

<sup>59</sup> Un grupo disidente dentro del Partido Socialista que no estaba de acuerdo con la política de la abstención. Núcleo Unidad Socialista, Caja 3, Expediente N°42.

ni siquiera circunstancialmente ha sido mencionado por los convencionales, en sus discursos y proclamas<sup>60</sup> y algún otro dice no haberse podido sustraer “al llamado de la hora”<sup>61</sup>. El derecho de peticionar que acuerda la constitución a los habitantes es también invocado por varios individuos como motivación en sus presentaciones<sup>62</sup> y no faltan las adulaciones a Perón y a Evita, aunque ese no es un rasgo tan marcado como en otras cartas de ha trabajado la historiografía del primer peronismo.

Es destacable que en muchos casos se da cuenta de aspectos concretos contemplados en el Anteproyecto del Partido Peronista, que había tenido circulación en la prensa, y se habla de “preocupación” ante ellos. Así, lo hace por ejemplo, la Sociedad Rural Argentina que quiere hacer llegar la “incertidumbre e inquietud” o las “preocupaciones”<sup>63</sup> que generaron algunas de las disposiciones que se incluían respecto de la propiedad privada y su función social. Pero también lo plantean de esa manera los vecinos del barrio 12 de octubre de Olivos, en la Provincia de Buenos Aires, que quieren “hacer conocer la inquietud”<sup>64</sup> sobre el proceso de nacionalización automática que se preveía para extranjeros. En la misma línea, la Unión de Mujeres de la Argentina, se manifestó “seriamente alarmada por el contenido de este proyecto de reformas”<sup>65</sup>, que tildaría de patriarcal y machista.

En lo que respecta al objeto de las peticiones, un primer aspecto a destacar es que muchas se refieren a asambleas<sup>66</sup> o congresos<sup>67</sup> previos en los que se definió el contenido de las reivindicaciones. Es decir, muchas dan cuenta de una organización anterior y de consensos colectivos. Un segundo rasgo, que adelantamos, es que las peticiones no se identifican masivamente con el Anteproyecto del Partido Peronista o siguen la retórica oficialista en torno a la reforma. Si bien muchas manifiestan el apoyo a la reforma y piden la incorporación de los derechos del trabajador en la constitución (algo que efectivamente estaba contemplado en el proyecto oficial), un gran porcentaje hablan de otros derechos que no habían sido incluidos en el Anteproyecto y sobre los que incluso, se manifestaría en contra el peronismo. Concretamente el derecho de huelga o los derechos específicos de las mujeres.

En efecto, el derecho de huelga es uno de los más solicitados por los grupos de trabajadores y trabajadoras. Un elevado porcentaje de estas peticiones provienen de las Provincias de Buenos Aires y Córdoba<sup>68</sup>. La solicitud por el derecho de huelga venía generalmente acompañada con la de reforma agraria, la libertad de agremiación y la derogación de la ley de

<sup>60</sup> Alberto Silva, Caja 3, Expediente N°58.

<sup>61</sup> José Miranda, Caja 3, Expediente N° 21.

<sup>62</sup> Por ejemplo las peticiones de Nicolás Besio Moreno, Caja 3, Expediente N°6 y de José Cabrera, Caja 3, Expediente N°9.

<sup>63</sup> Sociedad Rural Argentina, Caja 3, Expediente N° 37.

<sup>64</sup> Vecinos, obreros, empleados y comerciantes del barrio 12 de octubre (Olivos), Provincia de Buenos Aires, Caja 5, Expediente N° 157.

<sup>65</sup> Unión de Mujeres de la Argentina, Caja 3, Expediente N° 48.

<sup>66</sup> Por ejemplo en Sociedad de obreros Mosaístas, Ciudad de Córdoba, Caja 5, Expediente N° 155 o en la petición presentada por la Unión de Jóvenes Patriotas Argentinos, Córdoba, Caja 5, Expediente N° 196.

<sup>67</sup> Distintas seccionales de la Fraternidad Ferroviaria, Caja 5, Expediente N° 195.

<sup>68</sup> Al respecto ver AFARIAN, Jorge y PASARÍN, Sebastián. Las peticiones cordobesas por la inclusión del derecho de huelga en la Constitución Nacional de 1949. *Anuario del Centro de Estudios Históricos "Prof. Carlos S. A. Segreti"*. Año: 2020 vol. 2, pp. 60-88.

residencia<sup>69</sup>, este último un reclamo histórico del movimiento de trabajadores y en especial, del Partido Comunista. Estas peticiones en particular muestran que existía un alto interés, conciencia y consenso en el movimiento obrero argentino respecto del derecho de huelga<sup>70</sup> y que la ausencia del mismo en el Anteproyecto sería uno de los puntos de disputa más fuerte, no solo desde las voces expertas del derecho sino, especialmente, desde los propios trabajadores.

En la misma línea, otra de las demandas que no fueron incorporadas a la constitución pero que revisten especial interés por su organización, su masividad y la complejidad de sus argumentos, son las presentadas por el colectivo de mujeres. Como adelantamos, ellas no pudieron votar en 1948 ni ser elegidas como representantes en la convención. Sin embargo se organizaron para hacer oír su voz más allá de los estereotipos de género dominantes y las tensiones que existían en el propio partido peronista sobre el rol que les correspondía<sup>71</sup>.

Estas peticiones nos permiten reconstruir la voz de las mujeres organizadas<sup>72</sup> y sus expectativas ante la reforma. Solicitaban que en la nueva constitución figuren “artículos que contemplen los problemas más sentidos por la mujer”<sup>73</sup> o que se especifiquen en ella “los derechos femeninos”<sup>74</sup>. Entre otras reivindicaciones se destaca el reclamo por la igualdad civil de la mujer con el hombre, por la sanción de un Código de la Familia, un Código del Niño, la protección a la infancia, la protección a la madre soltera y de los hijos ilegítimos e incluso, la consagración del divorcio<sup>75</sup>. Algunas solicitaban la incorporación de la educación laica y muchas daban cuenta del alza en el costo de la vida y solicitaban medidas al respecto.

Un análisis en particular merecen las reivindicaciones laborales del colectivo de mujeres<sup>76</sup>, encabezadas por el reclamo por la igualdad salarial, o igual remuneración por igual tarea. Le siguen las solicitudes por salas cuna o jardines de infantes en el lugar de trabajo, la no discriminación laboral en razón del estado civil, la incorporación del Estatuto de las Trabajadoras del Servicio Doméstico, el subsidio por maternidad y seguro social familiar, más allá

<sup>69</sup> La Ley N° 4.144, más conocida como “Ley de residencia”, fue sancionada en 1902 y establecía que el Poder Ejecutivo “podrá ordenar la salida del territorio de la Nación a todo extranjero que haya sido condenado o sea perseguido por los tribunales extranjeros por crímenes o delitos comunes” (art.1) y que “El Poder Ejecutivo podrá ordenar la salida de todo extranjero cuya conducta comprometa la seguridad nacional o perturbe el orden público” (art.2). Esta ley, que sería derogada recién en 1958, fue usada especialmente para reprimir la organización sindical de anarquistas, socialistas y comunistas.

<sup>70</sup> AFARIAN, Jorge y PASARÍN, Sebastián. Derecho de huelga y Constitución argentina de 1949: Las peticiones a la Convención Constituyente. *Trabajos y Comunicaciones*, (51), e105. <https://doi.org/10.24215/23468971e105>.

<sup>71</sup> Ver entre otras a BARRANCOS, Dora. *Mujeres en la sociedad argentina. Una historia de cinco siglos*. Buenos Aires, Sudamericana, 2010 y a LOBATO, Mirta Zaida, *Historia de las trabajadoras en la Argentina (1869-1960)*. Buenos Aires, Edhasa, 2007.

<sup>72</sup> Una pregunta válida es si estas peticiones representaban a todas las mujeres de Argentina. La respuesta es negativa. Son mujeres organizadas o movilizadas previamente en organizaciones que defendían sus derechos. Sin embargo, sería equivocado identificarlas solo con las tendencias políticas de izquierda.

<sup>73</sup> Diversas entidades adheridas a la Unión de Mujeres de la Argentina, Caja 5, Expediente N° 174.

<sup>74</sup> Mujeres Zarateñas, Caja 5, Expediente N°161.

<sup>75</sup> La inclusión del divorcio en la constitución, que no tendrá acogida, fue solicitada también en la petición individual del Director del Diario El Progreso, de San Francisco, Provincia de Córdoba. Caja 5, Expediente N°181.

<sup>76</sup> Para un marco de la época ver LOBATO, Julieta. El reconocimiento de derechos laborales a las mujeres en la primera mitad del siglo XX. Diálogos entre la reforma constitucional de 1949 y la Organización Internacional del Trabajo. En: VITA, Leticia (coord.) *¿La constitución de Perón? La reforma constitucional argentina de 1949 en perspectiva transnacional*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires. Facultad de Derecho. Secretaría de Investigación. Departamento de Publicaciones, 2021, pp. 37-61.

de otros derechos en común con los varones. Es interesante ver cómo estas peticiones muestran que las mujeres disputaron el rol doméstico que el Anteproyecto del Partido Peronista les asignaba en la nueva constitución, incorporando la figura de la trabajadora y planteando derechos reconocidos ya por entonces en otras constituciones de la región<sup>77</sup>.

Otro punto que las peticiones evidencian como objeto de disputa es la cuestión religiosa. Una de sus derivaciones es la discusión por la consagración de la enseñanza religiosa en la constitución. Los colectivos de trabajadores, muchos de ellos sindicatos docentes, pedían la “educación obligatoria, gratuita, gradual, laica y coeducacional como un patrimonio de todos, sin discriminaciones de carácter político, religioso, social o racial”<sup>78</sup>. En paralelo diversos grupos religiosos, y religiosos y laicos de manera individual, solicitaban la educación religiosa<sup>79</sup> e incluso, como ya mencionamos, la consagración de la religión católica como religión oficial<sup>80</sup>, además de la derogación del patronato y la celebración de un concordato con la Santa Sede<sup>81</sup>. En la misma línea cabe destacar que algunos grupos, como la Acción Católica, solicitaron que en la futura constitución se reprima con energía “la propaganda de métodos anticoncepcionales y de todo aquello que incita y disuelve el vínculo matrimonial base de la familia, atacando su dignidad y fecundidad”<sup>82</sup>.

En lo que refiere a la organización de la constitución económica y a algunos de sus ejes como el derecho de propiedad, la Sociedad Rural Argentina se manifestó con preocupación para que “se reconsidere el enunciado sobre la función social de la propiedad” a fin de garantizar de manera clara la propiedad privada de la tierra y sus garantías, evitando así que tal concepto pudiera “dar lugar a deformaciones que contrarían su auténtica finalidad”<sup>83</sup>. En contraste, la Federación Agraria Argentina, organización de carácter gremial que nucleaba a pequeños y medianos productores, se manifestó a favor de la inclusión de la función social de la propiedad de la tierra y de “la subdivisión de los latifundios”<sup>84</sup>, dejando planteada también la posibilidad de incorporar la reforma agraria al plexo constitucional<sup>85</sup>.

Por último, un claro ejemplo de cómo la reforma constitucional representaba para ciertos colectivos una oportunidad única para hacer visibles reclamos que para nada eran materia constitucional, existen peticiones que solicitan “la construcción de casas colectivas en el

---

<sup>77</sup> El plano transnacional ha sido trabajado por GONZÁLEZ AREA, Déborah y PAPA, Anabel Soledad. Los derechos de las mujeres en la Constitución de 1949 en clave comparada. En: VITA, Leticia (coord.) *¿La constitución de Perón? La reforma constitucional argentina de 1949 en perspectiva transnacional*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires. Facultad de Derecho. Secretaría de Investigación. Departamento de Publicaciones, 2021, pp. 62-84.

<sup>78</sup> Federación Provincial del Magisterio de Santa Fe, Caja 3, Expediente N° 31.

<sup>79</sup> Por ejemplo Adolfo Llanos, Caja 3, Expediente N° 23 o Movimiento Estradista de Luján, Bs. As, Caja 3, Expediente N° 13.

<sup>80</sup> Por ejemplo Salvador Vigo, Caja 3, Expediente N° 5 y Movimiento Estradista de Luján, Bs. As, Caja 3, Expediente N° 13.

<sup>81</sup> Por ejemplo en la petición de Instituciones religiosas católicas de distintos puntos del país, Caja 5, Expediente N° 192.

<sup>82</sup> Acción Católica Argentina de Bahía Blanca. Caja 5, Expediente N°190.

<sup>83</sup> Sociedad Rural Argentina, Caja 3, Expediente N° 37.

<sup>84</sup> Federación Agraria Argentina, Caja 3, Expediente N° 52.

<sup>85</sup> Asimismo dejó clara su diferencia con la Sociedad Rural al destacar que “...cuarenta años de interpretación clasista de nuestra Constitución, de interpretación terrateniente de la misma, crearon en nuestras instituciones la formación jurídica del derecho casi absoluto de la propiedad, aun a riesgo de los intereses superiores del pueblo y de la nación”. Federación Agraria Argentina, Caja 3, Expediente N° 52.

lugar que ocupan los depósitos “Las Catalinas”<sup>86</sup>, que piden “que los alquileres no insuman más del 15% de los salarios de los obreros”<sup>87</sup>, que “se suspendan los desalojos por la prosecución de la autopista Ezeiza hasta que se destinen viviendas para las familias obreras que quedarán desamparadas en la calle”<sup>88</sup> o que “se contemple el problema de las familias que sufren las inundaciones ocasionadas por el mal entubamiento del Arroyo Maldonado”<sup>89</sup>, entre otras.

Así, si bien en todos los casos las peticiones manifiestan necesidades, expectativas y preocupaciones, en este último grupo parece evidenciarse con más claridad que para ciertos colectivos la reforma constitucional representaba una oportunidad de ser oídos. Las peticiones los muestran como intérpretes del derecho, ya que enuncian lo que estas personas comunes entienden por derecho constitucional. Incluso cuando se trate de algo que los y las juristas no describirían como tal porque responde a la legislación ordinaria.

## ■ EL APOORTE DE LAS PETICIONES POPULARES A LA HISTORIA DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL ARGENTINA. ALGUNAS CONCLUSIONES

Este trabajo sostuvo la idea de que explorar una fuente como la de las peticiones de la sociedad civil, y especialmente las de los sectores populares, constituye un aporte no solo nuevo, sino especialmente enriquecedor para la historia constitucional del siglo XX en Argentina. Una historia que tiene algo para contribuir a la historia en general, pero también al derecho constitucional actual, a partir de evidenciar que la práctica social también puede ser vista como origen del derecho.

Así, incorporar esta fuente a nuestro análisis histórico-constitucional nos permite recuperar voces que la historia constitucional más tradicional no registra: la de la clase trabajadora y en especial, la de las mujeres. Otros actores como la iglesia católica o la Sociedad Rural Argentina han tenido siempre sus portavoces en el mundo de la academia jurídica. Las personas de a pie que enviaron estas peticiones, no.

Ante todo, lo que estas voces representan es un desafío al monopolio de la interpretación de la constitución detentado por los juristas. Un trabajador en una fábrica, un vecino en un pueblo lejano y un ama de casa o una operaria, pueden ser vistos también como intérpretes del derecho constitucional. Un derecho que por primera vez se presenta como cercano, porque los nombra y pretende incluirlos.

Y en esta irrupción es la de las mujeres tal vez la más subversiva para un área como la historia constitucional. Si los trabajadores no suelen ser voces calificadas en el derecho constitucional, mucho menos lo han sido las mujeres, relegadas al espacio doméstico en virtud del pacto patriarcal liberal. La inclusión de sus peticiones no solo incorpora, por lo tanto, a un sujeto ausente en estos discursos. También nos recuerda la importancia de revisar nuestros métodos y a transversalizar el análisis de género a todo el proceso constituyente.

<sup>86</sup> Petición de las Obreras de las calles Tucumán, Lavalle y Paraná (C. Fed), Caja, 4, Expediente N° 117.

<sup>87</sup> Petición de las Obreras de las calles Tucumán, Lavalle y Paraná (C. Fed), Caja, 4, Expediente N° 117.

<sup>88</sup> Junta Vecinal Femenina de Flores Sud. C. Federal, Caja 4, Expediente N° 121.

<sup>89</sup> Comisión Femenina contra las inundaciones del Arroyo Maldonado, Barrio Palermo de la Capital Federal, Caja 5, Expediente N° 172.

El registro de estas voces nos permite, además, identificar el elemento de excedencia que ha sido muchas veces predicado respecto del peronismo<sup>90</sup>. Quienes peticionan muestran que los derechos cobran un nuevo significado con la llegada de Perón al poder. El régimen habilita un lenguaje de derechos que incluso va más allá de lo que él mismo estaba dispuesto a conceder, como se ve con claridad en el caso del derecho de huelga o de los derechos de las mujeres. La ortodoxia constitucional elude este dato. Dando por hecho probado que la reforma constitucional de 1949 tuvo como único móvil consagrar la reelección de Perón y consolidar un ejercicio de poder autoritario.

La voz que registramos en las peticiones nos ayuda a complejizar esas miradas. La reforma constitucional de 1949 fue mucho más allá de la reelección presidencial. Incorporó la reelección, es cierto, pero no se agotó en ello. Fue la primera experiencia constitucional argentina frente a la cual personas al “ras del suelo”, se sintieron suficientemente legitimadas para plantear sus ideas sobre cómo debía ser el derecho constitucional futuro. Incluyendo muchos de los derechos que incorporó la nueva constitución pero también otros, que sin el registro de las peticiones, no tendríamos en cuenta.

La sordera intencional ante estas voces se explica en parte desde la concepción del derecho de la que parte la historización. Si nuestra definición *a priori* del derecho deriva de la convicción de que solo es derecho constitucional el que emana de la convención constituyente, nunca tendremos en cuenta lo que plantean las peticiones. Porque no fueron producidas por las voces autorizadas. Lo descartaremos con la convicción de que no estamos haciendo historia constitucional, sino historia social u otro tipo de aproximación no histórico-jurídica. Dejar de lado esos *a priori* nos permite aproximarnos con otra sensibilidad al pasado y reconocer conocimiento jurídico en la forma en que el proyecto de reforma constitucional resonaba en las clases populares.

La historia del derecho, enseña Caroni, debe producir un “encuentro con un mundo excluido no por casualidad, o por error, sino de forma totalmente intencionada”<sup>91</sup> ¿Qué efecto tiene que evitemos estas voces en la experiencia constitucional argentina de 1949? ¿Qué sentidos perdemos cuando reconstruimos este capítulo de la historia argentina solo a partir de las fuentes oficiales? La respuesta posiblemente esté en los sentidos disputados a esa misma historia más tradicional. La posibilidad de reconstruir expectativas que no solo interpelan el relato del pasado sino también del presente. Con la lectura de esta fuente cobra otro tenor la idea de que el valor del “registro pretérito” no es la cita de autoridad sino la posibilidad de cuestionarla<sup>92</sup>.

Por último, las peticiones populares a la asamblea constituyente argentina de 1949 también nos permiten pensar en el significado de estas voces y de esa participación en los

<sup>90</sup> Mercedes Barros ha demostrado que el peronismo fomentó un sujeto de derechos que “si bien gozó y se sujetó a los derechos otorgados, exigió y forzó los límites de los derechos ya consagrados e instituidos, reclamando por los que estaban por venir”. BARROS, Mercedes. Derechos que sujetan, sujetos de derecho bajo el primer peronismo. *Revista Estudios Sociales. Publicación de la Universidad Nacional del Litoral*, N° 47, 2014, pp. 93. En otro orden, Daniel James es quien mejor ha descrito el poder social herético del peronismo en JAMES, Daniel. *Resistencia e Integración. El peronismo y la clase trabajadora argentina*. Buenos Aires, Siglo XXI, 2019.

<sup>91</sup> CARONI, Pio. *La soledad del historiador del Derecho: apuntes sobre la conveniencia de una disciplina diferente*. Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, 2010, p. 79.

<sup>92</sup> CLAVERO, Bartolomé. La excepción y la normalidad (A propósito de la historia comparada de un constitucionalista), *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Vol. 49, N° 1, 2020, p. 720.

procesos constituyentes de 1957 y 1994<sup>93</sup> y, por qué no, en los futuros. La posibilidad de pensar la historia constitucional (no solo en Argentina, sino especialmente en la región) como una historia que conecta las aspiraciones pasadas y presentes de emancipación y preservación de la dignidad humana<sup>94</sup> es más que seductora en tiempos en los que el constitucionalismo se pregunta por una más y mejor inclusión.

## REFERENCIAS

- AFARIAN, Jorge y PASARÍN, Sebastián. Derecho de huelga y Constitución argentina de 1949: Las peticiones a la Convención Constituyente. *Trabajos Y Comunicaciones*, (51), e105. <https://doi.org/10.24215/23468971e105>.
- AFARIAN, Jorge y PASARÍN, Sebastián. Las peticiones cordobesas por la inclusión del derecho de huelga en la Constitución Nacional de 1949. *Anuario del Centro de Estudios Históricos "Prof. Carlos S. A. Segreti"*. Año: 2020 vol. 2, pp. 60-88.
- ARCHIVO GENERAL DE LA NACIÓN. Datos y cifras sobre elecciones constituyentes de 1948.
- ARCHIVO Y REGISTRO DE LEYES DEL SENADO DE LA NACIÓN. Convención Constituyente de 1949.
- ARGENTINA. *Diario de Sesiones de la Honorable Cámara de Diputados*, 1948.
- BARRANCOS, Dora. *Mujeres en la sociedad argentina. Una historia de cinco siglos*. Buenos Aires, Sudamericana, 2010.
- BARROS, Mercedes. Derechos que sujetan, sujetos de derecho bajo el primer peronismo. *Revista Estudios Sociales. Publicación de la Universidad Nacional del Litoral*, N° 47, 2014, pp. 93-128.
- BARROS, Mercedes; MORALES, Virginia; REYNARES, Juan Manuel; VARGAS, Mercedes. Las huellas de un sujeto en las cartas a Perón: entre las fuentes y la interpretación del Primer Peronismo. *Revista Electrónica de Fuentes y Archivos Centro de Estudios Históricos "Prof. Carlos S. A. Segreti"*, Córdoba (Argentina), año 7, N°7, 2016, pp. 234-260.
- BIDART CAMPOS, Germán. *Historia política y constitucional argentina*. Buenos Aires, Ediar, 1976-77.

<sup>93</sup> Procesos constituyentes donde también existieron numerosas peticiones populares, muchas de ellas con cierto hilo de continuidad con las de 1949.

<sup>94</sup> Sebastián Martín usa la metáfora de un hilo rojo 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 desenmascarar esos dispositivos de dominio como restituir la memoria de los humillados". Ver su sentida semblanza realizada a Bartolomé Clavero en el blog *Conversación Sobre la Historia*, disponible en: <https://conversacionsobrehistoria.info/2022/10/08/semblanza-biografica-en-homenaje-a-bartolome-pipo-clavero-1947-2022/>.

CACCIAVILLANI, Pamela y VITA, Leticia, Los derechos sociales en contexto: las ventajas de una perspectiva histórica crítica para la argumentación jurídica. En: Clérico, Laura; De Fazio, Federico y Vita, Leticia (coord.), *La argumentación y el litigio judicial sobre derechos sociales. Una caja de herramientas interdisciplinaria*, Buenos Aires, El Zócalo, 2021, pp. 37-63.

CANAVESSI, Pablo. La rebelión de las aprendizas: cultura legal y conflictividad laboral en los Tribunales de Trabajo. Olavarría, 1951. *Boletín del Instituto de Historia Argentina y Americana Dr. Emilio Ravignani*, 52, 2020, pp. 89-115.

CARONI, Pio. *La soledad del historiador del Derecho: apuntes sobre la conveniencia de una disciplina diferente*. Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, 2010.

CLAVERO, Bartolomé. «El cimiento de nuestra amistad». Lembrança de António Manuel Hespanha jovem e não tão joven”, *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 49, (1), 2020, pp. 485-512.

CLAVERO, Bartolomé. Gracia y derecho entre localización y globalización (Lectura coral de las vísperas constitucionales de António Hespanha). *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 41 (1), 2012, pp. 675-763.

CLAVERO, Bartolomé. La excepción y la normalidad (A propósito de la historia comparada de un constitucionalista), *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Vol. 49, Nº 1, 2020, pp. 687-722.

CLAVERO, Bartolomé. La excepción y la normalidad (A propósito de la historia comparada de un constitucionalista), *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Vol. 49, Nº 1, 2020.

CLAVERO, Bartolomé. *Tantas personas como estados. Por una antropología política de la historia europea*, Madrid, Tecnos, 1986.

CLAVERO, Bartolomé. Velo de ignorancia e historia constitucional”, en: *Giornale di storia costituzionale / Journal of constitutional history*, 41, 2021. pp. 87-103.

COSTA, Pietro. Saperi, disciplina, disciplinamento: verso una ‘nuova’ storia della cultura giuridica?”. En: *Annali della Facoltà di Giurisprudenza* (Università degli Studi di Macerata. Nuova serie). *Filosofia del Diritto e Teoria Politica*, 1989-II. pp. 993-1027.

ELENA, Eduardo. What the People Want. State Planning and Political Participation in Peronist Argentina. *Journal of Latin American Studies*, 37, 2005, pp. 81-108.

GARRIGA, Carlos. ¿De qué hablamos los historiadores del derecho cuando hablamos del derecho?. En: *Revista Direito Mackenzie*, 14, (1), 2020, pp. 1-24.

GARRIGA, Carlos, ¿La cuestión es saber quién manda? Historia política, historia del derecho y “punto de vista”, en *PolHis: Boletín Bibliográfico Electrónico*, 10, 2012, pp. 89-100.

GONZÁLEZ AREA, Déborah y PAPA, Anabel Soledad. Los derechos de las mujeres en la Constitución de 1949 en clave comparada. En: VITA, Leticia (coord.) *¿La constitución de Perón? La reforma constitucional argentina de 1949 en perspectiva transnacional*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires. Facultad de Derecho. Secretaría de Investigación. Departamento de Publicaciones, 2021, pp. 62-84.

GONZÁLEZ ARZAC, Alberto. Arturo E. Sampay y la Constitución de 1949. Buenos Aires, Alberto Verdaguer Editor, 2009.

- GROSSI, Paolo. *Prima lezione di diritto*. Laterza, Bari, 2003.
- GUY, Donna. *La construcción del carisma peronista. Cartas a Juan y Eva Perón*, Buenos Aires, Biblos 2017.
- HERRERA, Carlos Miguel. *¿Adiós al proletariado? El Partido Socialista bajo el peronismo (1945-1955)*, Buenos Aires, Imago Mundi, 2016.
- HERRERA, Carlos Miguel. En los orígenes del constitucionalismo social argentino: Discursos en torno a la Constitución de 1949, *Historia Constitucional*, 15, 2014, pp. 445-469.
- JAMES, Daniel. *Resistencia e Integración. El peronismo y la clase trabajadora argentina*. Buenos Aires, Siglo XXI, 2019.
- LINARES QUINTANA, Segundo Víctor. *Teoría e historia constitucional*. Buenos Aires, Alfa, 1958.
- LOBATO, Julieta. El reconocimiento de derechos laborales a las mujeres en la primera mitad del siglo XX. Diálogos entre la reforma constitucional de 1949 y la Organización Internacional del Trabajo. En: VITA, Leticia (coord.) *¿La constitución de Perón? La reforma constitucional argentina de 1949 en perspectiva transnacional*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires. Facultad de Derecho. Secretaría de Investigación. Departamento de Publicaciones, 2021, pp. 37-61.
- LOBATO, Mirta Zaida. *Historia de las trabajadoras en la Argentina (1869-1960)*. Buenos Aires, Edhasa, 2007.
- LÓPEZ ROSAS, José Rafael. *Historia constitucional argentina*. Buenos Aires, Astrea, 1975.
- LORENTE SARIÑENA, Marta. Historia del derecho y sentido común. La obra de Francisco Tomás y Valiente y el oficio de historiador. En: *Historia Social*, (38), 2000, pp. 141-159.
- MARTÍN, Sebastián. *La historia del derecho como labor de investigación*. Memoria presentada para el concurso como profesor titular. Universidad de Sevilla, España, 2021.
- MARUCCI, Carlos y CIRES, Gerardo. *Historia Constitucional. Reformas constitucionales argentinas desde 1860 a 1994*, Buenos Aires, Erreius, 2022.
- PASARÍN, Sebastián. ¿La constitución de Perón o la constitución de los trabajadores? Los sindicalistas constituyentes en la reforma social de la Constitución de la Nación Argentina de 1949. En: VITA, Leticia (coord.) *¿La constitución de Perón? La reforma constitucional argentina de 1949 en perspectiva transnacional*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires. Facultad de Derecho. Secretaría de Investigación. Departamento de Publicaciones, 2021, pp. 125-163.
- PROL, María Mercedes. Democracia de masas, representación y división de poderes en la comprensión de los convencionales del Partido Peronista durante la reforma de la Constitución Nacional (1948-1949). *Revista Itinerarios*, Año 2, N° 2, pp. 39-66.
- REDIKER, Marcus. Reflections on History from Below. En: *Trashumante. Revista Americana de Historia Social*, 20, 2022, pp. 285-321.
- RUBIO MARÍN, Ruth. Mujeres y procesos constituyentes contemporáneos: retos y estrategias de participación, 187, 2020, pp. 43-69.

SANDBERG, Russell. *Subversive Legal History. A Manifesto for the Future of Legal Education*, London, Routledge, 2021.

SEGOVIA, Juan Fernando. *La Constitución de Perón de 1949: el reformismo entre la legalidad constitucional y la legitimidad política*, Mendoza, Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad Nacional de Cuyo, Instituto de Historia Americana y Argentina, 2019.

THOMPSON, Edward Palmer. *La formación de la clase obrera en Inglaterra*, Madrid, Capitan Swing, 2012.

VALOBRA, Adriana. *Del hogar a las urnas: recorridos de la ciudadanía política femenina: Argentina 1946-1955*, Rosario, Prohistoria, 2010.

VALOBRA, Adriana. La ciudadanía política de las mujeres y las elecciones de 1951. *Anuario del Instituto de Historia Argentina*, 8, 2008, pp. 53-89.

VITA, Leticia y LOBATO, Julieta. 'Elevar nuestra voz a los constituyentes': las peticiones de mujeres ante la reforma constitucional de 1949. *Pasado Abierto*, 13, 2021, pp. 219-249.

VITA, Leticia. El pueblo a la Constitución. La reforma constitucional de 1949 a la luz de las peticiones a la asamblea constituyente. *Boletín de la Biblioteca del Congreso de la Nación*, 132, 2020, pp. 9-22.

VITA, Leticia. La reforma negada: la interpretación de la doctrina constitucional argentina contemporánea sobre la Constitución de 1949. En: BENENTE, Mauro (comp.) *La constitución maldita: estudios sobre la reforma de 1949*, José C. Paz, Edunpaz, pp. 21-45.

WARRINGTON, David. Helping Historians Write Legal History "From Below", *Legal Reference Services Quarterly*, 20:1-2, 2001, pp. 17-27.



## O DEBATE SOBRE A REGULAMENTAÇÃO JURÍDICA DOS PARTIDOS POLÍTICOS NA ASSEMBLEIA CONSTITUINTE ITALIANA (1946-1948)

THE DEBATE ON THE LEGAL REGULATION OF POLITICAL PARTIES IN THE ITALIAN CONSTITUENT ASSEMBLY (1946-1948)

KRISTAL MOREIRA GOUVEIA\*

### RESUMO

O presente artigo analisa os debates transcorridos no processo constituinte italiano que geraram o art. 49 da Constituição Italiana de 1948 e os embates sobre a regulamentação dos partidos políticos, assim como as concepções de democracia que buscaram espaço na tensão entre “controle” e “flexibilidade” que pautou o posicionamento dos constituintes. Objetiva, com isso, analisar quais os argumentos contra e a favor de um controle constitucional sobre a formação e finalidade dos partidos políticos, assim como o conteúdo teórico sobre o conceito de democracia que pautou as discussões. Essa finalidade será alcançada a partir de pesquisa histórica utilizando-se como fontes as atas da Assembleia Constituinte Italiana e produção bibliográfica a respeito.

**Palavras-chave:** Partidos políticos; História Constituinte Italiana; Controle Jurisdicional; Autoritarismo; Democracia.

### ABSTRACT

This essay aims to analyze the debates that took place in the Italian constituent process that generated the article 49 of the 1948 Italian Constitution and the clashes over the regulation of political parties, as well as the conceptions of democracy that took place in the tension between “control” and “flexibility” that guided the constituents. It aims, therefore, to analyze the arguments against and in favor of a constitutional control over the formation and purpose of political parties, as well as the theoretical content on the concept of democracy that guided the discussions. This will be reached from historical research using as sources the drafts of the Italian Constituent Assembly and bibliographic production about it.

**Keywords:** Political parties; Italian Constituent History; Jurisdictional Control; Authoritarianism; Democracy.

\* Doutoranda e Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina.  
*kristal.moreira@fapce.edu.br*

Recebido em 10-10-2022 | Aprovado em 20-12-2022



## SUMÁRIO

**INTRODUÇÃO; 1 A DISCUSSÃO NA I SUBCOMISSÃO: ELABORAÇÃO DO PROJETO DE ART. 47; 2 DECLINAÇÕES DE DEMOCRACIA NA PROPOSTA ELABORADA NA I SUBCOMISSÃO; 3 A PROPOSTA MORTATI-RUGGIEGO E O DEBATE EM ASSEMBLEIA EM MAIO DE 1947; À GUIZA DE CONCLUSÃO: OS POSICIONAMENTOS VENCEDORES E VENCIDOS E A EDIÇÃO FINAL DO ART. 49; REFERÊNCIAS**

### ■ INTRODUÇÃO

No processo de reconstrução italiano pós autoritário, a discussão sobre o papel do partido político e a sua relação com a democracia assume a posição de problema central da nova organização política. Considerando que foi através da unicidade do partido que se consolidou o fundamento jurídico do antipluralismo na famigerada experiência fascista, com sua derrocada, é o pluripartidarismo que se anuncia como único possível caminho para a garantia de um regime democrático nas discussões constituintes.

A posição do partido único no espectro político do fascismo caracteriza-se com o fundamento do horizonte representativo sendo deslocado para o vértice do poder: a orientação política era captada pelo partido - enquanto órgão do Estado - de acordo com uma fabricada solução identitária na qual o Partido representava a identidade do povo através de uma avocação unilateral de seu “espírito nacional” pelo governo. Na experiência fascista, o partido era considerado o único intérprete. Ele “não poderia não ser único”<sup>1</sup>, pois também única deveria ser a orientação política construída através de sua mediação. Munido dessa função essencial, o partido compunha estruturalmente o governo e cabia a ele ler e interpretar com pretensa uniformidade a única vontade do povo (sem que este participasse desse processo de construção), consistindo nesse o aparato teórico por trás da representação política no fascismo, de acordo com a construção teórica dos juristas do regime, dentre os quais o que mais se destacou foi Sergio Panunzio (1886-1944).<sup>2</sup>

Quando o regime cai e uma classe jurídica e política atordoada coloca-se em frente à missão de reconstruir a organização estatal italiana à luz da democracia, emerge a certeza de que dois perigos devem ser afastados: a possível criação de um novo canal que tencionasse ser o único e absoluto representante da vontade política, e a absorção das instâncias representativas – os partidos – pelo controle do Estado. Isso porque foi através da estatização do partido que o controle fascista se consolidou.

Diante dessas precauções que objetivam a não repetição da recente história, se põe o pluripartidarismo como forma de garantir uma dialética constante que possibilitasse 1) a expressão livre de vontades políticas e interesses contrastantes, através do viés associativo 2) o impedimento de que o Estado absorva os canais de captação da vontade política da sociedade, institucionalizando um posicionamento ideológico dominante. Assumindo o papel de personagem central da reconstrução democrática do Estado Italiano, o partido passa a ser

<sup>1</sup> MORTATI, Costantino. *L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano*. Milano: Giuffrè, 2000 [1931]).

<sup>2</sup> LANCHESTER, Fulco; PANUNZIO, Sergio. *Dizionario Biografico degli Italiani*. Vol 81, 2014.

objeto de uma série de debates que buscam assegurar a sua pluralidade contra um possível novo fenômeno ditatorial. Seu papel mais do que nunca é valorado no plano representativo das forças políticas do povo, sendo considerado “o primeiro e mais relevante sujeito do pluralismo social”.<sup>3</sup>

Nos debates constituintes, o clima que pairava sobre uma possível previsão constitucional e regulamentação dos partidos era de cautela e tensão, uma vez que havia um medo generalizado da “institucionalização da vitória política do adversário”.<sup>4</sup> Por um lado, havia a consciência entre os juristas de que a adoção do modelo liberal do Estado de Direitos, que deixava os partidos afastados de seu papel de construtores da orientação política era insuficiente, pois o individualismo fundado em uma visão atomista do sujeito já tinha se mostrado igualmente frágil em resguardar a liberdade e democracia da participação dos sujeitos, justamente por não reconhecer canais de representação política adequados a manifestar a pluralidade social subjacente.<sup>5</sup>

Por outro lado, a regulação estatal do partido era praticamente um tabu, devido aos possíveis riscos de institucionalizar-se uma posição ideológica, confundindo-a com o próprio Estado e anulando as pluralidades contrapostas como nos regimes autoritários. Este segundo receio é o que faz imperar nos debates um “clima de desconfiança e tensão”.<sup>6</sup>

As discussões constituintes sobre a regulamentação dos partidos políticos pautaram-se, portanto, na busca por um equilíbrio entre institucionalização e liberdade, fundamentada na consciência de que a soberania para determinação da orientação política repousava no povo, e sua participação deveria ser garantida e resguardada pela Constituição.

No horizonte desse objetivo em comum as soluções apresentadas muitas vezes foram opostas, trazendo calorosos debates com versões diferentes da ideia de democracia e diversas soluções para a sua garantia no delicado contexto do pós-autoritarismo. É nesse contexto dos debates constituintes que o presente trabalho busca analisar as construções e as escolhas realizadas em relação à central figura dos partidos políticos e quais elementos de regulação desse instituto foram considerados nos debates constituintes italianos sobre a regulamentação do que viria ser o artigo 49 da Constituição Italiana.

Para isso, a pesquisa se deu de forma bibliográfica e documental, através dos mecanismos da história constitucional, com análise das seguintes fontes: Atas da assembleia constituinte nas quais foi desenvolvida a discussão de aprovação do art. 49, incluindo as discussões em sede da primeira Subcomissão da Comissão para a Constituição, e em sede de Plenário, e as atas das discussões em sede de II Subcomissão da Comissão para a Constituição. O acesso a esse material se deu de forma digital através dos seguintes canais: *Portale Storico Camera dei deputati. Lavori parlamentari: Atti e documenti*<sup>7</sup>: Atas das discussões nas Subcomissões e

<sup>3</sup> DE SIERVO, Ugo. Parlamento, partiti e popolo nella progettazione costituzionale di Mortati. In: Il pensiero giuridico di Costantino Mortati. A cura di M. Galizia e P. Grossi. Milano: Giuffrè, 1990. p. 301-357. p.324.

<sup>4</sup> FIORAVANTI, Maurizio. Giuristi e dottrine del partito politico: gli anni Trenta e Quaranta. In: FRANCESCHINI, C.; GUERRIERI, G.; MONINA, G., *a cura di*, Le idee costituzionali della Resistenza, Roma, 1997. p.203.

<sup>5</sup> FIORAVANTI, Maurizio. Stato e costituzione. In: FIORAVANTI, Maurizio [org]. *Lo Stato moderno in Europa: Istituzioni e diritto*. Maurizio Fioravanti (org). Bari: Gius. Laterza & Figli. 2018.

<sup>6</sup> CANITANO, Elisabetta. Basso, Mortati e il problema dei partiti politici alla Costituente: due chiavi di lettura a confronto. Il Politico, 1998, ed.1.

<sup>7</sup> Disponível em: <https://storia.camera.it/lavori/transizione/leg-transizione-costituente#nav>

no Plenário da Assembleia organizadas por ordem cronológica; *Portale La nascita della Costituente* (Organizado por Fabrizio Calzaretto)<sup>8</sup>: Atas das discussões nas Subcomissões e no Plenário da Assembleia organizadas por artigo da Constituição. Aqui também foram consultados os apêndices, onde estão localizadas as discussões que não geraram artigos aprovados e *Portale Legislature Precedenti - Assemblea Costituente*<sup>9</sup>: Atas da participação dos deputados, organizadas por constituinte participante da discussão.

