



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Marcel Mangili Laurindo

O Império da Lei: o Estado de direito entre o liberalismo e o fascismo

Florianópolis

2021

Marcel Mangili Laurindo

O Império da Lei: o Estado de direito entre o liberalismo e o fascismo

Tese submetida ao Programa de Pós-Graduação em
Direito da Universidade Federal de Santa Catarina para a
obtenção do título de Doutor em Direito.
Orientador: Prof. Dr. Arno Dal Ri Junior

Florianópolis

2021

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,
através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Universitária da UFSC.

Laurindo, Marcel Mangili

O Império da Lei : o Estado de direito entre o
liberalismo e o fascismo / Marcel Mangili Laurindo ;
orientador, Arno Dal Ri Junior, 2021.

231 p.

Tese (doutorado) - Universidade Federal de Santa
Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós
Graduação em Direito, Florianópolis, 2021.

Inclui referências.

1. Direito. 2. Liberalismo. 3. Fascismo. 4. Legalidade.
5. Estado de direito. I. Dal Ri Junior, Arno. II.
Universidade Federal de Santa Catarina. Programa de Pós
Graduação em Direito. III. Título.

Marcel Mangili Laurindo

O Império da Lei: o Estado de direito entre o liberalismo e o fascismo

O presente trabalho em nível de Doutorado foi avaliado e aprovado por banca examinadora composta pelos seguintes membros:

Prof. Dr. Alessandro Pinzani

Universidade Federal de Santa Catarina

Prof. Dr. Cláudio Ladeira de Oliveira

Universidade Federal de Santa Catarina

Prof. Dr. Delamar José Volpato Dutra

Universidade Federal de Santa Catarina

Prof. Dr. Diego Nunes

Universidade Federal de Santa Catarina

Prof.^a Dra. Heloisa Fernandes Camara

Universidade Federal do Paraná

Certificamos que esta é a **versão original e final** do trabalho de conclusão que foi julgado adequado para a obtenção do título de doutor em Direito.

Coordenação do Programa de Pós-Graduação

Prof. Dr. Arno Dal Ri Júnior
Orientador

Florianópolis, 2021

Este trabalho é dedicado à minha mãe

AGRADECIMENTOS

Aos 17 anos, eu deixava a cidade de Tubarão para ingressar na faculdade de jornalismo da Universidade Federal de Santa Catarina. Levava comigo, além de uma trouxinha de roupas e de uma bicicleta, a esperança de vir a me tornar, nas páginas dos jornais de São Paulo, um intelectual público.

Mas o sonho de ser um Oswald de Andrade logo foi interrompido: os poucos óbolos de que eu dispunha não eram suficientes para pagar minhas módicas despesas em Florianópolis. Vendi minha bicicleta para quitar o último dos aluguéis de meu quatinho e, um ano depois de deixá-la, voltei para a casa dos meus pais.

A situação também não era das melhores por lá: à luz de velas, meus pais viviam, então, às voltas com ameaças de despejo. Eu me refugiava na biblioteca da Universidade do Sul de Santa Catarina até altas horas da noite. Depois de minhas leituras existencialistas, eu ainda encontrava um tempinho para repassar uma ou outra lição de química ou de física: estava convencido de que uma graduação em direito poderia me tirar da pindaíba.

Em março de 2004, depois de mais um vestibular, eu voltava à Universidade Federal de Santa Catarina. Eu me virei com uma bolsa até julho de 2005, quando deixei a casa da generosíssima família Maciel Ferreira e tranquei o curso de direito para me tornar caixa da agência central do Banco do Estado de Santa Catarina em Tubarão. Contei muito dinheiro alheio por lá antes de, transferido, voltar para Florianópolis em abril de 2006.

Concluí minha graduação em 2009. Em 2012, ingressei no mestrado em sociologia política da Universidade Federal de Santa Catarina. Um ano mais tarde, eu me tornaria membro da Defensoria Pública catarinense. Fui para Criciúma. Vivi mais quatro meses na cidade em que passei a minha infância. Retornei para Florianópolis e defendi minha dissertação em 2015. Comecei meu doutorado em 2018.

Minha vida gira em torno da Universidade Federal de Santa Catarina há cerca de vinte anos – mesmo literalmente, já que, em boa parte desse período, vivi em bairros que circundam o *campus*. Foi nesse espaço livre, democrático e repleto de ciência que conheci professores fantásticos, fiz muitos de meus melhores amigos e, o mais importante, encontrei, em 2009, a Luana. É sobretudo à Universidade Federal de Santa Catarina a quem devo agradecer. Espero estar à altura dela.