Todos os portais reproduzem o mesmo conteúdo, modificando-se somente os marcadores agregadores das atas, razão pela qual optamos por referenciá-los de maneira geral inicialmente e ao longo dos trechos retirados, indicando no texto a data da sessão em referência, e na referência o constituinte, sendo possível localizar a referida ata em qualquer um dos três sítios eletrônicos. Com isso, o presente trabalho busca responder à seguinte questão: quais foram os posicionamentos conflitantes na experiência constituinte italiana que viria a gerar o texto constitucional normatizador dos partidos políticos na Carta Constitucional? A partir dessa investigação, será possível compreender as noções de democracia em tensão no momento de transição entre autoritarismo e democracia na Itália do segundo pós-guerra.

## 1 A DISCUSSÃO NA I SUBCOMISSÃO: ELABORAÇÃO DO PROJETO DE ART.47

O debate constituinte sobre a previsão dos partidos políticos é polarizado por uma ala de juristas temente à sua regulamentação específica e assim a uma possível interferência estatal na liberdade associativa dos partidos, e por outra que defendia a regulação constitucional (e/ou legal) como forma de garantir a democratização interna e externa eficazmente, evitando que partidos assumissem posturas contrárias à democracia.

Ambas as posturas decorrem da mesma precaução contra a repetição de fenômenos semelhantes aos do regime fascista. A diferença é que enquanto um lado teme o controle do Estado sobre os partidos, o outro teme o controle de um partido autoritário sobre o Estado. São posturas historicamente coesas com uma experiência autoritária pautada na figura de um Partido-órgão, isto é, como pudemos ver, um Partido que gerou um regime fascista e tornou-se Estado. Na experiência fascista, portanto, tanto o partido como o Estado foram promotores da extirpação das liberdades individuais e coletivas.

Os partidos políticos, previstos na vigente Constituição Italiana de 1948 no artigo 49, passaram por um processo de discussão nos trabalhos constituintes composto por duas fases: primeiro em sede da I Subcomissão sobre “Direitos e deveres dos cidadãos” e em seguida no plenário da Assembleia Constituinte, na qual a participação de autores como Costantino Mortati conduz à problemática sobre disciplina interna dos partidos políticos e um possível controle jurisdicional sobre seus programas e atividade.

Convém primeiramente realizar um apanhado da trajetória do debate em sua origem, na I Subcomissão, onde se posicionava no âmbito da discussão sobre “princípios das relações políticas”, formando-se então o projeto a ser discutido posteriormente na Assembleia. A discussão na I Subcomissão gerou a versão do projeto do artigo sobre partidos políticos aprovada no projeto de Constituição e remetida para discussão no plenário da Assembleia

<sup>8</sup> Disponível em: <https://www.nascitacostituzione.it/costituzione2.htm>

<sup>9</sup> Disponível em: <https://legislatureprecedenti.camera.it/>

Constituinte. Sua primeira versão do artigo é apresentada em 15 de novembro de 1946 na primeira Subcomissão da Comissão pela Constituição, por uma proposta oriunda dos deputados Merlin e Mancini, com o seguinte texto:

Os cidadãos têm o direito de se organizar em partidos políticos que se formem com método democrático e que respeitem a dignidade e a personalidade humana, de acordo com os princípios de liberdade e igualdade. As regras para esta organização serão ditadas por lei específica.<sup>10</sup>

Nesse momento há apenas uma menção à proposta dos deputados e o assunto continua a ser tratado no momento em que a discussão sobre os partidos oficialmente inicia-se, isto é, em 19 de novembro de 1946, por provocação do presidente Tupini. O tema é primariamente tratado na I Subcomissão, cuja temática era “direitos e deveres civis dos cidadãos”, por ser considerado que um direito derivado da liberdade política, sendo o “direito a organizar-se em partidos políticos”, conforme foi discutido na sessão 30 de julho do mesmo ano<sup>11</sup>. No entanto, nesse momento, alguns constituintes (Dossetti, Moro, Tupini, Togliatti) apontam que o tema deverá passar também por um exame da II Subcomissão que trata especificamente sobre a organização do Estado, uma vez que, como Dossetti coloca, a subcomissão seria competente para afirmar o direito atinente, mas não para dispor sobre a inserção na organização estrutural do Estado.

É aprovada a rediscussão posterior em sede das duas comissões, mas antes disso se retoma o debate para delinear qual é o projeto de artigo a ser enviado para a II subcomissão. É então reapresentada a proposta de Merlin Umberto e Mancini juntamente a uma nova proposta elaborada por Lelio Basso. O texto elaborado por Basso era o seguinte:

Art. 3. Todos os cidadãos têm o direito de se organizar livremente e democraticamente em partido político, a fim de contribuir para a determinação da política do país.

Art. 4. Aos partidos políticos que obtiveram, no mínimo, quinhentos mil votos em votação pública são reconhecidos, até novas votações, atribuições de caráter constitucional de acordo com esta Constituição, leis eleitorais e de imprensa e outras leis.<sup>12</sup>

As propostas de Basso e a de Merlin e Mancini apresentavam uma dualidade que ditou as discussões da Subcomissão nos dias 19 e 20 de janeiro, uma vez que os requisitos colocados ao partido na proposta de cada um dos dois modulavam as possíveis declinações do conceito de democracia:

<sup>10</sup> MERLIN; MANCINI. Portale Storico Camera dei deputati. Lavori parlamentari: Atti e documenti, 1946. Tradução nossa, digital).

<sup>11</sup> O “direito a organizar-se em partidos políticos” é incluso no título III “Liberdades políticas” no projeto em discussão em 30 de julho de 1946, em sede da I Subcomissão.

<sup>12</sup> BASSO. Portale Storico Camera dei deputati. Lavori parlamentari: Atti e documenti. Tradução nossa, digital).

Enquanto a proposta de Merlin e Mancini protegia o direito dos cidadãos de se organizarem em partidos que [se formaram] com o método democrático e [tinham respeitado] a dignidade e a personalidade humanas, de acordo com os princípios de liberdade e igualdade, o artigo 3 apresentado por Basso garantiu “o direito de se organizar livremente e democraticamente em um partido político, a fim de contribuir para a determinação da política nacional.”<sup>13</sup>

A diferença entre “método democrático” e “democraticamente” não se trata de um mero detalhe linguístico e sim de duas propostas diferentes de parâmetro democrático a ser utilizado na previsão dos partidos políticos, que compunham as três declinações diferentes de democracia emergentes dos debates constituintes, elencadas por uma gradação de invasividade a garantismo”.<sup>14</sup> Enquanto na proposta de Basso, a palavra “democraticamente” faz referência imediata ao princípio do pluralismo político, sem especificar uma posterior regulamentação de requisitos democráticos a vincularem a atuação do partido, a expressão “método democrático” da proposta de Mancini e Merlin abre possibilidade de interpretações várias, dependentes da vontade de um legislador ordinário futuro, que estaria habilitado a regulamentar o tema.

Identifica-se na proposta de Basso o reconhecimento de duas exigências à previsão dos partidos: a de assegurar sua liberdade, mas também a democratização, isto é, que sejam formados de forma democrática. Esse ponto é explicitado por Fernanda Bruno, que destaca que a palavra “democraticamente” na proposta de Basso se refere à fase formativa, enquanto a alusão de Merlin e Mancini a um método democrático fazia referência à fase de atuação, isto é, “operativa”.<sup>15</sup> Ao utilizar os termos “livremente” e “democraticamente” em sua proposta, refere-se primeiro à liberdade associativa dos partidos e com o segundo termo, refere-se ao que o próprio Basso explica ser o reconhecimento apenas daqueles partidos dotados de natureza e estrutura democrática.

Assim a dualidade se compunha pelo fato de que a proposta inicial de Basso não vinculava necessariamente a atuação do partido à requisitos futuros de democratização. Ao contrário, conforme aponta Gregorio:

Na fórmula proposta por Lelio Basso, os dois advérbios, “livremente” e “democraticamente”, de fato parecem formar quase uma entidade. Ou seja, eles parecem sugerir que a liberdade e a democracia estavam começando a garantir a si mesmas, garantindo a todos os cidadãos a possibilidade de acessar esse canal preciso de escolha para contribuir com a determinação da política nacional, representada pelo partido político.<sup>16</sup>

A proposta de Merlin e Mancini, por sua vez, abria espaço para um momento posterior de regulação dos partidos políticos. Ao falar em “método democrático”, indicava-se que

---

<sup>13</sup> GREGORIO, Massimiliano. Parte totale. Le dottrine costituzionali del partito politico in Italia tra Otto e Novecento, Milano, Giuffrè, 2013. P. 319.

<sup>14</sup> GREGORIO, ibidem. P. 203.

<sup>15</sup> BRUNO, Fernanda. I giuristi alla costituente: l'opera di Costantino Mortati. In: Scelte della Costituzione e cultura giuridica, II, a cura di Ugo De Siervo, il Mulino, Bologna, 1980, p. 25.

<sup>16</sup> GREGORIO, *op. cit.* p. 305.

existiriam condições mínimas para a atuação partidária ser considerada democrática e que essas condições poderiam ser colocadas posteriormente por lei.

Essa proposta ecoou nos debates do dia 19 e 20 de novembro uma principal crítica: o livre arbítrio que a previsão deixava ao legislador para regulamentar questões atinentes à disciplina do partido político em um momento pós-constitucional. O deputado Marchesi defendeu que tal proposta não oferecia “garantias contra o perigo da tirania e os abusos das organizações políticas”<sup>17</sup> e ainda que “toda limitação posta ao princípio da liberdade constitui um perigo”, posicionamento com o qual o deputado Togliatti, filiado ao partido Comunista, concordou, aceitando a proposta feita por Lelio Basso e sugerindo que se emendasse com a adição de uma proibição expressa à reconstituição do partido fascista.

Uma vez que a maior parte dos constituintes concordou com a proposta de Basso, iniciou-se a discutir a adição de uma emenda especificando que houvesse uma previsão à democratização da atividade dos partidos não só na fase de formação. Nesse sentido, o deputado Moro propôs que fosse adicionada a expressão “operar” (do original, *operare*), tornando-se: “Todos os cidadãos podem organizar-se e operar livremente e democraticamente em partidos políticos”). Massimiliano Gregorio aponta que na verdade essa sugestão traz uma nova versão do que seria o “método democrático” sugerido por Merlin e Mancini e que causou tanta rejeição.

É visível que em uma menor escala ressurgiu a desconfiança com a disposição, quando Togliatti opôs-se à adição da palavra, por considerar que “não soa nada bem”.<sup>18</sup> Togliatti sugeriu, então, a modificação pela fórmula: “organizar-se livremente em partidos políticos e operar democraticamente ao escopo de concorrer à determinação da política do país”, que foi rejeitada, gerando uma nova proposta colocada pelo Presidente Tupini, que considerou tratar-se de uma versão do artigo que provinha da colaboração de vários dos constituintes presentes, sendo esta: “Todos os cidadãos têm o direito de organizar-se livremente em partidos políticos com finalidade de concorrer democraticamente a determinar a política do País”.<sup>19</sup> O texto é aprovado, e posteriormente alterado para a seguinte versão definitiva do projeto: “Todos os cidadãos têm o direito de organizar-se livremente em partidos para concorrer com método democrático a determinar a política nacional”.<sup>20</sup>

A necessidade de introduzir um termo que referenciasse o momento operativo da democracia foi então sanada pela adoção a expressão “determinar a política nacional” e o termo “método democrático” foi resgatado, mas a ele sendo atribuído um significado muito mais brando do que o inicialmente colocado na proposta de Merlin e Mancini. Isso reflete que dentre os constituintes havia a consciência de que era necessário prever a democratização também em relação à atividade do partido, mas as ressalvas e inseguranças em relação a um controle estatal impediam a previsão expressa de um método democrático ativo de regulação dos partidos.

<sup>17</sup> MARCHESI, Portale Storico Camera dei deputati. Lavori parlamentari: Atti e documenti, 1946. Tradução nossa, digital.

<sup>18</sup> TOGLIATTI. Portale Storico Camera dei deputati. Lavori parlamentari: Atti e documenti, 1946. Tradução nossa, digital.

<sup>19</sup> ITALIA, Portale Storico Camera dei deputati. Lavori parlamentari: Atti e documenti. Sessão de 19 de novembro de 1946, tradução nossa, digital.

<sup>20</sup> Idem.

## 2 DECLINAÇÕES DE DEMOCRACIA NA PROPOSTA ELABORADA NA I SUBCOMISSÃO

Da forma como foi utilizada, a adoção da expressão "método democrático" ao invés de "democraticamente" pouco importou, pois o debate ocorrido na I Subcomissão já havia esclarecido que os partidos políticos tinham chegado a um compromisso mínimo, sem qualquer modalidade externa.

Sobre a proposta de Basso, é preciso entender, porém, que longe de eximir-se a uma regulação específica dos partidos políticos, quando considerada em sua completude consistia em um dispositivo composto de duas partes: primeiro a definição da personalidade jurídica do partido enquanto instituto de caráter constitucional, defendendo sua participação direta neste âmbito quando dotado de mais de 50.000 votos, por considerar que a "democracia dos partidos" vinha substituindo a "democracia parlamentar", esta última não mais apta a ajustar-se à situação de então. O caráter eminentemente constitucional dos partidos dotados de representatividade expressa da população, ainda que perdedores no pleito, configurando assim uma espécie de princípio que "representa uma espécie de início a superar todas as forças de tipo puramente individualista antiquado a uma nova concepção dos partidos", sendo assim essencial encontrar uma nova fórmula da constituição.

Elisabetta Canitano sublinha que para discutir-se o teor do artigo 4º proposto por Basso, outras perguntas até então ignoradas vinham à tona: "Qual é o status jurídico do partido político no novo ordenamento democrático? A constituição deve ou não disciplinar a atividade e as funções do partido no Estado como ponto de partida para os outros órgãos constitucionais?"<sup>21</sup>

Enquanto o artigo 3º deixava muitas questões intocadas sobre a problematização dos partidos, o art. 4º forçava a resolução de um status jurídico ao partido, instando a Constituição a responder sobre sua natureza e identificar especificamente as possibilidades práticas de sua função na estrutura constitucional. Com tantas questões levantadas, embora o artigo tenha tido alguns apoiadores, dentre os quais o deputado La Pira, que considera a previsão à "democracia de partidos" de Basso como uma visão orgânica do Estado atual e particular concepção da doutrina católica<sup>22</sup> e o deputado Moro que concorda que a democracia deveria direcionar-se a uma formação orgânica.

Este artigo teve vida breve, pois reconheceu-se tratar-se de competência da II Subcomissão, temática sobre a organização do Estado. Somando-se essa questão não resolvida a uma certa insegurança em propor uma solução sobre a personalidade jurídica, os deputados decidem por elaborar apenas um princípio de ordem geral e remeter o tema para uma reunião conjunta entre a I e a II Subcomissões.

Essa ideia é largamente aprovada e a subcomissão decide por elaborar apenas um princípio geral sobre o reconhecimento de funções constitucionais do partido político, para serem discutidos na futura reunião conjunta. Conforme Dossetti:

<sup>21</sup> CANITANO, Elisabetta. Basso, Mortati e il problema dei partiti politici alla Costituente: due chiavi di lettura a confronto. *Il Politico*, 1998, ed.1. p. 135.

<sup>22</sup> BASSO, Lelio. ITALIA, Portale Storico Camera dei deputati. *Lavori parlamentari: Atti e documenti*. Sessão de 19 de novembro de 1946, tradução nossa, digital.

A primeira subcomissão considera necessário que a Constituição afirme o princípio do reconhecimento jurídico dos partidos políticos e das atribuições constitucionais deles. Reenvia a um exame comum com a segunda subcomissão as determinações das condições e das modalidades.<sup>23</sup>

Essa discussão, porém, não aconteceria. Os motivos dessa ausência são difíceis de precisar, mas condensam uma série de fatores que envolvem a preocupação geral por parte dos constituintes de “introduzir na Constituição um princípio voltado a tutelar o pluralismo dos partidos que naquele momento histórico vem a representar a mais alta garantia do afirmar-se da democracia”.<sup>24</sup>

A regulamentação constitucional dos partidos políticos fica, portanto, desde o início de seu debate, em segundo plano em relação ao garantismo das liberdades individuais e associativas que, aos olhos dos constituintes, correriam o risco de ser ameaçadas por qualquer tentativa de regulamentação.

É nesse sentido a lição de Traverso, ao indicar que o partido político desde essa primeira fase de debate possuía dois aspectos: associativo e institucional.<sup>25</sup> O primeiro, relacionado diretamente à liberdade de ação dos partidos e ao garantismo que os tutelava foi objeto de amplos debates direcionados na Constituinte, enquanto o segundo que guardava relação com uma possível institucionalização dos partidos foi objeto de indiferença e aprofundamento pela maior parte dos constituintes.

Assim, encerra-se a discussão na I Subcomissão com o envio do *natimorto* princípio geral sobre as atribuições constitucionais, que nunca será retomado e com a evasiva versão final do artigo geral sobre os partidos políticos, que servirá de base para os debates a serem retomados pela Assembleia Constituinte: “Art. 47. Todos os cidadãos têm o direito de se organizar livremente em partidos para concorrer com o método democrático na determinação da política nacional”.

### 3 A PROPOSTA MORTATI-RUGGIERO E O DEBATE EM ASSEMBLEIA EM MAIO DE 1947

O tema é resgatado quando o projeto do art.47, aprovado na I Subcomissão, é levado ao plenário da Assembleia para discussão em maio de 1947, propondo-se uma emenda. Nesse momento do debate, muitas eram as vozes que ecoavam insatisfação<sup>26</sup> em relação ao teor genérico do artigo aprovado na I Subcomissão, gerando várias emendas que buscavam delinear do que se tratava o referido método democrático. Dentre as várias emendas propostas objetivando especificar a qual conceito de democracia deveriam ater-se as disposições relativas à regulação dos partidos, sem dúvida são as propostas de Costantino Mortati, deputado

<sup>23</sup> DOSSETI. Portale Storico Camera dei deputati. Lavori parlamentari: Atti e documenti. Sessão de 19 de novembro de 1946, tradução nossa, digital)

<sup>24</sup> CANITANO, Elisabetta. Basso, Mortati e il problema dei partiti politici alla Costituente: due chiavi di lettura a confronto. Il Politico, 98, I, p. 29.

<sup>25</sup> TRAVERSO. Partito politico e ordinamento costituzionale, contributo alla determinazione della natura giuridica del partito. Milano, Giuffrè, 1994, p.167.

<sup>26</sup> Exemplo é o deputado La Pira, que assim como Moro e Togliatti, manifesta-se contrariamente nas sessões de maio de 1947.

constituente que se ocupou detidamente da questão dos partidos políticos, que fomentam os mais calorosos debates. Na sessão de 22 de maio de 1947 inicia-se a discussão e o constituinte propõe o seguinte texto:

Todos os cidadãos têm o direito de se agrupar livremente em partidos organizados de forma democrática, a fim de garantir, com a expressão orgânica das diversas correntes da opinião pública e sua contribuição para a determinação da política nacional, o funcionamento regular das instituições representativas. A lei pode estabelecer que aos partidos em posse dos requisitos estabelecidos por ela e apurados pela Corte Constitucional sejam conferidos poderes próprios em relação a eleições ou outras funções de interesse público. Também pode ser imposto, com normas gerais, que os orçamentos dos partidos sejam tornados público.<sup>27</sup>

Essa primeira proposta expunha sua preferência por um método democrático efetivo regulador da democratização não só externa, mas também interna dos partidos. Não só prevê uma competência legislativa posterior apta a criar requisitos para a própria existência dos partidos, como um controle pela Corte Constitucional do cumprimento da forma democrática e a previsão explícita de atribuição aos partidos de funções públicas. Em relação à disciplina interna, a primeira emenda de Costantino Mortati prevê normas de caráter geral aptas a vincular a publicidade do balanço interno dos partidos.

Na mesma sessão de 22 de maio, diante de uma recepção majoritariamente negativa à ideia de controle dos partidos tal como era exposta, Mortati retira sua proposta de emenda e propõe outra, juntamente ao deputado Ruggiero, com o seguinte teor: "Todos os cidadãos têm o direito de se reunir livremente em partidos que se ajustem ao método democrático na organização interna e em ações destinadas a determinar a política nacional".

A nova proposta de emenda não apresenta uma continuidade em relação à anterior. Enquanto previamente havia a previsão explícita de atribuição de funções constitucionais ao partido, estas são completamente omitidas no novo texto. Conforme aponta Massimiliano Gregorio<sup>28</sup>, não é possível precisar o que levou Mortati a desistir da proposta anterior, mas o autor entende que talvez "Mortati tivesse se dado conta completamente que existia um enorme obstáculo à inserção em Constituição da possibilidade de atribuir aos partidos funções constitucionais: isso teria de fato reintroduzido a possibilidade de um controle estatal sobre a atividade dos partidos".<sup>29</sup> De fato, o texto da nova emenda reproduz substancialmente o texto proposto pela subcomissão, adicionando, porém, uma "especificação relativa à democracia da organização interna dos partidos".<sup>30</sup>

No ato da proposta, Mortati defende que a alteração objetiva uma maior especificação sobre o que se trata a "democraticidade da organização interna dos próprios partidos",

<sup>27</sup> ITALIA. Portale Storico Camera dei deputati. Lavori parlamentari: Atti e documenti. Sessão de 22 de maio de 1947, tradução nossa, digital)

<sup>28</sup> GREGORIO, Massimiliano. Parte totale. Le dottrine costituzionali del partito politico in Italia tra Otto e Novecento. Per la storia pensiero giuridico moderno. Giuffrè, 2013.

<sup>29</sup> GREGORIO, op.cit. p.323.

<sup>30</sup> BRUNO, Fernanda. I giuristi alla costituente: l'opera di Costantino Mortati. In: Scelte della Costituzione e cultura giuridica, II, a cura di Ugo De Siervo, il Mulino, Bologna, 1980. P. 154.

uma vez que a ideia de democracia adotada na proposta do projeto, como já tinha sido apontado por vários constituintes naquela mesma sessão, caracterizava-se por sua vagueza e teor genérico. Segundo o deputado, a imposição de democracia interna dos partidos estava em completa consonância com o espírito da Constituição nascente e não poderia ser diferente, uma vez que se havia decidido pela democratização de todos os organismos de caráter não só público, mas também privado. Ele sustenta no debate que uma vez que até os sindicatos, organismos de interesse absolutamente privado, tinham recebido determinações relativas à sua democracia interna através das previsões aos conselhos de gestões. Se até ao exército tinha sido prevista a obrigação do espírito democrático, restava claro que a exigência de democratização dos partidos, enquanto base do Estado Democrático, era o único caminho a ser tomado.

Costantino Mortati sustenta na célebre sessão de 22 de maio, na qual todo o principal debate sobre a regulamentação dos partidos se desenvolveu e finalizou, que:

É nos partidos que de fato se preparam os cidadãos para a vida política e lhes é permitido expressar organicamente a sua vontade; é nos partidos que são selecionados os homens que representam a nação no Parlamento. Parece-me, portanto, que não é possível que eles também exijam uma organização democrática.<sup>31</sup>

A ideia de juridicização do instituto dos partidos políticos retirando-os da dimensão apenas política de um momento “pré-jurídico” era coerente com a teoria da constituição material desenvolvida pelo deputado, enquanto jurista, consagrada na obra “A constituição em sentido material”. Todo o horizonte argumentativo do autor sobre a constituição em sentido material baseava-se justamente no reconhecimento da juridicidade do momento formativo da vontade política. É o que Salvatore Bonfiglio explica:

Na teoria da constituição em sentido material, as fontes “pré-jurídicas” são “juridicizadas”, pois caracterizam tanto o estabelecimento quanto a estabilização da ordem constitucional. O direito não pode ser posterior ao estado, porque ambos nascem ao mesmo tempo. A origem factual do estado e, mais precisamente, a sua derivação de uma vontade que não lhe é estranha, não exclui de modo algum a natureza jurídica de sua formação.<sup>32</sup>

Em relação a uma das principais questões insurgentes com essa proposta, que é: “Quem faria o juízo da conformidade dos estatutos partidários com o método democrático?”, o deputado Mortati destaca que deveria ser a Corte constitucional a desempenhar esse papel, ou ainda “organismos formados das representações dos próprios partidos existentes em condição de paridade”.<sup>33</sup> Com essa proposição, Mortati sustenta também a necessidade de um

<sup>31</sup> MORTATI, Portale Storico Camera dei deputati. Lavori parlamentari: Atti e documenti. Sessão de 22 de maio de 1947, tradução nossa, digital.

<sup>32</sup> BONFIGLIO, Salvatore. IL CONTRIBUTO DI MORTATI NELLA FASE COSTITUENTE ATTRAVERSO LA PROSPETTIVA TEORICA E STORICA DELLA COSTITUZIONE IN SENSO MATERIALE. In: Nomos. Le attualità nel diritto. 3-2017. P. 108.

<sup>33</sup> MORTATI, Costantino. Concetto e funzione dei partiti politici”, in Quaderni di Ricerca, s. l., 1949, ripubblicato da Nomos (2-2015).

juízo sobre a democraticidade dos estatutos dos partidos, certamente a proposta mais radical até então em termos de interferência na vida interna partidária. Essa intervenção demonstra que para o constitucionalista seria completamente inócua a regulamentação jurídica e a publicidade do processo de eleição dos membros, caso o programa partidário não se adequasse ao método democrático em relação à própria finalidade do partido.

Um dos poucos explícitos apoiadores - não obstante sua própria proposta de emenda - o deputado Bellavista, apontou que existia a possibilidade de um partido ser democrático *ab extra*, mas antidemocrático *ab intra*<sup>34</sup>, tratando-se de um risco real que um determinado partido exerça "sua atividade na área política nacional de forma democrática, respeitosa e fiel às regras da democracia, mas pode ser governado internamente por um princípio que derruba o princípio da democracia de Arquimedes, ou seja, não de baixo para cima, mas de cima para baixo".<sup>35</sup>

Para o constituinte, foi justamente a possibilidade de convivência entre uma máscara de democracia externa e um conteúdo antidemocrático interno que gerou os fenômenos ditatoriais. Em sua fala, Bellavista citou ainda o caso nazista e fascista - o que causou inclusive certa comoção - fazendo talvez uma das defesas mais explícitas à proposta de Mortati-Ruggiero, uma vez que, segundo o deputado, foi devido à falta de regulação democrática interna (que era tão temida nas discussões) que emergiram os fenômenos autoritários. De acordo com o constituinte, o partido nazista e o fascista chegaram ao poder "de forma perfeitamente democrática, mas uma vez no poder, instauraram as mais ferozes e as mais duráveis ditaduras".<sup>36</sup> O problema da democracia interna partidário é bem sintetizado por Alessandro Catelani:

O problema básico dos partidos políticos é o da gestão oligárquica do poder dentro deles, que deriva da presença de grupos de pressão que, em relação aos líderes partidários, criam centros de poder através do controle da economia, dos sindicatos, do aparato burocrático e, acima de tudo, dos meios de comunicação de massa. Esse fenômeno, que não pode ser eliminado por si só, pode, no entanto, ser amenizado por meio de uma regulamentação legislativa específica que garanta a democracia interna do partido. Os direitos humanos devem ser protegidos não apenas externamente, mas também dentro do partido; e isso é do interesse não apenas dos membros do mesmo partido, mas de toda a coletividade.<sup>37</sup>

Como resposta, ecoou uma rejeição escandalizada, em especial, em relação à proposta de depósito dos estatutos e controle ulterior de um terceiro organismo, fosse a Corte Constitucional ou o organismo *ad hoc* composto pelos partidos. Emblemático é o posicionamento de Merlin, que defendeu o projeto aprovado pela Subcomissão, sem que lhe fosse feita nenhuma emenda e rejeitou completamente os requisitos trazidos pela proposta de Mortati-

<sup>34</sup> BONFLIGLIO, Salvatore. *Forme di Governo e partiti politici: Riflessioni sull'evoluzione della dottrina costituzionalistica italiana*. Milano: Dott. A. Giuffrè editore. 1993. 201p. p.02.

<sup>35</sup> BELLAVISTA. *Portale Storico Camera dei deputati. Lavori parlamentari: Atti e documenti*. Sessão de 22 de maio de 1947, tradução nossa, digital.

<sup>36</sup> BELLAVISTA, *op. cit.*

<sup>37</sup> CATELANI, Alessandro. *Partiti politici e garanzie costituzionali*. In: *CONCETTO E FUNZIONE DEI PARTITI POLITICI*. Fulco Lanchester (org). *Rivista "Nomos. Le attualità nel diritto"*. Vol 2. 2015. P.3.

Ruggiero, uma vez que, sendo a primeira vez que os partidos são reconhecidos em uma Constituição, não se deveria "exceder nesse reconhecimento", muito menos controlar a vida interna dos partidos. Para o constituinte todos os atos que se faziam necessários para realizar este controle andavam na contramão absoluta do espírito democrático de liberdade associativa. Firme é seu posicionamento quando questiona:

Agora, tudo isso é possível? Tudo isso é lícito? Que perigos essas possibilidades apresentam e quem exerceria esse controle? Os comissários nomeados pelo governo devem exercer? A questão é muito delicada e exorto a Assembléia, por desejo do melhor, a não provocar o pior, suscitando hostilidade que, sem dúvida, uma proposta desse tipo suscitaria.<sup>38</sup>

A solução para a eventual arbitrariedade de um partido, segundo o constituinte, era mais simples. Digamos até simplíssima. Defendia que caso um partido se organizasse militarmente ou nos termos já mencionado por Bellavista, incorreria em um ilícito penal, sendo dissolvido pela polícia. De fato, sustentava que naquele momento eles sequer deveriam se preocupar com essa possibilidade e sim "limitar-se apenas a reconhecer que esse partido, externamente, com um método democrático, contribui para determinar a política nacional. Nada além disso; e se pedirmos mais, poderemos enfrentar maiores perigos do que queremos evitar".<sup>39</sup>

O posicionamento recebeu um coro de adesões, como a de Targetti, que sustentava a existência de uma perigosa radicalidade na ideia de regulamentar os partidos e até mesmo expôs a suas dúvidas se não teria sido melhor sequer mencioná-los. Foi seguido de Laconi, que enquanto integrante da I Subcomissão que votou pela proposta de Merlin no projeto e era membro do Partido Comunista já tinha se posicionado anteriormente completamente contra a regulação dos partidos. Targetti considerava a proposta de Mortati de "extrema gravidade" e defendeu que qualquer controle exercido pelo Governo ou pela Corte Constitucional comportaria uma ameaça aos partidos de minoria em organizarem-se livremente.

De maior gravidade ainda considerava uma intervenção (a seu ver ilícita) nas finalidades próprias dos programas dos partidos. Seu posicionamento foi coerente com a posição histórica que ocupava naquele momento, como membro de um partido que na sede da própria discussão constituinte já tinha sido abertamente comparado às demais experiências autoritárias daquelas décadas.

Chegamos a ver até um posicionamento contra a simples menção dos partidos políticos no corpo constitucional. O constituinte Lucifero defendeu que o direito de constituir os partidos políticos nada mais era do que o direito de associação e que atribuir garantias a mais à espécie "partidos" seria na verdade uma "subtração de garantias", impondo-se limitações à liberdade dos constituintes do partido. Opôs-se ainda à atribuição de funções constitucionais pelos partidos, que considerava como um prelúdio para a repetição de um possível regime autoritário.

<sup>38</sup> MERLIN. Portale Storico Camera dei deputati. Lavori parlamentari: Atti e documenti. Sessão de 22 de maio de 1947, tradução nossa, digital.

<sup>39</sup> BELLAVISTA, *op. cit.*

Esses são alguns dos posicionamentos que reverberaram a sequencial execração da proposta Mortati-Riuggero. E não obstante ainda tenha havido (poucas) vozes favoráveis, como a dos deputados constituintes Moro e Corsini, a majoritária rejeição à sua proposta faz Mortati renunciar à emenda, não renunciando, porém, a demonstrar insatisfação mediante a recepção, que considera contraditória em relação ao consenso que vinha sendo eloquentemente manifestado na própria Assembleia.

Mortati sublinha em sua renúncia que sua proposta continha a síntese de uma exigência que vinha sendo sinalizada ao longo de todos os debates, a de exigir que a Constituição leve em consideração o fenômeno dos partidos políticos, ao invés de ignorá-los. Além de mencionar a conexão com os posicionamentos precedentes de Basso, e ainda do constituinte Saragat, que chegara a propor um dispositivo constitucional que determine a publicidade do balanço interno e dos financiamentos dos partidos, Mortati enfatiza um posicionamento de Piero Calamandrei, que inaugurou o debate no plenário da Assembleia sobre o tema em 04 de março. O constituinte fez então uma exposição sobre a real importância ignorada dos partidos na vida pública, e conseqüentemente, a inevitabilidade de seu reconhecimento e regulação para que a Constituição esteja quite com as vicissitudes da realidade. Na ocasião, Calamandrei anuncia os partidos como a novidade mais profunda da Constituição italiana e colocou-se no sentido de que os programas dos partidos são já, por si, projetos de lei, pois vinculam a tal ponto as decisões daqueles que em Assembleia devem votar, propor, acatar ou rejeitar propostas, que mesmo aqueles que o ouviam naquele momento, ainda que fossem convencidos por seus argumentos a favor da regulamentação dos partidos, deveriam votar de acordo com as instruções do programa do partido do qual faziam parte. Sendo assim, é demonstrado que as decisões que guiam a vida política do país se formam antes do ato formal da assembleia, no ato de constituição do programa dos partidos.

É o que Mortati continua a sustentar mesmo após a resolução dessa questão (ainda em 22 de maio de 1947), quando poucos meses depois publica na revista *Studium* o ensaio *Il potere legislativo nel progetto di Costituzione*, ao lembrar que com a rejeição de sua proposta, rejeitou-se também que houvesse ao menos “adoção do método democrático na formação da vontade que, uma vez manifestando-se no interno dos partidos, depois é destinada a influenciar a ação dos órgãos estatais”.<sup>40</sup> Na visão de Mortati a democratização deveria pausar todas as atividades internas do partido, incluindo a formação de listas eleitorais, com um regulamento sobre as modalidades e procedimentos. Esse seria um caminho “para assegurar a sua aderência às exigências de uma organização verdadeiramente democrática do Estado, e promover a formação da classe política”.<sup>41</sup>

Segundo Gabriele Maestri<sup>42</sup>, quando Mortati enfatiza na longa discussão do 22 de maio que é nos partidos que se selecionam os homens que representam a nação no Parlamento, presume-se que a democracia deveria começar a ser imposta mesmo antes das eleições, isto é, no momento de escolha dos participantes das listas eleitorais dos partidos. Esse

<sup>40</sup> MORTATI, Costantino. Il potere legislativo nel progetto di Costituzione, in *Studium*, luglio-agosto 1947, n. 7-8. P. 464.

<sup>41</sup> MORTATI, La costituente, 1945, Raccolta di Scritti, I, p.267.

<sup>42</sup> MAESTRI, Gabriele. I partiti come presentatori di liste elettorali: un interessante ritorno al primo Mortati. In: CONCETTO E FUNZIONE DEI PARTITI POLITICI. Fulco Lanchester (org). Rivista “Nomos. Le attualità nel diritto”. Vol 2. 2015. Disponível em: <http://www.nomos-leattualitaneldiritto.it/nomos/concetto-e-funzione-dei-partiti-politici/>

seria o verdadeiro significado de “método democrático”, expressão cuja ambivalência de interpretação pautou boa parte da dualidade de posicionamentos que se formaram na Constituinte.<sup>43</sup>

No sentido que foi dado a essa expressão na Assembleia Constituinte, Mortati analisa que “método democrático” referia-se unicamente à democracia externa, isto é, à pluralidade partidária, ignorando os procedimentos internos – como de fato ocorreu – tais como um assunto particular dos partidos, fora do alcance da verificação estatal. Conforme em seu ensaio de 1957, *Note introduttive a uno studio sui partiti politici nell’ordinamento italiano*, no qual revisita a questão, sustenta que o significado de “método democrático”, “que o constituinte quis enfatizar, é aquele que se refere a assegurar as condições às quais permanece ligada a alternativa de poder das forças políticas”<sup>44</sup>, isto é, a própria pluralidade partidária e somente ela.

## ■ À GUIA DE CONCLUSÃO: OS POSICIONAMENTOS VENCEDORES E VENCIDOS E A EDIÇÃO FINAL DO ART. 49

O saldo final da discussão sobre a possibilidade de inserção dos mecanismos de controle é que a democracia interna, aos olhos da maior parte dos deputados constituintes que se manifestaram, andava lado a lado com a ingerência e a invasão estatal. Conforme explica Salvatore Bonfiglio:

Em Assembleia prevalece a preocupação de que o explícito chamado na Constituição à democracia interna dos partidos pudesse ter aberto o caminho para futuros governos interferirem nos objetivos e na organização dos partidos da oposição: a opção pelo “método democrático” antes de tudo, deveria afirmar o princípio do pluralismo partidário negado pelo fascismo.<sup>45</sup>

A versão final do artigo, portanto, nada incorporou das propostas de Mortati e Ruggiero, restando aprovado um sucinto artigo com poucas alterações em relação ao vago projeto elaborado pela I Subcomissão em novembro de 1946. Assim, em 20 de dezembro de 1947, é aprovada a versão final do artigo com o seguinte texto: “Art. 49. Todos os cidadãos têm o direito de se associar livremente nos partidos, para concorrer com método democrático à determinação da política nacional.”;

Ao refletirmos sobre as causas da rejeição à ideia de regulação dos partidos e à forma “intencionalmente lacunosa”<sup>46</sup> na qual se delineou a redação final do art. 49, muitas razões

<sup>43</sup> MAESTRI, Gabriele. I partiti come presentatori di liste elettorali: un interessante ritorno al primo Mortati. In: CONCETTO E FUNZIONE DEI PARTITI POLITICI. Fulco Lanchester (org). Rivista “Nomos. Le attualità nel diritto”. Vol 2. 2015. Disponível em: <http://www.nomos-leattualitaneldiritto.it/nomos/concetto-e-funzione-dei-partiti-politici/>

<sup>44</sup> MORTATI, Costantino. Note introduttive a uno studio sui partiti politici nell’ordinamento italiano, in Scritti giuridici in memoria di V.E. Orlando, vol. II, Padova, 1957, p.141.

<sup>45</sup> BONFIGLIO, *op. cit.* p. 215.

<sup>46</sup> MUSELLA, Fortunato. L’articolo 49 e la personalizzazione dei partiti politici. Il confronto Mortati-Togliatti a settant’anni dalla Costituente. In: CONCETTO E FUNZIONE DEI PARTITI POLITICI. Fulco Lanchester (org). Rivista “Nomos. Le attualità nel diritto”. Vol 2. 2015.

histórico-concretas aparecem: de um lado, a já abordada dualidade entre a liberdade dos partidos e a intervenção Estatal, de outro razões pontuais que motivaram alguns dos constituintes mais irredutíveis a ideia de regulamentação.

Um grande fator de impulso à rejeição das propostas tendentes à regulamentação veio da antipatia à proposta Mortatiana por parte de Palmiro Togliatti, que juntamente aos deputados Laconi e Marchesi, direcionou boa parte dos argumentos de oposição. Os três constituintes, enquanto integrantes do partido Comunista, viam na conformidade dos programas internos dos partidos a critérios regulamentados pelo Estado um risco ao seu próprio partido, que enquanto “antissistema” naquele período de bifurcação mundial, temiam que fosse considerado antidemocrático caso um critério dessa natureza fosse realizado na nascente República Italiana. O quadro é ilustrado por Alessandro Cappelli, em relação à proposta Mortati-Ruggiero:

A oposição a essa hipótese foi expressa novamente pelo PCI pelas palavras da intervenção do Sr. Laconi. Segundo o expoente comunista, qualquer controle destinado a verificar a existência da democracia interna de um partido político poderia permitir a invasão repressiva das minorias pela maioria, com riscos evidentes para a posse democrática do país.<sup>47</sup>

Esse foi o posicionamento com maior acatamento, como coloca Musella ao dizer que “em particular em sede constituinte pesaram os temores de Palmiro Togliatti que temia que um governo e uma expressão da maioria na corte constitucional pudessem banir um partido anarquista que não se reconhecesse nos princípios constitucionais”<sup>48</sup>, e afirma ainda que não é difícil perceber que com esse temor, preocupava-se também com seu próprio partido.

Claro que isso não é dito diretamente – embora fique bem claro em especial no debate do dia 21 de maio – mas é através do exemplo do partido anarquista que Togliatti questiona sobre quais bases se deveria combater um partido que contrariasse o status democrático: “enquanto hoje se conhecem os partidos existentes, amanhã poderia desenvolver-se na Itália um movimento novo, anárquico, por exemplo, e se pergunta sobre quais bases se deveria combatê-lo”.<sup>49</sup> A proposta sobre esta “base” apresentada pelo constituinte é que esse combate deveria ser feito unicamente através da “competição política democrática”, através da qual, permitindo-se que o partido exista, deveriam convencer os aderentes a não anuir com a ideologia daquele partido, mas em hipótese alguma negar seu direito de existir.

No cômputo final foram essas razões, somadas à deficiência em reconhecer qual o conceito de democracia que se queria utilizar de parâmetro para o novo modelo de partido, construído em simbiose com a ideia democrática, juntamente com elementos histórico-políticos daquele contexto pós-autoritário, tais como a progressiva escalada da situação internacional e a divisão cada vez mais clara do mundo em dois blocos opostos, que formularam um

<sup>47</sup> CAPELLI, Alessandro. LA DEMOCRAZIA INTERNA AI PARTITI POLITICI. BILANCI E PROSPETTIVE. Tesi di dottorato. DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO ITALIANO E SOVRANAZIONALE. SCUOLA DI DOTTORATO IN SCIENZE GIURIDICHE. UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO. 2013. P.61.

<sup>48</sup> MUSELLA. Portale Storico Camera dei deputati. Lavori parlamentari: Atti e documenti. Sessão de 21 de maio de 1947, tradução nossa, digital.

<sup>49</sup> TOGLIATTI. Portale Storico Camera dei deputati. Lavori parlamentari: Atti e documenti. Sessão de 22 de maio de 1947, tradução nossa, digital.

cenário absolutamente inóspito para uma previsão constitucional dos partidos que não os levasse a uma inatuação futura dos preceitos democráticos. O resultado dos compromissos firmados no debate é colocado por Alessandro Capelli:

Basicamente, dois acordos foram implementados implicitamente: os partidos se comprometeram, também para o futuro, em não ativar, nem mesmo no futuro, qualquer controle sobre ideologias e democracia interna enquanto o respeito pelo método democrático seria confiado aos mesmos partidos, garantido apenas por um amplo pluralismo político.<sup>50</sup>

Nesse estado das coisas, segundo Gregorio, o art.49 “foi um dos artigos da Carta que pagou o imposto mais pesado” e ficou conhecido mais pelo que não diz do pelo que diz, mais por suas lacunas do que por sua clareza”.<sup>51</sup>

## REFERÊNCIAS

BONFIGLIO, Salvatore. IL CONTRIBUTO DI MORTATI NELLA FASE COSTITUENTE ATTRAVERSO LA PROSPETTIVA TEORICA E STORICA DELLA COSTITUZIONE IN SENSO MATERIALE. In: Nomos. Le attualità nel diritto. 3-2017.

BONFIGLIO, Salvatore. Forme di Governo e partiti politici: Riflessioni sull'evoluzione della dottrina costituzionalistica italiana. Milano: Dott. A. Giuffrè editore. 1993. 201p. p.108

BRUNO, Fernanda. I giuristi alla costituente: l'opera di Costantino Mortati. In: Scelte della Costituzione e cultura giuridica, II, a cura di Ugo De Siervo, il Mulino, Bologna, 1980.

CANITANO, Elisabetta. Basso, Mortati e il problema dei partiti politici alla Costituente: due chiavi di lettura a confronto. Il Politico, 1998, ed.1. p. 27—66.

CAPELLI, Alessandro. LA DEMOCRAZIA INTERNA AI PARTITI POLITICI. BILANCI E PROSPETTIVE. Tesi di dottorato. DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO ITALIANO E SOVRANAZIONALE. SCUOLA DI DOTTORATO IN SCIENZE GIURIDICHE. UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO. 2013. P.61.

CATELANI, Alessandro. Partiti politici e garanzie costituzionali. In: CONCETTO E FUNZIONE DEI PARTITI POLITICI. Fulco Lanchester (org). Rivista “Nomos. Le attualità nel diritto”. Vol 2. 2015. P.3.

DE SIERVO, Ugo. Parlamento, partiti e popolo nella progettazione costituzionale di Mortati. In: Il pensiero giuridico di Costantino Mortati. A cura di M. Galizia e P. Grossi. Milano: Giuffrè, 1990. p. 301-357. p.324.

<sup>50</sup> CAPELLI, *op. cit.* p. 63.

<sup>51</sup> GREGORIO, *op. cit.* p. 269.

FIORAVANTI, Maurizio. Giuristi e dottrine del partito politico: gli anni Trenta e Quaranta, in FRANCESCHINI, C., GUERRIERI, G., MONINA, G., a cura di, *Le idee costituzionali della Resistenza*, Roma, 1997. p.203.

FIORAVANTI, Maurizio. Stato e costituzione. In: *Lo Stato moderno in Europa: Istituzioni e diritto*. Maurizio Fioravanti (org). Bari: Gius. Laterza & Figli. 2018.

GREGORIO, Massimiliano. Parte totale. *Le dottrine costituzionali del partito politico in Italia tra Otto e Novecento*, Milano, Giuffrè, 2013. P. 41.

LA PIRA, 11 de março, Assembleia Constituinte, seduta di 20 maggio 1947 (resoconto stenografico).

LANCHESTER, Fulco. PANUNZIO, Sergio. *Dizionario Biografico degli Italiani*. Vol 81, 2014.

MAESTRI, Gabriele. I partiti come presentatori di liste elettorali: un interessante ritorno al primo Mortati. In: *CONCETTO E FUNZIONE DEI PARTITI POLITICI*. Fulco Lanchester (org). Rivista "Nomos. Le attualità nel diritto". Vol 2. 2015. Disponível em: <http://www.nomos-leattualita-neldiritto.it/nomos/concetto-e-funzione-dei-partiti-politici/>

MORTATI. Portale Storico Camera dei deputati. *Lavori parlamentari: Atti e documenti*. Sessão de 22 de maio de 1947, tradução nossa, digital.

MARCHESI. Portale Storico Camera dei deputati. *Lavori parlamentari: Atti e documenti*. Sessão de 19 de novembro de 1946, tradução nossa, digital.

MERLIN; MANCINI. Portale Storico Camera dei deputati. *Lavori parlamentari: Atti e documenti*, 1946. Tradução nossa, digital.

MORTATI, Costantino. Il potere legislativo nel progetto di Costituzione, in *Studium*, luglio-agosto 1947, n. 7-8, pp. 242-252. Ripubblicato in C. Mortati, *Studi sul potere costituente e sulla riforma costituzionale dello Stato*, cit., pp. 463-464.

MORTATI, Costantino. Note introduttive a uno studio sui partiti politici nell'ordinamento italiano, in *Scritti giuridici in memoria di V.E. Orlando*, vol. II, Padova, 1957, p.141

MORTATI, *La costituente*, 1945, *Raccolta di Scritti*, I, p.323.

MUSELLA, Fortunato. L'articolo 49 e la personalizzazione dei partiti politici. Il confronto Mortati-Togliatti a settant'anni dalla Costituente. In: *CONCETTO E FUNZIONE DEI PARTITI POLITICI*. Fulco Lanchester (org). Rivista "Nomos. Le attualità nel diritto". Vol 2. 2015.

TRAVERSO. *Partito politico e ordinamento costituzionale*, contributo alla determinazione della natura giuridica del partito. Milano, Giuffrè, 1994, p. 167.



# CODIFICAÇÃO CIVIL E PENAL DURANTE O TRIÊNIO

## CIVIL AND CRIMINAL CODIFICATION DURING THE TRIENNIUM

CARLOS PETIT\*

Tradução: RAPHAEL PEIXOTO DE PAULA MARQUES\*\*

### RESUMO

O artigo analisa o processo histórico de codificação do direito durante o Triênio liberal. A pesquisa examina as circunstâncias e condições constitucionais de elaboração, possíveis modelos e textos paralelos, e o conteúdo do Código Penal e do projeto incompleto do Código Civil. Pretende-se investigar a relação entre tais códigos recordando as propostas doutrinárias e as estratégias seguidas durante a o seu processo de elaboração, bem como empreendendo uma leitura cruzada dos seus textos. A comparação dos códigos espanhóis com outros textos permitirá evidenciar a sua singularidade numa história legislativa que ainda não se encontrava dominada pelos *Cinq codes* napoleônicos.

**Palavras-chave:** Codificação; Espanha; Triênio liberal; Código Civil; Código Penal

### ABSTRACT

The article analyzes the historical process of legal codification during the liberal Triennium. The research examines the circumstances and constitutional conditions of elaboration, possible models and parallel texts, and the content of the Penal Code and the incomplete draft of the Civil Code. The article investigates the relationship between such codes, recalling the doctrinal proposals and the strategies followed during their elaboration process, as well as undertaking a cross-reading of their texts. Comparing the Spanish codes with other texts will make it possible to highlight their uniqueness in a legislative history that was not yet dominated by the Napoleonic *Cinq codes*.

**Keywords:** Codification; Spain; Triennium; Civil Code; Criminal Code.

\* Doutor em Direito pelas Universidades de Sevilla (Espanha) e Bolonha (Itália).  
Professor Catedrático da Universidade de Huelva, Espanha.  
[cpetit@uhu.es](mailto:cpetit@uhu.es)

\*\* Doutor em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília.  
Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal Rural do Semi-Árido.  
[raphapeixoto@gmail.com](mailto:raphapeixoto@gmail.com)

Recebido em 5-12-2022 | Aprovado em 20-12-2022<sup>1</sup>

<sup>1</sup> **Nota do tradutor:** texto inédito. Tradução do original em espanhol realizada pelo professor Raphael Peixoto de P. Marques. O resumo e as palavras-chave foram elaborados pelo tradutor.



## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO; 1 O ART. 258 DA CONSTITUIÇÃO GADITANA NO TRIÊNIO; 2 DIÁLOGOS ENTRE CÓDIGOS; 3 OS CÓDIGOS DOS OUTROS; CONCLUSÃO, REFERÊNCIAS.

## ■ INTRODUÇÃO

Dispomos de crônicas e análises sobre a codificação do direito no Triênio liberal. Após os trabalhos pioneiros de Lasso Gaité, com destacadas contribuições documentais, surgiram recentemente estudos específicos sobre o Código penal (1822) e o anteprojeto incompleto do Código civil (1821); mas continua esquecido o Código de procedimento criminal. A perda de documentos das Cortes não nos permite ir muito longe, mas o *Diário das Sessões*, os textos e a imprensa contemporânea possibilitam um relato historiográfico sobre as circunstâncias e condições constitucionais de elaboração, possíveis modelos e textos paralelos, e a descrição de seus conteúdos.<sup>2</sup> Resta, no entanto, explicar a relação desses códigos entre si e sua posição dentro da biblioteca ideal de leis estrangeiras que circularam naquela época. Tal é o objetivo limitado das páginas seguintes.

O estudo de tal relação obriga, em primeiro lugar, a recordar as propostas doutrinárias e as estratégias seguidas durante a elaboração dos códigos (§ 1). Como leis únicas, mas constituídas por múltiplas regras, os códigos dialogaram entre si, razão pela qual, em segundo lugar, pode ser proveitoso empreender uma leitura cruzada dos mesmos (§ 2). Finalmente, a comparação dos códigos espanhóis com outros textos permitirá especificar a sua singularidade numa história legislativa que ainda não se encontrava dominada pelos *Cinq codes* napoleônicos (§ 3).

## 1 O ART. 258 DA CONSTITUIÇÃO GADITANA NO TRIÊNIO

Aqueles foram os anos em que o mandamento constitucional de 1812, favorável à codificação do novo direito das Espanhas, teve alguma realidade.<sup>3</sup> O Triênio conheceu – como se sabe – um Código Penal, com aprovação e vigência fugaz (1822), e dois projetos notáveis, ambos de 1821: o Código de Processo Penal e o (por infelicidade, incompleto) Código Civil. Falou-se também de um código sanitário – com objetivos, divergentes, empreendidos pelo governo e pelas Cortes – e do código rural; tampouco faltaram as previsões relativas ao direito

<sup>2</sup> GAITE, Juan Francisco Lasso. *Crónica de la Codificación española*. Tomo 3. Madrid: Ministerio de Justicia (Comisión general de Codificación), 1975; *Id.*, tomo 4, 1979; *Id.*, tomo 5, 1984. Como estudos historiográficos, cf. AGUILAR, Manuel Torres. *Génesis parlamentaria del Código penal de 1822*. Messina: Sicania, 2008; PETIT, Carlos. *Un Código civil perfecto y bien calculado*. El proyecto de 1821 en la historia de la codificación. Madrid: Dykinson, 2019.

<sup>3</sup> PETIT, Carlos. Los Códigos del Trienio liberal. Una exégesis del art. 258 de la Constitución de Cádiz. *História Constitucional*, nº 21, 2020, 106-137.

militar e ao direito comercial.<sup>4</sup> Outras propostas multiplicaram a biblioteca de códigos possíveis até limites surpreendentes<sup>5</sup>.

Deixo de abordar o sentido ambíguo que o termo *código* conservava entre os deputados e comentadores da época, pois, no que nos interessa agora, o modo de agir das Cortes sempre seguiu um padrão comum. Partia-se, por um lado, de um fato negativo: a Constituição Política da Monarquia Espanhola carecia de disposições específicas sobre a tramitação dessas leis especialíssimas. Além disso, tudo o que ordenavam seus artigos conspirava contra o desenvolvimento rigoroso e sereno da tarefa; pensemos na brevidade do período ordinário de sessões (o trimestre de março a junho, art. 106 CPME; cf. art. 80 do Regulamento dos Tribunais, 1821) e na dupla discussão, da totalidade e de cada um de seus artigos, pela qual teriam que passar os projetos legislativos (art. 136 CPME), um procedimento muito difícil, tratando-se de textos de grande extensão, o que provocava mil artimanhas: por meio de uma testemunha sabemos que o projeto de código penal “foi lido nas novas Cortes em voz alta, e pelo deputado [Ángel] Saavedra, que teve de nos divertir pulando artigos com a sua forma rápida de ler, poupando assim, embora sem danos, uma formalidade inútil e chata”.<sup>6</sup> A renovação das Cortes – “em sua totalidade” – a cada dois anos (art. 108 CPME) e a impossibilidade de reeleição imediata dos deputados (art. 110 CPME) dificultavam ainda mais a continuidade institucional e pessoal que exigia a elaboração de leis tão complexas<sup>7</sup>.

Por outro lado, no regime gaditano, a elaboração dos códigos foi confiada inteiramente às Cortes. Caso incomum na história do período, em que havia a tese da impossibilidade de

<sup>4</sup> CARDONA, Álvaro. *La salud pública en España durante el Trienio liberal (1820-1823)*. Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 2005. Para a redação de um “código rural”, cf. ESPANHA. *Diario de las Sesiones de las Cortes*, de 25 de agosto de 1820, p. 660, com aprovação de proposta (do deputado Moreno Guerra) relativa a uma comissão redatora; o projeto do decreto “sobre corporaciones gremiales y consulados de comercio, agricultura y artes” (1821), que finalmente resultou em nada (*Diario de las Sesiones de las Cortes*, de 8 de maio de 1821, p. 1471-1487), contemplou a existência de três códigos, a saber: “comercial, rural e fabril”. Existiu uma comissão para elaborar um *Código de procedimientos militares*; cf. DSS [*Gaceta española*, Sevilla] 1 de mayo, 1823, p. 41; o foro militar, limitado “às causas criminais que versem sobre delitos militares” (art. 121, decreto XXXIX, 9 de junio, 1821, “Lei constitutiva do Exército”), demandava um Código penal militar (cf. art. 126) e, portanto, outro para os processos pertinentes (cf. arts. 134 ss).

<sup>5</sup> Estou pensando no projeto constitucional de Ramón de los Santos García, *Teoría de una Constitución política para España* (1822), onde, além de “códigos especiais” ou regulamentos de numerosas instituições (militares, coroa, legislatura, consulado supremo de vigilância, senado, ministérios, procedimentos, corte suprema, audiências, governos territoriais, municipalidades, família-patriarcal, saúde, polícia, caridade...), apareceram os “códigos gerais” ou “Códigos de Direito Espanhol” (que “devem ser uniformes para a nação, nem devem entrar em conflito entre si em suas disposições”), por meio de *Pannomium* siciliano (sc., *Codice per lo Regno delle Due Sicilie*, 1819) integrado por outros tantos códigos: civil, penal, agropecuário, comércio, fábricas e indústrias, instrução e imprensa, religião, força armada. Cf. MAS GALVAÑ, Cayetano. La democracia templada según un “clérigo del lugar”: Perfiles biográficos e ideológicos de D. Ramón de los Santos García. In: SARASOLA, Ignacio Fernández [ed.]. *Constituciones en la sombra. Proyectos constitucionales españoles (1809-1823)*. Oviedo: *In itinere* – Centro de Estudios Políticos e Constitucionais, 2014, p. 267-451.

<sup>6</sup> GALIANO, Antonio Alcalá. *Memorias de D. Antonio... publicadas por su hijo*. Tomo 2. Madrid: Impta. por E. Rubiños, 1886, p. 263.

<sup>7</sup> “An impermanent, everchanging, and precariously existing body”, escreveu Bentham sobre as Cortes: cf. BENTHAM, Jeremy. *The Correspondence of Jeremy Bentham X (July 1820 to December 1820)*. Carta de Bentham a José Joaquín Mora (13 e 14 de novembro de 1820). In: SCHOFIELD, Philip; HARRIS, Jonathan. *The collected works of Jeremy Bentham*. Oxford: Clarendon Press, nº 2712, 1994, p. 148-152.

poder legislativo fazer leis, em geral, e códigos em particular<sup>8</sup>, as realizações do Triênio foram parlamentares, e os códigos foram concebidos como as grandes leis *secundárias* que levavam à nação, para torná-las imediatamente eficazes, as disposições *primárias* da Constituição: “caberá [ao Código] desenvolver as bases da Constituição, detalhando as formas de torná-las eficazes”, argumentaram os redatores do Projeto de Código Civil.<sup>9</sup> O lado negativo de respeitar fielmente a arquitetura constitucional gaditana foi submeter os códigos aos tempos sincopados do parlamento.<sup>10</sup> E várias possibilidades permaneceram em aberto.

Cabia confiar a um sábio – melhor ainda se fosse estrangeiro – a elaboração de um parecer que servisse para posterior discussão; tal era o sonho que cultivava Jeremy Bentham, “legislator of the World”, mas sem sucesso em suas tentativas junto às Cortes.<sup>11</sup> Também parecia admissível que estas nomeassem “comissões de juristas selecionados...de letrados e comerciantes” para dispor, assim, de um ponto de partida para os trabalhos<sup>12</sup>, quando não fosse conveniente convocar um concurso e premiar o melhor projeto de código que satisfizesse os critérios preestabelecidos; por mais improvável que pareça essa segunda ideia, ela foi posta em prática na Sicília (1812) e em Portugal (1822), embora sempre com resultados medíocres<sup>13</sup>. Ou bastava, simplesmente, criar uma comissão especial dentro das Cortes e confiar a um punhado de deputados, escolhidos por seus colegas, a elaboração do projeto; procedimento habitual do legislativo gaditano (cf. art. 134 CPME), foi o que aconteceu no nosso caso: no verão de 1820 foram aprovadas as comissões dos códigos civil, penal, de procedimentos e comercial<sup>14</sup>, compostas por deputados próximos ao mundo da justiça e do ensino jurídico, alguns com passado gaditano e quase todos com um futuro próspero sob os governos cristinos dos anos 1830 e 1840. Não prosperou a proposta de agregar técnicos e

<sup>8</sup> “Uns corpos numerosos como as nossas Câmaras são os menos aptos para a formação de leis semelhantes”, escreveu Joaquín Francisco Pacheco no alvorecer do sistema representativo. “Estas requerem em seus redatores, em todos aqueles que podem influenciar através do voto em sua preparação, não apenas conhecimentos especiais da matéria, o que seria absurdo procurar em uma assembleia tão numerosa, mas até mesmo uma certa homogeneidade de princípios, um certo espírito sistemático, que só pode ser encontrado em um pequeno número de homens dedicados a ele muito principalmente.”; cf. PACHECO, Juan Francisco. Códigos. Su formación. Su discusión. *Boletín de Jurisprudencia y Legislación*, n. 1, 1836, p. 115-121. A tese, na realidade, foi moeda circulante (Dupin, Antoine de Saint-Joseph, Rossi, Alcalá Galiano...).

<sup>9</sup> Cf. *Discurso preliminar*, p. 6; também, entre mais exemplos, p. 33: “ao Código Civil cabe enumerar todos os agentes principais e subordinados ou auxiliares do poder judicial, desde os Alcaldes constitucionais até o Tribunal Supremo de Justiça, e prescrever seus direitos e obrigações, de acordo com o verdadeiro espírito da Constituição”. PETIT, 2019. *op. cit.*, p. 275. “Que o código civil e criminal não deve ser outra coisa senão a emanação e consequência do pacto primitivo” advertia, por sua vez, o autor anônimo de CÓDIGOS. Artículo tercero. *El Constitucional*. Madri, 1820.

<sup>10</sup> Assim a via a imprensa da época: cf. “Carta particular” em: *EL ESPAÑOL Constitucional: Ó Miscelánea de Política, Ciencias y Artes, Literatura &c*, nº 24, 1820, p. 127.

<sup>11</sup> PETIT, 2019, *op. cit.*, p. 51 e ss.

<sup>12</sup> Cf. MEMORIAS de los ministros. *El Censor*, 1820, 81-92, p. 83 ss.

<sup>13</sup> NOVARESE, Daniela. *Costituzione e codificazione nella Sicilia dell’Ottocento*. Il “Progetto di Codice penale” del 1813. Milano: Giuffrè, 2000, p. 49 e ss, p. 77 e ss, p. 161 e ss; COCCHIARA, Maria Antonella. *Istituzioni giudiziarie e amministrazione della giustizia nella Sicilia borbonica*. Milano: Giuffrè, 2003, p. 267 e ss. Para o interessante caso português, que nos deixou textos (cf. MENEZES, Alberto Carlos de. *Ao Soberano Congresso de Cortes o prospecto do Código civil...* Lisboa: Typografia Maignense, 1822; COSTA, Vicente José Ferreira Cardozo da. *Que he o Código civil?*, 1822; COSTA, Vicente José Ferreira Cardozo da. *Explicação da árvore que representa o prospecto do Código*, 1822), sobretudo MARQUES, Mário Reis. *O liberalismo e a codificação do direito civil em Portugal*. Coimbra: *Boletim... de Coimbra*, Sup. 29, 1986, p. 151 e ss.

<sup>14</sup> DSS, 22 de agosto, p. 610

especialistas extraparlamentares para dar suporte a essas comissões, como havia sido decidido em Cádiz e, todavia, se sugeriu no Triênio.<sup>15</sup>

As comissões de código, por não figurarem entre as ordinárias (cf. art. 88º do Regulamento), careciam de regras de governo interno. Tampouco receberam das Cortes orientações específicas, precisando desenvolvê-las: seus membros poderiam repetir, como fez Argüelles em referência à redação da carta constitucional, que “não lhe indicaram o caminho que deveria seguir em suas tarefas, muito menos lhe deram nenhuma regra clara, nenhum princípio determinado e específico que lhe servisse de guia”.<sup>16</sup> Havia, desde logo, o precedente dos decretos de maior envergadura – pensemos na lei para o governo político-econômico das províncias (decreto XLV, 3 de fevereiro de 1823, 291 artigos) ou o regulamento da Milícia (decreto CXXII, 29 de junho de 1822, “Ordenança para a Milícia nacional local da Península e ilhas adjacentes”, 182 artigos) – tramitados com esforço, e até parcialmente impressos (como aconteceu com o Código Civil, o que permitiu conservar 476 artigos de seu amplo conteúdo), para facilitar a discussão.<sup>17</sup> Também se tinha conhecimento da atuação de outras assembleias políticas colocadas em um caminho semelhante.<sup>18</sup>

Algum atento analista descreveu a atuação ideal das comissões envolvidas nessas tarefas.<sup>19</sup> Tantas, em primeiro lugar, quantos fossem os códigos possíveis; os mais urgentes o civil e o penal. De sete membros, todos letrados e com maioria de juizes, “atuais ou afastados”. O acesso aos códigos estrangeiros (“os melhores da Europa moderna, entre os quais há alguns considerados precisamente como clássicos”) mais os ‘códigos’ espanhóis (“bastariam talvez as partidas e a novíssima recompilação”) deveria permitir a identificação de etapas paralelas (“por exemplo, na palavra testamento, a nota de *partida* 6.ª desde o *tit.º* 1.º ao 15: *novíssima recompilação lib.10 tit.º* 6, 17 e 18, que indicaria as partes de ambas as coleções em que se tratava a matéria”) e proceder a uma comparação de normas, “por meio da qual estariam sempre à vista todas as disposições sobre cada ponto, que poderiam ser julgadas por comparação depois de terem sido julgadas isoladamente”. Esse trabalho preparatório facilitava a redação dos preceitos com emprego de termos técnicos sem ambiguidades (“para que não possa haver margem para interpretação”); difícil propósito, certamente mais acessível superando o vigente acúmulo de disposições de data muito diferentes. Para avançar no texto, era preciso seguir a regra do consenso ou, pelo menos, da votação majoritária (pelo menos cinco a favor), “pois se é possível que haja essa divergência de opiniões quando se trata de aplicar a um caso particular uma lei obscura ou controversa, certamente não se deveria fazer quando se trata de fixar os princípios imutáveis e eternos da justiça”; sem dúvida, a comparação entre as regras de várias nações mostraria tais princípios.

<sup>15</sup> Cf. ESPANHA. *Diario de las Sesiones de las Cortes*, de 15 de setembro de 1820, p. 1021.

<sup>16</sup> ARGÜELLES, Agustín; *Discurso preliminar a la Constitución de 1812*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011, p. 29.

<sup>17</sup> Foi, por exemplo, o caso da lei militar: “lido este capítulo VIII da lei constitutiva do exército”, informa o *Diario de las Sesiones de las Cortes*, de 22 de maio de 1821, p. 1753-1755, “se mandou imprimir, com o seguinte voto particular do Sr. Sánchez Salvador”; o Arquivo do Congresso conserva uma ordem de 24 de maio de 1821, dirigida à comissão do Diário das Cortes “para que o VSS providencie sua impressão... as cópias anexas do capítulo 8 do projeto de Lei Orgânica do Exército, segundo novamente proposto a respectiva comissão, e o voto particular do Sr. Sanchez Salvador sobre a conveniência do Diretório de Guerra”. Cf. ACD, Gobierno Interior, leg. 13, exp. 95.

<sup>18</sup> Assim Genebra, cujo Regulamento do Conselho Representativo (1814), com preceitos específicos sobre códigos (cf. art. 51) incluiu como apêndice: CAPMANY, Antonio de. *Práctica y estilo de celebrar Cortes en el reino de Aragón...* Madrid: Imprenta de Don José Collado, 1821, p. 281. Sobre o processamento do código na Holanda, cf. *Mercurio de España*, dezembro de 1820, 323-328.

<sup>19</sup> BURGOS, Javier de. Continúa el primer artículo sobre códigos. *Miscelánea de comercio*, 1820, 1-2.

A lavratura de atas e a anotação de informes e opiniões da minoria, periodicamente encaminhados ao governo e às Cortes, permitia a supervisão oficial dos trabalhos. Finalmente, dois ou três integrantes da comissão deviam apresentar o projeto ao Conselho de Estado e esclarecer o parecer que este órgão entregasse às Cortes.

Não temos informações sobre a atividade das comissões de código que funcionaram durante o Triênio. Certamente, não foram seguidas as recomendações detalhadas de Javier de Burgos, publicadas pouco antes de sua aprovação. No único caso exitoso – refiro-me ao Código Penal – o mencionado Conselho não interveio, exceto pela previsão constitucional de seu pronunciamento junto ao monarca “para dar ou negar a sanção das leis” (art. 236 CPME). Uma vez elaborado o parecer da comissão redatora (21 de abril de 1821), o projeto continuou a circular amplamente entre as instituições afetadas e até entre os particulares; foi discutido nas Cortes entre novembro e fevereiro do ano seguinte, mas uma situação dramática – inclusive perdas documentais e brigas entre deputados – atrasou sua aprovação e entrada em vigor por quase um ano.<sup>20</sup>

Nos relatórios apresentados às Cortes e nos debates parlamentares, a questão da prioridade do código penal sobre o civil surgiu com alguma insistência. A referência teórica era o célebre Bentham, defensor em algum escrito menor da opinião de aprovar a legislação penal antes da civil<sup>21</sup>, ainda que suas teses demonstrem a estreita ligação, como elementos reciprocamente envolvidos, das normas civis e penais: algumas dessas regras, por sua natureza e objeto, “somente são divididas apenas para conveniência de distribuição”.<sup>22</sup> Assim, o Código Civil contém a parte *explicativa* – a definição de direitos e obrigações – enquanto ao Código Penal se atribui a parte *imperativa* ou sancionadora. Nessa perspectiva, Bentham escreveu – pelo menos, é o que seus intérpretes o fizeram dizer – que “não se pode redigir um código penal, sem ter determinado o plano do código civil; porque para ter um código penal completo, é necessário que seja incluído nele todo o corpo do direito, pelo menos por remissão”.<sup>23</sup> As propostas de método – “a ordem [na qual] é conveniente dispor as várias partes que compõem um corpo completo de legislação”<sup>24</sup> – do estudioso inglês ensinavam, porém, que o código penal deveria ser elaborado antes do civil. Visto que, em primeiro lugar, aquele contém as normas que mais claramente manifestam a vontade do legislador (“fala como pai e como mestre”), enquanto, em segundo lugar, se dirigem mais diretamente a impedir o dano mútuo dos cidadãos. Situadas no âmbito desse código preferencial, as regras sobre a integridade e proteção da pessoa viriam antes dos crimes contra a propriedade; em geral, também para os códigos civil e constitucional, cabia advertir que “os títulos mais fáceis de conceber devem preceder aqueles cuja compreensão é mais difícil”.

<sup>20</sup> GALIANO, *op. cit.*, p. 264 e ss. Depois das acusações dirigidas aos exaltados por possível furto da minuta que teria que receber a assinatura régia, o Código foi aprovado pelas Cortes a 9 de junho, foi sancionado a 27, as Cortes publicaram-no como lei dois dias mais tarde e finalmente foi promulgado solenemente em 9 de julho de 1822; uma ordem real de 27 de setembro atrasou sua vigência até 1º de janeiro do ano seguinte.

<sup>21</sup> Cf. por exemplo, a carta de John Bowring ao Conde de Toreno, de 28 de novembro de 1820, *in*: SCHOFIELD; HARRIS, *op. cit.*, nº 2770, pp. 190-197 (codificação “first of penal then of civil law”); também Jeremy Bentham para Diego Colón, 6 de dezembro de 1820, *ibid.*, nº 2726, pp. 219-230, p. 222 sobre “the penal branch of the Code”.

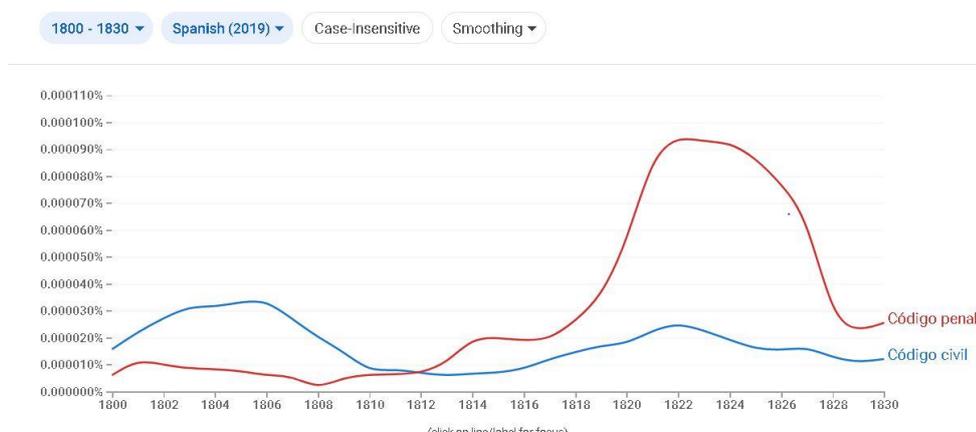
<sup>22</sup> “Idea general de un cuerpo completo de legislación”: BENTHAM, Jeremy. *Tratados de legislación civil y penal...* tomo 4. Madri: Fermín Villalpando, 1822, p. 30 e ss.

<sup>23</sup> *Ibid.* p. 255.

<sup>24</sup> *Ibid.* p. 36 e ss.

A opinião expressa a respeito do Código Penal não foi tão contundente. “Segundo a geração natural de ideias, deve preceder a um Código Penal: primeiro, a Constituição, que lança as bases; segundo, o Código Civil, que as desenvolve”, mas o projeto das Cortes respondia – opinou Nicolás M<sup>º</sup> Garely, principal redator do Código Civil – à razão natural, de modo que seus preceitos não precisavam se basear nas definições dessa outra lei.<sup>25</sup> Apesar de o peruano Manuel de la Bodega, outro membro da comissão do Código Civil, ter proposto interromper a discussão do código penal enquanto avançavam os outros trabalhos, ele não alcançou seu objetivo.<sup>26</sup> Tampouco prosperaram os informes similares enviados pelo claustro universitário de Salamanca e pelo Ateneu de Madrid.<sup>27</sup>

Um gráfico simples que representa a frequência relativa de aparecimento das expressões “Código Civil” e “Código Penal” nos textos digitalizados de livros publicados entre 1800 e 1830 mostra claramente algumas das afirmações anteriores.<sup>28</sup>



Maiores críticas chegaram às Cortes pela ausência de um código de procedimentos, imprescindível para aplicar a nova lei penal e delimitar seu conteúdo substantivo (relatórios do Tribunal Supremo, Universidade de Valladolid, Colégio Forense de Madri), em particular por causa do júri (Audiência de Castilla la Nueva, Audiência de Navarra); Calatrava respondeu a essas fundamentadas observações da melhor maneira que pôde, lembrando a introdução de regras procedentes do projeto de lei no Código, para o embasamento de casos criminais; diante do dilema de aguardar a sua aprovação e deixar, então, *ad Kalendas graecas* a reforma do ordenamento penal, a comissão optou por dar conteúdo processual ao Código substantivo

<sup>25</sup> ESPANHA. *Diario de las Sesiones de las Cortes*, de 24 de novembro de 1821, p. 951-954, com resumo em *El Universal* (Madri), 25 de novembro, p. 1172. À época, Garely escrevia à frente do *Discurso Preliminar* de seu projeto civil (p. 6) que “o Código Penal é uma continuação dos Códigos Constitucional e Civil: é a tabela ou tarifa que expressa a punição devida a quem transfere direta ou indiretamente qualquer das sanções ou artigos de um ou outro; porque atraindo neles os direitos e obrigações, ato pelo qual outrem fica privado de seus direitos e de seu livre exercício”, cf. PETIT, 2019, *op. cit.*, p. 275.

<sup>26</sup> ESPANHA. *Diario de las Sesiones de las Cortes*, de 24 de novembro de 1821, p. 950-951.

<sup>27</sup> ESPANHA. *Diario de las Sesiones de las Cortes*, de 31 de dezembro de 1821, p. 1562; cf. além disso: ATÉNEO ESPAÑOL. *Observaciones del Ateneo español sobre el proyecto de Código penal presentado á las Cortes por la comision especial del seno de las mismas*, Madrid: Impta. de Alban y Cia., 1821, p. 112. Bastou que José María Calatrava, zeloso redator do Código penal, lembrasse que o código civil ainda não havia sido concluído para rejeitar a sugestão.

<sup>28</sup> Elaborado usando a função Google Books Ngram Viewer.

e suprimi-lo em uma futura reforma.<sup>29</sup> A comissão também não gostou que esse Código penetrasse no terreno próprio de uma ordenança de polícia.<sup>30</sup> Na realidade, a codificação do ordenamento foi um desafio tão admirável quanto complexo, e a “nova e confortável divisão com que as leis de uma certa natureza são colocadas separadamente...por séries e matérias verdadeiramente divisíveis”, disse Javier de Burgos, não impedia, muito pelo contrário, exigia um plano de conjunto, bases comuns e particulares que proporcionassem a necessária harmonia a um corpo de leis diversas que estavam, no entanto, intimamente relacionadas porque formavam “um único sistema de legislação...um código geral”.<sup>31</sup> Sem grandes consequências, isso havia sido advertido pelo deputado aragonês Marcial Antonio López durante os debates gerais sobre o Código Punitivo.<sup>32</sup>

O código de instrução penal foi concluído – recebeu três leituras ao longo de outubro de 1821 – e, uma vez impresso, ordenou-se a sua abertura à informação pública<sup>33</sup>; se trata de um texto de elevado interesse devido ao seu regulamento do júri, que não foi aprovado. Por outro lado, o fim da legislatura extraordinária em fevereiro de 1822 determinou, para fins práticos, o abandono da elaboração do Código Civil. Somente foram conservados, como antecipei, 476 artigos dos dois primeiros livros da 1ª parte; creio que o terceiro também foi finalizado – era, em si, um código de direito patrimonial: coisas, bens, contratos, sucessões – mas não foi impresso e se perdeu irremediavelmente.<sup>34</sup> O Código de procedimentos civis ficou para tramitação na legislatura seguinte, “aguardando ansiosamente a publicação do Código Civil para retificá-lo e dar-lhe a última mão, segundo os fundamentos que nestes sejam indicados”<sup>35</sup>; tampouco a esse respeito nada ocorreu.

Um ponto completamente diferente, levantado pelo teor do art. 258 da Constituição, tinha a ver com o grau de particularidades que a nova legislação das Cortes poderia aceitar: este órgão – recordemos – poderia introduzir “variações...por circunstâncias particulares” no teor dos “mesmos [códigos] para toda a Monarquia”; somente se livravam da possível alteração as leis que indicassem “a ordem e as formalidades do processo, que serão uniformes em todos os Tribunais, e nem as Cortes nem o Rei poderão dispensá-las” (art. 244 do CPME). Essa possibilidade foi vista com grande desconfiança por parte da delegação americana, pelo

<sup>29</sup> A questão do código processual tem interessado uma certa historiografia, obra em sua maior parte de especialistas em direito penal, que tem desconfiado da vigência do Código Penal: cf. ultimamente REY, Óscar López. El Código Penal de 1822: publicación, vigencia y aplicación. *Anuario de derecho penal y ciencias penales* 71, 2018, 347-401.

<sup>30</sup> ESPANHA. *Diario de las Sesiones de las Cortes*, de 23 de novembro de 1821, p. 921 e ss; cf. AGUILAR, *op. cit.*, p. 92 e ss. Por decreto XVI, de 6 de dezembro de 1822, foi aprovado o “Regulamento Provisório de Polícia”.

<sup>31</sup> Cf. BURGOS, Javier de. Códigos. *Miscelánea de comercio*, 1821, 3-4. “Sob um sentido genérico”, raciocinou a Comissão Civil (*Discurso Preliminar*, p. 4), “só há um Código para cada país, quando por esta palavra se quer expressar o conjunto ou reunião de todas as suas leis”; por sua vez, o anotador de Bentham considerou a divisão dos códigos *ratione materiae* como solução para melhor divulgação social do direito codificada: Cf. BENTHAM, 1822, *op. cit.*, p. 118-119. Que não se tratava de fórmulas especulativas o mostra, sem ter que dar o salto para a Prússia, o reino Bourbon da Itália, onde vigorava desde 1891 um (único) *Codice delle Due Sicilie* – “dovendo l'intero codice considerasi come sanzionato e pubblicato nel medesimo atto” – cujas várias 'partes' (a civil foi seguida pela penal, as duas processuais e a comercial: *cinq codes*) receberam sanção separada, mas sucessiva, a fim de “accelerare la pubblicazione” (lei de 26 de março de 1819). PETIT, 2019, *op. cit.*, p. 272.

<sup>32</sup> ESPANHA. *Diario de las Sesiones de las Cortes*, de 23 de novembro de 1821, p. 929.

<sup>33</sup> DSS 31 de dezembro de 1821, p. 1560.

<sup>34</sup> Sobre as circunstâncias da perda documental, cf. PETIT, 2019, *op. cit.*, p. 60-61.