Agradeço, ainda, ao professor Arno, um verdadeiro cosmopolita. Não foi por acaso que o procurei para me orientar tanto em minha graduação quanto em meu doutorado: ele é

capaz de, com desenvoltura, transitar pela história do direito, pelo direito internacional, pelo direito penal e pela filosofia do direito. É, sem sombra de dúvidas, um intelectual à moda antiga.

O professor Alessandro Pinzani também tem um relevante papel em minha trajetória acadêmica. Em 2014, ele me deu valiosas dicas para a confecção de minha dissertação, orientada pelo professor Ay Minella, outro pesquisador de excelência. Sete anos mais tarde, o professor Pinzani volta a, com a perspicácia dos grandes filósofos, dar grandes contribuições a este novo trabalho.

Da faculdade de filosofia da Universidade Federal de Santa Catarina vem, ainda, o professor Delamar José Volpato Dutra. Eu o admiro desde as primeiras semanas de minha graduação, quando dele falava muitíssimo bem a professora Cecília Lois, que, lamentavelmente, faleceu, jovem ainda, em 2019. As contribuições do professor Delamar foram fundamentais para pensar, nesta tese, as relações, de que ele se ocupa tão bem, entre o direito e a filosofia.

Poucos são os que, na faculdade de direito da Universidade Federal de Santa Catarina, fazem incursões teóricas pelo mundo da política. O professor Cláudio Ladeira é um desses pesquisadores. Dialogar com ele é um privilégio: como muitas vezes estudamos os mesmos temas e autores, suas dicas são sempre qualificadíssimas – sobretudo quando acompanhadas daquela fina ironia que as torna ainda mais potentes.

As pesquisas do professor Diego Nunes também ultrapassam as fronteiras do direito. É na história que esse jovem e sério acadêmico busca os subsídios para compreender e analisar, a fundo e com rigor, o fenômeno do autoritarismo no universo jurídico. Suas acuradas sugestões foram essenciais para a elaboração da versão final desta tese.

A banca de avaliação final também contou com as instigantes e provocativas análises da professora Heloisa Fernandes Camara, pesquisadora que, atenta ao fenômeno do autoritarismo, estudou a fundo o direito constitucional brasileiro do período da ditadura militar.

A maioria da bibliografia presente nesta tese foi amealhada na Biblioteca de Ciências Sociais da Universidade de Florença. A certa altura de minha estadia na terra de Maquiavel, eu tive problemas para tomar livros emprestados. Conteí, então, com a indispensável ajuda de Felipe Pante, mais um dos amigos que a Universidade Federal de Santa Catarina me deu.

Minha passagem por Florença também foi marcada pelo contato com o professor Pietro Costa, um dos maiores juristas da Europa. Gentilíssimo, ele me ouviu com atenção e me deu preciosas dicas. Conjugando direito, história, política e filosofia, seu pensamento exerce

grande influência sobre mim – tanto que seu nome está entre os mais citados desta tese. Foi uma honra estar com ele.

Muitas das reflexões presentes neste trabalho surgiram a partir de discussões com a professora Luana Renostro Heinen, cuja versatilidade lhe possibilita transitar, com maestria, pelos campos do direito, da política e da sociologia. Nós dividimos ideias, livros, ações, cafés e almofadas. O seu apoio e o seu carinho me fazem seguir em frente.

“A classe dirigente perdeu a confiança em sua ideologia. Ela se colocou em posição de defesa; tenta, até certo ponto, retratar a difusão das novas ideias, mas não pode evitar imbuir-se delas. Compreendeu que seus princípios religiosos e políticos eram os melhores instrumentos para consolidar seu poder, mas justamente porque vê aí apenas instrumentos, deixou de crer inteiramente neles; a verdade *pragmática* substituiu a verdade revelada” (SARTRE, 2015).