<sup>35</sup> DSS 13 fev. 1822, p. 2288

temor de diminuir a igualdade jurídica entre os dois hemisférios da nação espanhola<sup>36</sup>, e sem sair da Espanha europeia, a diversidade jurídica existente representou um sério desafio quando se tratou de elaborar um código geral. Os redatores do Código civil admitiram que, pelo menos em matéria de sucessão, havia “um quadro muito variado...em meio à unidade de princípios políticos. Navarra, as províncias bascas, Aragão, Catalunha e as Ilhas Baleares diferem de Castela em particular, muito mais do que em seu clima e produções”; mas os pensadores do momento, dos quais a mesma comissão não se sentia distante, entenderam que a unidade política saía reforçada com a conquista da unidade jurídica.<sup>37</sup> “Embora o artigo 258 a autorize a ditar modificações locais”, concluiu a comissão, “creio que não deveria adotar outra senão a de qualquer reforma saudável; a de não dar efeito retroativo”.<sup>38</sup>

Inesperadamente, o discurso das variações circunstanciais teve alguma presença no Código penal. Nicolás M<sup>g</sup> Garely, um feroz unitarista em matéria de disposições civis<sup>39</sup>, propôs nos debates sobre as disposições penais que a idade para a plena responsabilidade criminal não deveria ser a mesma em ambos os lados do Atlântico, dada a diversidade de climas e de estilos de vida, visto que “a Constituição...permite fazer no Código criminal as variações que as circunstâncias exigem”<sup>40</sup>. Embora essa objeção não tenha sido considerada, a possibilidade de introduzir variações devido à peculiaridade americana serviu para que o art. 99 do Código ordenasse que “as multas impostas por lei em quantidade determinada de pesos fortes serão dobradas nas províncias ultramarinas”. Assumiu-se, dessa maneira, que “o dinheiro tem a metade do valor na América que tem na Península”.<sup>41</sup>

## 2 DIÁLOGOS ENTRE CÓDIGOS

As dúvidas teóricas e as estratégias práticas que as Cortes seguiram ao elaborar os Códigos civil e penal repousavam sobre uma base certa. Aceitando seus conteúdos específicos – direitos e delitos – também se sabia que essas duas grandes leis estavam intimamente relacionadas.

Não demorou muito para a questão da maioria ser disputada. O projeto civil tratava do assunto de forma complexa, com idades variáveis conforme o ato ou a situação

<sup>36</sup> Notável, nesse sentido, a intervenção do deputado zacateco José Miguel Gordo durante o debate constituinte (“ao não classificar as variações, fica aberta, não apenas uma porta estreita, mas uma porta larga [para] manter a todo custo práticas e costumes, que se em outro tempo foram louváveis, servirão adiante apenas para enfraquecer ou quebrar o vínculo sagrado que deve unir todos os espanhóis”. ESPANHA, *Diario de las Sesiones de las Cortes*, de 21 de novembro de 1821, p. 2306. José Fernández de Leiva, representante do Chile, alegou que se tratava de pequenas exceções, “longe de acreditar que pode ser feitas leis que impeçam a prosperidade de qualquer parte da monarquia”).

<sup>37</sup> Muito importante é a doutrina de BURGOS, 1820, *op. cit.*, p. 1.

<sup>38</sup> Cf. Discurso preliminar: PETIT, 2019, *op. cit.*, p. 29. E quando se levantou nas Cortes alguma voz a favor dos foros – por exemplo, a de Casimiro Loizaga, da Biscaia, a favor das “instituições bascas, que contribuíram para promover a agricultura no solo mais infértil da Espanha”, com uma “variação que conduz ao direito de dispor e suceder nas fazendas rurais do País Basco” (ESPANHA. *Diario de las Sesiones de las Cortes*, de 22 de agosto de 1820, p. 605-607) – o protesto não deu em nada.

<sup>39</sup> Acho significativo que a citação empregada por Garely no início de seu projeto tenha reescrito o art. 258 da CPME nestes termos: “O Código Civil...será o mesmo para toda a Monarquia”.

<sup>40</sup> DSS 22 de dezembro de 1821, p. 1415

<sup>41</sup> ESPANHA. *Diario de las Sesiones de las Cortes*, de 26 de dezembro de 1821, p. 1479 (José Maria Calatrava).

jurídica considerada; por exemplo, a faculdade de realizar testamento se adquiria aos dezesseis ou quatorze anos dependendo do sexo masculino ou feminino (art. 61, projeto do Código civil, PCC), ou seja, na maioria necessária para casar (art. 60 do PCC), mas era preciso esperar até os vinte anos para contrair uma obrigação (art. 65 do PCC), idade regular para sair da tutela ou para obter (filhos do sexo masculino) a condição de emancipado (art. 62 do PCC); o poder paternal sobre os filhos de ambos os sexos se extinguiu com seu vigésimo quinto aniversário (art. 378 do PPC), mas os maiores dessa idade ainda deviam ter o conselho dos seus familiares para se casarem (art. 302 do PCC). A responsabilidade por delitos se assumia a partir dos dezessete anos, embora a partir dos sete a criança pudesse receber alguma reprovação punitiva de acordo com seu grau de discernimento (arts. 23 a 25 do Código penal, CP). É interessante notar que Garely participou, como antecipei, dos debates sobre a matéria, questionando-se sobre a linhagem normativa da regra dos dezessete anos a ponto de sugerir a maioria penal aos vinte, “por cujo meio resultaria em maior conformidade entre os Códigos, já que o civil estabelece a maior idade em vinte anos”.<sup>42</sup>

Mas observo três âmbitos institucionais em que a proximidade entre a lei civil (em rascunho) e a lei penal (finalmente promulgada) exigia a “maior conformidade” que pedia o deputado Garely.

Temos, em primeiro lugar, o consentimento paterno para o casamento dos filhos. O peso da tradição patriarcal, a concepção corporativa da família e os desejos das monarquias esclarecidas de penetrar, pouco a pouco, na regulamentação civil da união matrimonial à custa da Igreja resultaram em normas recompiladas que exigiam tal consentimento ou, na sua falta, a autorização judicial.<sup>43</sup> O projeto do Código das Cortes, em sintonia com outros textos legais da época<sup>44</sup>, aceitou esse estado de coisas e desenhou uma completa regulação que revela a função do *caput familiae* na conclusão da união que fosse mais conveniente aos interesses do grupo. Por um lado, a comissão das Cortes entendeu que nem “a persuasão, nem as promessas ou ameaças relativas a interesses, nem o castigo paternal moderado” bastavam para considerar viciada a ‘livre’ vontade de se casar (art. 282 do PCC). Por outro lado, preceitos sucessivos fixavam os pressupostos do consentimento aos casamentos de menores de vinte e cinco anos que tivessem família: o casamento deveria ser aprovado pelo pai (ou pela mãe se fosse o caso e na falta dele; art. 287 do PCC); pelos avós paternos e maternos na ausência dos anteriores, priorizando a opinião do homem e o *favor matrimonii* em caso de desacordo (art. 288 do PPC); por irmãos e irmãs maiores de vinte e cinco anos, por pluralidade de votos (art. 289 do PCC), se não houver ascendentes ou se não forem qualificados; em suma, também eram chamados a consentir, faltando as pessoas antes mencionadas, os tios e tios-avôs (art. 293 do PCC). Os submetidos a tutela precisavam ter a autorização do tutor e os recolhidos em escola ou estabelecimento público, com o parecer dos diretores (arts. 293-294 do PCC). Em todos esses casos, a recusa ao matrimônio não tinha de ser arguida (art. 296 do PCC), mas o prejudicado pela decisão podia recorrer para o chefe político da província, que instruíria um expediente e resolvia no prazo de trinta dias (arts. 297-

<sup>42</sup> ESPANHA. *Diario de las Sesiones de las Cortes*, de 22 de dezembro de 1821, p. 1415. Expresso desta forma enfática, parece que Garely se fixava na idade para contrair validamente; na realidade, entre os 20 e os 25 anos se mantinha o *status* de filho de família, de modo que os bens do filho continuavam sob a administração e usufruto do pai (cf. art. 384 em relação ao art. 371, 7.º PCC).

<sup>43</sup> Cf. para a Espanha, *Novísima Recopilación* 10.2.9, 1776 (“deixando ileso”, desde logo, “a autoridade eclesiástica... sobre o Sacramento do Matrimônio”); 2.10.14, 1784; 2.10.17, 1788; 10.2.18, 1803, etc.

<sup>44</sup> Limitando-me aos países católicos, recordo os casos da Áustria (§§ 70 ss ABGB), Duas Sicílias (*Codice ... Leggi civil*, art. 67) e Parma (art. 34).

300 do PCC). Para formar um juízo sobre a racionalidade da oposição ao casamento, o projeto do Código contemplava certas situações típicas que a autoridade pública deveria considerar, tais como as diferenças marcantes de idade ou fortuna entre os futuros cônjuges (art. 301 do PCC).<sup>45</sup>

As consequências de uma união não autorizada eram realmente graves. Na ordem civil, o casamento estava tachado de nulidade (art. 303 do PCC), e o projeto regulava minuciosamente a “certidão civil do pacto matrimonial” como uma formalidade substancial, necessária e prévia à celebração religiosa, em que havia de ser registrada (arts. 305-308 PCC). Na ordem penal, a comissão redatora fazia referência, quanto a esse ponto, ao Código pertinente no que toca à punição de “infratores e cúmplices” (art. 303 do PCC), que foi especificado em 1822 pela lei punitiva: reclusão de seis meses a dois anos para “os menores de idade que contraírem casamento sem as licenças necessárias que devem ser obtidas nos termos do código civil” (art. 557 CP). E os funcionários que cooperassem em casamentos irregulares seriam punidos com a suspensão do emprego e do salário, ou da porção eclesiástica caso fosse a hipótese, por quatro anos (art. 558 CP).

A disciplina do *status familiae* foi levada, como podemos ver, muito a sério, e seria completamente errado imaginar as Espanhas de Cádiz como um espaço político povoado por indivíduos dotados de direitos e obrigações sem interferência de corpos ou estados intermediários. O projeto do Código civil admitia-o de forma oblíqua ao recordar seu *Discurso preliminar* de que “a liberdade civil é assegurada pela liberdade política de pensamento, pelo direito de petição, pela capacidade de participar ativa e passivamente na formação das leis, e ao governo econômico, sempre que a idade, o sexo, a condição de estado, o crime ou a sua presunção não crie um obstáculo legal” (grifo meu).<sup>46</sup> A regulação da família, centrada no casamento (“Da condição de marido e mulher”, art. 277 ss PCC), a filiação – de sangue, pois nada se dizia sobre o vínculo adotivo – (“Da condição de pais e filhos”, art. 377 ss PCC) e a servidão e aprendizagem – por contrato temporário, pois o projeto era omissivo sobre a instituição da escravidão, que ainda subsistia – (“Da condição de superior e dependente”, art. 455 ss PCC), girava em torno dos poderes do pai, responsável natural pelo governo doméstico de pessoas e bens; como manifestação notável de uma autoridade muito antiga, e frente a outras experiências contemporâneas, o projeto reservava ao titular do pátrio poder um direito de usufruto dos salários auferidos pelos filhos (art. 281 PCC).<sup>47</sup> Mais um entre outros aspectos

<sup>45</sup> Como obrigação paterna, se estabelecia “a de autorizar com o seu consentimento os atos que podem ser benéficos aos filhos, tais como vínculos matrimoniais, admissão ou renúncia à herança, ou outros semelhantes” (art. 377 do CPC, grifos meus).

<sup>46</sup> *Discurso*, p. 11, PETIT, 2019, *op. cit.*, p. 280. Com razão se escreveu que o nosso projeto “tem a relevantíssima função constitutiva de lançar os fundamentos da sociedade, fixando o *status* de cada indivíduo na mesma. O que faz recorrendo a um critério hierárquico, com muitíssimos pontos em comum com a própria estrutura social do Antigo Regime”. Cf. ALONSO, Clara Álvarez. La legitimación del sistema. Legisladores, jueves y juristas en España (1810 – 1870 ca.) II. *Historia Constitucional* 5, 2004, 100-136, p. 110.

<sup>47</sup> Segundo o ensaio “Libertad, igualdad” publicado em *El Censor* (Madrid), 15 de setembro de 1821 (conclusão), 321-350, que parece ter sido redigido no projeto das Cortes em vista, “por subordinação entende-se as relações de inferior para superior que resultam da hierarquia doméstica e da dependência em que acidentalmente se encontra um homem em relação a outro, seja qual for o título. Assim o filho não é igual ao pai, ao tio, nem ao avô; porque estes, no seu caso e lugar, têm o direito de comandá-lo, repreendê-lo e até castigá-lo, e ele não tem o direito de fazer o mesmo com os mais velhos: o servo não é igual ao mestre, o discípulo ao mestre, o trabalhador a quem o emprega, nem o representante comissionado ou dependente aos seus titulares, naqueles atos que constituam a qualidade de servidor, discípulo, trabalhador e dependente de um estabelecimento”, p. 339-340.

patrimoniais dos deveres pessoais a que os membros do grupo familiar se submetiam perante o seu chefe: a mulher, protegida pelo marido (art. 312 do PCC), devia-lhe obediência (art. 311 do PCC); os filhos, “respeito e cuidadosa reverência” (art. 376 PCC); os dependentes, “respeito e subordinação” (art. 467 do PCC). Essas regras também tinham alcance processual, pois as ações cíveis do filho da família contra o *pater* deveriam ser autorizadas pelo alcaide constitucional, e em nenhum momento era possível acusá-lo criminalmente (art. 376 do PCC).

Como segundo ponto de contato dos dois códigos encontramos o *ius corrigendi*. O civil definia como direito dos pais sobre os filhos “corrigi-los em palavras, e até em atos com moderação”, se necessário com “auxílio da autoridade pública para ocorrências que exijam maior gravidade” (art. 371 do PCC); se os filhos fossem menores de catorze anos, não era necessária a prova dos fatos, de modo que iriam diretamente para a casa de correção por ordem paterna e no prazo máximo de um mês, até seis para os maiores de idade (art. 373 do PCC). Mas o direito de correção estendia-se também às relações do senhor e seus dependentes, pois à simples repreensão verbal, sempre reconhecida, se somavam as faculdades do art. 373 para punir os delitos dos menores que trabalhavam no serviço doméstico (art. 462 PCC).

Paralelamente, o Código penal abordou os conflitos familiares em vários tipos criminais. Os filhos incorrigíveis eram advertidos como desacato pelo alcaide (art. 561 do CP) e podiam ser encarcerados entre um mês e um ano em caso de reincidência (art. 562 do CP); até dois, os maiores de dezessete colocados sob o pátrio poder (art. 563 do CP). No caso de adultos ou emancipados, os maus tratos e as lesões graves infligidas a pais e avós constituíam ainda causa legítima para deserdar (art. 565 CP). Mas o Código penal foi além do projeto do Código civil ao aplicar essas penas às mulheres casadas: ausentar-se sem autorização da casa da família, demonstrar má inclinação ou qualquer outro “excesso grave” autorizava o marido a providenciar sua reclusão em um centro de detenção por no máximo um ano (arts. 569-570 CP). As “justas queixas” da esposa contra o marido também poderiam acarretar a mesma pena (art. 571 CP), embora o legislador tenha confiado “neste ponto a todas as autoridades a maior atenção e prudência, para que não intervenham nas desavenças internas dos matrimônios, a não ser no caso de escândalo público, ou por ação de parte legítima, nem deixem, mesmo em tais circunstâncias, de adotar todos os meios de conciliação antes de impor qualquer penalidade, e para dar lugar ao exercício dos recursos civis que as leis concedem para a separação dos casados e de seus bens” (art. 572 CP).

Uma terceira manifestação da relação – nada fácil – entre os dois códigos considerados dizia respeito às consequências jurídico-privadas de uma punição penal severa: a chamada morte civil.<sup>48</sup>

O Código das Cortes não continha, a rigor, aquela pena (cfr. art. 27 do CP), que se apresentava como a consequência inevitável de outras, perpétuas: pois os condenados a tal condição de trabalho, deportação e desterro fora do reino “serão considerados mortos para todos os fins civis na Espanha” (art. 53 do CP). O alcance da norma era esclarecido ao estabelecer o prazo de nove dias a partir da sentença “para que [os réus] possam regularizar

<sup>48</sup> VALLEJO, Jesús. Vida castellana de la muerte civil. En torno a la ley cuarta de Toro. *Historia. Instituciones. Documentos*, 31, 2004, p. 671-685; sobretudo, VALLEJO, Jesús. Indicio liberal de la muerte civil. El proyecto de Código de 1821 y la definición del sujeto de derechos. *Historia Contemporánea*, 33, 2006, p. 581-603. Para a legislação napoleônica, cf. DI SIMONE, Maria Rosa. L'identità giuridica e la sua perdita nell'istituto della morte civile in Francia tra il XVIII e il XIX secolo. *Rivista di Storia del Diritto Italiano*, 74-75, 2001-2002, p. 21-78.

seus negócios, fazer testamento e dispor livremente de seus bens e créditos de acordo com as leis, sem prejuízo do responsabilidades pecuniárias para que foram sujeitos”, o que cabe deduzir a perda do poder de elaborar testamentos e de outras faculdades dispositivas como principais consequências; se o réu não outorgava o testamento, procedia a sucessão *ab intestato*. Do ponto de vista da situação familiar, o condenado perdia o pátrio poder e o seu casamento se dissolvia para efeitos civis, mas o referido art. 53 permitia ao cônjuge seguir o destino do acusado, que conservava os bens que levou consigo e os adquiridos por sua indústria e trabalho no local da condenação. De particular interesse, na minha opinião, é a situação jurídica do “réu condenado à deportação”, que “será conduzido a uma ilha ou possessão remota, de onde não poderá escapar, e aí ficará para sempre” à disposição do chefe do estabelecimento, embora tenha permanecido no gozo de “alguns ou todos os direitos civis, e os empregos e cargos que o Governo quiser conferir-lhe” (art. 50 do CP). Voltarei a esse assunto dentro de instantes.

Na realidade, o tratamento jurídico da morte civil do deportado era muito diferente de um código para outro. O Código penal permitia a recuperação total ou parcial dos direitos após dez anos de condenação, independentemente do arrependimento do culpado (art. 144 do CP); conhecia do caso a audiência mais próxima (art. 149 do CP), que também era o tribunal competente para determinar as circunstâncias de uma emenda efetiva e a identidade dos direitos cuja devolução merecia o deportado (art. 148 do CP); de entrada, este gozava do direito de propriedade “sobre o que traz consigo” (cf. novamente o art. 53 do CP), o que implicava dispor dos remédios processuais necessários para a sua legítima defesa. Mas a generosidade do legislador penal com alguns mortos civis, que seguiam bastante vivos, ganha ainda mais relevo se recordarmos que as disposições enunciadas tinham sido objeto de uma acalorada discussão que moderou um regime jurídico inicialmente mais restritivo.

Ao contrário do parecer da comissão redatora – presidida por José María Calatrava – alegou-se, com efeito, que o veto constitucional à pena de confisco (art. 304 da CPME) foi acrescentado ao art. 4 da CPME (a propriedade, direito legítimo que a nação protegia por leis sábias e justas) para garantir tal direito ao deportado, evitando os piores efeitos da morte civil no que tocava ao âmbito patrimonial; no fundo, afluía, todavia, nas Cortes um entendimento jusracionalista dos direitos (pois “que razão há para que nenhuma lei humana positiva possa se sobrepor a lei da mesma natureza, em que se fundam o pátrio poder, os direitos do casamento e da propriedade em especial?”) em oposição à filosofia positivista que pulsava nos códigos. Não obstante as razões alegadas pela comissão em defesa do projeto, “o ponto foi declarado suficientemente discutido; e tendo sido votado o artigo em partes, foi reprovado a primeira, e pelo mesmo motivo não foram votados os demais”; o artigo voltou para as mãos dos redatores, quando Calatrava e seus colegas ampliaram o reconhecimento do direito de propriedade em benefício dos condenados: “sendo compreendido”, foi acrescentado ao art. 54 (art. 53 do CP definitivo), “que poderiam levar consigo em dinheiro e móveis tudo o que seria lícito para eles disporem por testamento, mesmo que tivessem herdeiros obrigatórios”, e assim foi aprovado.<sup>49</sup> Nesse mesmo sentido — tão favorável ao morto civil — desapareceu o art. 73 do projeto, que o impedia de receber “dinheiro ou qualquer outra coisa de sua família ou amigos, exceto mantimentos”.

O frustrado Código civil das Cortes fixou um regime mais duro. A regra principal estava contida no art. 81, sobre a extinção dos “direitos civis...por morte civil desde que a sentença

<sup>49</sup> ESPANHA. *Diario de las Sesiones de las Cortes*, de 14 de janeiro de 1822, p. 1801.

tenha executoriedade”, mas excetuava certos direitos classificados como “individuais”, que o réu jamais perderia: os alimentos, a propriedade dos frutos do trabalho pessoal (bem como sua alienação), a liberdade pessoal em grau compatível com a condenação, a faculdade de realizar testamento sobre os bens anteriores e durante o prazo estabelecido em lei. Apesar de que também agora se autorizava o cônjuge a coabitar com o condenado a perpetuidade (art. 333 do PCC), a redução do *status familiae* era completa, de modo que se extinguia a *patria potestas* – com o *ius corrigendi*, o usufruto e a administração dos bens do filho, a faculdade de autorizar o seu casamento etc. – e a perda das expectativas sucessórias em virtude dos vínculos legítimos. Embora esse núcleo jurídico fosse mais favorável do que o previsto nos códigos de outros países<sup>50</sup>, não era tão favorável quanto o Código penal em sua versão final. Por exemplo, o projeto de lei civil admitia o perdão real (art. 83 do PCC), mas sua concessão não significava recuperar sem mais os direitos perdidos, enquanto, como vimos, a lei penal previa que a simples autoridade judicial revisasse a condenação do deportado e restituísse, no todo ou em parte, os direitos de um ‘morto’ que assim recuperava a vida.<sup>51</sup>

### 3 OS CÓDIGOS DOS OUTROS

O pouco que sabemos do Código civil não permite cruzar os preceitos sobre a propriedade com a pertinente regulação penal que a protegia; os exemplos alegados são, porém, suficientes para mostrar a relação que mantinham essas duas leis, cujas divergências normativas certamente teriam justificado debates parlamentares que nunca ocorreram. Mas, nesta altura, cabe lançar um olhar sobre os códigos do momento para aferir a singularidade das tentativas e realizações espanholas.

Partia-se do contraste entre a autoridade universalmente reconhecida de Jeremy Bentham – “legislador do mundo”, na expressão admirada de Bernardino Rivadavia – e a efetividade de suas propostas de codificação.<sup>52</sup> Não se concretizaram suas contínuas ofertas – o mesmo ao americano James Madison (1811) e ao czar russo Alexandre I (1814) – para elaborar os códigos nacionais, argumentando sobre a conveniência de ser um autor estrangeiro, sem compromissos herdados ou interesses locais, que elaborasse uma lei tecnicamente perfeita<sup>53</sup>; mas a utopia da solução racional, abstraída da história jurídica, só foi realizada tardiamente na Índia britânica.<sup>54</sup> A análise dos textos digitalizados em idioma

<sup>50</sup> Por exemplo, o *Code Civil* do cantão de Vaud (1819) especificava sobre o civilmente falecido que “le seul acte civil dont il soit capaz est de recevoir des dons à titre d'aliments” (art. 12).

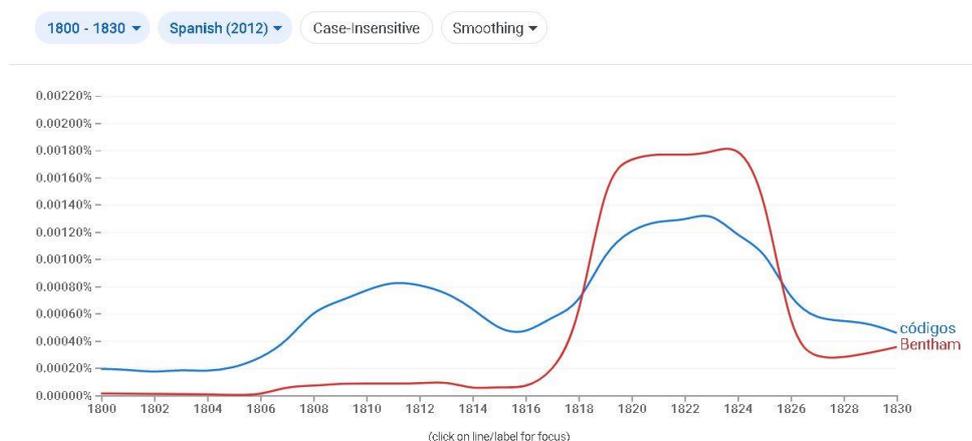
<sup>51</sup> Cf. Código Penal, art. 149: “Não obstante a regra geral estabelecida no artigo 146, os deportados poderão requerer e obter, em tempo da audiência mais próximo do lugar da deportação, a graça de exercer todos ou alguns dos seus direitos civis; observando-se em tudo o mais o que está impedido, e devendo também a mesma audiência notificar a graça que concede, com testemunho dos fundamentos, ao juiz ou tribunal que condenou o réu”.

<sup>52</sup> DI PASQUALE, Mariano. Entre la experimentación política la circulación de saberes: la gestión de Bernardino Rivadavia en Buenos Aires, 1821-1827. *Secuencia. Revista de historia y ciencias sociales*, 87, 2013, p. 51-65. Em geral, cf. WILLIFORD, Miriam. *Jeremy Bentham on Spanish America. An Account of his Letters and Proposals to the New World*. Baton Rouge: Louisiana State University, 1980.

<sup>53</sup> BENTHAM, Jeremy. *Legislator of the World. Writings on Codification, Law and Education*. In: SCHOFIELD; HARRIS, *op. cit.*

<sup>54</sup> Sobre o Código Penal elaborado por Thomas Macauley, que finalmente entrou em vigor (1860) várias décadas após a sua criação, cf. STEPHEN, James Fitzjames. *History of the Criminal Law of England III*. Londres: MacMillan & Company, 1883, p. 297 e ss; STOKES, Eric. *The English Utilitarians and India*. Delhi-Oxford: Clarendon Press, 1959.

espanhol publicados nas três primeiras décadas do século evidencia, em um gráfico simples, que os termos “códigos” e “Bentham” estiveram intimamente relacionados no Triênio:



Um dos aspectos centrais da teoria legislativa do pensador radical – o chamado *rationale*: ou exposição das razões que aconselhavam o legislador a adotar determinado preceito (“a mass of reasons, accompanying, in the shape of a perpetual commentary, the hole mass of imperative or regulative matter”) – queria passar da teoria à prática por meio da intervenção de Étienne Dumont, o famoso editor-tradutor suíço de Bentham.<sup>55</sup> Dumont preparou um projeto penal para o cantão genebrino que superasse o duro Código Napoleônico, então vigente ali; no entanto, segundo confessou ao seu mestre, “je suis fort loin d’être satisfait... on m’a fait faire des sacrifices que je regrette encore, on a mutilé toute la partie des expositions”; ao menos, “c’est déjà un grand point de gagné que de montrer par le fait que votre plan n’étoit pas inexécutable, n’étoit pas une belle spéculation de cabinet comme l’avaient décidé les rapporteurs du Code pénal français”.<sup>56</sup> A transcrição de um preceito qualquer do projeto de Dumont<sup>57</sup> nos permite avaliar essa técnica legislativa pouco compreendida em Genebra:

Art. 120. Il y [a] délit d’insulte toutes les fois que de dessein prémédité, un individu témoigne du mépris à un autre par gestes, paroles, ou de toute autre manière positive.

*Exposition.* Une insulte consiste le plus souvent en quelqu’acte grave comme affront, quand même il serait nul comme douleur. Les juges ont la faculté de ne pas admettre la plainte quand l’insulte est frivole, ou par sa nature difficile à prouver.

<sup>55</sup> Em geral, cf. LEE-JAHNKE, Hannelore. Étienne Dumont, ou l’esprit cartésien au service du juriconsulte Jeremy Bentham. In: DELISLE, Jean [ed.]. *Portraits de traducteurs*. Ottawa: Les Presses de l’Université d’Ottawa, 1999, p. 131-169.

<sup>56</sup> Dumont para Bentham, 22 de fevereiro de 1821, in: SCHOFIELD, Philip; HARRIS, Jonathan, *op. cit.*, nº 2756, 295-298, p. 295. Mas ao prefaciar o seu *Projeto* (ver nota a seguir), Dumont aplaudiu os colegas da comissão que, com maior conhecimento das circunstâncias do cantão suíço, melhoraram seu trabalho, “car, supposez le Code le mieux fait, selon les principes de la science, il sera nécessaire de le modifier selon les temps et les lieux”, p. VII.

<sup>57</sup> Cf. *Projet de Code penal pour la République et Canton de Genève*. Présenté par le Comité préparatoire à la Commission, établie par un arrêté du Conseil d’État, de 28 de maio de 1817. Genève: Imp. de Guill<sup>e</sup> Flick, Avril 1821.

Como anunciei há pouco, as fórmulas de Betham para melhor elucidar as disposições legais – e assim divulgar e convencer seus destinatários – passaram, especialmente, para o direito anglo-indiano, como podemos verificar, por exemplo, observando a norma sobre “criminal intimidation”:

Art. 503. Whoever threatens another with any injury to his person, reputation or property, or to the person or reputation of any one in whom that person is interested, with intent to cause alarm to that person, or to cause that person act which he is not legally bound to do, or to omit to do any act which that person is legally entitled to do, as the means of avoiding the execution of such threat, commits criminal intimidation.

*Explanation* – A threat to injure the reputation of any deceased person in whom the person threatened is interested, is within this section.

*Illustration.* A, for the purpose of inducing B to desist from prosecuting a civil suit, threatens to burn B’s house. A is guilty of criminal intimidation.

À 'explicação' que declarava como delito de ameaça atentar contra o bom nome de pessoa falecida, a 'ilustração' do legislador acrescentava um *casus* ou descrição de uma ação hipotética que respondia ao tipo penal previsto. Na realidade, o Código anglo-indiano – um texto justamente célebre e celebrado, ainda em vigor – apresenta uma estrutura normativa complexa, não sendo raros os artigos em que várias explicações e ilustrações vinculavam-se à disposição principal, inclusive enriquecida com 'exceções' a título de de *glossa ordinaria* (um “perpetual commentary”) destinada a disciplinar, se não suprimir totalmente, a interpretação judicial da lei.<sup>58</sup>

Ainda que a técnica utilizada não tenha sido a principal razão, é conhecida a fúria com que o erudito inglês lia o Código penal das Cortes. Suas famosas *Letters to Count Toreno on the Proposed Code, delivered in by the Legislation Committee of the Spanish Cortes* (1822) atacavam duramente um projeto penal (“je viens de finir un carnage”, escreveu a um interlocutor português), demasiado sanguinário no seu recurso à pena de morte e demasiado intolerante em questões de imprensa e religião.<sup>59</sup> A pena capital certamente não era abundante no texto genebrino de Dumont, em que a morte costumava aparecer ao lado de uma pena mais branda como alternativa (cf. arts. 95 e 258), mas era frequente no primeiro Código penal do século, a lei napoleônica de 1810.<sup>60</sup> A espanhola, bem mais extensa que a francesa (816 artigos no total, contra 484 na França), seguiu sua orientação com evidentes contatos de conteúdo e sistema, a ponto de Calatrava recordar, refutando as críticas do Colégio dos Advogados de Madrid, “aquelas acusações que em outro tempo se faziam, dizendo que nossa Constituição tinha sido uma cópia da francesa de 1791”.<sup>61</sup> Claro, não foram

<sup>58</sup> Tenho em vista STOKES, Whitley [ed.]. *The Anglo-Indian Codes I. Substantive Law*. Oxford: Clarendon Press, 1887.

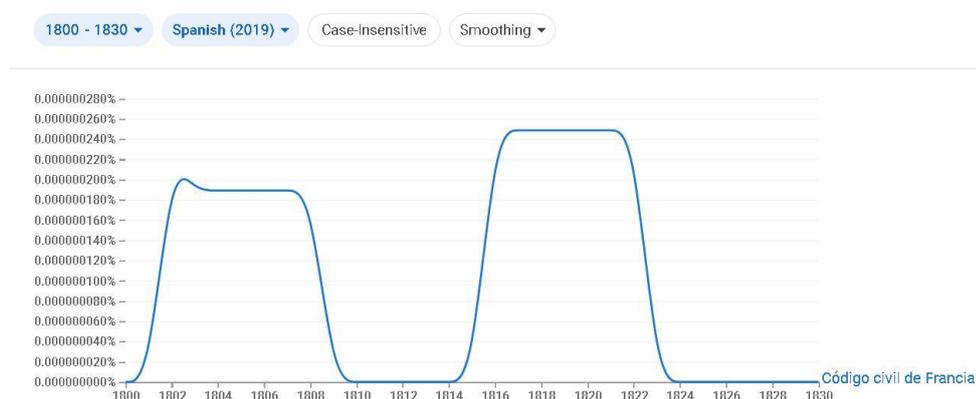
<sup>59</sup> PEASE-WATKIN, Catherine. On the Liberty of the Press, and Public Discussion and on the Legal and Political Writings for Spain and Portugal. In: Schofield; HARRIS, *op. cit.*; p. 113-274. Para observações sobre o Código contendo a correspondência de Bentham, cf. PETIT, 2020. *op. cit.*, p. 118 e ss.

<sup>60</sup> Para a geração “esclarecida” de códigos penais, cf. CARTUYVELS, Y. Elements pour une approche généalogique du code penal. *Déviance et société*, 18, 1994, p. 373-396.

<sup>61</sup> ESPANHA. *Diario de las Sesiones de las Cortes*, de 23 de novembro de 1821, p. 924. Sobre a relação entre o Código espanhol e o Código francês, tendo como referência comum o tratado de Beccaria, dissertou anos atrás: GIRÓN, Vicente Romero. *Pacheco y el movimiento de la legislación penal en España en el presente siglo*. Madrid: Ateneo de Madrid, 1887.

muito diferentes os códigos equivalentes das Duas Sicílias (1819) ou do Ducado de Parma (1820).

A predominância francesa sobre a lei penal contrasta com a pluralidade de modelos na legislação civil: entre 1804, data do *Code civil des français* (o *Code Napoléon* de 1807) e 1821, quando foi publicado o longo fragmento do Código que prepararam as Cortes, ainda não existia um código dominante. Esta afirmação não nos impede de constatar que os textos em castelhano do primeiro terço do século, disponíveis em versão digital, registrem um pico de atenção quando da promulgação do famoso Código da França (1804) e quando a vigência da Constituição de Cádiz relançou na Espanha o debate sobre a codificação:



O Código francês deixou marcas profundas nas *leggi civili* de Nápoles – Sicília (1819) e no primeiro *Code* de Vaud (1819), mas circulavam textos de outra estirpe, como o ABGB (ou seja, *Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für die gesammten Deutschen Erbländer der Österreichischen Monarchie*, 1811, também estendido a grandes áreas da Itália) ou o *Codice civile* de Parma (1820). Havia inclusive uma notável imprecisão em torno do conteúdo institucional que deveria abarcar um bom código civil.

Por exemplo, o código de Parma se apartou de Napoleão em vários pontos significativos.<sup>62</sup> As regras equivalentes ao título preliminar do *Code* (“Della promulgazione e delli effetti delle leggi civili”, artigos 1-8) careciam da decisiva disposição que submetia o juiz ao cumprimento do mandato legislativo (sob ameaça de sanção criminal: “comme coupable de déni de justice”, art. 4<sup>o</sup>), o que, antes de ser um ponto técnico irrelevante, insinuava uma concepção complexa das fontes: se apreciava claramente nas convenções contratuais, que constroem “non solo a ciò che in esse è expresse, ma anche tutte le con seguenze, che l'equità, la consuetudine, o la legge attribuiscono all'obbligazione secondo la sua natura” (art. 1108). O costume também serviu para especificar, entre outros extremos, o conteúdo do direito de usufruto (art. 461), o prazo de reclamação por vícios na compra e venda (art. 1464), os gastos de manutenção do imóvel arrendado (art. 1665) ou a renovação tácita desse mesmo pacto (art. 1669). Ainda que a cota de originalidade do *Codice civile* da duquesa Maria Luigia fosse marcada por duas outras características singulares.

<sup>62</sup> Em geral, sobre os códigos preunitários na perspectiva que agora nos interessa, cf. SPINOSA, Alberto. *Civili in diversissimo modo*. Modello napoleonico e tradizioni giuridiche nazionali nell'Italia dell'Ottocento. Milano: Giuffrè, 2017.

Por um lado, a recepção da velha teoria do *status* contrastava com a consagração do indivíduo *in abstracto* como sujeito de direitos.<sup>63</sup> “Le persone si considerano dalla legge”, ordenou o art. 9, “nello stato di cittadinanza, nello stato di famiglia, e nello stato di tutela”, de modo que a lei declinava as posições correspondentes em função da inclusão do ser humano nessas grandes categorias jurídicas. E, sem dúvida, o gozo do primeiro era decisivo para os direitos civis (art. 11), “quelli che la legge civile attribuisce allo stato di famiglia, e di tutela, quelli che risguardano alla capacità di disporre, e ricevere per testamento o per donazione, e di succedere ab intestato, e tutti quelli, per l'esercizio de quali è richiesta espressamente la qualità di cittadino” (art. 12); a admissão no ducado emiliano de primogenituras não pode, então, nos surpreender (arts. 689 ss, “Delle disposizioni che valgono per grazia del Sovrano”). O Código projetado na Espanha também ordenava o direito da pessoa segundo sua “condição doméstica” (marido e mulher, pais e filhos, protetor e protegido, superior e dependente), traduzindo em termos jurídicos as desigualdades naturais que seus redatores admitiam, mas aqui se fazia presente a influência de Bentham.<sup>64</sup>

Por outro lado, o *Codice civile* de Parma incluiu em sede de contratos as principais instituições comerciais, não deixando margem para uma codificação comercial separada como a francesa (*Code de commerce*, 1807). E assim, esse código 'civil' (que não era só) regulou o regime dos transportes (arts. 1692-1708), o seguro (arts. 1854-1866), os títulos de crédito (letras, arts. 1523-1603; notas promissórias, arts. 1604-1607), por fim, as sociedades comerciais (artigos 1806-1835). Coube à doutrina compilar as disposições correspondentes “nell'ordine del Codice francese”.<sup>65</sup>

A abertura dos códigos civis ao direito comercial foi prevista em algumas das propostas submetidas ao concurso das Cortes portuguesas. Penso em Alberto Carlos de Menezes, magistrado do Porto, que em 1822 apresentou o seu *Prospecto do Código Civil*; o desenho incluía a organização de tribunais e o procedimento (com possibilidade de julgamento por júri, “logo que uma das partes os requeira”), o direito das pessoas (cidadania, liberdade civil, família, natureza) e o direito patrimonial (propriedade, contratos), incluindo “a legislação agrária e comercial”. Não ficou atrás um segundo concorrente, Vicente Cardozo da Costa, cujo plano abordou tanto o direito material quanto o processual (o que, na realidade, contemplava o decreto de convocatória).<sup>66</sup>

*Que he o Código Civil* não era, então, uma questão de pouca importância no Triênio. Se os textos citados nos ilustram sobre a abertura da lei civil à justiça e ao procedimento<sup>67</sup>,

<sup>63</sup> Sempre instrutivo CAPPELLINI, Paolo. *Status accipitur tripliciter* Postilla breve per un'anamnesi di *capacità giuridica e sistema del diritto romano attuale*. In: *Studi in memoria di Mario Viora*. Roma: Fondazione Sergio Mochy Onory, 1990, p. 73-148.

<sup>64</sup> NUÑEZ, Toribio. *Ciencia social segun los principios de Bentham*. Madrid: Imprenta Real, 1835, p. 413 de “Derechos y obligaciones de los diferentes estados privados”.

<sup>65</sup> CIPELLI, Bernardino. *Diritto commerciale vegliante nei ducati di Parma, Piacenza e Guastalla raccolto dai Codici civile, di Processura civile, e penale, e restaurato nell'ordine del Codice francese di commerce*. Parma: Tip. Carmignani, 1846.

<sup>66</sup> COSTA, *op. cit.*; MENEZES, *op. cit.*

<sup>67</sup> No projeto do Código de Instrução criminal, os seus autores justificavam a existência de um regime provisório dos tribunais enquanto saísse o Código Civil, ao qual cabia – na visão deles – regulamentar esta matéria, pois “tudo o que se relacionasse com a designação dos tribunais e suas faculdades é próprio e peculiar do Código Civil”. Cf. *Proyecto de Código de procedimiento criminal presentado a las Cortes por la comisión especial nombrada al efecto*, Madrid, Impta. Nacional, 1821, p. VI-VII.

com particular interesse em incluir também as figuras essenciais do direito comercial<sup>68</sup>, o incompleto projeto espanhol foi, à sua época, a mais radical tentativa ao rejeitar o possível precedente napoleônico.

## ■ CONCLUSÃO

Assim chegamos ao fim destas páginas. Não posso me dedicar a pensar sobre a sensibilidade do projeto das Cortes em relação aos direitos individuais; seus redatores o consideravam uma “lei secundária”, portanto enraizada na Constituição e destinada a explicitar o art. 4 da CPME que a eles se referiu de forma tão sintética (cf. arts. 34-52 do PCC). Pois este texto incluiu, primeiramente, um longo tratamento *Das Leis* (artigos 1-33) que pouco tinha a ver com o diminuto *Titre préliminaire* de Napoleão: ali se desenvolviam as categorias constitucionais em relação às normas e seus requisitos de vigência temporal e espacial, bem como as circunstâncias em que cabia obedecer e não cumprir os mandamentos regulamentares de uma autoridade superior. E, sobretudo, em segundo lugar, o Código abrangeria “o direito público interno, ou seja, a administração geral do Estado nos ramos eclesiástico, militar, judicial e político com todas as suas dependências”, numa espécie de “código administrativo” que funcionasse como “a garantia legal dos direitos e obrigações que emanam da Constituição” (cf. art. 269 do PCC). Esta Segunda parte (“Da administração geral do Estado para fazer efetivos os direitos e as obrigações”) não tinha paralelo na pequena biblioteca contemporânea de leis civis; explica-se pelo esforço constitucional de um Código impossível que foi um marco isolado que ninguém levou muito a sério. Talvez tenha chegado a hora de resgatá-lo do esquecimento<sup>69</sup>.

## REFERÊNCIAS

AGUILAR, Manuel Torres. *Génesis parlamentaria del Código penal de 1822*. Messina: Sicania, 2008.

ALONSO, Clara Álvarez. La legitimación del sistema. Legisladores, jueves y juristas en España (1810 – 1870 ca.) II. *Historia Constitucional* 5, 2004.

ARGÜELLES, Agustín; *Discurso preliminar a la Constitución de 1812*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011.

ATÉNEO ESPAÑOL. *Observaciones del Ateneo español sobre el proyecto de Código penal presentado á las Córtes por la comision especial del seno de las mismas*, Madrid: Impta. de Alban y Cia., 1821.

<sup>68</sup> Também o *Code Civil* de Vaud (11 de junho de 1819) estava atento às instituições do comércio (arts. 336, 807, 854, 932, 1357, 1501, 1553), embora fosse algumas menções rápidas a respeito de usos profissionais.

<sup>69</sup> Foi pioneiro em seu estudo, REIG, Mariano Peset. La primera codificación liberal en España (1808-1823). *Revista crítica de derecho inmobiliario*, 48, 1972. p. 125-157.

BENTHAM, Jeremy. *Tratados de legislación civil y penal...* tomo 4. Madri: Fermín Villalpando, 1822.

BURGOS, Javier de. Códigos. *Miscelánea de comercio*, 1821.

BURGOS, Javier de. Continúa el primer artículo sobre códigos. *Miscelánea de comercio*, 1820.

CAPMANY, Antonio de. *Práctica y estilo de celebrar Cortes en el reino de Aragón...* Madrid: Imprenta de Don José Collado, 1821.

CAPPELLINI, Paolo. *Status accipitur tripliciter* Postilla breve per un'anamnesi di *capacità giuridica e sistema del diritto romano attuale*. In: *Studi in memoria di Mario Viora*. Roma: Fondazione Sergio Mochy Onory, 1990.

CARDONA, Álvaro. *La salud pública en España durante el Trienio liberal (1820-1823)*. Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 2005.

CARTUYVELS, Y. Elements pour une approche généalogique du code penal. *Déviance et société*, 18, 1994.

CIPELLI, Bernardino. *Diritto commerciale vegliante nei ducati di Parma, Piacenza e Guastalla raccolto dai Codici civile, di Processura civile, e penale, e restaurato nell'ordine del Codice francese di commerce*. Parma: Tip. Carmignani, 1846.

COCCHIARA, Maria Antonella. *Istituzioni giudiziarie e amministrazione della giustizia nella Sicilia borbonica*. Milano: Giuffrè, 2003.

CÓDIGOS. Artículo tercero. *El Constitucional*. Madri, 1820.

COSTA, Vicente José Ferreira Cardozo da. *Explicação da árvore que representa o prospecto do Código*, 1822.

COSTA, Vicente José Ferreira Cardozo da. *Que he o Codigo civil?*, 1822.

DI SIMONE, Maria Rosa. L'identità giuridica e la sua perdita nell'istituto della morte civile in Francia tra il XVIII e il XIX secolo. *Rivista di Storia del Diritto Italiano*, 74-75, 2001-2002.

*EL ESPAÑOL Constitucional: Ó Miscelánea de Política, Ciencias y Artes, Literatura &c*, nº 24, 1820.

ESPANHA, *Diario de las Sesiones de las Cortes*, de 21 de novembro de 1821.

ESPANHA. *Diario de las Sesiones de las Cortes*, de 14 de janeiro de 1822.

ESPANHA. *Diario de las Sesiones de las Cortes*, de 15 de setembro de 1820.

ESPANHA. *Diario de las Sesiones de las Cortes*, de 22 de agosto de 1820.

ESPANHA. *Diario de las Sesiones de las Cortes*, de 22 de dezembro de 1821.

ESPANHA. *Diario de las Sesiones de las Cortes*, de 22 de maio de 1821.

ESPANHA. *Diario de las Sesiones de las Cortes*, de 23 de novembro de 1821..

ESPANHA. *Diario de las Sesiones de las Cortes*, de 24 de novembro de 1821.

ESPANHA. *Diario de las Sesiones de las Cortes*, de 25 de agosto de 1820.

ESPANHA. *Diario de las Sesiones de las Cortes*, de 26 de dezembro de 1821.

ESPANHA. *Diario de las Sesiones de las Cortes*, de 31 de dezembro de 1821.

- ESPAÑA. *Diario de las Sesiones de las Cortes*, de 8 de maio de 1821.
- GAITE, Juan Francisco Lasso. *Crónica de la Codificación española*. Tomo 3. Madrid: Ministerio de Justicia (Comisión general de Codificación), 1975.
- GAITE, Juan Francisco Lasso. *Crónica de la Codificación española*. Tomo 4. Madrid: Ministerio de Justicia (Comisión general de Codificación), 1979.
- GAITE, Juan Francisco Lasso. *Crónica de la Codificación española*. Tomo 5. Madrid: Ministerio de Justicia (Comisión general de Codificación), 1984.
- GALIANO, Antonio Alcalá. *Memorias de D. Antonio... publicadas por su hijo*. Tomo 2. Madrid: Impa. por E. Rubiños, 1886.
- GIRÓN, Vicente Romero. *Pacheco y el movimiento de la legislación penal en España en el presente siglo*. Madrid: Ateneo de Madrid, 1887.
- LEE-JAHNKE, Hannelore. Étienne Dumont, ou l'esprit cartésien au service du juriconsulte Jeremy Bentham. In: DELISLE, Jean [ed.]. *Portraits de traducteurs*. Ottawa: Les Presses de l'Université d'Ottawa, 1999.
- MARQUES, Mário Reis. *O liberalismo e a codificação do direito civil em Portugal*. Coimbra: Boletim... de Coimbra, Sup. 29, 1986.
- MAS GALVAÑ, Cayetano. La democracia templada según un “clérigo del lugar”: Perfiles biográficos e ideológicos de D. Ramón de los Santos García. In: SARASOLA, Ignacio Fernández [ed.]. *Constituciones en la sombra*. Proyectos constitucionales españoles (1809-1823). Oviedo: *In itinere* – Centro de Estudios Políticos e Constitucionais, 2014.
- MEMORIAS de los ministros. *El Censor*, 1820.
- MENEZES, Alberto Carlos de. *Ao Soberano Congresso de Cortes o prospecto do Código civil...* Lisboa: Typografia Maigrense, 1822.
- NOVARESE, Daniela. *Costituzione e codificazione nella Sicilia dell'Ottocento*. Il “Progetto di Codice penale” del 1813. Milano: Giuffrè, 2000.
- NUÑEZ, Toribio. *Ciencia social segun los principios de Bentham*. Madrid: Imprenta Real, 1835.
- PACHECO, Juan Francisco. Códigos. Su formación. Su discusión. *Boletín de Jurisprudencia y Legislación*, n. 1, 1836.
- PETIT, Carlos. Los Códigos del Trienio liberal. Una exégesis del art. 258 de la Constitución de Cádiz. *História Constituciona*, nº 21, 2020.
- PETIT, Carlos. *Un Código civil perfecto y bien calculado*. El proyecto de 1821 en la historia de la codificación. Madrid: Dykinson, 2019.
- REIG, Mariano Peset. La primera codificación liberal en España (1808-1823). *Revista crítica de derecho inmobiliario*, 48, 1972.
- REY, Óscar López. El Código Penal de 1822: publicación, vigencia y aplicación. *Anuario de derecho penal y ciencias penales* 71, 2018.
- SCHOFIELD, Philip; HARRIS, Jonathan. *The collected works of Jeremy Bentham*. Oxford: Clarendon Press, nº 2712, 1994.

SPINOSA, Alberto. *Civili in diversissimo modo*. Modello napoleonico e tradizioni giuridiche nazionali nell'Italia dell'Ottocento. Milano: Giuffrè, 2017.

STOKES, Eric. *The English Utilitarians and India*. Delhi-Oxford: Clarendon Press, 1959.

STOKES, Whitley [ed.]. *The Anglo-Indian Codes I. Substantive Law*. Oxford: Clarendon Press, 1887.

TEPHEN, James Fitzjames. *History of the Criminal Law of England III*. Londres: MacMillan & Company, 1883.

VALLEJO, Jesús. Indicio liberal de la muerte civil. El proyecto de Código de 1821 y la definición del sujeto de derechos. *Historia Contemporánea*, 33, 2006.

VALLEJO, Jesús. Vida castellana de la muerte civil. En torno a la ley cuarta de Toro. *Historia. Instituciones. Documentos*, 31, 2004.



# LA JUSTICE CONSTITUTIONNELLE EN FRANCE, DU REJET A L'ADOPTION

CONSTITUTIONAL JUSTICE IN FRANCE, FROM REJECTION TO ADHERENCE

MARTIAL MATHIEU\*

## RESUMO

L'histoire constitutionnelle française a longtemps été dominée par une tradition d'hostilité au gouvernement des juges. En effet, la Révolution française consacre une conception de la loi qui place les juges dans un rapport de subordination et de dépendance à l'égard de la législation. Elle condamne ainsi les prétentions des cours supérieures de justice, qui ont tenté de soumettre la législation royale au respect de principes constitutionnels. Des Lumières au Second Empire, les tentatives visant à imposer la suprématie des normes constitutionnelles se heurtent à la souveraineté de la loi parlementaire, qui connaît son apogée sous la Troisième République. Au cours de la seconde moitié du XXe siècle, cette tradition légicentriste s'érode progressivement, face au développement de la justice constitutionnelle dans les pays d'Europe occidentale. Pourtant, au lendemain de la Seconde guerre mondiale, les partisans du contrôle de constitutionnalité sont loin de tous considérer qu'il faut confier cette tâche à une juridiction. L'hostilité au gouvernement des juges conduit ainsi à l'instauration du contrôle de constitutionnalité sans justice constitutionnelle. L'émergence progressive de la justice constitutionnelle sous la Cinquième République procède d'une rupture avec l'esprit de la constitution de 1958. Initiée par le Conseil constitutionnel, cette évolution a ensuite été confirmée par la révision de la constitution, consacrant l'adoption laborieuse de la justice constitutionnelle par les institutions françaises.

**Palavras-chave:** justice constitutionnelle; contrôle de constitutionnalité; gouvernement des juges; constitutionnalisme; légicentrisme; Conseil constitutionnel; Troisième République; Quatrième République; Cinquième République; Révolution française.

## ABSTRACT

For a long time, French constitutional history used to be dominated by a tradition of hostility to judicial activism. As a matter of fact, the French Revolution consecrated a definition of law which put judges in a situation of subordination to legislation. The Revolution thus condemned the claim of higher judicial courts who had tried to compel the royal legislation to abide by constitutional principles. From the Enlightenment to the Second Empire, attempts to impose the superiority of constitutional norms failed because of parliamentary sovereignty, which reached its zenith under the Third Republic. During the second half of the twentieth century, this tradition of parliamentary sovereignty progressively eroded, under the influence of constitutional justice's expansion in Western European countries. Though, after the Second World War, the supporters of constitutionality review didn't consider that such a task should be entrusted to a judicial body. Hostility to judicial activism hence led to the establishment of constitutionality review without constitutional justice. The progressive emergence of constitutional justice under the Fifth Republic ensued from a break with the spirit of the Constitution of 1958. Initiated by the Conseil constitutionnel, this change was later confirmed by constitutional amendments, which consecrated the laborious adherence to constitutional justice by the French institutions.

**Keywords:** constitutional justice, constitutionality review, judicial activism, constitutionalism, parliamentary sovereignty, Conseil constitutionnel, Third Republic, Fourth Republic, Fifth Republic, French Revolution.

\* Doutor em História do Direito pela Université Grenoble 2.

Professor de História do Direito na Université Grenoble Alpes, Centre d'études sur la sécurité internationale et les coopérations européennes (CESICE), Département Histoire des droits de l'homme  
[martial.mathieu@univ-grenoble-alpes.fr](mailto:martial.mathieu@univ-grenoble-alpes.fr)

Recebido em 5-11-2022 | Aprovado em 29-11-2022



## SUMÁRIO

**INTRODUCTION; 1 UNE LONGUE TRADITION D'HOSTILITE AU GOUVERNEMENT DES JUGES; 1.1 Les échecs du contrôle de constitutionnalité des lois, des Lumières au Second Empire; 1.1.1 Sous l'Ancien Régime; 1.1.2 La Révolution Française; 1.1.3 Du Consulat au Second Empire; 1.2 Le triomphe du légicentrisme sous la Troisième République; 2 UNE CONVERSION TARDIVE A LA JUSTICE CONSTITUTIONNELLE; 2.1 Le contrôle de constitutionnalité sans justice constitutionnelle; 2.1.1 La Quatrième République; 2.1.2 La Cinquième République; 2.2 L'adoption laborieuse de la justice constitutionnelle; ORIENTATION BIBLIOGRAPHIQUE**

## ■ INTRODUCTION

Le développement de la justice constitutionnelle en France est un phénomène récent, dont les prémices remontent aux années 1970, et qui a pris une dimension nouvelle depuis les années 2010. Au cours de ces cinquante années, le contrôle de constitutionnalité prévu par la constitution de la Cinquième République a connu une série de profondes mutations, qui ont permis une véritable métamorphose du Conseil constitutionnel. La “Cour suprême de Musée Grévin”, dénoncée par François Mitterrand en 1964<sup>1</sup>, s’est ainsi transformée en gardien des droits et libertés.

La justice constitutionnelle peut remplir diverses missions relevant du contrôle de constitutionnalité<sup>2</sup>. L’une de ces missions consiste à faire respecter la répartition des compétences définie par la constitution. Cette fonction revêt une utilité majeure dans les États fédéraux, mais en France sa portée est plus restreinte. C’est néanmoins celle qui a été confiée au Conseil constitutionnel lors de sa création en 1958. Il s’agissait alors de faire respecter les limites nouvellement assignées à la compétence du Parlement en matière législative, par un organe dont la nature était plus politique que juridictionnelle. En s’attribuant une autre fonction relevant du contrôle de constitutionnalité, la protection des droits garantis par la constitution, le Conseil constitutionnel s’est progressivement mué en juridiction constitutionnelle.

Depuis lors, la France s’est ralliée au modèle constitutionnaliste, promu par le Conseil de l’Europe pour assurer le règne de “la démocratie par le droit”. Dès 1987, le Conseil constitutionnel français a rejoint la Conférence des cours constitutionnelles européennes, exprimant sa volonté d’être reconnu comme une véritable juridiction. La France rompait ainsi avec une longue tradition légicentriste, qui attribuait au législateur le dernier mot à l’égard de la mise en œuvre des droits reconnus par la constitution. En effet, sous les divers régimes politiques qui se sont succédé depuis la Révolution française, les institutions judiciaires ont constamment été tenues à l’écart du contrôle de constitutionnalité des lois. La France n’étant pas un État fédéral, ses constitutions n’ont jamais instauré de mécanisme de justice

<sup>1</sup> Dans MITTERRAND, François. *Le coup d’État permanent*. Paris: Plon, 1964. Était alors le principal opposant au général De Gaulle, dénonçait l’absence d’indépendance des membres du Conseil constitutionnel (en les comparant aux statues de cire du Musée Grévin).

<sup>2</sup> Sur l’histoire et les théories de la justice constitutionnelle, cf. GREWE, Constance; JOUANJAN, Olivier; MAULIN, Éric; WACHSMANN, Patrick [dir.]. *La notion de justice constitutionnelle*. Paris: Dalloz, 2005.

constitutionnelle avant le début du XXI<sup>e</sup> siècle<sup>3</sup>. Lorsqu'un contrôle de constitutionnalité était prévu par une constitution, sa mise en œuvre n'était pas confiée à une juridiction, mais à un organe politique.

Cet article a pour objet d'expliquer pourquoi la justice constitutionnelle a longtemps été ignorée en France, et pourquoi elle a finalement été introduite dans les institutions de la Cinquième République, alors que la Constitution de 1958 ne l'avait pas prévue. Cette mise en perspective historique permet de mesurer l'importance des évolutions que les institutions françaises ont connues depuis un demi-siècle. Elle permet aussi de comprendre pourquoi l'instauration de la justice constitutionnelle s'est faite de manière très progressive et demeure encore imparfaite. En effet, l'histoire constitutionnelle française a d'abord été marquée par une longue tradition d'hostilité au gouvernement des juges (I). Devenue incompatible avec les principes du constitutionnalisme européen, cette tradition légicentriste s'est progressivement érodée, permettant la conversion tardive de la France à la justice constitutionnelle (II).

## 1 UNE LONGUE TRADITION D'HOSTILITE AU GOUVERNEMENT DES JUGES

L'instauration d'un contrôle exercé par des juges sur le contenu de la législation est une idée ancienne. Elle entre en contradiction avec une autre idée, tout aussi ancienne, qui fait de la loi l'expression de la volonté du souverain. Historiquement, ce conflit entre le constitutionnalisme (qui soumet la loi au respect de la constitution considérée comme une norme juridique suprême) et le légicentrisme (qui considère la loi adoptée par le représentant de la nation souveraine comme la norme juridique suprême) a d'abord tourné à l'avantage du second. En effet, la Révolution française consacre une conception de la loi qui place les juges dans un rapport de subordination et de dépendance à l'égard de la législation. Elle condamne ainsi les prétentions des cours de parlement, qui ont tenté de soumettre la législation royale au respect de principes constitutionnels. Des Lumières au Second Empire, les velléités constitutionnalistes se heurtent donc à la souveraineté de la loi (1.1), qui connaît son apogée sous la Troisième République (1.2)<sup>4</sup>.

### 1.1 Les échecs du contrôle de constitutionnalité des lois, des Lumières au Second Empire

#### 1.1.1 Sous l'Ancien Régime

Avant la Révolution, les règnes de Louis XV (1715-1774) et de Louis XVI (1774-1789) voient l'émergence d'une première forme de contrôle de constitutionnalité des lois. En effet, les cours de parlement (juridictions supérieures) utilisent la procédure de vérification et le droit de remontrances pour refuser d'enregistrer les textes législatifs, lorsqu'elles considèrent

<sup>3</sup> La loi constitutionnelle du 23 juillet 2008, en créant un contrôle de constitutionnalité *a posteriori* (article 61-1 de la Constitution), consacre l'évolution du Conseil constitutionnel.

<sup>4</sup> Sur l'histoire du contrôle de constitutionnalité en France, il convient de se reporter à la synthèse présentée par Jean-Louis Mestre dans le précis de *Droit constitutionnel* (Dalloz, 24<sup>e</sup> édition, 2022, p. 345-373), accompagnée d'une riche bibliographie (p. 445-451).

que ces lois sont contraires à la “Constitution de l’État”<sup>5</sup>. Les textes jugés “inconstitutionnels” sont ainsi privés d’application dans le ressort des cours qui refusent d’en ordonner la publication. Les normes constitutionnelles qui servent de référence à ce contrôle sont les lois fondamentales du royaume, dont les parlements se chargent de dresser la liste<sup>6</sup>. Les prétentions des hauts magistrats du siècle des Lumières préfigurent ainsi la soumission du législateur à l’obligation de respecter une norme juridique fondamentale sanctionnée par un contrôle juridictionnel.

Cette théorie audacieuse est vigoureusement dénoncée par le roi, qui rappelle qu’il est l’unique détenteur de la “puissance souveraine” et qu’à ce titre, il exerce le pouvoir législatif “sans dépendance et sans partage” (discours prononcé lors du lit de justice surnommé “séance de la Flagellation”, le 3 mars 1766). Héros de la résistance au “despotisme” du roi et de ses ministres, les parlements voient leur étoile pâlir dès les premiers mois de la pré-révolution. En effet, l’opposition du parlement de Paris à la réforme des États généraux réclamée par le parti patriote (doublement du nombre des députés du tiers état et vote par tête) suscite chez les révolutionnaires une forte hostilité envers les hauts magistrats.

### 1.1.2 La Révolution Française

La Déclaration des droits de l’homme et du citoyen, adoptée par l’Assemblée nationale constituante en août 1789, affirme que le législateur, chargé de déterminer les bornes de la liberté civile (art. 4), “n’a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société” (art. 5). Mais l’article 6 proclame aussi que “la loi est l’expression de la volonté générale” (art. 6). Cette volonté exprimée par les représentants de la Nation souveraine peut-elle être soumise à un contrôle afin de vérifier que le législateur s’est bien acquitté de la mission que lui confie la constitution ? La constitution des 3-14 septembre 1791 rappelle dans son titre premier le cadre fixé à la fonction législative:

Le Pouvoir législatif ne pourra faire aucunes lois qui portent atteinte et mettent obstacle à l'exercice des droits naturels et civils consignés dans le présent titre, et garantis par la Constitution ; mais comme la liberté ne consiste qu'à pouvoir faire tout ce qui ne nuit ni aux droits d'autrui, ni à la sûreté publique, la loi peut établir des peines contre les actes qui, attaquant ou la sûreté publique ou les droits d'autrui, seraient nuisibles à la société.

Cependant, malgré cette interdiction expresse de porter atteinte aux droits garantis par la constitution, les rédacteurs de la constitution de 1791 ne prévoient aucun mécanisme permettant de vérifier que ce principe est effectivement respecté par le législateur. Alors que le contrôle de la constitutionnalité des actes administratifs ou des décisions de justice se

<sup>5</sup> Le refus d’enregistrer une loi royale peut être fondé sur l’invocation de la constitution du royaume, mais aussi sur celle des constitutions provinciales (cf., par exemple, FOIX, Jean-Christophe. *Le constitutionnalisme en Bretagne au XVIII<sup>e</sup> siècle*. Ambitions et désillusions d’une expérience politique et juridique. Thèse droit. Université de Rennes, 1, 2018.

<sup>6</sup> Sur l’émergence de la notion de constitution en tant que norme supérieure, cf. VERGNE, Arnaud. *La notion de Constitution d’après les cours et assemblées à la fin de l’Ancien Régime (1750-1789)*. Paris: De Boccard, 2006.

développe, la loi adoptée par la représentation nationale échappe à tout contrôle<sup>7</sup>. Ce légicentrisme repose à la fois sur la définition de la loi inspirée de Rousseau (“expression de la volonté générale”, la loi est par excellence la manifestation du pouvoir souverain) et sur la méfiance à l’égard des juges. En effet, les constituants redoutent que ces derniers entreprennent, comme les anciens parlements, de s’ériger en censeurs de la volonté générale. Pour l’éviter, ils interdisent aux juridictions nouvellement créées d’empêcher, de suspendre ou de retarder l’application des lois. La séparation des pouvoirs est ainsi conçue à l’aune de la définition de la loi souveraine: ni le pouvoir exécutif (après le fiasco du veto suspensif reconnu au roi), ni le pouvoir judiciaire ne peuvent rappeler au législateur l’obligation de respecter la constitution.

Sous la Convention (1792-1795), les constitutions girondine et montagnarde prévoient de donner aux citoyens un pouvoir de contrôle sur l’organe législatif (*a posteriori* pour la constitution girondine, *a priori* pour la constitution montagnarde). La constitution de l’an III, adoptée par la Convention thermidorienne, écarte un tel mécanisme. Ses rédacteurs écartent aussi la proposition de Sieyès qui vise à confier le contrôle de constitutionnalité des lois à un organe politique, un “jury constitutionnaire” composé d’anciens députés, chargé d’annuler les lois contraires à la constitution. Ils placent leurs espoirs dans l’instauration d’un corps législatif bicaméral (le Conseil des Anciens devant un exercer un contrôle sur les textes votés par le Conseil des Cinq Cents).

### 1.1.3 Du Consulat au Second Empire

Le coup d’État de Brumaire an VIII offre à Sieyès l’occasion d’introduire le contrôle de constitutionnalité des lois dans la constitution de la République. Cette tâche est confiée à une assemblée politique, le Sénat conservateur, qui est chargé d’annuler les actes du Corps législatif qui seraient contraires à la Constitution (il peut aussi annuler les actes de l’Exécutif). Cependant, le mécanisme imaginé par Sieyès reste lettre morte, car le Sénat – qui ne peut agir qu’à la demande du Tribunat – n’est jamais saisi. Au lieu d’établir la supériorité de la constitution, le Consulat conduit à son affaiblissement (ses dispositions sont violées par des décrets impériaux sans que le Sénat intervienne pour les annuler).

Sous la Restauration (1814-1830), la Charte constitutionnelle ne prévoit aucun mécanisme permettant de vérifier que la loi est bien conforme à ses dispositions. La même absence de contrôle de constitutionnalité des lois se retrouve dans la Charte de 1830 et dans la constitution de 1848. Sous la Monarchie de Juillet (1830-1848), la Cour de cassation considère que la séparation des pouvoirs interdit aux juges de se prononcer sur l’exception d’inconstitutionnalité invoquée par un justiciable. Elle consent seulement à vérifier que la loi a été adoptée “dans les formes constitutionnelles prescrites par la Charte”. La question du contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois donne lieu à de vifs débats au sein du camp libéral. Alors qu’Alexis de Tocqueville s’y montre hostile, Édouard de Laboulaye plaide en faveur de l’instauration d’un contrôle exercé par les juges, en prenant pour modèle le

<sup>7</sup> Si la constitution ne prévoit aucun mécanisme de contrôle, la pratique est hésitante: sous le régime de la Législative (octobre 1791-septembre 1792), la Déclaration des droits de l’homme et du citoyen ou la constitution sont parfois invoquées pour s’opposer à l’adoption ou à l’application d’une loi (cf. ANSELME, Isabelle. *L’invocation de la Déclaration des droits de l’homme et du citoyen dans les débats de l’Assemblée législative*. Thèse droit. Université Aix-Marseille, 2007; HALPERIN, Jean-Louis. *La Constitution de 1791 appliquée par les tribunaux*. La première Constitution française. Paris: Economica, 1993, p. 369-381).

système qui s'est développé aux États-Unis d'Amérique. La Cour de cassation semble se rallier à cette position sous la Seconde République, la Chambre criminelle jugeant recevable le moyen tiré de l'inconstitutionnalité de la loi appliquée (mais concluant à l'absence de violation de la constitution dans les affaires jugées)<sup>8</sup>.

La constitution de 1852 renoue avec le contrôle de constitutionnalité confié à un organe politique. Faisant du Sénat "le gardien du pacte fondamental et des libertés publiques", elle lui reconnaît le pouvoir de bloquer la promulgation des lois inconstitutionnelles et celui d'annuler les actes inconstitutionnels déférés par le Gouvernement ou par les citoyens. Ce rétablissement du système imaginé par Sieyès en l'an VIII (mais resté sans effet) permet de neutraliser les velléités des partisans d'un contrôle de nature juridictionnelle. En effet, le rôle dévolu au Sénat par la constitution prive de légitimité un contrôle exercé par les juges. En pratique, le Sénat du Second Empire ne semble pas avoir été beaucoup plus actif que son prédécesseur<sup>9</sup>. Il perd d'ailleurs son rôle de gardien de la constitution dans le cadre des révisions constitutionnelles de 1869 et 1870, qui tendent à le transformer en seconde chambre législative. L'avènement de la Troisième République confirme l'échec du contrôle de constitutionnalité des lois et le triomphe du légicentrisme.

## 1.2 Le triomphe du légicentrisme sous la Troisième République

Les lois constitutionnelles de 1875 ne prévoient aucun contrôle de constitutionnalité des lois (contre le vœu d'Édouard de Laboulaye ou de Louis Blanc). Comme en 1795, les constituants s'en remettent au bicamérisme pour modérer le pouvoir législatif. Si l'absence du contrôle de constitutionnalité n'est pas une nouveauté, l'absence de référence à la garantie des droits en est une : pour la première fois depuis 1791, la constitution française n'est pas précédée d'une déclaration de droits et ne contient pas de dispositions consacrées aux droits et libertés des citoyens. Dans le silence de la constitution, c'est donc au Parlement qu'il revient de définir la liste et le régime des libertés publiques (tel est l'objet des "grandes lois" consacrant la liberté de réunion, la liberté de la presse, la liberté syndicale, la liberté d'association, la liberté de conscience). Le législateur, secondé par le juge judiciaire ou administratif, libère ainsi les citoyens du pouvoir arbitraire de l'administration. Cependant, dans ce système dominé par la souveraineté du Parlement, une question revient : qui protège les citoyens contre l'arbitraire du législateur?

Face à la toute-puissance de la majorité parlementaire, les oppositions politiques réclament l'instauration d'un contrôle de constitutionnalité des lois. Certains parlementaires, comme une partie de la doctrine publiciste, préconisent de reconnaître valeur constitutionnelle à la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et de confier le contrôle de la constitutionnalité des lois soit à un organe spécialisé ("Cour suprême"), soit aux juridictions ordinaires. Cependant, ces idées sont rejetées à la fois par les parlementaires et par les juges. La Cour de cassation et le Conseil d'État font une application rigoureuse du

<sup>8</sup> Cour de cassation, chambre criminelle, 15 mars 1851, *Gauthier*; Cour de cassation, chambre criminelle, 17 novembre 1851, *Gent* (cf. MESTRE, Jean-Louis. *Le contrôle de la constitutionnalité de la loi par la Cour de cassation sous la Seconde République*. Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu. Paris: Dalloz, 2007, p. 291-310).

<sup>9</sup> Cf. ASHWORTH, Antoinette. Le contrôle de la constitutionnalité des lois par le Sénat du Second Empire. *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, tome 110, janvier/février-1994, p. 45-102. Selon Benoît Habert, le rôle joué par le Sénat du Second Empire a été sous-estimé (*La garantie des libertés (1852-1870)*, La Mémoire du Droit, 2022).

principe de séparation des pouvoirs, qui conduit à sacraliser l'acte législatif : tandis que le juge judiciaire refuse d'examiner les moyens tirés d'une irrégularité dans la procédure d'adoption de la loi (Cour de cassation, chambre criminelle, 22 octobre 1903), le juge administratif a recours à la théorie de la loi-écran pour écarter l'exception d'inconstitutionnalité d'un acte administratif reposant sur le caractère inconstitutionnel de la loi sur laquelle cet acte est fondé (Conseil d'État, *Arrighi*, 6 novembre 1936).

Le principe qui prévaut est donc celui de la souveraineté du Parlement : aucun organe politique ou juridictionnel ne détient une légitimité suffisante pour contrôler l'expression de la volonté générale par les représentants de la nation. Le respect de la constitution relève de la conscience des parlementaires, "seul tribunal de la constitutionnalité des lois" selon Raymond Carré de Malberg. La sanction de la violation de la constitution par le législateur ne peut donc être que de nature politique (lorsque les parlementaires se présentent devant les électeurs), une loi pouvant abroger ou modifier une loi précédente. Confier à des juges le pouvoir d'apprécier si le législateur a respecté le cadre que lui assigne la constitution apparaît à beaucoup comme une voie hasardeuse. À cet égard, le développement du droit comparé ne plaide pas en faveur de la justice constitutionnelle.

En effet, les débats sur le contrôle de la constitutionnalité des lois interviennent alors que les États-Unis connaissent une période d'activisme judiciaire intense. Durant l'ère Lochner, la Cour suprême fédérale développe une jurisprudence très inventive pour découvrir dans la constitution des principes permettant de déclarer inconstitutionnelles les lois protectrices des salariés (la Cour Suprême incorpore dans la prohibition adressée par le 14<sup>e</sup> amendement aux États fédérés les atteintes à la liberté contractuelle). Ce parti-pris idéologique de la Cour suprême est dénoncé par Édouard Lambert, qui critique le "gouvernement des juges"<sup>10</sup>. Le système états-unien, régulièrement invoqué comme exemple à suivre par les partisans du contrôle de constitutionnalité, permet ainsi aux juges de remplacer la "constitution populaire" par une "constitution judiciaire" conforme à leurs valeurs et à leurs intérêts.

Après un siècle d'expériences constitutionnelles, la République parlementaire fait ainsi du juge judiciaire ou administratif le gardien des libertés des citoyens, mais en lui déniant le pouvoir d'écarter une loi au motif qu'elle serait inconstitutionnelle. Le contrôle de constitutionnalité ne s'exerce que sur les actes administratifs ou sur les décisions de justice. Les lois adoptées par la représentation nationale bénéficient d'une présomption absolue de conformité à la constitution. Les limites d'un tel système sont à nouveau dénoncées après la Première guerre mondiale, faisant apparaître l'instauration d'un contrôle de constitutionnalité des lois comme une réforme nécessaire au cours de la décennie 1930. La réforme reste toutefois à l'état de projet, pendant les dernières années de la Troisième République, comme sous le régime de Vichy.

Le chantier constitutionnel entamé à la Libération (1945-1946) ouvre la voie à l'instauration d'un contrôle de constitutionnalité des lois. Cependant, la méfiance du personnel politique français à l'égard du gouvernement des juges perdure, faisant obstacle à

<sup>10</sup> L'expression, traduite de l'anglais, est utilisée par Édouard Lambert pour qualifier la résistance de la Cour suprême des États-Unis à la législation sociale pendant l'ère Lochner (LAMBERT, Édouard. *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis*. Paris:Giard, 1921). Les juristes français s'intéressent peu au système de justice constitutionnelle instauré par la constitution autrichienne de 1920 (sous l'influence de Hans Kelsen), auquel Charles Eisenmann consacre pourtant sa thèse en 1928 (cf. MAULIN, Éric. Aperçu d'une histoire française de la modélisation des formes de justice constitutionnelle. In: GREWE; JOUANJAN; MAULIN; WACHSMANN, *op. cit.* p. 150).

l'introduction d'un contrôle de nature juridictionnelle. La conversion de la France à la justice constitutionnelle est donc un phénomène tardif, qui doit plus à la pression extérieure<sup>11</sup> qu'à une adhésion sincère.

## 2 UNE CONVERSION TARDIVE A LA JUSTICE CONSTITUTIONNELLE

Au lendemain de la Seconde guerre mondiale, les partisans du contrôle de constitutionnalité sont loin de tous considérer qu'il faut confier cette tâche à une juridiction. L'hostilité au gouvernement des juges conduit ainsi à l'instauration du contrôle de constitutionnalité sans justice constitutionnelle (2.1). L'émergence de la justice constitutionnelle sous la Cinquième République procède d'une rupture avec l'esprit de la constitution de 1958. Initiée par le Conseil constitutionnel, cette évolution a ensuite été confirmée par la révision de la constitution, consacrant l'adoption laborieuse de la justice constitutionnelle par les institutions françaises (2.2).

### 2.1 Le contrôle de constitutionnalité sans justice constitutionnelle

#### 2.1.1 La Quatrième République

La période qui s'ouvre après la Seconde guerre mondiale offre un contexte favorable au développement de la justice constitutionnelle. Au plan international, l'inscription de la promotion et de la protection des droits de l'homme parmi les missions de l'ONU semble annoncer la transposition à l'échelle mondiale des principes et des mécanismes du constitutionnalisme (adoption d'un catalogue de droits et instauration de mécanismes de garantie). Sur le plan régional, la peur de la subversion des démocraties occidentales par le totalitarisme communiste stimule le zèle des partisans d'une Europe unie. La préservation de la "démocratie véritable", héritage commun des nations européennes, passe par l'instauration d'un cadre normatif et institutionnel: une charte des droits de l'homme et une cour des droits de l'homme. En France, l'élaboration d'une nouvelle constitution permet d'envisager la mise en place d'un contrôle de constitutionnalité des lois. La majorité des projets constitutionnels de la Résistance préconisent son adoption, car "dans la rédaction des lois ordinaires, le législateur doit se soumettre aux lois fondamentales qu'il a édictées et les tribunaux ne peuvent être tenus de violer ces lois essentielles"<sup>12</sup>. Le contrôle de constitutionnalité des lois fait donc partie de l'héritage de la Résistance, mais tel n'est pas le cas de la justice constitutionnelle. En effet, la majorité des projets prévoyant un contrôle de constitutionnalité considèrent qu'une telle procédure "ne saurait être effectuée par un organisme judiciaire", car "la souveraineté appartient au peuple et non pas aux juges; c'est

<sup>11</sup> À partir du moment où la France a reconnu le droit de recours individuel devant la Cour européenne des droits de l'homme (1981), les lois françaises ont été soumises au contrôle d'une juridiction extérieure, alors qu'un tel pouvoir de contrôle était refusé aux juridictions nationales.

<sup>12</sup> Projet constitutionnel de Félix Gouin (édité par CALLON, Jean-Éric. *Les projets constitutionnels de la Résistance*. Paris: La Documentation Française, 1998, p. 178).

donc le peuple lui-même qui doit effectuer son contrôle”<sup>13</sup>. Le contrôle des lois par référendum paraît préférable, à la fois par rejet de la souveraineté parlementaire et par méfiance à l’égard des institutions judiciaires. L’hostilité au gouvernement des juges fait donc encore obstacle à l’instauration d’un contrôle juridictionnel.

La commission de constitution de la première assemblée constituante (novembre 1945-juin 1946) adopte le principe du recours au référendum, avant de l’abandonner (le fait que la déclaration des droits fasse partie de la constitution rend le contrôle de constitutionnalité trop dangereux, les principes posés par cette déclaration pouvant donner lieu à des interprétations incontrôlables)<sup>14</sup>. Devant la commission de constitution de la seconde assemblée constituante (juin 1946-novembre 1946), le contrôle de constitutionnalité réapparaît, sous la forme du recours au référendum. Finalement, la constitution prévoit un Comité constitutionnel au rôle limité : vérifier si une loi votée par l’Assemblée nationale “suppose une révision de la Constitution” (art. 90). L’assemblée constituante a pris la précaution de restreindre le champ de cette vérification aux titres I à X de la Constitution, excluant ainsi le contenu du préambule<sup>15</sup>. En effet, dans le projet de la seconde constituante, le catalogue des droits est réduit à un “préambule-croupion” qui renvoie à la Déclaration de 1789, complétée par la référence aux “principes fondamentaux reconnus par les lois de la République” et par l’énumération des “principes particulièrement nécessaires à notre temps”.

### 2.1.2 La Cinquième République

Ce n’est qu’avec le retour du général de Gaulle et l’instauration de la Cinquième République que le contrôle de constitutionnalité des lois s’impose véritablement, mais avec une finalité précise : faire respecter la répartition des domaines respectifs de la loi et du règlement. Le Conseil constitutionnel n’est pas un organe juridictionnel, il n’a pas vocation à contrôler le respect de la constitution en faisant référence au contenu du préambule, il n’est donc pas le “gardien des libertés”. Le contrôle de constitutionnalité ne peut s’exercer qu’avant l’entrée en vigueur de la loi et son initiative est réservée à quatre autorités politiques (le Président de la République, le Premier ministre, le président du Sénat et le président de l’Assemblée nationale). Le mécanisme établi par la constitution de 1958 ne vise pas à instaurer une justice constitutionnelle servant de rempart à la démocratie et à l’État de droit (à cet égard, la compétence confiée au Conseil constitutionnel en matière de contentieux électoral se rattache plus nettement à cet objectif).