RESUMO

Demonstrar que o regime fascista italiano atuou dentro da moldura do *Rechtsstaat* para se legitimar e averiguar de que modo isso foi possível: eis o objetivo deste trabalho. A tese parte do estudo das fundações racionalistas e jusnaturalistas do Estado de direito, resultado das lutas políticas e econômicas travadas entre uma burguesia ascendente e uma aristocracia decadente. Mas os ideais do direito natural começaram a perder força à medida que a burguesia via seu poder se consolidar. O direito passou, então, a ser identificado com o próprio Estado. A legalidade se tornou, assim, o modelo moderno da legitimidade. No início do século XX, ver-se-á, a lei era majoritariamente caracterizada como o simples resultado de um procedimento prescrito pela própria legislação – independentemente de seu conteúdo. Tal tendência geral à formalização seria utilizada como um alibi jurídico pelo autoritarismo, inclusive pelo fascismo. Pouco importaria o que o Estado poderia querer: bastaria que quisesse na forma do direito. Este trabalho demonstrará que, apesar das tentativas de arquitetar uma nova forma de Estado, o fascismo atuou sob a estrutura do *Rechtsstaat*. Isso não significa, porém, que o Estado de direito seja fascista, mas que o seu próprio desenvolvimento permitiu ao fascismo dele se valer para, com uma estratégia legalista, legitimar-se.

Palavras-chave: Liberalismo. Fascismo. Legalidade. Legitimidade. Estado de direito.

ABSTRACT

The aim of this work is to demonstrate that the Italian fascist regime acted within the framework of the *Rechtsstaat* to legitimize itself and to find out how this was possible. The thesis starts from the study of the rationalist and jusnaturalist foundations of the rule of law, the result of the political and economic struggles between a rising bourgeoisie and a decadent aristocracy. But the ideals of natural law began to fade as the bourgeoisie saw its power consolidated. The law then began to be identified with the State itself. Legality thus became the modern model of legitimacy. At the beginning of the 20th century, demonstrates this work, the law was mostly characterized as the simple result of a procedure prescribed by the legislation itself – regardless of its content. Such a general trend towards formalization would be used as a legal alibi for authoritarianism, including fascism. It would not matter what the State might want: it would be enough if its wish were realized in the way of the law. Despite attempts to architect a new form of state fascism operated under the structure of the *Rechtsstaat*. This does not mean, however, that the rule of law is fascist, but that fascism used the rule of law to legitimize itself with a legalistic strategy.

Keywords: Liberalism. Fascism. Legality. Legitimacy. Rule of Law.

RIASSUNTO

Dimostrare che il regime fascista italiano ha agito nell'ambito del *Rechtsstaat* per legittimarsi e scoprire come ciò sia stato possibile è lo scopo di questo lavoro. La tesi parte dallo studio dei fondamenti razionalisti e jusnaturalisti dello Stato di diritto, risultato delle lotte politiche ed economiche intraprese tra una nascente borghesia e un'aristocrazia decadente. Ma gli ideali del diritto naturale cominciarono a svanire quando la borghesia vide consolidarsi il proprio potere. La legge ha quindi cominciato a identificarsi con lo Stato stesso. La legalità divenne così il modello moderno di legittimità. All'inizio del XX secolo, si vedrà, la legge era per lo più caratterizzata come il semplice risultato di una procedura prescritta dalla legislazione stessa, indipendentemente dal suo contenuto. Una tale tendenza generale verso la formalizzazione verrebbe usata come alibi legale per l'autoritarismo, compreso il fascismo. Non importerebbe ciò che lo Stato potrebbe volere: basterebbe se lo volesse nella forma del diritto. Nonostante i tentativi di progettare una nuova forma di Stato, questa tesi dimostrerà che il fascismo operava sotto la struttura del *Rechtsstaat*. Ciò non significa, tuttavia, che lo Stato di diritto sia fascista, ma che il fascismo abbia utilizzato lo Stato di diritto per legittimarsi con una strategia legalistica.

Parole chiave: Liberalismo. Fascismo. Legalità. Legittimità. Stato di diritto.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	15
2	O ESTADO DE DIREITO.....	23
2.1	O DIREITO NATURAL: A RAZÃO DA NATUREZA NO COMANDO.....	23
2.2	THOMAS HOBBS E O POSITIVISMO: A AUTORIDADE, E NÃO A VERDADE, FAZ A LEI	27
2.3	A ASCENSÃO E A QUEDA DO JUSNATURALISMO	33
2.4	A ERA DA RAZÃO.....	38
2.4.1	E faz-se a luz: o Iluminismo.....	38
2.4.2	A razão iluminista.....	43
2.4.3	Os iluministas e o direito.....	47
2.5	A ESTRUTURA DO ESTADO DE DIREITO	49
2.5.1	Sobre Flaubert e as relações entre o liberalismo, a democracia e o Estado de direito	49
2.5.2	O Estado de direito europeu	60
2.5.2.1	<i>Os direitos fundamentais</i>	62
2.5.2.2	<i>A separação de poderes.....</i>	66
2.5.2.3	<i>O parlamentarismo.....</i>	72
2.6	O ESTADO DE DIREITO E O IMPÉRIO DA LEI: O ESTADO É A LEI, A LEI É O ESTADO	77
2.6.1	Fidel, Urrutia e Sartre: sobre homens e princípios	77
2.6.2	Um governo das leis ou dos homens?.....	78
2.6.3	Bob Dylan, a generalidade da lei e o direito como forma	81
2.7	A ESTATIZAÇÃO DO DIREITO E A JURIDIFICAÇÃO DO ESTADO.....	83
3	A DOCTRINA DO FASCISMO	87
3.1	A ITÁLIA PAVIMENTA A ESTRADA PARA O FASCISMO.....	87
3.1.1	Mussolini e as esquadras fascistas.....	91