La mutation du Conseil constitutionnel débute après le départ du général De Gaulle, sous la présidence de Georges Pompidou. Par la décision du 16 juillet 1971, le Conseil accepte de vérifier la conformité d’une loi à un principe mentionné dans le préambule de la Constitution (de manière implicite, puisqu’il s’agit d’un des “principes fondamentaux reconnus par les lois de la République”). Cette décision est consécutive à la saisine du Conseil

<sup>13</sup> PHILIP, André. Thèses pour servir à la discussion sur la future Constitution. *Les Cahiers politiques*, août/septembre-1945, p. 321 (texte reproduit dans CALLON, *op. cit.*, p. 233).

<sup>14</sup> Les craintes qui conduisent à écarter le contrôle de constitutionnalité portent sur la liberté de l’enseignement et le statut de la propriété.

<sup>15</sup> Sur le Comité constitutionnel de la Quatrième République, cf. CHARPY, Manon. Le Comité constitutionnel de la Constitution de la IV<sup>e</sup> République. *Jus Politicum*, n°16. Disponible en: <http://juspoliticum.com/article/Le-Comite-constitutionnel-de-la-Constitution-de-la-IVe-Republique-1099.html>.

par le président du Sénat, le centriste Alain Poher, (qui est également à l'origine de la ratification de la Convention européenne des droits de l'homme par la France, lorsqu'il exerce la présidence de la République par intérim en 1974)<sup>16</sup>. Véritable révolution juridique et politique, la décision *Liberté d'association* correspond à la "seconde naissance" du Conseil constitutionnel (selon la formule de Pierre Avril). Après l'élargissement de la saisine du Conseil constitutionnel à l'opposition parlementaire (60 députés ou 60 sénateurs) par la révision constitutionnelle du 29 octobre 1974, le contrôle de constitutionnalité prend un sens radicalement nouveau.

## 2.2 L'adoption laborieuse de la justice constitutionnelle

La mutation du contrôle de constitutionnalité est soutenue par une partie de la doctrine publiciste, qui y voit l'occasion d'émanciper le droit constitutionnel de la science politique, en lui assignant comme objet l'étude d'une véritable jurisprudence (comme le droit administratif)<sup>17</sup>. La juridictionnalisation du contrôle de constitutionnalité devient d'autant plus urgente que le Conseil constitutionnel risque d'être éclipsé par le développement du contrôle de conventionnalité par le juge judiciaire (depuis 1975), puis par le juge administratif (depuis 1990)<sup>18</sup>, et surtout par l'essor de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme<sup>19</sup>. La réforme de 2008, en permettant aux justiciables de soumettre au Conseil constitutionnel une "question prioritaire de constitutionnalité"<sup>20</sup>, confirme la mutation du contrôle de constitutionnalité engagée en 1971.

La France se rapproche ainsi de standards de la "démocratie par le droit" définis par le Conseil de l'Europe<sup>21</sup>, parmi lesquels la justice constitutionnelle occupe une place fondamentale. En effet, le juge constitutionnel fait partie des remparts de l'État de droit dont la mission est de veiller au respect de la démocratie et des droits de l'homme. Placée dans une situation de plus en plus marginale, la France a donc dû réformer ses institutions pour se doter d'un mécanisme de justice constitutionnelle conforme aux nouveaux standards européens. Aujourd'hui, le président du Conseil constitutionnel ne fait plus figure d'intrus au sein de la Conférence européenne des cours constitutionnelles, comme à l'époque où Robert Badinter rejoignait ce club, à la fin des années 1980<sup>22</sup>.

<sup>16</sup> Sur le rôle joué par Alain Poher dans la subversion du système institutionnel conçu par le général De Gaulle, cf. TEYSSIER, Arnaud. *De Gaulle, 1969: L'autre révolution*. Paris: Perrin, 2019, p. 170-171.

<sup>17</sup> Les rôles principaux sont tenus par Georges Vedel et par Louis Favoreu. Selon le doyen Vedel, la loi votée [...] n'exprime la volonté générale que dans le respect de la constitution. (Conseil constitutionnel, décision du 23 août 1985, *Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie*).

<sup>18</sup> Le Conseil constitutionnel ayant refusé de se livrer au contrôle de la conformité de la loi aux dispositions d'un traité (décision du 15 janvier 1975, *IVG*). Sur l'importance relative du contrôle de constitutionnalité des lois dans un contexte de « déclin de la loi », cf. MAULIN, *op. cit.*, p. 156.

<sup>19</sup> Au cours des années 1970 et 1980, la Cour de Strasbourg connaît une mutation assez comparable à celle du Conseil constitutionnel, en s'attribuant un rôle radicalement différent de celui qui lui avait été confié par les pères fondateurs du Conseil de l'Europe (cf. BATES, Ed. *The Evolution of the European Convention on Human Rights. From its Inception to the Creation of a Permanent Court of Human Rights*. Oxford: Oxford university Press, 2010).

<sup>20</sup> Cette réforme aboutit en 2008, après deux tentatives infructueuses, en 1990 et en 1993.

<sup>21</sup> La Commission de Venise (Commission du Conseil de l'Europe pour la démocratie par le droit), créée en 1990, est l'organe chargé de définir les critères de conformité d'un système politico-juridique aux valeurs du Conseil de l'Europe.

<sup>22</sup> Partisan convaincu et artisan inlassable de la transformation du Conseil constitutionnel en Cour constitutionnelle, Robert Badinter (président du Conseil constitutionnel de 1986 à 1995) fait adhérer l'institution française à la Conférence européenne

La conversion de la France à la justice constitutionnelle est donc acquise. Pour autant, les séquelles de l'histoire politique font encore obstacle à l'achèvement du processus de mutation. La transformation du Conseil constitutionnel en véritable juridiction constitutionnelle soulève encore des objections et alimente régulièrement les débats. Il ne s'agit pas de contester l'existence d'un mécanisme de justice constitutionnelle. Les interrogations et les doutes portent sur la qualité de cette justice et sur sa conformité avec les critères définis par le Conseil de l'Europe. Outre les problèmes découlant de la dissociation du contrôle de constitutionnalité et du contrôle de conventionnalité, la justice constitutionnelle française présente deux faiblesses majeures qui trouvent toutes deux leur source dans le fait que la constitution de la Cinquième République n'a pas été conçue pour servir de cadre à un contrôle juridictionnel de la conformité des lois à la constitution.

Le premier défaut, et le plus souvent dénoncé, concerne l'institution du Conseil constitutionnel. En effet, les réformes constitutionnelles successives ont transformé substantiellement le rôle dévolu au Conseil au titre du contrôle de constitutionnalité, mais elles n'ont pas substantiellement modifié sa composition, ni le statut de ses membres<sup>23</sup>. Le maintien des anciens présidents de la République comme membres de droit du Conseil constitutionnel rappelle l'origine politique et non juridictionnelle de l'institution créée en 1958. Les modalités de désignation des autres membres du Conseil constitutionnel soulèvent également des critiques, en raison du caractère éminemment politique des nominations (et de la faiblesse du contrôle parlementaire). En résumé, le Conseil constitutionnel n'est pas encore un collège de juristes éminents ayant été choisis pour leur maîtrise des questions constitutionnelles. De la même manière, les modalités de fonctionnement du Conseil restent encore éloignées de celles des cours constitutionnelles. À cet égard, le refus du gouvernement de rebaptiser le Conseil " Cour constitutionnelle " à l'occasion de la réforme de 2008 trahit la volonté de ne pas rompre complètement avec la nature originellement politique de l'institution.

La même absence de clarté affecte le corpus normatif qui sert de référence au Conseil constitutionnel pour la mise en œuvre du contrôle de constitutionnalité. Ce second défaut, moins fréquemment souligné que le précédent, concerne le catalogue des droits que le Conseil doit faire respecter. Depuis la Révolution de 1789, la liste des droits garantis aux citoyens a d'abord pris la forme d'une déclaration placée en tête de la constitution, puis d'une série d'articles insérés dans le corps de la constitution, voire d'une simple référence aux " principes de 1789 ". Les lois constitutionnelles de 1875 n'ayant pas fait référence à la garantie des droits, les constituants de la Quatrième République ont souhaité renouer avec la tradition des déclarations de droits. Le rejet du projet de constitution d'avril 1946 (contenant une nouvelle Déclaration des droits de l'homme) conduit à l'adoption d'une solution de compromis : le préambule de la constitution d'octobre 1946 se contente de renvoyer à la Déclaration de 1789 et aux " principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ",

des cours constitutionnelles dès 1987. Cf. son témoignage à l'occasion du 50<sup>e</sup> anniversaire du Conseil constitutionnel: BADINTER, Robert. Une longue marche – Du Conseil à la Cour constitutionnelle. *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 25, novembre, 2008. Disponible en: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/cahiers-du-conseil-constitutionnel-n-25-novembre-2008>.

<sup>23</sup> Cf. la tribune publiée par LEMAIRE, Elina. Réformons en profondeur le Conseil constitutionnel. *Libération*, 21, février, 2019. Disponible en: [https://www.liberation.fr/debats/2019/02/21/reformons-en-profondeur-le-conseil-constitutionnel\\_1710795](https://www.liberation.fr/debats/2019/02/21/reformons-en-profondeur-le-conseil-constitutionnel_1710795). Le débat sur l'indépendance des membres du Conseil constitutionnel a été relancé en octobre 2020, à propos de privilèges fiscaux et de rémunérations additionnelles dont bénéficient les membres du Conseil constitutionnel en vertu de décisions réglementaires (ce qui constitue une violation de la constitution, qui prévoit que les règles d'organisation et de fonctionnement du Conseil constitutionnel sont déterminées par une loi organique).

auxquels est adjointe une liste de nouveaux principes (qui résument les “ droits économiques et sociaux ” du projet d’avril). L’éclectisme de ce préambule permet de ne pas trancher les conflits opposant les membres de l’assemblée constituante sur la portée de certains droits et libertés. Le préambule étant expressément privé de valeur constitutionnelle, le soin d’arbitrer ces conflits est laissé au législateur.

En renvoyant au préambule de 1946, la constitution de 1958 ne visait aucunement, à l’origine, à donner une valeur constitutionnelle aux textes auquel ce préambule renvoie lui-même, ni aux principes qu’il énonce, comme “ particulièrement nécessaires”. La décision de 1971, en fondant le contrôle de constitutionnalité sur le visa du préambule de la constitution, invente ainsi un catalogue de droits que les constituants de 1946 et de 1958 avaient expressément écarté du champ des normes constitutionnelles. Ce procédé devrait susciter une certaine méfiance ou, à tout le moins, une certaine prudence. Cependant, la fin justifiant les moyens, l’incohérence du corpus normatif mobilisé par le Conseil constitutionnel suscite moins de critiques que ses défauts d’ordre institutionnel<sup>24</sup>. Pourtant les deux problèmes sont étroitement liés : une institution à la légitimité imparfaite se trouve, en effet, investie du pouvoir de déterminer la liste et le contenu des droits constitutionnels des Français.

Près de cinquante ans après le début du processus d’émancipation du Conseil constitutionnel, la France s’est dotée d’une institution cherchant à correspondre au “ modèle européen ” de justice constitutionnelle. Cependant, dans la quête de la justice constitutionnelle, il reste encore une étape à franchir pour que le contrôle de constitutionnalité soit exercé par une juridiction composée de vrais juges, faisant respecter des principes clairement énoncés. Dans le cas contraire, la France risque de voir renaître l’hostilité au gouvernement des juges qui a si longtemps empêché l’avènement de la justice constitutionnelle.

## BIBLIOGRAPHIE

ANSELME, Isabelle. L’invocation de la Déclaration des droits de l’homme et du citoyen dans les débats de l’Assemblée législative. Thèse droit. Université Aix-Marseille, 2007.

ASHWORTH, Antoinette. Le contrôle de la constitutionnalité des lois par le Sénat du Second Empire. *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, tome 110, janvier/février, 1994.

BADINTER, Robert. Une longue marche – Du Conseil à la Cour constitutionnelle. *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 25, novembre, 2008. Disponible en: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/cahiers-du-conseil-constitutionnel-n-25-novembre-2008>.

---

<sup>24</sup> Le rapport au Président de la République rédigé par la commission de réflexion présidée par Simone Veil en 2008 conclut ainsi qu’il n’est pas souhaitable d’ajouter de nouveaux droits au préambule de la constitution, mais qu’il est préférable de laisser le Conseil constitutionnel dégager les principes constitutionnels à partir de la mosaïque de textes qui forment le bloc de constitutionnalité (VEIL, Simone. *Redécouvrir le Préambule de la Constitution*. Paris: La Documentation française, 2008. Disponible en: <https://www.vie-publique.fr/rapport/30242-redecouvrir-le-preambule-de-la-constitution-rapport-du-comite-preside>).

BATES, Ed. The Evolution of the European Convention on Human Rights. From its Inception to the Creation of a Permanent Court of Human Rights. Oxford: Oxford university Press, 2010.

CALLON, Jean-Éric. Les projets constitutionnels de la Résistance. Paris: La Documentation Française, 1998.

CHARPY, Manon. Le Comité constitutionnel de la Constitution de la IV<sup>e</sup> République. Jus Politicum, n°16. Disponible en: <http://juspoliticum.com/article/Le-Comite-constitutionnel-de-la-Constitution-de-la-IVe-Republique-1099.html>.

FOIX, Jean-Christophe. Le constitutionnalisme en Bretagne au XVIII<sup>e</sup> siècle. Ambitions et désillusions d'une expérience politique et juridique. Thèse droit. Université de Rennes, 1, 2018.

GREWE, Constance; JOUANJAN, Olivier; MAULIN, Éric; WACHSMANN, Patrick [dir.]. La notion de justice constitutionnelle. Paris: Dalloz, 2005.

HALPERIN, Jean-Louis. La Constitution de 1791 appliquée par les tribunaux. La première Constitution française. Paris: Economica, 1993.

LAMBERT, Édouard. Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis. Paris: Giard, 1921.

LEMAIRE, Elina. Réformons en profondeur le Conseil constitutionnel. Libération, 21, février, 2019. Disponible en: [https://www.liberation.fr/debats/2019/02/21/reformons-en-profondeur-le-conseil-constitutionnel\\_1710795](https://www.liberation.fr/debats/2019/02/21/reformons-en-profondeur-le-conseil-constitutionnel_1710795).

MAULIN, Éric. Aperçu d'une histoire française de la modélisation des formes de justice constitutionnelle. In: GREWE, Constance; JOUANJAN, Olivier; MAULIN, Éric; WACHSMANN, Patrick [dir.]. La notion de justice constitutionnelle. Paris: Dalloz, 2005.

MESTRE, Jean-Louis. Le contrôle de la constitutionnalité de la loi par la Cour de cassation sous la Seconde République. Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu. Paris: Dalloz, 2007.

MITTERRAND, François. Le coup d'État permanent. Paris: Plon, 1964.

PHILIP, André. Thèses pour servir à la discussion sur la future Constitution. Les Cahiers politiques, août/septembre, 1945.

TEYSSIER, Arnaud. De Gaulle, 1969: L'autre révolution. Paris: Perrin, 2019.

VEIL, Simone. Redécouvrir le Préambule de la Constitution. Paris: La Documentation française, 2008. Disponible en: <https://www.vie-publique.fr/rapport/30242-redecouvrir-le-preambule-de-la-constitution-rapport-du-comite-preside>.

VERGNE, Arnaud. La notion de Constitution d'après les cours et assemblées à la fin de l'Ancien Régime (1750-1789). Paris: De Boccard, 2006.



# UMA LUZ NAS CINZAS? UM ENSAIO SOBRE OS MECANISMOS DE JUSTIÇA INTERNACIONAL E O RESTABELECIMENTO DO ESTADO DE DIREITO EM TEMPOS DE GUERRA

A LIGHT IN THE ASHES? AN ESSAY ON JUSTICE MECHANISMS FOR THE RESTABLISHMENT OF THE RULE OF LAW IN TIMES OF WAR

MIRIAM COHEN\* | SARAH-MICHÈLE VINCENT-WRIGHT\*\*

## RESUMO

A fim de melhor compreender as consequências da guerra russo-ucraniana sobre o estado de direito global, este ensaio propõe analisar os diferentes mecanismos da justiça internacional que são aplicados num contexto de conflito armado. Para tal, aborda-se primeiro o direito da guerra, descrevendo alegadas violações do direito humanitário internacional e do direito internacional dos direitos humanos (Parte 1). Em seguida, discutem-se as iniciativas de justiça internacional através das quais certos organismos foram demandados (a Corte Internacional de Justiça, a Corte Europeia de Direitos Humanos e o Tribunal Penal Internacional), e cujos procedimentos visarão estabelecer responsabilidades estatais bem como individuais no atual conflito russo-ucraniano (Parte 2). Ao fazê-lo, conclui-se que a guerra está a perturbar o Estado de direito na Ucrânia, desencadeando iniciativas de justiça tanto nacionais como internacionais.

**Palavras-chave:** direitos fundamentais; direito da guerra.

## ABSTRACT

In order to better understand the consequences of the Russian-Ukrainian war on the state of global democracy, this essay proposes to shed light on the different mechanisms of international justice that are applied in a context of armed conflict. To do so, we first address the law of armed conflict by describing alleged violations of international humanitarian law and international human rights law (part 1). We then discuss the international justice initiatives through which certain bodies have been called upon (the International Court of Justice, the European Court of Human Rights and the International Criminal Court), and whose procedures aim to establish state as well as individual responsibility in this Russian-Ukrainian conflict (part 2). In doing so, the article concludes that the war is disrupting the rule of law in Ukraine, triggering justice initiatives at both the domestic and international levels.

**Keywords:** fundamental right; rules of war.

\* Doutora pela Leiden University, Holanda. Professora Associada e Coordenadora da Canada Research Chair on Human Rights and International Reparative Justice na Faculdade de Direito da Université de Montréal.

Membro da Ordem dos Advogados de Québec, Canadá.

[miriam.cohen@umontreal.ca](mailto:miriam.cohen@umontreal.ca)

\*\* Doutoranda em Direito Internacional na Faculdade de Direito da Universidade de Montréal, Canadá.

Membro da Ordem dos Advogados de Québec, Canadá.

[sarah-michele.vincent.wright@umontreal.ca](mailto:sarah-michele.vincent.wright@umontreal.ca)

Recebido em 5-11-2022 | Aprovado em 29-11-2022<sup>1</sup>

<sup>1</sup> **Nota das autoras:** Uma versão mais longa deste trabalho foi publicada em francês nos *Actes du Colloque du lieutenant-gouverneur du Québec*, realizado em 14 de outubro de 2022. Este artigo é uma versão em português baseada nessa última publicação.



## SUMÁRIO

**INTRODUÇÃO; 1 O DIREITO INTERNACIONAL DURANTE A GUERRA; 1.1 AS REGRAS DO DIREITO INTERNACIONAL EM TEMPOS DE GUERRA?; 1.2 1.2 O GRANDE IMPACTO DA GUERRA NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS (DIDH); 1.2.1 Violações dos direitos civis e políticos; 1.2.2 Perda do gozo dos direitos econômicos, sociais e culturais; 1.3 O ESTADO DE DIREITO FRAGILIZADO PELA GUERRA; 2 A JUSTIÇA INTERNACIONAL COMO RESPOSTA À GUERRA; 2.1 UMA VISÃO GERAL DOS MECANISMOS DA JUSTIÇA INTERNACIONAL EM SITUAÇÕES DE GUERRA; 2.2 OS DIFERENTES MECANISMOS DA JUSTIÇA INTERNACIONAL PARA A GUERRA NA UCRÂNIA: A RESPONSABILIDADE DO ESTADO E A RESPONSABILIDADE INDIVIDUAL; 2.2.1 Responsabilidade do estado por violações do direito internacional; 2.2.2 Responsabilidade individual por crimes internacionais; CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS**

### ■ INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, particularmente desde 2020, o mundo passa por muitos distúrbios. A crise sanitária mundial, provocada pelo Coronavírus, colocou a democracia em suspensão em muitos Estados de direito. Adicionalmente, desde fevereiro de 2022, um evento significativo ocorreu na cena internacional: a guerra russo-ucraniana desestabilizou os princípios da democracia ao violar, se não limitar, os direitos fundamentais dos ucranianos e dos russos, que é o foco do presente artigo. De fato, o contexto da guerra russo-ucraniana é de especial preocupação, uma vez que existe o risco de haver um impacto significativo no Estado de direito na Ucrânia, o que nos convida a rever o sistema de governança global.

Nesse contexto, este artigo trata-se de um ensaio acerca das eventuais consequências jurídicas passíveis de implementação no campo do direito internacional como decorrência do conflito armado Rússia-Ucrânia. A primeira parte do texto trata do direito em tempos de guerra, com base nos impactos da invasão russa sobre o Estado ucraniano. A segunda parte do texto tece considerações sobre a justiça na guerra de modo a esclarecer as diferentes medidas de justiça solicitadas pela comunidade internacional para defender os direitos fundamentais, os quais foram violados desde o início do conflito armado russo-ucraniano. Finalmente, o artigo trata do reestabelecimento do Estado de direito.

### 1 O DIREITO INTERNACIONAL DURANTE A GUERRA

Nesta primeira parte, o direito aplicável em tempo de guerra será apresentado (1.1) para, em seguida, abordar as diversas violações das regras de guerra no conflito russo-ucraniano (1.2) e seu impacto na proteção dos direitos fundamentais (1.3), o que finalmente permitirá esclarecer como isso pode impactar negativamente o Estado de direito (1.4).

## 1.1 As regras do direito internacional em tempos de guerra?

A guerra não é uma situação de ausência de direito, pelo menos em teoria, porque ela envolve vários regimes de direito internacional que se interconectam, incluindo: o direito internacional humanitário (DIH), que é fonte normativa utilizada assim que há um conflito armado; o direito internacional de direitos humanos (DIDH), que se aplica a todo momento; e o direito internacional penal (DIP), que está envolvido na repressão dos crimes mais graves em tempo de guerra, a fim de garantir que a justiça seja feita de forma oportuna. A esse respeito, pode-se dizer que as regras de DIH e as normas de DIDH são complementares e se reforçam mutuamente em conflitos armados<sup>2</sup>. Quanto ao DIP, ele dá efeito a essas regras, além de esclarecê-las e desenvolvê-las por meio de órgãos de justiça internacional (infra Parte II). Assim, um ato ilícito internacional pode, por si só, violar tanto as regras do DIH quanto as normas do DIDH, que acarretam as mesmas consequências legais: a obrigação de cessar a violação; a obrigação de oferecer garantias apropriadas de não repetição; e a obrigação de reparar os danos causados pelo ato ilícito internacional<sup>3</sup>.

Em outras palavras, a guerra tem suas regras, que formam o corpus jurídico do DIH. Para que essas regras sejam aplicadas, deve haver um elemento que possa incitá-las: um conflito armado internacional ou não-internacional. Nesse caso, a guerra entre as forças armadas

---

<sup>2</sup> A Corte Internacional de Justiça (CIJ) menciona que "alguns direitos podem se enquadrar exclusivamente no âmbito do direito humanitário internacional; outros podem se enquadrar exclusivamente no âmbito do direito dos direitos humanos; ainda outros podem se enquadrar no âmbito de ambos os ramos do direito internacional" ("certains droits peuvent relever exclusivement du droit international humanitaire; d'autres peuvent relever exclusivement du droit des droits de l'homme; d'autres encore peuvent relever à la fois de ces deux branches du droit international", ver: *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Parecer Consultivo do ICJ, 9 de julho de 2004, Relatórios do ICJ 2004, p. 136, par. 106 ; Comité de Direitos Humanos da ONU, *General Comment nº 31, The Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant*, Doc. N.U. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, (26 de maio de 2004, par. 11).

<sup>3</sup> Comissão de Direito Internacional, *Projet d'articles sur la responsabilité de l'état pour fait internationalement illicite*, Doc. Off. A.G. N. U., 56<sup>e</sup> sess., suppl. nº 10, disponível em: [https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/french/draft\\_articles/9\\_6\\_2001.pdf](https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/french/draft_articles/9_6_2001.pdf); Comissão de Direito Internacional, *Draft Articles on Prevention and Punishment of Crimes Against Humanity*, Doc. N.U. A/74/10, (2019).

russas e ucranianas se qualifica como um conflito armado internacional, porque ele se configura entre dois Estados<sup>4</sup>. A esse respeito, tanto a Convenção de Genebra<sup>5</sup> (que protege as pessoas que não participam ou não participam mais das hostilidades, ou seja, a população civil, como também os combatentes feridos e prisioneiros de guerra) quanto a Convenção de Haia<sup>6</sup> (que restringe os meios e métodos de guerra) se aplicam. Além dessas normas jurídicas, outros tratados e convenções regulam os métodos de guerra, seja proibindo categorias de

<sup>4</sup> Art. 2 (1) comum às Convenções de 1949: "Afora as disposições que devem vigorar em tempo de paz, a presente Convenção se aplicará em caso de guerra declarada ou de qualquer outro conflito armado que surja entre duas ou várias das Altas Partes Contratantes, mesmo que o estado de guerra não seja reconhecido por uma delas" (CASA CIVIL. Decreto Nº 42.121, de 21 de agosto de 1957, disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1950-1969/D42121.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D42121.htm), acessado em 03 de outubro de 2022). *In verbis*: « En dehors des dispositions qui doivent entrer en vigueur dès le temps de paix, la présente Convention s'appliquera en cas de guerre déclarée ou de tout autre conflit armé surgissant entre deux ou plusieurs des Hautes Parties contractantes, même si l'état de guerre n'est pas reconnu par l'une d'elles ». *Convenção (I) de Genebra para melhoria da sorte dos feridos e enfermos dos Exércitos em campanha*, 12 de agosto de 1949, disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1950-1969/D42121.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D42121.htm) (entrada em vigor em 21 de outubro de 1950) (ratificada pelo Canadá em 1965 e pela Rússia e pela Ucrânia em 1954) (CGI); *Convenção (II) para a melhoria da sorte dos feridos, enfermos e náufragos das forças armadas no mar*, 12 de agosto de 1949, 75 R.T.N.U. 85 (entrada em vigor em 21 de outubro de 1950) (ratificada pelo Canadá em 1965 e pela Rússia e pela Ucrânia em 1954) (CGII); *Convenção (III) relativa ao tratamento dos prisioneiros de guerra*, 12 de agosto de 1949, 75 R.T.N.U. 135 (entrada em vigor em 21 de outubro de 1950) (ratificada pelo Canadá em 1965 e pela Rússia e pela Ucrânia em 1954) (CGIII); *Convenção (IV) relativa a proteção dos civis em tempo de guerra*, 12 de agosto de 1949, 75 R.T.N.U. 287 (entrada em vigor em 21 de outubro 1950) (ratificada pelo Canadá em 1965 e pela Rússia e pela Ucrânia em 1954) (CGIV).

<sup>5</sup> CGI, cf. nota **Erro! Indicador não definido.**; CGII, cf. nota **Erro! Indicador não definido.**; CGIII, cf. nota **Erro! Indicador não definido.**; CGIV, cf. nota **Erro! Indicador não definido.**; *Protocolo adicional às Convenções de Genebra de 12 de agosto de 1949, relativo à proteção das vítimas dos conflitos armados sem caráter internacional (Protocolo I)*, 8 de junho de 1977, 1125 R.T.N.U. 3 (ratificado pelo Canada em 1990, pela Rússia em 1989 e pela Ucrânia em 1990) (PAI) [somente este protocolo se aplica neste caso]; *Protocolo adicional às Convenções de Genebra de 12 de agosto de 1949, relativo à proteção das vítimas dos conflitos armados sem caráter internacional (Protocolo II)*, 8 de junho de 1977, disponível em: <https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/dih.nsf/INTRO/475> [não se aplica ao caso]; *Protocolo Adicional às Convenções de Genebra de 12 de agosto de 1949 Relativo à Adoção de Emblema Distintivo Adicional (Protocolo III)*, 8 de dezembro de 2005, disponível em: <https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/dih.nsf/INTRO/615> [não se aplica ao caso].

<sup>6</sup> As Convenções de Haia (1899, 1907): *Convenção da Haia respeitante às leis e costumes da guerra em terra e seu Anexo: Regulamento relativo às Leis e Costumes das Guerras Terrestres*, 28 de julho de 1899, disponível em: <https://www.icrc.org/dih/> [*Convenção da Haia (II)*]; *Convenção (IV) da Haia respeitante às leis e costumes da guerra em terra e seu Anexo: Regulamento relativo às Leis e Costumes das Guerras Terrestres*, 18 de outubro de 1907, disponível em: <https://www.icrc.org/dih/> [*Convenção da Haia (IV)*].

armas e táticas militares<sup>7</sup>, seja protegendo categorias de pessoas e bens civis<sup>8</sup>. Muitas das normas das convenções de Genebra, ou mesmo das normas da Convenção de Haia, são consideradas como direito internacional consuetudinário<sup>9</sup>, de modo que, mesmo que um Estado não tenha ratificado os tratados do DIH, a "prática geral aceita como direito" ainda prevalecerá como princípios consuetudinários<sup>10</sup>.

<sup>7</sup> *Tratado sobre a Proibição de Armas Nucleares*, 20 de setembro de 2017, disponível em: [https://treaties.un.org/doc/Treaties/2017/07/20170707%2003-42%20PM/Ch\\_XXVI\\_9.pdf](https://treaties.un.org/doc/Treaties/2017/07/20170707%2003-42%20PM/Ch_XXVI_9.pdf) (o Canadá, a Rússia e a Ucrânia não são signatários); *Convenção sobre Munições de Dispersão*, 3 de dezembro de 2008, 2688 R.T.N.U. 39, (ratificada pelo Canadá em 2015 e adotada na legislação interna. A Rússia e a Ucrânia não são signatárias); *Convenção sobre a proibição do desenvolvimento, produção e estocagem de armas bacteriológicas (biológicas) e à base de toxinas e sua destruição*, 12 de abril de 1972, 1015 R.T.N.U. 163, (ratificada pelo Canadá em 1972 e pela Rússia e pela Ucrânia em 1975) [Convenção sobre a proibição de armas biológicas]; *Convenção sobre Proibições ou Restrições ao Emprego de Certas Armas Convencionais, que Podem Ser Consideradas como Excessivamente Lesivas ou Geradoras de Efeitos Indiscriminados*, 10 de outubro de 1980, 1342 R.T.N.U. 137, (ratificada pelo Canadá em 1994 e pela Rússia e Ucrânia em 1982) [Convenção sobre certas armas] e seus protocolos: Protocolo relativo aos estilhaços não localizáveis (Protocolo I), 10 de outubro de 1980, disponível em: <https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/dih.nsf/Article.xsp?action=openDocument&documentId=4DE65236CCC01752C12563BD002C3744> (ratificado pelo Canadá em 1994 e pela Rússia e pela Ucrânia em 1982); *Protocolo II (sobre proibições e restrições ao uso de minas, armadilhas e outros dispositivos)*, 10 de outubro de 1980, 2048 R.T.N.U. 93 (ratificado pelo Canadá em 1998, pela Rússia em 2005 e pela Ucrânia em 1999); *Protocolo III sobre Proibições ou Restrições ao Uso de Armas Incendiárias*, 10 de outubro de 1980, disponível em: <https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/dih.nsf/Treaty.xsp?action=openDocument&documentId=A16628FEA4C999F5C12563140043AE58> (ratificado pelo Canadá em 1994, pela Rússia e pela Ucrânia em 1982); *Protocolo IV sobre Armas Cegantes a Laser*, 13 de outubro de 1995, disponível em: <https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/dih.nsf/INTRO/570> (ratificado pelo Canadá em 1998, pela Rússia em 1999 e pela Ucrânia em 2003); *Protocolo sobre Restos Explosivos de Guerra - Protocolo V*, 28 de novembro de 2003, disponível em: <https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/dih.nsf/INTRO/610> (ratificado pelo Canadá em 2009 e pela Ucrânia em 2005); *Convenção sobre a Proibição do Desenvolvimento, Produção, Estocagem e Uso de Armas Químicas e sobre a Destruição das Armas Químicas Existentes no Mundo* 13 de janeiro de 1993, disponível em: [https://non-proliferation.irsna.fr/Chimie/CIAC/Documents/cwc\\_fren.pdf](https://non-proliferation.irsna.fr/Chimie/CIAC/Documents/cwc_fren.pdf) (ratificado pelo Canadá em 1995, pela Rússia em 1997 e pela Ucrânia em 1998) [Convenção sobre a proibição do uso de armas químicas]; *Convenção sobre a Proibição do Uso, Armazenamento, Produção e Transferência de Minas Antipessoal e sobre sua Destruição*, 2056 R.T.N.U. 211, (ratificado pelo Canadá em 1997 e pela Ucrânia em 2005. (A Rússia não a ratificou) [Convenção sobre a Proibição do Uso, Armazenamento, Produção e Transferência de Minas Antipessoal e sobre sua Destruição].

<sup>8</sup> *Convenção de Haia de 1954 para a Proteção de Bens Culturais em Caso de Conflito Armado*, 14 de maio de 1954, disponível em: [https://fr.unesco.org/sites/default/files/1954\\_Convention\\_FR\\_2020.pdf](https://fr.unesco.org/sites/default/files/1954_Convention_FR_2020.pdf) (ratificada pelo Canadá em 1998 e pela Rússia e Ucrânia em 1957) [e os seus dois protocolos: *Protocolo para a Proteção dos Bens Culturais em Tempos de Ocupação*, 14 de maio de 1954, disponível em: <https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/INTRO/410?OpenDocument> (ratificada pelo Canadá em 2005 e pela Rússia e Ucrânia em 1957); *Segundo Protocolo da Convenção de Haia de 1954 para a Proteção de Bens Culturais em Caso de Conflito Armado*, 26 de março de 1999, 2253 R.T.N.U. 172 (ratificada pelo Canadá em 1995 e pela Ucrânia em 2020)]; *Protocolo facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança sobre o envolvimento de crianças em conflitos armados*, 25 de maio de 2000, disponível em: <https://ihl-databases.icrc.org/dih-traits/INTRO/595?OpenDocument>.

<sup>9</sup> Jean-Marie HENCKAERTS et Louise DOSWALD-BECK, *Customary International Humanitarian Law*, vol. I: Rules and vol. II: Practice, Cambridge, Cambridge University Press, 2005; O estudo do direito internacional consuetudinário sobre o DIH costureiro identificou 161 normas que o compõem: "Base de données sur le DIH – DIH Coutumier", *Comité international de la Croix-Rouge*, disponível em: <https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/fre/docs/home>.

<sup>10</sup> *Anexo: Lista das regras consuetudinárias do direito humanitário internacional in Revista Internacional da Cruz Vermelha*, vol. 87, Sélection française 2005, règles 139, 140, 149 e 50, disponível em: <https://www.icrc.org/fr/doc/assets/files/other/customary-law-rules-fre.pdf>.

Com relação à proteção dos direitos humanos, o DIH é um conjunto de normas internacionais baseadas em tratados ou costumes, descrevendo as obrigações estatais sob as quais os Estados se comprometem a respeitar, proteger e cumprir os direitos humanos<sup>11</sup>. Quando são baseadas em tratados, as obrigações estatais podem ser universais ou regionais. No contexto da guerra russo-ucraniana, aplicam-se dois pactos<sup>12</sup> e sete convenções universais<sup>13</sup> (que tratam de uma determinada violação dos direitos humanos ou da proteção de certos grupos de pessoas vulneráveis), bem como vários tratados regionais, incluindo a Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH)<sup>14</sup>.

Com relação aos DIP, essa outra área do direito define um conjunto de regras ou normas que proíbem especificamente os crimes internacionais mais graves. Essas regras também impõem aos Estados a obrigação de processar os indivíduos acusados, a fim de responsabilizá-

<sup>11</sup> Alto Comissariado de Direitos Humanos das Nações Unidas, « Le droit international relatif aux droits de l'homme », disponível em: <https://www.ohchr.org/FR/ProfessionalInterest/Pages/InternationalLaw.aspx>.

<sup>12</sup> *Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos*, 16 de dezembro de 1966, 999 R.T.N.U. 171, (ratificado pelo Canadá em 1976) e seus protocolos: [*Protocolo Facultativo (II) ao Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos* 16 de dezembro de 1966, 999 R.T.N.U. 171; *Protocolo Facultativo (II) ao Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos, visando a abolir a pena de morte*, 15 de dezembro de 1989, 1642 R.T.N.U. 414]; *Pacto internacional sobre direitos econômicos, sociais e culturais*, 16 de dezembro de 1966, 999 R.T.N.U. 171 (ratificado pelo Canadá em 1976) [*Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*, 16 de dezembro de 1966, 999 R.T.N.U. 171, (não ratificado pela Ucrânia)].

<sup>13</sup> *Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial*, 7 de março de 1966, 660 R.T.N.U. 195, (adesão do Canadá em 1970); *Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher*, 18 de dezembro de 1979, disponível em: <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/convention-elimination-all-forms-discrimination-against-women> (ratificada pelo Canadá em 1981) [*Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher*, 6 de outubro de 1999, 2131 R.T.N.U. 83 (adesão do Canadá em 2002)]; *Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes*, 4 de fevereiro de 1985, 1465 R.T.N.U. 85, (ratificada pelo Canadá em 1987) [Convenção contra a tortura] [*Protocolo facultativo à Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes*, 18 de dezembro de 2002, 2375 R.T.N.U. 237]; *Convenção sobre os Direitos da Criança*, 20 de novembro de 1989, disponível em: <https://www.ohchr.org/sites/default/files/crc.pdf> (ratificada pelo Canadá em 1991) e seus protocolos: [*Protocolo facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança sobre a venda de crianças, prostituição infantil e pornografia infantil*, 25 de maio de 2000, 2171 R.T.N.U. 227 (ratificada pelo Canadá em 2005)]; [*Protocolo facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança sobre o envolvimento de crianças em conflitos armados*, 25 de maio de 2000, disponível em: <https://ihl-databases.icrc.org/dih-traits/INTRO/595?OpenDocument> (ratificado pelo Canadá em 2000)]; [*Protocolo facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança estabelecendo um procedimento de comunicação*, 19 de dezembro de 2011, disponível em: <https://treaties.un.org/doc/Treaties/2011/12/20111219%2003-15%20PM/CTC%204-11d.pdf>]; *Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência*, 30 de março de 2007, disponível em: <https://www.ohchr.org/fr/instruments-mechanisms/instruments/convention-rights-persons-disabilities> (ratificada pelo Canadá em 2010) [*Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência*, 30 de março de 2007, disponível em: <https://www.ohchr.org/fr/instruments-mechanisms/instruments/optional-protocol-convention-rights-persons-disabilities> (adesão do Canadá em 2018)]; *A Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e Membros das Suas Famílias*, 18 de dezembro de 1990, 2220 R.T.N.U. 3, (não ratificada pela Ucrânia); *Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado*, 6 de fevereiro de 2007, 2716 R.T.N.U. 3 (não ratificada pela Rússia).

<sup>14</sup> A Ucrânia (em 1997) e a Rússia (em 1998) ratificaram a Convenção Europeia de Direitos Humanos, de 4 de novembro de 1950 – disponível em: [https://www.echr.coe.int/documents/convention\\_fra.pdf](https://www.echr.coe.int/documents/convention_fra.pdf) –, assim como, em 16 de março de 2022, a Rússia deixou de ser um membro da organização por decisão do Comitê de Ministros do Conselho da Europa – Comitê: Council of Europe – Committee of Ministers, *Resolution CM/Res (2022)2 on the Cessation of the Membership of the Russian Federation to the Council of Europe* (16 de março de 2022), disponível em: <https://www.coe.int/en/web/moscow/-/resolution-cm-res-2022-2-on-the-cessation-of-the-membership-of-the-russian-federation-to-the-council-of-europe>.

los, quando apropriado, perante os órgãos nacionais ou internacionais relevantes. A definição dos quatro crimes internacionais acordados pelos Estados, ou seja, os crimes de agressão, genocídio e crimes contra a humanidade e crimes de guerra, está contida no Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional<sup>15</sup> (cf. Parte II) e reflete as regras do direito internacional consuetudinário.

## 1.2 O grande impacto da guerra na proteção dos direitos fundamentais (DIDH)

Como já mencionado, as normas do DIDH permanecem em vigor durante conflitos armados, mas algumas exceções podem se aplicar. Há essencialmente dois casos de exceção: quando o princípio *lex specialis*<sup>16</sup> deve ser aplicado (se uma regra do DIH tem precedência sobre uma norma do DIDH); quando uma derrogação ou restrição for aplicada a certos direitos em tempo de guerra<sup>17</sup>. Neste caso, desde o início da guerra na Ucrânia, os direitos humanos protegidos pelas convenções do DIH têm sido amplamente violados. Mesmo os direitos mais básicos, incluindo o direito à vida e a proibição da tortura e outros tratamentos e punições desumanos e degradantes, foram seriamente violados, apesar da proibição de derrogação. Muitas fontes alegam as seguintes violações: violação dos direitos civis e políticos (1.2.1); perda do gozo dos direitos econômicos, sociais e culturais (1.2.2). Algumas dessas violações serão discutidas sob as normas do DIH, bem como sob o DIDH quando oportuno<sup>18</sup>.

### 1.2.1 Violações dos direitos civis e políticos

O direito à vida, protegido pelo DIDH<sup>19</sup>, é inderrogável. Como um direito fundamental, ele permanece em vigor em tempos de conflito armado. Os Estados são obrigados a garantir esse direito no contexto da guerra, porém não exatamente da mesma forma que no contexto

<sup>15</sup> Estatuto de Roma, 17 de julho de 1998, 2187 R.T.N.U. 90.

<sup>16</sup> Alto Comissariado de Direitos Humanos das Nações Unidas, « La protection juridique internationale des droits de l'homme dans les conflits armés », (2011), disponível em: [https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/HR\\_in\\_armed\\_conflict\\_FR.pdf](https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/HR_in_armed_conflict_FR.pdf), pp. 59-61.

<sup>17</sup> Pacto internacional sobre direitos civis e políticos, cf. nota 11, art. 4º.

<sup>18</sup> A primeira parte do artigo se refere principalmente às fontes: Organização para Segurança e Cooperação na Europa Missão de especialistas do Mecanismo de Moscou, Organização para Segurança e Cooperação na Europa, Escritório para Instituições Democráticas e Direitos Humanos, Relatório sobre Violações do Direito Internacional Humanitário e dos Direitos Humanos, *Crimes de guerra e crimes contra a humanidade cometidos na Ucrânia (1 de abril - 25 de junho de 2022)*, 14 de julho de 2022, disponível em: <https://reliefweb.int/report/ukraine/report-violations-international-humanitarian-and-human-rights-law-war-crimes-and-crimes-against-humanity-committed-ukraine-1-april-25-june-2022> ["OSCE Moscou, julho de 2022"]; Organização para a Segurança e Cooperação na Europa Missão de especialistas do Mecanismo de Moscou, Organização para a Segurança e Cooperação na Europa, Escritório para as Instituições Democráticas e Direitos Humanos, *Report on Violations of International Humanitarian and Human Rights Law, War Crimes and Crimes Against Humanity Committed in Ukraine since 24 February 2022*, 13 de abril de 2022, disponível em: <https://www.osce.org/odihr/515868>, pp. 46-48; Conselho da Europa, Comissário para os Direitos Humanos, *Memorandum on the Human Rights Consequences of the War in Ukraine*, 8 de julho de 2022, disponível em: <https://rm.coe.int/memorandum-on-the-human-rights-consequences-of-the-war-in-ukraine/1680a72bd4>, pp. 4-7.

<sup>19</sup> Por exemplo: *Ibid*, art. 6 e Convenção Europeia de Direitos Humanos, cf. nota 13, art. 2.

da paz<sup>20</sup>. Deve-se lembrar que, no contexto da guerra, as normas do DIDH são complementares às regras do DIH<sup>21</sup>. Portanto os numerosos casos de vítimas civis relatados periodicamente pelo *Alto Comissariado das Nações Unidas de Direitos Humanos* ("Alto Comissariado") devem ser avaliados à luz de seu contexto (o de um conflito armado internacional), que é avaliado em termos da dupla legalidade do DIH e do DIDH<sup>22</sup>. Com relação às regras da guerra, uma morte será considerada ilegal na medida em que as seguintes obrigações não tenham sido cumpridas: a obrigação preventiva (*ex ante*) de tomar medidas preventivas para minimizar a perda accidental de vidas humanas no planejamento de operações militares, que se harmoniza conjuntamente com a obrigação subsequente (*ex post*) de investigar as mortes de pessoas após o uso da força por agentes do Estado, entre outros<sup>23</sup>. Nisso, ambos os estados (Ucrânia e Rússia) devem evitar, ou pelo menos minimizar, a perda accidental de vidas em operações militares por suas forças armadas e, no pior caso, investigar casos de morte em zonas militares sob seu controle<sup>24</sup>.

Outro direito fundamental relevante do DIH é a proibição da tortura e outros tratamentos desumanos e degradantes, protegido pelo DIH<sup>25</sup> e pela *Convenção da ONU contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes*<sup>26</sup>, dos quais não é permitida nenhuma derrogação, nem mesmo em tempos de conflito armado. Além disso, como já mencionado, os atos de tortura também são proibidos pelo DIH, e podem até consti-

<sup>20</sup> Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas, *General Comment Nº 36 (2018) on Article 6 of the International Covenant on Civil and Political Rights, on the Right to Life*, Doc. N. U. CCPR/C/CG/36, (30 de outubro de 2018), par. 70, disponível em: [https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CCPR/Shared%20Documents/1\\_Global/CCPR\\_C\\_GC\\_36\\_8785\\_E.pdf](https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CCPR/Shared%20Documents/1_Global/CCPR_C_GC_36_8785_E.pdf).

<sup>21</sup> OSCE Moscow, julho de 2022, cf. nota 17, p. 59.

<sup>22</sup> O Alto Comissariado de Direitos Humanos das Nações Unidas coleta informações sobre as consequências da guerra na Ucrânia desde 2014, inclusive através de entrevistas conduzidas pela Missão de Monitoramento dos Direitos Humanos da ONU na Ucrânia (*MSDHU*) de vítimas e seus familiares, testemunhos, registros oficiais (como relatórios forenses, judiciais e militares) ou outros documentos disponíveis ao público (como fotos e vídeos), assim como relatórios de ONGs internacionais e nacionais. Deve-se observar que as estatísticas sobre vítimas civis da OHCHR atendem ao padrão de "motivos razoáveis para acreditar", que exige que cada fonte de informação seja avaliada quanto à relevância e credibilidade, e depois corroborada com outras fontes. Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos, *Ukraine: Civilian Casualty Update 25 July 2022*, (2022), disponível em: <https://www.ohchr.org/en/press-releases/2022/07/ukraine-civilian-casualty-update-25-july-2022>.

<sup>23</sup> OSCE Moscow, julho de 2022, cf. nota 17, p. 61; referentes às decisões da Corte Europeia de Direitos Humanos e Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas, Comentário Geral nº 36 (2018) do Comitê dos Direitos Humanos sobre o artigo 6 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, relativo ao direito à vida. Doc. N. U. CCPR/C/CG/36, (30 de outubro de 2018), par. 13 e 64. Disponível em: [https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CCPR/Shared%20Documents/1\\_Global/CCPR\\_C\\_GC\\_36\\_8785\\_E.pdf](https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CCPR/Shared%20Documents/1_Global/CCPR_C_GC_36_8785_E.pdf).

<sup>24</sup> « Base de données sur le DIH: DIH Coutumier », cf. nota 8, regra 150: "O Estado responsável pelas violações do direito humanitário internacional deverá reparar integralmente as perdas ou danos causados" [« L'État responsable de violations du droit international humanitaire est tenu de réparer intégralement la perte ou le préjudice causé », tradução nossa] in UN Doc. A/56/10, *Report of the International Law Commission on the Work of its Fifty-Third Session*, Official Records of the General Assembly, Fifty-sixth session, Supplement No. 10, novembro de 2001, pp. 43-59. OSCE Moscow, julho de 2022, cf. nota 17, p. 61.

<sup>25</sup> *Pacto internacional sobre direitos civis e políticos*, cf. nota 11, artigo 7º: "ninguém poderá ser submetido à tortura, nem a penas ou tratamento cruéis, desumanos ou degradantes. Será proibido, sobretudo, submeter uma pessoa, sem seu livre consentimento, a experiências médicas ou científicas", disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm), acessado em 03 de outubro de 2022.

<sup>26</sup> *Ibid*, art. 1º e 2º.

tuir crimes de guerra quando cometidos contra determinadas categorias de pessoas vulneráveis<sup>27</sup>. Entretanto, numerosas fontes indicam casos de tortura e tratamento desumano e degradante de civis (ver seção 1.2 acima) em zonas ucranianas ocupadas por forças militares russas, as chamadas "zonas sem lei"<sup>28</sup>. Outras fontes também indicam maus-tratos aos prisioneiros de guerra russos pelas forças militares ucranianas (seção 1.2), embora em menor grau, e principalmente de civis ucranianos acusados de serem saqueadores, contrabandistas, espões, apoiadores pró-russos ou violadores do toque de recolher em território controlado pela Ucrânia<sup>29</sup>.

O direito à liberdade e à segurança protegido pelo DIH<sup>30</sup> não é absoluto devido à possibilidade de sua derrogação, como foi o caso na Ucrânia<sup>31</sup>. Dito isso, certas salvaguardas devem ser sempre respeitadas, incluindo proibições de detenções arbitrárias, tomada de reféns e sequestros, assim como salvaguardas processuais que protejam a liberdade dos indivíduos<sup>32</sup>. Para determinar se uma prisão e/ou detenção é arbitrária sob o fulcro do *Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos* (doravante "ICCPR"), o teste do perigo público é decisivo e deve ser avaliado à luz das regras do DIH no contexto de conflito armado<sup>33</sup>. Neste caso, se um ato de privação de liberdade for cometido como parte de um ataque generalizado e sistemático contra toda a população civil, pode ser ilegal e até mesmo constituir um crime contra a humanidade<sup>34</sup>.

O direito a um julgamento justo, protegido pelo DIDH<sup>35</sup>, também pode ser objeto de derrogação, como de fato a Ucrânia<sup>36</sup> fez. Entretanto, o direito a um julgamento justo contém garantias fundamentais das quais nenhum Estado pode derogar, nem mesmo em tempos de conflito armado, segundo as regras do DIH<sup>37</sup>. Na Ucrânia, o Ministério Público registrou, em

<sup>27</sup> As *Convenções de Genebra*, cf. nota 3 e inciso (ii) da alínea (a) do par. 2 do art. 8º do *Estatuto de Roma*, cf. nota 14; atos de tortura cometidos como parte de um ataque generalizado ou sistemático dirigido contra qualquer população civil com conhecimento do ataque podem constituir crimes contra a humanidade (*Ibid*, alínea (e) do par. 2 do art. 7).

<sup>28</sup> OSCE Moscow, julho de 2022, cf. nota 17, p. 67 (Tradução livre).

<sup>29</sup> *Ibid*, pp. 69-70; Escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos, *HRMMU Update on the Human Rights Situation in Ukraine, 24 February-26 March*, (28 mars 2022), par. 41. Disponível em: <https://www.ohchr.org/en/documents/country-reports/hrmmu-update-human-rights-situation-ukraine-24-february-26-march-2022>.

<sup>30</sup> *Pacto internacional sobre direitos civis e políticos*, cf. nota 11, art. 9º.

<sup>31</sup> «Pacte international relatif aux droits civils et politiques», *Nations Unies : Collection des traités*. Disponível em: [https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg\\_no=IV-4&chapter=4&clang=\\_fr](https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=IV-4&chapter=4&clang=_fr), ver: <https://treaties.un.org/doc/Publication/CN/2015/CN.416.2015-Frn.pdf>.

<sup>32</sup> Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas, *General Comment nº 35. Article 9 (Liberty and Security of Person)*, Doc. N. U. CCPR/C/GC/35, (16 de dezembro de 2014), par. 64-66. Disponível em: <https://www.ohchr.org/en/calls-for-input/general-comment-no-35-article-9-liberty-and-security-person>.

<sup>33</sup> *Ibid*, Assembleia Geral das Nações Unidas, *Body of Principles for the Protection of All Persons under Any Form of Detention or Imprisonment*, Doc. N. U. A/RES/43/173, (9 de dezembro de 1988), disponível em: <https://www.un.org/ruleoflaw/blog/document/body-of-principles-for-the-protection-of-all-persons-under-any-form-of-detention-or-imprisonment/>.

<sup>34</sup> *Estatuto de Roma*, cf. nota 14, art. 7(1)(e).

<sup>35</sup> *Pacto internacional sobre direitos civis e políticos*, cf. nota 11, art. 14.

<sup>36</sup> «Pacte international relatif aux droits civils et politiques», *Nations Unies : Collection des traités*, cf. nota 30.

<sup>37</sup> Comitê de Direitos Humanos da ONU, *Communication Nº 263/1987, Miguel González del Río v. Peru*, Doc. N. U. CCPR/C/46/D/263/1987, (2 de novembro de 1992), par. 5.1; Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas, *General Comment nº 29. States of Emergency (Article 4)*, Doc. N. U. CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, (31 de agosto de 2001), par. 16.

25 de junho de 2022, quase 20.000 casos criminais relacionados a crimes de direito internacional, incluindo 18.805 crimes de guerra, 73 atos de agressão, 18 de propaganda de guerra e 634 outros<sup>38</sup>, incluindo dois julgamentos que resultaram em condenações<sup>39</sup>.

Em relação a esses julgamentos, o respeito às garantias judiciais (julgamento justo) é, em algumas circunstâncias, questionado<sup>40</sup>, em particular no que diz respeito à forma como as confissões são obtidas, o respeito à presunção de inocência e a tendência de lidar principalmente com crimes russos, às custas de alegações de crimes cometidos por soldados ucranianos<sup>41</sup>. Na Rússia, também já começaram os primeiros julgamentos por crimes de guerra<sup>42</sup>. Um deles acusou o tenente-coronel ucraniano Alexander Plotniko (7 de junho de 2022) e levanta as mesmas preocupações, incluindo a tendência de lidar exclusivamente com crimes ucranianos, o que contraria a obrigação de procurar e levar à justiça todas as pessoas que alegadamente cometeram ou ordenaram a prática de crimes de guerra, independentemente de sua nacionalidade<sup>43</sup>. Entretanto, no momento da redação deste artigo, os julgamentos mais preocupantes são os dos tribunais das Repúblicas Populares de Donetsk e Luhansk, onde a pena de morte foi decretada contra ucranianos e estrangeiros<sup>44</sup>.

O direito à liberdade de expressão, protegido pelo DIDH<sup>45</sup>, ao qual a Ucrânia derogou<sup>46</sup>, permite a diversidade de opiniões ao receber e transmitir informações e/ou ideias sem interferência externa. Em uma sociedade democrática, é importante assegurar a proteção desse direito em relação aos jornalistas e à mídia para que eles possam exercer livremente seu papel de comunicadores de fatos ao público, especialmente em áreas próximas às hostilidades. De acordo com o Comitê de Proteção aos Jornalistas, pelo menos 12 jornalistas foram

<sup>38</sup> OSCE Moscow, julho de 2022, cf. nota 17, pp. 74-75, referindo-se à seguinte fonte (informações do final de junho de 2022): "Crimes Committed During the Full-Scale Invasion of the RF", *Office of the Prosecutor General of Ukraine*, 25 de junho de 2022. Disponível em: <https://en.gp.gov.ua/ua/>.

<sup>39</sup> *Ibid*, apud.: Pavel POLITYUK, "Russian Soldier Jailed for Life in First War Crimes Trial of Ukraine War", *Reuters*, 23 de maio de 2022, disponível em: <https://www.reuters.com/world/europe/ukraine-court-jails-russian-soldier-life-war-crimes-trial-2022-05-23/>; Claire PARKER, Ellen FRANCIS and Annabelle CHAPMAN, "Russian Soldiers Get Prison Terms in Second Ukraine War Crimes Trial", *The Washington Post*, 31 de maio de 2022, disponível em: <https://www.adn.com/nation-world/2022/05/31/russian-soldiers-get-prison-terms-in-second-ukraine-war-crimes-trial/>.

<sup>40</sup> Kai AMBOS, "Ukrainian Prosecution of ICC Statute Crimes: Fair, Independent and Impartial?", *EJILTALK*, 10 de junho de 2022. Disponível em: <https://www.ejiltalk.org/ukrainian-prosecution-of-icc-statute-crimes-fair-independent-and-impartial/>.

<sup>41</sup> "Transcript: World Stage: Ukraine with Ukraine Prosecutor General Iryna Venediktova", *The Washington Post*, 23 de maio de 2022. Disponível em: <https://www.washingtonpost.com/washington-post-live/2022/05/23/transcript-world-stage-ukraine-with-ukraine-prosecutor-general-iryna-venediktova/>.

<sup>42</sup> OSCE Moscow, julho de 2022, cf. nota 17, p. 76.

<sup>43</sup> CGI, cf. nota 3, art. 49; CGII, cf. nota 3, art. 50; CGIII, cf. nota 3, art. 50; CGIV, cf. nota 3, art. 129; *Protocolo adicional às Convenções de Genebra de 12 de agosto de 1949, relativo à proteção das vítimas dos conflitos armados sem caráter internacional (Protocolo I)*, cf. nota 3, art. 145.

<sup>44</sup> Andrew ROTH et Emine SINMAZ, "Britons Sentenced to Death after 'Show Trial' in Russian-Occupied Ukraine", *The Guardian*, 9 de junho de 2022, disponível em: <https://www.theguardian.com/world/2022/jun/09/britons-sentenced-to-death-russian-occupied-ukraine-aiden-aslin-shaun-pinner>; Peter BEAUMONT, "US Volunteer Fighters Captured in Ukraine Could Face Death Penalty, Says Russia", *The Guardian*, 21 de junho de 2022, disponível em: <https://www.theguardian.com/world/2022/jun/21/us-volunteer-fighters-captured-in-ukraine-could-face-death-penalty-says-russia>.

<sup>45</sup> *Pacto internacional sobre direitos civis e políticos*, cf. nota 11, art. 19.

<sup>46</sup> «Pacte international relatif aux droits civils et politiques», *Nations Unies : Collection des traités*, disponível em: [https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg\\_no=IV-4&chapter=4&clang=\\_fr](https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=IV-4&chapter=4&clang=_fr), ver: <https://treaties.un.org/doc/Publication/CN/2022/CN.65.2022-Frn.pdf>.

mortos na Ucrânia desde o início do conflito<sup>47</sup>, enquanto o Instituto Ucrainiano de Informação de Massa enumera 32 mortes<sup>48</sup>. A morte do operador de câmera francês Frédéric Leclerc-Imhoff, em 30 de maio de 2022, durante o bombardeio russo de um comboio humanitário na região de Luhansk está sendo investigada atualmente como um crime de guerra na França<sup>49</sup>. Deve-se notar, entretanto, que o assassinato de civis, incluindo jornalistas, não significa automaticamente uma violação do DIH e do DIDH. Somente uma investigação será capaz de determinar se as vítimas foram alvos intencionalmente e com conhecimento de seu status, sem o que sua morte poderia ser considerada uma perda acidental.

Finalmente, é importante ressaltar que, em geral, o gozo de todos os direitos civis e políticos pode ser afetado durante uma guerra. Além dos mencionados acima, a *OSCE Moscow*<sup>50</sup> relata a perda do gozo dos seguintes direitos civis e políticos: o direito à reunião pacífica<sup>51</sup>, o direito à liberdade de associação<sup>52</sup>, o direito à liberdade de ir e vir<sup>53</sup> e o direito à vida privada e familiar<sup>54</sup>, embora a Ucrânia tenha derogado todos esses direitos<sup>55</sup>.

### 1.2.2 Perda do gozo dos direitos econômicos, sociais e culturais

Com relação aos direitos econômicos, sociais e culturais, a guerra tem impedido notavelmente o gozo do direito à educação, o direito à saúde, o direito à seguridade social, o direito à alimentação e o direito à água. Em alguns casos, os beligerantes têm prejudicado diretamente o gozo desses direitos. Em outros casos, foram as hostilidades que causaram a perda do gozo desses direitos, devido à ruptura ou destruição da infraestrutura pública de serviços essenciais na educação, saúde e produção de alimentos, limitando assim a capacidade do Estado ucraniano de garantir o pleno gozo desses direitos a seus cidadãos<sup>56</sup>. Entretanto, nenhuma derrogação desses direitos é permitida em momentos de emergência, ao contrário dos

<sup>47</sup> "Russia-Ukraine War", *Committee to Protect Journalists*, 25 de junho de 2022, disponível em: <https://cpj.org/invasion-of-ukraine/>.

<sup>48</sup> Anwasha MAJUMDAR, "Ukraine Claims 32 Journalists Slain Since Onset Of Russian Invasion On February 24", *Republicworld.com*, 31 de maio de 2022, disponível em: <https://www.republicworld.com/world-news/russia-ukraine-crisis/ukraine-claims-32-journalists-slain-since-onset-of-russian-invasion-on-february-24-articleshow.html>.

<sup>49</sup> Frédéric Leclerc-Imhoff, *Committee to Protect Journalists*, 30 de maio de 2022, disponível em: <https://cpj.org/data/people/frederic-leclerc-imhoff/>; Ariane CHEMIN, Sandrine CASSINI et Cédric PIETRALUNGA, « Guerre en Ukraine : après la mort d'un journaliste français, émotion à BFM-TV et ouverture d'une enquête pour 'crimes de guerre' », *Le Monde*, 31 de maio de 2022, disponível em: [https://www.lemonde.fr/international/article/2022/05/31/guerre-en-ukraine-apres-la-mort-d-un-journaliste-francais-emotion-a-bfm-tv-et-ouverture-d-une-enquete-pour-crimes-de-guerre\\_6128264\\_3210.html](https://www.lemonde.fr/international/article/2022/05/31/guerre-en-ukraine-apres-la-mort-d-un-journaliste-francais-emotion-a-bfm-tv-et-ouverture-d-une-enquete-pour-crimes-de-guerre_6128264_3210.html).

<sup>50</sup> OSCE Moscow, julho de 2022, cf. nota **Erro! Indicador não definido.**7, pp. 79-82.

<sup>51</sup> *Pacto internacional sobre direitos civis e políticos*, cf. nota **Erro! Indicador não definido.**1, art. 21.

<sup>52</sup> *Ibid*, art. 22; *Pacto internacional sobre direitos econômicos, sociais e culturais*, cf. nota 11, art. 8

<sup>53</sup> *Pacto internacional sobre direitos civis e políticos*, cf. nota 11, art. 12.

<sup>54</sup> *Ibid*, art. 23.

<sup>55</sup> « Pacte international relatif aux droits civils et politiques », *Nations Unies : Collection des traités*. Disponível em: [https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg\\_no=IV-4&chapter=4&clang=\\_fr](https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=IV-4&chapter=4&clang=_fr), <https://treaties.un.org/doc/Publication/CN/2019/CN.618.2019-Frn.pdf>; <https://treaties.un.org/doc/Publication/CN/2022/CN.65.2022-Frn.pdf>.

<sup>56</sup> OSCE Moscow, julho de 2022, cf. nota 7, p. 108.

direitos civis e políticos, pois os Estados mantêm a obrigação positiva (de proteção e implementação) de garantir a realização e a manutenção progressiva das obrigações essenciais de acordo com o contexto, os recursos disponíveis e o princípio da não-discriminação<sup>57</sup>.

Com relação ao direito à educação, várias violações decorrem do uso de instituições educacionais para fins militares e/ou que se tornam, deliberada ou acidentalmente, objeto de ataques militares<sup>58</sup>. O direito à educação é protegido por vários tratados do DIH<sup>59</sup>, inclusive em tempos de conflito armado<sup>60</sup>. A mesma proteção jurídica acontece com relação ao direito à saúde, também assegurado por vários tratados do DIDH<sup>61</sup>, que é ameaçado pelo fechamento de instituições e/ou seu uso para fins e/ou objetivos militares<sup>62</sup>. Além disso, sob as regras do DIH<sup>63</sup>, o ocupante deve cooperar para manter o acesso aos serviços essenciais, especialmente no caso de epidemias ou contaminações. Quanto ao direito à seguridade social, as proteções do DIDH<sup>64</sup> dificilmente podem ser implementadas, dado o deslocamento maciço da população civil e o bombardeio das infraestruturas civis que desorganizam o sistema de seguridade social na Ucrânia<sup>65</sup>. Com relação ao direito à alimentação e à água protegidos pelo *Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais* (doravante "PIDESC")<sup>66</sup>, o risco de escassez e fome é evidente devido à destruição e/ou contaminação da água e/ou da infraestrutura agrícola por ações militares, às vezes deliberadamente direcionadas<sup>67</sup>.

<sup>57</sup> *Ibid*, p. 84.

<sup>58</sup> Escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos, *Plights of civilians In Ukraine*, (10 de maio de 2022). Disponível em: <https://www.ohchr.org/en/press-briefing-notes/2022/05/plight-civilians-ukraine>.

<sup>59</sup> *Pacto internacional sobre direitos civis e políticos*, cf. nota 11, art. 13; *Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher*, cf. nota 12, art. 10; *Convenção sobre os Direitos da Criança*, cf. nota 12, art. 28-29; *Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência*, cf. nota 12, art. 24.

<sup>60</sup> Conselho de Segurança das Nações Unidas, *La protection de l'éducation en période de conflit armé*, Rés. 2601, Doc. N. U. S/RES/2601 (2021), par. 3.

<sup>61</sup> *Pacto internacional sobre direitos econômicos, sociais e culturais*, cf. nota 11, art. 12; *Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher*, cf. nota 12, art. 12; *Convenção sobre os Direitos da Criança*, cf. nota 12, art. 24; *Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência*, cf. nota 12, art. 25; Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, *General Comment No. 14: The Right to the Highest Attainable Standard of Health*, Doc. N.U. E/CN.4/2000/4, (11 de agosto de 2000), par. 8.

<sup>62</sup> "One Hundred Days of War Has put Ukraine's Health System Under Severe Pressure", *WHO*, 3 de junho de 2022, disponível em: <https://www.who.int/news/item/03-06-2022-one-hundred-days-of-war-has-put-ukraine-s-health-system-under-severe-pressure>; "Surveillance System for Attacks on Health Care (SSA)", *WHO*, 25 de junho de 2022, disponível em: <https://extranet.who.int/ssa/Index.aspx>; Organização Mundial da Saúde, *Health Emergency in Ukraine and Refugee Receiving and Hosting Countries, Stemming from the Russian Federation's Aggression*, A75/A/CONF./6 (23 de maio de 2022).

<sup>63</sup> CGIV, cf. nota 3, art. 56.

<sup>64</sup> *Pacto internacional sobre direitos civis e políticos*, cf. nota 11, art. 9-10; *Convenção sobre os Direitos da Criança*, cf. nota 12, art. 26; *Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra as mulheres*, cf. nota 12, art. 11; *Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência*, cf. nota 12, art. 28.

<sup>65</sup> OSCE Moscow, julho de 2022, cf. nota **Erro! Indicador não definido.**7, pp. 86-87.

<sup>66</sup> *Pacto internacional sobre direitos econômicos, sociais e culturais*, cf. nota 11, art. 11. Ver também: Comitê de direitos econômicos, sociais e culturais, *General Comment nº 15. The Right to Water (Arts. 11 and 12 of the Covenant)*, Doc. N.U. E/C.12/2002/11, (20 de janeiro de 2003); Assembleia Geral das Nações Unidas, *The Human Right to Water and Sanitation*, A/RES/64/292, (3 de agosto de 2010).

<sup>67</sup> "1.4 Million People Without Running Water Across War-Affected Eastern Ukraine", *UNICEF*, 15 de abril de 2022. Disponível em: [https://www.unicef.org/press-releases/14-million-people-without-running-water-across-war-affected-eastern-ukraine#:~:text=LVIV%2C%20Ukraine%2C%2015%20April%202022,people%20with%20only%20limited%20access;EddyWAX,\"TheStarvationofaNation:PutinUsesHungeras aWeapon](https://www.unicef.org/press-releases/14-million-people-without-running-water-across-war-affected-eastern-ukraine#:~:text=LVIV%2C%20Ukraine%2C%2015%20April%202022,people%20with%20only%20limited%20access;EddyWAX,\)

Em suma, a crescente vulnerabilidade dos civis como um todo, prisioneiros e detentos, deslocados, refugiados e outras minorias, como resultado da guerra russo-ucraniana, torna o restabelecimento do Estado de direito um imperativo urgente, que será discutido na próxima seção.

### 1.3 O Estado de Direito fragilizado pela guerra

A maioria dos observadores e analistas concorda que as hostilidades da guerra na Ucrânia ocasionaram a violação dos direitos fundamentais, alguns dos quais podem estar sujeitos à derrogação estatal, outros não<sup>68</sup>. De fato, após as atrocidades da Segunda Guerra Mundial, a comunidade internacional partilha a visão de que a guerra deveria ser evitada a todo custo a fim de manter a paz e a segurança (o princípio fundador da ONU), porém que, caso contrário, seria indispensável pelo menos prever e especificar as regras da guerra, regulando os métodos militares<sup>69</sup>.

Assim, no DIDH, a internacionalização do princípio do Estado de direito está na base da criação das Nações Unidas, à imagem de uma comunidade internacional de direito. Além do preâmbulo da Carta da ONU, que consagra esse princípio<sup>70</sup>, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948<sup>71</sup> ("Declaração Universal") reitera seu conteúdo e assegura sua centralidade no DIDH, com o preâmbulo afirmando que "é essencial que os direitos humanos sejam protegidos pelo Estado de Direito para que o homem não seja obrigado a recorrer, como último recurso, à rebelião contra a tirania e a opressão".

Meio século após a adoção da Declaração Universal, o princípio do Estado de Direito tornou-se tema de uma reunião no Conselho de Segurança das Nações Unidas ("CSNU") sobre o papel da ONU no estabelecimento da justiça e do Estado de Direito nas sociedades pós-conflito<sup>72</sup>. No ano seguinte, 2004, Kofi Annan publicou um relatório no qual os imperativos de justiça, paz e democracia foram apresentados como os pilares de um "Estado de direito", que ele definiu como

---

in Ukraine", *Politico*, 1º de abril de 2022. Disponível em: <https://www.politico.eu/article/the-starvation-of-a-nation-how-putin-is-using-hunger-as-a-weapon-in-ukraine/>; Antonia ZIMMERMANN, "Russia's War on Water in Ukraine", *Politico*, 25 de maio de 2022, Disponível em: <https://www.politico.eu/article/russias-war-on-water-in-ukraine/>.

<sup>68</sup> Entretanto, como já mencionado, mesmo em tempos de guerra, os Estados mantêm obrigações positivas e negativas (ação e inação) em relação a certas categorias de pessoas vulneráveis.

<sup>69</sup> O objetivo é "limitar os efeitos do conflito armado por razões humanitárias". Alto Comissariado de Direitos Humanos da ONU, *La protection juridique internationale des droits de l'homme dans les conflits armés*, (2011), p. 5. Disponível em: [https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/HR\\_in\\_armed\\_conflict\\_FR.pdf](https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/HR_in_armed_conflict_FR.pdf).

<sup>70</sup> Nações Unidas, *Carta das Nações Unidas*, 26 de junho de 1945, art. 92. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1930-1949/d19841.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm).

<sup>71</sup> Assembleia Geral das Nações Unidas, Rés. 217 A (III), Doc. Off. A.G. N. U., 3º sess., suppl. n.º 13, p. 17, Doc. N.U. A/810 (1948).

<sup>72</sup> Conselho de Segurança das Nações Unidas, *4833rd meeting*, S/PV/4833, (24 de setembro de 2003). Disponível em: <https://www.securitycouncilreport.org/atf/cf/%7B65BF9B-6D27-4E9C-8CD3-CF6E4FF96FF9%7D/IJ%20SPV4833.pdf>.

[...] um princípio de governança sob o qual todos os indivíduos, instituições e entidades, públicas e privadas, incluindo o próprio Estado, são responsáveis por leis promulgadas publicamente, igualmente aplicadas e administradas de forma independente, que sejam consistentes com as normas e padrões internacionais de direitos humanos. Isso implica também medidas para garantir o respeito ao Estado de Direito, igualdade e responsabilidade perante à lei, a justiça na aplicação do direito, a separação de poderes, a participação na tomada de decisões, a segurança jurídica, a interdição de arbitrariedade e a transparência nos procedimentos e processos legislativos<sup>73</sup>.

Ao fazer isso, o sétimo Secretário Geral das Nações Unidas lembrou que o princípio do Estado de direito está na própria base da missão da ONU de fortalecer os esforços da comunidade internacional para manter a paz e promover os direitos humanos<sup>74</sup>. Em resposta a esse apelo, os Chefes de Estado e de Governo declararam unanimemente em uma Assembleia Geral das Nações Unidas de 2012 (AGNU) que "o Estado de direito deve orientar nossa ação coletiva diante dos desafios [...] pois o Estado de direito é o fundamento das relações amistosas e equitativas entre Estados e sociedades que valorizam a justiça e a equidade"<sup>75</sup>. Para atingir esse objetivo, a ONU desenvolveu um sistema para a promoção e manutenção do princípio de governança do Estado de Direito dentro da comunidade internacional, inclusive por meio da Célula de Coordenação Global para Atividades Policiais, Judiciais e Prisionais em Pós-Conflito e Outras Crises<sup>76</sup> e do Grupo de Coordenação e Recursos do Estado de Direito<sup>77</sup>.

<sup>73</sup> Tradução livre: « un principe de gouvernance en vertu duquel l'ensemble des individus, des institutions et des entités publics et privés, y compris l'État lui-même, ont à répondre de l'observation de lois promulguées publiquement, appliquées de façon identique pour tous et administrées de manière indépendante, et compatible avec les règles et normes internationales en matière de droits de l'homme. Il implique, d'autre part, des mesures propres à assurer le respect des principes de la primauté du droit, de l'égalité devant la loi, de la responsabilité au regard de la loi, de l'équité dans l'application de la loi, de la séparation des pouvoirs, de la participation à la prise de décisions, de la sécurité juridique, du refus de l'arbitraire et de la transparence des procédures et des processus législatifs » (Conselho de Segurança das Nações Unidas, *Rétablissement de l'état de droit et administration de la justice pendant la période de transition dans les sociétés en proie à un conflit ou sortant d'un conflit : Rapport du Secrétaire général*, S/2004/616, (23 de agosto de 2004), p. 6. Disponível em: <https://digitallibrary.un.org/record/527647?ln=fr>, tradução nossa).

<sup>74</sup> *Ibid.*

<sup>75</sup> *Déclaration de la réunion de haut niveau de l'Assemblée Générale sur l'état de droit aux niveaux national et international*, A/RES/67/1, (24 de setembro de 2012). Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N12/478/67/PDF/N1247867.pdf?OpenElement>. Dois anos após essa declaração, a interseção dos três pilares do Estado de direito, direitos humanos e paz e segurança da ONU foi explicitada no adendo ao relatório do Secretário Geral das Nações Unidas: Assembleia Geral das Nações Unidas, *Renforcement et coordination de l'action des Nations Unies dans le domaine de l'état de droit: Rapport du Secrétaire général*, A/68/213/Add.1 (11 de julho de 2014). Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N14/464/15/PDF/N1446415.pdf?OpenElement>.

<sup>76</sup> A coordenação conjunta se faz pelo Departamento de Operações de Manutenção da Paz das Nações Unidas e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento: « Coordination des activités de l'ONU dans le domaine de l'état de droit », *Les Nations unies et l'état de droit*. Disponível em: <https://www.un.org/ruleoflaw/fr/what-is-the-rule-of-law/coordination-of-rule-of-law-activities/>.

<sup>77</sup> *Ibid.* O Grupo de Coordenação e Recursos do Estado de Direito compreende mais de 20 entidades com diversos mandatos sobre importantes aspectos normativos do Estado de Direito. Essas entidades incluem: o Departamento de Assuntos Econômicos e Sociais, o Departamento de Assuntos Políticos, o Departamento de Operações de Manutenção da Paz, o Escritório de Coordenação de Assuntos Humanitários, o Escritório do Alto Comissariado das

Se tomarmos o exemplo do Canadá, em sua Constituição acentua-se a primazia do Estado de direito como princípio fundador<sup>78</sup>, tornando assim o Canadá um Estado de direito, com a separação de poderes, assegurando que a independência judicial oriente o poder democrático parlamentar.

Entretanto, o que se constata com relação ao conceito de Estado de direito para a Ucrânia e a Rússia? Na Ucrânia, a Constituição consagra "o princípio do Estado de direito"<sup>79</sup>. Quanto à Constituição da Federação Russa, ela afirma que "a Rússia é um estado democrático, federal, um estado governado pelo Estado de direito, com uma forma republicana de governo"<sup>80</sup>. Contudo, o princípio do Estado de direito é abstrato, aberto a uma variedade de interpretações de seus elementos subjacentes, e é, afinal, apenas um ideal a ser alcançado, assim como o modelo ideológico de democracia, que, em última análise, nada mais é do que um sistema a ser visado. Apesar de o Estado de direito ser protetor, o Projeto de Justiça Mundial (*World Justice Project*) classifica anualmente os Estados de acordo com certos critérios do Estado de direito, tais como o respeito aos direitos fundamentais<sup>81</sup>.

Como a guerra impactou no Estado de direito na Ucrânia? Essencialmente, com a limitação do gozo dos direitos fundamentais daqueles expostos ao conflito armado, pois o Estado de direito foi perturbado pelo Estado de guerra. Quando uma sociedade sofre uma guerra, como na Ucrânia, o restabelecimento do Estado de direito se torna um imperativo sob o fundamento normativo da Carta das Nações Unidas e dos outros quatro pilares do sistema de justiça internacional<sup>82</sup>.

Como será explicado na Parte II, a guerra russo-ucraniana não é apenas um ultraje à regra internacional do direito, mas também mobiliza uma série de medidas jurídicas<sup>83</sup>, que podem estabelecer um precedente em termos dos desafios e esclarecimentos que a justiça internacional enfrentará.

---

Nações Unidas para os Direitos Humanos, o Escritório de Assuntos Jurídicos, o Escritório do Representante Especial do Secretário-Geral para Crianças e Conflitos Armados, o Escritório do Representante Especial do Secretário-Geral para Violência Sexual em Conflitos, o Escritório de Apoio à Construção da Paz, o Fundo das Nações Unidas para a Democracia, Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente, a UNESCO, a ONU-Habitat, o Escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados, o UNICEF, o Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime, o Escritório das Nações Unidas de Serviços para Projetos, a ONU Mulheres e o Banco Mundial.

<sup>78</sup> *Preâmbulo da Constituição do Canadá de 1982*, anexo B da *Lei de 1982 do Canadá*, 1982, c. 11 (R.-U.).

<sup>79</sup> *Constituição da Ucrânia*, art. 8º. Disponível em: <https://mjp.univ-perp.fr/constit/ua2011.htm>.

<sup>80</sup> *Constituição da Federação Russa*, art. 1º. Disponível em: <http://www.constitution.ru/en/10003000-02.htm>.

<sup>81</sup> "Research and Data", *World Justice Project*. Disponível em: <https://worldjusticeproject.org/our-work/wjp-rule-law-index>.

<sup>82</sup> O sétimo Secretário Geral das Nações Unidas aponta para os seguintes quatro pilares do sistema jurídico internacional contemporâneo: Direito internacional dos direitos humanos; Direito Internacional Humanitário; Direito Penal Internacional; e Direito internacional dos refugiados. Conselho de Segurança das Nações Unidas, Relatório do Secretário sobre o Estado de Direito e a justiça transicional nas sociedades pós-conflito (23 de agosto de 2004), cf. nota 71.

<sup>83</sup> Agnès GRUDA, « Une mobilisation internationale sans précédent », *La Presse*, 5 de junho de 2022. Disponível em: <https://www.lapresse.ca/international/europe/2022-06-05/la-justice-face-a-la-guerre/une-mobilisation-internationale-sans-precedent.php>.

## 2 A JUSTIÇA INTERNACIONAL COMO RESPOSTA À GUERRA

Não há dúvida de que a agressão da Rússia em território ucraniano implica uma série de violações das regras do direito internacional. A começar pela violação de um dos princípios fundadores da ONU, conforme estabelecido no Artigo 2(4) da Carta da ONU, que exige que seus membros, incluindo a Rússia, se abstenham "em suas relações internacionais da ameaça ou uso da força contra a integridade territorial ou independência política de qualquer Estado, ou de qualquer outra forma inconsistente com os Objetivos das Nações Unidas"<sup>84</sup>. De certa forma, o Conselho de Segurança das Nações Unidas tem a responsabilidade de assegurar a manutenção da paz e segurança mundial (Artigo 39 e seguintes da Carta das Nações Unidas)<sup>85</sup>, especialmente convidando os Estados a resolverem sua disputa por meios pacíficos, tais como arbitragem e negociação (Artigo 33 da Carta das Nações Unidas)<sup>86</sup>.

Mas então, se a paz não for mantida, a justiça internacional tem que papel após a guerra? A Parte II procurará responder a essa pergunta discutindo os mecanismos da justiça internacional (2.1) e sua competição entre as responsabilidades estatais e individuais (2.2), com especial atenção ao envolvimento do Canadá nessas diferentes iniciativas de justiça (2.3).

### 2.1 Uma visão geral dos mecanismos da justiça internacional em situações de guerra

A justiça internacional visa a prestar contas das violações do direito internacional que dizem respeito a crimes graves, ou seja, crimes de guerra, genocídio e agressão, assim como crimes contra a humanidade. Existem vários mecanismos de justiça internacional, além do Tribunal Penal Internacional (TPI).

Os primeiros tribunais internacionais também impulsionaram outras iniciativas internacionais, incluindo a ideia de um tribunal internacional permanente no final dos anos 90. Em 15 de junho de 1998, o plano para estabelecer o tribunal foi finalmente apresentado em uma conferência diplomática em Roma, que culminou com a adoção do tratado fundador do TPI, o Estatuto de Roma<sup>87</sup>, que entrou em vigor em 1 de julho de 2002. Desde então, o TPI tornou-se a primeira instituição internacional permanente com capacidade de julgar os crimes mais graves independentemente da ONU<sup>88</sup>.

<sup>84</sup> Nações Unidas, *Carta das Nações Unidas*, cf. nota 69.

<sup>85</sup> *Ibid.*

<sup>86</sup> *Ibid.*

<sup>87</sup> O texto do Estatuto de Roma está contido no documento A/CONF.183/9 de 17 de julho de 1998, emendado pelos registros de 10 de novembro de 1998, 12 de julho de 1999, 30 de novembro de 1999, 8 de maio de 2000, 17 de janeiro de 2001 e 16 de janeiro de 2002. O Estatuto entrou em vigor em 1 de julho de 2002 (Art. 126 do Estatuto de Roma); Estatuto de Roma, cf. nota 14.

<sup>88</sup> «L'ONU en bref: le droit international et son application», *Centre régional d'information pour l'Europe occidentale (ONU)*. Disponível em: <https://unric.org/fr/ressources/lonu-en-bref/le-droit-international-et-son-application/>.

## 2.2 Os diferentes mecanismos da justiça internacional para a guerra na ucrânia: a responsabilidade do estado e a responsabilidade individual

As alegadas violações das regras do DIH, normas do DIDH, princípios do direito internacional consuetudinário e crimes graves prescritos pelo DIP devem ser devidamente investigados<sup>89</sup>. Tradicionalmente, tais investigações eram conduzidas pelos tribunais competentes. Atualmente, outros mecanismos de investigação ajudam a estabelecer a caracterização jurídica dos fatos alegados. Esse é o caso no contexto da guerra russo-ucraniana.

Entre esses mecanismos de investigação está o Mecanismo de Moscou da OSCE, cujos dois relatórios sobre o estabelecimento de supostos fatos em violação das regras da guerra foram muito úteis para informar a primeira parte desse documento. Também está incluída a Comissão Internacional Independente de Inquérito sobre a Ucrânia, estabelecida pelo Conselho de Direitos Humanos da ONU, em 4 de março de 2022, com o objetivo de identificar os responsáveis pelas violações dos direitos humanos (Direito Internacional dos Direitos Humanos), mas também pelos abusos do DIH e outros crimes relacionados com a agressão da Rússia contra a Ucrânia<sup>90</sup>. Seu mandato inclui a formulação de recomendações, a realização de investigações de campo, para constatar a responsabilidade criminal individual dos perpetradores, e a promoção do acesso à justiça para as vítimas<sup>91</sup>. A publicação de seu relatório escrito está agendada para o inverno de 2023. Além disso, um mecanismo permanente de investigação independente surgirá da iniciativa de alguns Estados e ONGs, incluindo a Comissão Internacional de Juristas<sup>92</sup>, entre outros mecanismos de investigação e averiguação também em funcionamento. O objetivo seria reunir provas para procedimentos criminais internacionais e nacionais que serão ou podem ser iniciados<sup>93</sup>.

Ao apresentar brevemente esses diferentes mecanismos de investigação, vejamos como eles podem ser úteis para processos criminais em relação à responsabilidade do Estado (2.2.1), bem como aqueles em relação à responsabilidade criminal individual (2.2.2) na guerra russo-ucraniana.

<sup>89</sup> Segundo as *Convenções de Genebra*, cf. nota 3, o *Protocolo adicional às Convenções de Genebra de 12 de agosto de 1949, relativo à proteção das vítimas dos conflitos armados sem caráter internacional* (Protocolo I), cf. nota 4, as normas e os princípios do DIDH de direito internacional consuetudinário, os Estados têm a obrigação de investigar as supostas violações.

<sup>90</sup> Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas, *Situation of Human Rights in Ukraine Stemming from the Russian Aggression*, Doc. N. U. A/HRC/RES/49/1, (7 de março de 2022).

<sup>91</sup> Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas, *The Deteriorating Human Rights Situation in Ukraine Stemming from the Russian Aggression*, Doc. N.U. A/HRC/RES/S-34/1, (16 de maio de 2022); "UN Independent International Commission of Inquiry on Ukraine - Press Conference", *UN Media*, 15 de junho de 2022. Disponível em: <https://media.un.org/en/asset/k11/k1196tebe9>.

<sup>92</sup> "Report Launch: The Future of Accountability Mechanisms – Twenty Recommendations", *International Commission of Jurists*, 15 de novembro de 2021, disponível em: <https://www.icj.org/report-launch-the-future-of-accountability-mechanisms-twenty-recommendations/>; Kingsley ABBOTT et Saman ZIA-ZARIFI, "Is It Time to Create a Standing Independent Investigative Mechanism (SIIM)? Part II", *OpinioJuris*, disponível em: <http://opiniojuris.org/2019/04/11/is-it-time-to-create-a-standing-independent-investigative-mechanism-siim-part-ii/>.

<sup>93</sup> OSCE Moscow, julho de 2022, cf. nota 17, p. 110.

### 2.2.1 Responsabilidade do estado por violações do direito internacional

A responsabilidade internacional de um Estado pode ser assumida por violações das regras de DIH e normas do DIDH, seja através de seus órgãos, entidades ou de seu próprio ato, e mesmo no caso de um ataque generalizado ou sistemático contra toda sua população civil, se houver ciência dos fatos<sup>94</sup>. Nesse caso, apelações à Corte Internacional de Justiça (CIJ) e à Corte Europeia de Direitos Humanos foram apresentadas para estabelecer a responsabilidade internacional da Rússia, que será brevemente discutida.

Quanto à CIJ, principal órgão judicial das Nações Unidas, ela tem resolvido disputas entre Estados de acordo com o direito internacional desde 1946<sup>95</sup>. Embora seja um fórum importante para a resolução pacífica de disputas internacionais, a CIJ não tem jurisdição sobre alegações de atos criminosos cometidos por indivíduos ou sobre responsabilidade criminal individual.

Entretanto, foi apenas dois dias após o início da ofensiva russa, em 26 de fevereiro de 2022, que a Ucrânia apresentou um caso<sup>96</sup> baseado na *Convenção sobre a Prevenção e Punição do Crime de Genocídio*<sup>97</sup>. A Ucrânia alega que a Rússia "afirmou falsamente que foram cometidos atos de genocídio nos *oblasts* ucranianos de Luhansk e Donetsk"<sup>98</sup>. Em outras palavras, a Ucrânia argumentou que uma falsa alegação de genocídio não deveria ser usada para justificar um ataque armado, conhecido como uma operação militar especial em seu território. Por isso, pediu à Corte que invalidasse a justificativa legal para o uso da força pela Rússia. Para tanto, em seu pedido à CIJ, a Ucrânia solicitou medidas provisórias à Corte, incluindo uma ordem para que a Rússia "suspendesse imediatamente as operações militares iniciadas em 24 de fevereiro de 2022 [...]"<sup>99</sup>.

Após audiências públicas em 7 de março de 2022<sup>100</sup>, das quais a Rússia não participou (mas apresentou uma resposta por escrito)<sup>101</sup>, a Corte iniciou suas deliberações sobre o pedido de medidas provisórias. Em 16 de março de 2022, a CIJ deferiu o pedido ucraniano, ordenando à Rússia que suspendesse imediatamente as operações militares e assegurasse que

<sup>94</sup> Comissão de Direito Internacional, *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, With Commentaries*, Doc. N.U. A/56/10 (2001); *Report of the International Law Commission on the work of its Fifty-third session, Official Records of the General Assembly, Fifty-sixth session, Supplement No 10*, Doc. N.U. A/56/10 (novembro de 2001), pp. 43-59.

<sup>95</sup> Nações Unidas, *Carta das Nações Unidas*, cf. nota 69, art. 92.

<sup>96</sup> "Allegations of Genocide Under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Ukraine v. Russian Federation)", *CIJ* [Petição Inicial], 26 de fevereiro de 2022.

<sup>97</sup> 9 de dezembro de 1948, 78 R.T.N.U. 277 [Convenção contra o genocídio].

<sup>98</sup> Corte Internacional de Justiça, *L'Ukraine introduit une instance contre la Fédération de Russie et demande à la Cour d'indiquer des mesures conservatoires*, Comunicado da imprensa (27 de fevereiro de 2022). Disponível em: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/182/182-20220227-PRE-01-00-FR.pdf>.

<sup>99</sup> *Request for the Indication of Provisional Measures Submitted by Ukraine*, (26 de fevereiro de 2022). Disponível em: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/182/182-20220227-WRI-01-00-EN.pdf>.

<sup>100</sup> Corte Internacional de Justiça, *Public Sitting Held on Monday 7 March 2022, at 10 a.m., at the Peace Palace, President Donoghue presiding, in the Case concerning Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Ukraine v. Russian Federation)*, (2022). Disponível em: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/182/182-20220307-ORA-01-00-BI.pdf>.

<sup>101</sup> Corte Internacional de Justiça, *Resposta escrita da Federação Russa. Case Concerning Allegations of Genocide Under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Ukraine v. Russian Federation)*, (2022). Disponível em: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/182/182-20220307-OTH-01-00-FR.pdf>.

todas as unidades militares, ou irregulares, e pessoas que pudessem estar sujeitas a seu controle se abstivessem de realizar operações militares<sup>102</sup>. Entretanto, embora essas medidas solicitadas pela Ucrânia tenham sido concedidas, sua natureza vinculante não é apoiada por nenhum mecanismo de aplicação tradicional, como a polícia internacional. Desde então, vários Estados fizeram uma declaração de intervenção no caso da CIJ, especificamente em relação às alegações de genocídio, nos termos do artigo 63 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça<sup>103</sup>, a saber, a Letônia (21 de julho de 2022)<sup>104</sup>, a Lituânia (25 de julho de 2022)<sup>105</sup> e a Nova Zelândia (28 de julho de 2022)<sup>106</sup> e o Reino Unido (5 de agosto de 2022)<sup>107</sup>, entre outros mais recentes. As questões substantivas do caso serão ouvidas e decididas em uma etapa posterior.

No que tange à Corte Europeia de Direitos Humanos, estabelecida pelos Estados membros do Conselho da Europa em 1959, para assegurar o cumprimento da CEDH, a Ucrânia solicitou à Corte, em 28 de fevereiro de 2022, medidas provisórias urgentes relativas às "violações maciças dos direitos humanos cometidas pelas tropas russas durante a agressão militar contra o território soberano da Ucrânia"<sup>108</sup>. A Corte ordenou tais medidas em 1º de março de 2022, instando a Rússia a:

[...] abster-se de qualquer ataque militar contra civis e objetos civis, incluindo locais de residência, veículos de emergência e outros edifícios civis que requeiram proteção especial, como escolas e hospitais, e garantir imediatamente a segurança das instalações médicas, pessoal e veículos de emergência no território atacado ou sitiado por soldados russos<sup>109</sup>.

Essas são medidas de urgência, aplicáveis quando há um risco iminente de danos irreparáveis. Além disso, a Corte pediu à Rússia que a informasse sobre as medidas tomadas para

<sup>102</sup> Corte Internacional de Justiça, *Case Concerning Allegations of Genocide Under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Ukraine v. Russian Federation)* – Order, (16 de março de 2022).

<sup>103</sup> 26 de junho de 1945. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/en/statute>.

<sup>104</sup> Governo da República da Letônia, *Declaration of Intervention of the Republic of Latvia*, (19 de julho de 2022). Disponível em: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/182/182-20220719-WRI-01-00-EN.pdf>.

<sup>105</sup> Governo da República da Lituânia, *Declaration of Intervention of the Republic of Lithuania*, (19 de julho de 2022). Disponível em: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/182/182-20220719-WRI-02-00-EN.pdf>.

<sup>106</sup> Governo da Nova Zelândia (Ministério das Relações Exteriores), *Declaration of Intervention Pursuant to Article 63 of the Statute of the Court by the Government of New Zealand*, (25 de julho de 2022). Disponível em: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/182/182-20220728-WRI-01-00-EN.pdf>.

<sup>107</sup> Embaixada britânica em Haia, *Declaration of Intervention Under Article 63 of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland*, (1º de agosto de 2022). Disponível em: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/182/182-20220805-WRI-01-00-EN.pdf>.

<sup>108</sup> Deve-se notar que, além deste último pedido, a Corte Europeia de Direitos Humanos tem seis processos pendentes entre a Ucrânia e a Rússia [25 de agosto de 2022: «Requêtes interétatiques – Liste des affaires», *Cour européenne des droits de l'homme*. Disponível em: <https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=caselaw/interstate&c=fre>].

<sup>109</sup> Tradução: «s'abstenir de toute attaque militaire contre les civils et les biens de caractère civil, notamment les lieux de résidence, les véhicules d'urgence et les autres bâtiments civils appelant une protection spéciale tels que les écoles et les hôpitaux, et d'assurer immédiatement la sécurité des établissements, du personnel et des véhicules d'urgence médicaux sur le territoire attaqué ou assiégé par les soldats russes» («The European Court Grants Urgent Interim Measures in Application Concerning Russian Military Operations on Ukrainian Territory», *Corte Europeia de Direitos Humanos*, 1º de março de 2022, tradução nossa).

cumprir com a CEDH, mas a Rússia não replicou. Deve-se notar também que o Comitê de Ministros do Conselho da Europa havia decidido por maioria de votos suspender os direitos de representação da Rússia após esta invadir a Ucrânia, ao que a agência noticiosa russa respondeu anunciando sua retirada dos órgãos do Conselho da Europa; posteriormente, "em 16 de março, o Comitê de Ministros do Conselho da Europa, após consulta à Assembleia Parlamentar, decidiu por consenso que a Federação Russa deveria deixar de ser membro imediatamente"<sup>110</sup>.

## 2.2.2 Responsabilidade individual por crimes internacionais

A responsabilidade criminal individual de vários perpetradores de crimes graves está atualmente sob investigação e/ou acusação tanto em nível nacional (Ucrânia e Rússia) quanto em nível internacional (TPI). Além dos processos nacionais discutidos na primeira parte deste artigo, deve-se notar que foi lançada, por vários especialistas, uma iniciativa para estabelecer um tribunal especial para a Ucrânia<sup>111</sup>. Essa corte teria jurisdição exclusiva sobre os crimes de agressão.

Internacionalmente, deve-se primeiramente observar que nem a Rússia tampouco a Ucrânia são parte do Estatuto de Roma, o tratado fundador do TPI. Entretanto, duas declarações da Ucrânia mostram o reconhecimento da jurisdição do TPI sobre crimes contra a humanidade e crimes de guerra cometidos em seu território a partir de 21 de novembro de 2013<sup>112</sup>. Consequentemente, logo após o início da invasão russa, o Procurador do TPI declarou<sup>113</sup> que

<sup>110</sup> « Le Comité des Ministres décide que la Russie cesse d'être membre du Conseil de l'Europe », *Délégation de l'Union Européenne auprès du Conseil de l'Europe*, 25 de março de 2022. Disponível em: [https://www.eeas.europa.eu/delegations/council-europe/le-comit%C3%A9-des-ministres-d%C3%A9cide-que-la-russie-cesse-d%C3%AAtre-membre-du\\_fr?s=51#:~:text=IMPRIMER-,Le%20Comit%C3%A9%20des%20Ministres%20d%C3%A9cide%20que%20la%20Russie%20cesse%20du%20Conseil%20de%20l'Europe&text=Le%2016%20mars%2C%20le%20Comit%C3%A9,imm%C3%A9diatement%20d'en%20%C3%AAtre%20membre](https://www.eeas.europa.eu/delegations/council-europe/le-comit%C3%A9-des-ministres-d%C3%A9cide-que-la-russie-cesse-d%C3%AAtre-membre-du_fr?s=51#:~:text=IMPRIMER-,Le%20Comit%C3%A9%20des%20Ministres%20d%C3%A9cide%20que%20la%20Russie%20cesse%20du%20Conseil%20de%20l'Europe&text=Le%2016%20mars%2C%20le%20Comit%C3%A9,imm%C3%A9diatement%20d'en%20%C3%AAtre%20membre).

<sup>111</sup> Philippe SANDS, "Putin's Use of Military Force is A Crime of Aggression", *Financial Times*, 28 de fevereiro de 2022, disponível em: <https://www.ft.com/content/cbbdd146-4e36-42fb-95e1-50128506652c>; "Statement Calling for the Creation of a Special Tribunal for the Punishment of the Crime of Aggression Against Ukraine", março de 2022, disponível em: <https://gordonandsarahbrown.com/wp-content/uploads/2022/03/Combined-Statement-and-Declaration.pdf>. Ver também: Ewelina U. OCHAB, "Experts Call For The Creation Of A Special Tribunal For The Punishment Of The Crime Of Aggression Against Ukraine", *Forbes*, 4 de março de 2022, disponível em: <https://www.forbes.com/sites/ewelinaochab/2022/03/04/experts-call-for-the-creation-of-a-special-tribunal-for-the-punishment-of-the-crime-of-aggression-against-ukraine/?sh=cbeb3ed1e22d>.

<sup>112</sup> *Estatuto de Roma*, cf. nota 14, art. 12 (3): "Se a aceitação da competência do Tribunal por um Estado que não seja Parte no presente Estatuto for necessária nos termos do parágrafo 2º, pode o referido Estado, mediante declaração depositada junto do Secretário, consentir em que o Tribunal exerça a sua competência em relação ao crime em questão. O Estado que tiver aceitado a competência do Tribunal colaborará com este, sem qualquer demora ou exceção, de acordo com o disposto no Capítulo IX". Minister for Foreign Affairs of Ukraine, *Declaration by Ukraine Lodged Under Article 12(3) of the ICC Statute*, (8 de setembro de 2015), disponível em: [https://www.icc-cpi.int/iccdocs/other/Ukraine\\_Art\\_12-3\\_declaration\\_08092015.pdf](https://www.icc-cpi.int/iccdocs/other/Ukraine_Art_12-3_declaration_08092015.pdf).

<sup>113</sup> Procuradoria do Tribunal Penal Internacional, « Déclaration du Procureur de la CPI, Karim A.A. Khan QC, sur la situation en Ukraine : 'J'ai pris la décision d'ouvrir une enquête' », *CPI*, 28 de fevereiro de 2022, disponível em: <https://www.icc-cpi.int/fr/news/declaration-du-procureur-de-la-cpi-karim-aa-khan-qc-sur-la-situation-en-ukraine-jai-pris-la>.

buscava abrir uma investigação em relação à Ucrânia. Essa declaração foi apoiada por 43 Estados membros, incluindo o Canadá. Tal mobilização dos Estados no TPI demonstra a vontade da comunidade internacional de buscar medidas de justiça internacional para restaurar a paz, o que pode criar um precedente favorável na luta contra a impunidade. Do lado ucraniano, ela também demonstra vontade de judicializar o conflito armado em seu território<sup>114</sup>. Desde a abertura da investigação pelo procurador do TPI, foram feitas pelo menos duas visitas à Ucrânia. Dito isso, os procedimentos perante o TPI, destinados a estabelecer a culpa dos acusados de crimes internacionais, podem ser longos. É, portanto, muito cedo para apontar os criminosos de guerra perante o TPI de ambos os lados.

Além disso, o TPI não tem nenhuma força policial à sua disposição e deve contar com a cooperação dos Estados membros para efetuar detenções. Isto não será fácil no caso da Rússia, pois não é um Estado Parte do Tribunal. Entretanto, a *Eurojust*<sup>115</sup>, uma equipe de investigação formada pela Polônia, Lituânia e Ucrânia, poderia facilitar o uso do mandado de prisão europeu dentro da União Europeia<sup>116</sup>.

## ■ CONCLUSÃO

Cada vez que um conflito armado eclode, toda a humanidade paga o preço, com graves violações dos direitos humanos mais fundamentais. Desde fevereiro de 2022, a guerra na Ucrânia expôs mais uma vez as limitações da ordem jurídica internacional. A invasão russa da Ucrânia ignora a própria base da ordem mundial, a saber, a proibição do uso da força contra a integridade territorial de um Estado soberano (Carta da ONU), e causa outras graves violações das regras do direito internacional. Além disso, essa guerra minou os princípios da democracia ao violar, se não limitar, os direitos fundamentais dos não beligerantes ucranianos e russos, e corre o risco de ter impactos significativos na democracia e, mais amplamente, no sistema de governança global.

A fim de melhor compreender as consequências de tal guerra interestatal sobre o estado de direito global, quisemos lançar luz sobre os diferentes mecanismos da justiça internacional que são aplicados no contexto de conflitos armados. Para esse fim, abordamos primeiro o direito internacional em tempo de guerra, descrevendo as alegadas violações do DIH e do DIDH (Parte 1). Em seguida, discutimos as iniciativas de justiça internacional através das quais certos órgãos foram abordados (a CIJ, a Corte Europeia de Direitos Humanos e o TPI), e cujos procedimentos procurarão estabelecer a responsabilidade estatal, bem como a responsabilidade individual neste conflito russo-ucraniano (Parte 2). Ao fazer isso, vimos que a guerra está perturbando o Estado de direito na Ucrânia, o que desencadeou iniciativas de justiça tanto nacionais quanto internacionais.

<sup>114</sup> Insaf REZAGUI, «Guerre en Ukraine : quel rôle pour la Cour pénale internationale?», *Droit-inc*, 24 de março de 2022, disponível em: <https://www.droit-inc.com/article36291-Guerre-en-Ukraine-quel-role-pour-la-Cour-penale-internationale>.

<sup>115</sup> "Eurojust Supports Joint Investigation Team into Alleged Core International Crimes in Ukraine" [Press Release], *Eurojust*, 28 de março de 2022.

<sup>116</sup> União Europeia, *Council Framework Decision of 13 June 2002 on the European Arrest Warrant and the Surrender Procedures Between Member States*, Decision 2002/584/JHA, art. 2(2).

Em que medida o encaminhamento para esses órgãos e seu processo de justiça internacional pode ter um impacto sobre o estado atual desta guerra? É difícil dizer nesta fase quais as consequências práticas, pelo menos a curto prazo, dos procedimentos a longo prazo. Contudo, um ponto é certo: o encaminhamento aos mecanismos de justiça internacional é um passo na direção do restabelecimento do Estado de direito. Além disso, esses procedimentos, mobilizados de forma coordenada, somam-se à pressão internacional condenando a guerra e as supostas violações do direito internacional. Juntos, os procedimentos judiciais e a pressão internacional podem certamente trazer à luz a verdade e a justiça.

Se a questão nessa guerra é de fato a manutenção da democracia para assegurar o equilíbrio global, deve-se lembrar que sua força reside em sua capacidade de adaptação, como uma fênix que se ergue de suas cinzas. A guerra pode certamente abalar a democracia e o Estado de direito, mas também pode representar uma oportunidade de renovação apesar dos obstáculos, adaptando os contextos às necessidades particulares das populações e garantindo o exercício de seus direitos.

## REFERÊNCIAS

ABBOTT, Kingsley; ZIA-ZARIFI, Saman. Is It Time to Create a Standing Independent Investigative Mechanism (SIIM)? Part II, *OpinioJuris*. Disponível em: <http://opiniojuris.org/2019/04/11/is-it-time-to-create-a-standing-independent-investigative-mechanism-siim-part-ii/>. Acesso em: 21 de dezembro de 2022.

ALTO Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos. *Ukraine: Civilian Casualty Update 25 July 2022*, 2022. Disponível em: <https://www.ohchr.org/en/press-releases/2022/07/ukraine-civilian-casualty-update-25-july-2022>. Acesso em: 21 de dezembro de 2022.

ALTO Comissariado de Direitos Humanos da ONU. *La protection juridique internationale des droits de l'homme dans les conflits armés*. 2011, p. 5. Disponível em: [https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/HR\\_in\\_armed\\_conflict\\_FR.pdf](https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/HR_in_armed_conflict_FR.pdf). Acesso em: 21 de dezembro de 2022.

AMBOS, Kai. Ukrainian Prosecution of ICC Statute Crimes: Fair, Independent and Impartial?. *EJILTalk*, 10 de junho de 2022. Disponível em: <https://www.ejiltalk.org/ukrainian-prosecution-of-icc-statute-crimes-fair-independent-and-impartial/>. Acesso em: 21 de dezembro de 2022.

CASA CIVIL. *Decreto Nº 42.121*, de 21 de agosto de 1957. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1950-1969/D42121.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D42121.htm). Acesso em: 3 de outubro de 2022.

CHEMIN, Ariane; CASSINI, Sandrine; PIETRALUNGA, Cédric. Guerre en Ukraine : après la mort d'un journaliste français, émotion à BFM-TV et ouverture d'une enquête pour 'crimes de guerre', *Le Monde*, 31 de maio de 2022. Disponível em: [https://www.lemonde.fr/international/article/2022/05/31/guerre-en-ukraine-apres-la-mort-d-un-journaliste-francais-emotion-a-bfm-tv-et-ouverture-d-une-enquete-pour-crimes-de-guerre\\_6128264\\_3210.html](https://www.lemonde.fr/international/article/2022/05/31/guerre-en-ukraine-apres-la-mort-d-un-journaliste-francais-emotion-a-bfm-tv-et-ouverture-d-une-enquete-pour-crimes-de-guerre_6128264_3210.html). Acesso em: 21 de dezembro de 2022.

COMISSÃO de Direito Internacional, *Projet d'articles sur la responsabilité de l'état pour fait internationalement illicite*. Doc. Off. A. G. N. U., 56<sup>e</sup> sess., suppl. n<sup>o</sup> 10. 2019. Disponível em: [https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/french/draft\\_articles/9\\_6\\_2001.pdf](https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/french/draft_articles/9_6_2001.pdf). Acesso em: 21 de dezembro de 2022.

COMITÊ de Direitos Humanos das Nações Unidas, *General Comment n<sup>o</sup> 35. Article 9 (Liberty and Security of Person)*, Doc. N. U. CCPR/C/GC/35, (16 de dezembro de 2014), par. 64-66. Disponível em: <https://www.ohchr.org/en/calls-for-input/general-comment-no-35-article-9-liberty-and-security-person>. Acesso em: 21 de dezembro de 2022.

COMITÊ de Direitos Humanos das Nações Unidas. *General Comment N<sup>o</sup> 36 (2018) on Article 6 of the International Covenant on Civil and Political Rights, on the Right to Life*, Doc. N. U. CCPR/C/CG/36, (30 de outubro de 2018), par. 70. Disponível em: <https://www.ohchr.org/en/calls-for-input/general-comment-no-36-article-6-right-life>. Acesso em: 21 de dezembro de 2022.

CONSELHO de Direitos Humanos das Nações Unidas. *The Deteriorating Human Rights Situation in Ukraine Stemming from the Russian Aggression*. Doc. N.U. A/HRC/RES/S-34/1, (16 de maio de 2022), 2022.

CONSELHO da Europa, Comissário para os Direitos Humanos. *Memorandum on the Human Rights Consequences of the War in Ukraine*. 8 de julho de 2022, 2022. Disponível em: <https://rm.coe.int/memorandum-on-the-human-rights-consequences-of-the-war-in-ukraine/1680a72bd4>, pp. 4-7. Acesso em: 21 de dezembro de 2022.

CONSELHO de Segurança das Nações Unidas. *4833rd meeting, S/PV/4833*, (24 de setembro de 2003), 2003. Disponível em: <https://www.securitycouncilreport.org/atf/cf/%7B65BFCF9B-6D27-4E9C-8CD3-CF6E4FF96FF9%7D/IJ%20SPV4833.pdf>. Acesso em: 21 de dezembro de 2022.

CONSELHO de Segurança das Nações Unidas. *Rétablissement de l'état de droit et administration de la justice pendant la période de transition dans les sociétés en proie à un conflit ou sortant d'un conflit: Rapport du Secrétaire général. S/2004/616*, (23 de agosto de 2004), 2004, p. 6. Disponível em: <https://digitallibrary.un.org/record/527647?ln=fr>. Acesso em: 21 de dezembro de 2022.

CONSTITUIÇÃO da Federação Russa, art. 1<sup>o</sup>. Disponível em: <http://www.constitution.ru/en/10003000-02.htm>. Acesso em: 21 de dezembro de 2022.

CONSTITUIÇÃO da Ucrânia, art. 8<sup>o</sup>. Disponível em: <https://mjp.univ-perp.fr/constit/ua2011.htm>. Acesso em: 21 de dezembro de 2022.

CONVENÇÃO de Haia de 1954 para a Proteção de Bens Culturais em Caso de Conflito Armado, 14 de maio de 1954. Disponível em: [https://fr.unesco.org/sites/default/files/1954\\_Convention\\_FR\\_2020.pdf](https://fr.unesco.org/sites/default/files/1954_Convention_FR_2020.pdf). Acesso em: 21 de dezembro de 2022.

CORTE Internacional de Justiça. *Case Concerning Allegations of Genocide Under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Ukraine v. Russian Federation) – Order*, (16 de março de 2022), 2022.

CORTE Internacional de Justiça. *L'Ukraine introduit une instance contre la Fédération de Russie et demande à la Cour d'indiquer des mesures conservatoires*. Comunicado da imprensa (27 de

fevereiro de 2022). Disponível em: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/182/182-20220227-PRE-01-00-FR.pdf>. Acesso em: 21 de dezembro de 2022.

CORTE Internacional de Justiça. *Public Sitting Held on Monday 7 March 2022, at 10 a.m., at the Peace Palace, President Donoghue presiding, in the Case concerning Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Ukraine v. Russian Federation)*, 2022. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/182/182-20220307-ORA-01-00-BI.pdf>. Acesso em: 21 de dezembro de 2022.

CORTE Internacional de Justiça. Resposta escrita da Federação Russa. *Case Concerning Allegations of Genocide Under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Ukraine v. Russian Federation)*, 2022. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/182/182-20220307-OTH-01-00-FR.pdf>. Acesso em: 21 de dezembro de 2022.

DEPARTAMENTO de Operações de Manutenção da Paz das Nações Unidas e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento: Coordination des activités de l'ONU dans le domaine de l'état de droit. *Les Nations unies et l'état de droit*. Disponível em: <https://www.un.org/ruleoflaw/fr/what-is-the-rule-of-law/coordination-of-rule-of-law-activities/>. Acesso em: 21 de dezembro de 2022.

EMBAIXADA britânica em Haia. *Declaration of Intervention Under Article 63 of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland*, (1º de agosto de 2022), 2022. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/182/182-20220805-WRI-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 21 de dezembro de 2022.

ESTATUTO de Roma, 17 de julho de 1998, 2187 R.T.N.U. 90.

GOVERNO da República da Letônia. *Declaration of Intervention of the Republic of Latvia*, (19 de julho de 2022), 2022. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/182/182-20220719-WRI-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 21 de dezembro de 2022.

GOVERNO da República da Lituânia. *Declaration of Intervention of the Republic of Lithuania*, (19 de julho de 2022), 2022. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/182/182-20220719-WRI-02-00-EN.pdf>. Acesso em: 21 de dezembro de 2022.

GOVERNO da Nova Zelândia (Ministério das Relações Exteriores). *Declaration of Intervention Pursuant to Article 63 of the Statute of the Court by the Government of New Zealand*, (25 de julho de 2022), 2022. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/182/182-20220728-WRI-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 21 de dezembro de 2022.

GRUDA Agnès. Une mobilisation internationale sans précédent. *La Presse*, 5 de junho de 2022. Disponível em: <https://www.lapresse.ca/international/europe/2022-06-05/la-justice-face-a-la-guerre/une-mobilisation-internationale-sans-precedent.php>. Acesso em: 21 de dezembro de 2022.

HENCKAERTS, Jean-Marie; DOSWALD-BECK, Louise. *Customary International Humanitarian Law*. vol. I: Rules and vol. II: Practice. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

LECLERC-IMHOFF, Frédéric. *Committee to Protect Journalists*, 30 de maio de 2022. Disponível em: <https://cpj.org/data/people/frederic-leclerc-imhoff/>. Acesso em: 21 de dezembro de 2022.

LISTA das regras consuetudinárias do direito humanitário internacional, *Revista Internacional da Cruz Vermelha*, vol. 87, Sélection française 2005, règles 139, 140, 149 e 150. Disponível em: <https://www.icrc.org/fr/doc/assets/files/other/customary-law-rules-fre.pdf>. Acesso em: 21 de dezembro de 2022.

L'ONU en bref: le droit international et son application. *Centre régional d'information pour l'Europe occidentale (ONU)*. Disponível em: <https://unric.org/fr/ressources/ionu-en-bref/le-droit-international-et-son-application/>. Acesso em: 21 de dezembro de 2022.

MAJUMDAR, Anwasha. Ukraine claims 32 journalists slain since onset of russian invasion on february 24, *Republicworld.com*, 31 de maio de 2022. Disponível em: <https://www.republicworld.com/world-news/russia-ukraine-crisis/ukraine-claims-32-journalists-slain-since-onset-of-russian-invasion-on-february-24-articleshow.html>. Acesso em: 21 de dezembro de 2022.

MINISTER for Foreign Affairs of Ukraine. *Declaration by Ukraine Lodged Under Article 12(3) of the ICC Statute*, (8 de setembro de 2015). Disponível em: [https://www.icc-cpi.int/iccdocs/other/Ukraine\\_Art\\_12-3\\_declaration\\_08092015.pdf](https://www.icc-cpi.int/iccdocs/other/Ukraine_Art_12-3_declaration_08092015.pdf). Acesso em: 21 de dezembro de 2022.

NAÇÕES Unidas. *Carta das Nações Unidas*, 26 de junho de 1945, art. 92. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1930-1949/d19841.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm). Acesso em: 21 de dezembro de 2022.

OCHAB, Ewelina U. Experts Call For The Creation Of A Special Tribunal For The Punishment Of The Crime Of Aggression Against Ukraine, *Forbes*, 4 de março de 2022. Disponível em: <https://www.forbes.com/sites/ewelinaochab/2022/03/04/experts-call-for-the-creation-of-a-special-tribunal-for-the-punishment-of-the-crime-of-aggression-against-ukraine/?sh=cbeb3ed1e22d>. Acesso em: 21 de dezembro de 2022.

ONE Hundred Days of War Has put Ukraine's Health System Under Severe Pressure, *WHO*, 3 de junho de 2022. Disponível em: <https://www.who.int/news/item/03-06-2022-one-hundred-days-of-war-has-put-ukraine-s-health-system-under-severe-pressure>. Acesso em: 21 de dezembro de 2022.

ONU. *Déclaration de la réunion de haut niveau de l'Assemblée Générale sur l'état de droit aux niveaux national et international*, A/RES/67/1, (24 de setembro de 2012). Disponível em: <https://undocs.org/Home/Mobile?FinalSymbol=A%2FRES%2F67%2F1&Language=E&DeviceType=Desktop&LangRequested=False>. Acesso em: 21 de dezembro de 2022.

ORGANIZAÇÃO para a Segurança e Cooperação na Europa Missão de especialistas do Mecanismo de Moscou, Organização para a Segurança e Cooperação na Europa, Escritório para as Instituições Democráticas e Direitos Humanos. *Report on Violations of International Humanitarian and Human Rights Law, War Crimes and Crimes Against Humanity Committed in Ukraine since 24 February 2022*, 13 de abril de 2022. Disponível em: <https://www.osce.org/odihr/515868>, pp. 46-48. Acesso em: 21 de dezembro de 2022.

PACTO Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos, 16 de dezembro de 1966, 999 R.T.N.U. 171.

PREÂMBULO da Constituição do Canadá de 1982, anexo B da *Lei de 1982 do Canadá*, 1982, c. 11 (R.-U.).

PROCURADORIA do Tribunal Penal Internacional. Déclaration du Procureur de la CPI, Karim A.A. Khan QC, sur la situation en Ukraine. *CPI*, 28 de fevereiro de 2022. Disponível em: <https://www.icc-cpi.int/fr/news/declaration-du-procureur-de-la-cpi-karim-aa-khan-qc-sur-la-situation-en-ukraine-jai-pris-la>. Acesso em: 21 de dezembro de 2022.

REPORT Launch: The Future of Accountability Mechanisms – Twenty Recommendations. *International Commission of Jurists*, 15 de novembro de 2021. Disponível em: <https://www.icj.org/report-launch-the-future-of-accountability-mechanisms-twenty-recommendations/>. Acesso em: 21 de dezembro de 2022.

REQUEST for the Indication of Provisional Measures Submitted by Ukraine, (26 de fevereiro de 2022). Disponível em: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/182/182-20220227-WRI-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 21 de dezembro de 2022.

RESEARCH and Data. *World Justice Project*. Disponível em: <https://worldjusticeproject.org/our-work/wjp-rule-law-index>. Acesso em: 21 de dezembro de 2022.

REZAGUI, Insaf. Guerre en Ukraine : quel rôle pour la Cour pénale internationale ?, *Droit-inc*, 24 de março de 2022. Disponível em: <https://www.droit-inc.com/article36291-Guerre-en-Ukraine-quel-role-pour-la-Cour-penale-internationale>. Acesso em: 21 de dezembro de 2022.

SANDS, Philippe. Putin's Use of Military Force is A Crime of Aggression, *Financial Times*, 28 de fevereiro de 2022. Disponível em: <https://www.ft.com/content/cbbdd146-4e36-42fb-95e1-50128506652c>. Acesso em: 21 de dezembro de 2022.

STATEMENT Calling for the Creation of a Special Tribunal for the Punishment of the Crime of Aggression Against Ukraine, março de 2022. Disponível em: <https://gordonandsarahbrown.com/wp-content/uploads/2022/03/Combined-Statement-and-Declaration.pdf>. Acesso em: 21 de dezembro de 2022.

SURVEILLANCE System for Attacks on Health Care (SSA)", *WHO*, 25 de junho de 2022. Disponível em: <https://extranet.who.int/ssa/Index.aspx>. Acesso em: 21 de dezembro de 2022.

TRANSCRIPT: World Stage: Ukraine with Ukraine Prosecutor General Iryna Venediktova", *The Washington Post*, 23 de maio de 2022. Disponível em: <https://www.washingtonpost.com/washington-post-live/2022/05/23/transcript-world-stage-ukraine-with-ukraine-prosecutor-general-iryna-venediktova/>. Acesso em: 21 de dezembro de 2022.

TRATADO sobre a Proibição de Armas Nucleares, 20 de setembro de 2017. Disponível em: [https://treaties.un.org/doc/Treaties/2017/07/20170707%2003-42%20PM/Ch\\_XXVI\\_9.pdf](https://treaties.un.org/doc/Treaties/2017/07/20170707%2003-42%20PM/Ch_XXVI_9.pdf). Acesso em: 21 de dezembro de 2022.

UNICEF. 1.4 Million People Without Running Water Across War-Affected Eastern Ukraine, 15 de abril de 2022. Disponível em: <https://www.unicef.org/press-releases/14-million-people-without-running-water-across-war-affected-eastern-ukraine#:~:text=Lviv%2C%20Ukraine%2C%2015%20April%202022,people%20with%20only%20limited%20access>. Acesso em: 21 de dezembro de 2022.

UN Independent International Commission of Inquiry on Ukraine - Press Conference, *UN Media*, 15 de junho de 2022. Disponível em: <https://media.un.org/en/asset/k11/k1196tebe9>. Acesso em: 21 de dezembro de 2022.



WAX, Eddy. The Starvation of a Nation: Putin Uses Hunger as a Weapon in Ukraine, *Politico*, 1º de abril de 2022. Disponível em: <https://www.politico.eu/article/the-starvation-of-a-nation-how-putin-is-using-hunger-as-a-weapon-in-ukraine/>. Acesso em: 21 de dezembro de 2022.

ZIMMERMANN, Antonia. Russia's War on Water in Ukraine, *Politico*, 25 de maio de 2022. Disponível em: <https://www.politico.eu/article/russias-war-on-water-in-ukraine/>. Acesso em: 21 de dezembro de 2022.