3.2	O FASCISMO MARCHA SOBRE ROMA.....	95
3.3	A FORMAÇÃO DO GOVERNO DE MUSSOLINI, O ASSASSINATO DE MATTEOTTI E O <i>AVENTINO</i>	98
3.4	O QUE É O FASCISMO?	102
3.4.1	O programa do fascismo é o poder	107
3.4.2	À procura de um <i>Estado-tudo</i>: Giovanni Gentile e a “nova compreensão do sistema hegeliano” na Itália.....	110
3.5	O DIREITO PÚBLICO FASCISTA	119
3.5.1	Sergio Panunzio e a nebulosa do <i>Rechtsstaat</i>	120
3.5.1.1	<i>Quem foi Sergio Panunzio?</i>	120
3.5.1.2	<i>Sergio Panunzio e o <i>Rechtsstaat</i></i>	121
3.5.1.3	<i>Sergio Panunzio à procura de uma doutrina do Estado fascista</i>	125
3.5.2	Carlo Costamagna e a busca por uma legalidade propriamente fascista.....	128
3.5.2.1	<i>Quem foi Carlo Costamagna?</i>	128
3.5.2.2	<i>“O fascismo quis respeitar os requisitos da legalidade formal”</i>	129
3.5.3	O Estado corporativo: um edifício inacabado	134
3.5.4	O Estado total e o fascismo	138
4	A ESTRATÉGIA LEGALISTA DO FASCISMO.....	148
4.1	A NEUTRALIZAÇÃO DO ESTADO DE DIREITO: DE FRIEDRICH STAHL A HANS Kelsen.....	148
4.2	A BURGUESIA PERDE A CONFIANÇA EM SUA IDEOLOGIA: A RAZÃO TIRA UM COCHILO.....	151
4.3	O ESTATUTO ALBERTINO	159
4.4	OS FASCISTAS GOSTAM DA LEI: AS REFORMAS DOS PRIMEIROS ANOS	164
4.4.1	A liberdade de imprensa	169
4.4.2	A segurança pública e as intervenções de polícia	171
4.4.3	O associativismo, os sindicatos e os partidos.....	172

4.5	O IMPÉRIO DA LEI.....	174
4.5.1	“Nós queremos governar com a lei e na lei”: Alfredo Rocco, o arquiteto da estratégia legalista do regime fascista	174
4.5.2	O Estado italiano do período fascista “quis na forma da lei”.....	181
4.6	O LEGISLATIVO ITALIANO SE TORNA COADJUVANTE	188
4.7	O ESTADO DE DIREITO ENTRE O LIBERALISMO E O FASCISMO	197
4.8	A ESTRATÉGIA LEGALISTA DO FASCISMO	201
4.9	O QUE VEM DEPOIS?.....	208
5	CONCLUSÃO.....	211
	REFERÊNCIAS.....	220

1 INTRODUÇÃO

Em 29 de outubro de 1922, logo depois da Marcha sobre Roma, Vittorio Emanuele III, o rei italiano, alçou Benito Mussolini à condição de presidente do Conselho de Ministros. Sempre afiado, Bernard Shaw afirmou que os fascistas avançaram sobre a capital italiana como um ferro quente sobre um pedaço de manteiga.

Formalmente, tudo ocorreu dentro dos marcos da legalidade: Mussolini havia sido regularmente eleito e poderia ser investido na função pelo monarca¹. Com o Estatuto Albertino sob os braços, o futuro *Duce* formou uma coalizão com os mais variados matizes. Ele contou, inclusive, com o apoio de liberais (DE FELICE, 2018, p. 22).

Sem nenhuma discussão, o Congresso italiano aprovou, em 1925, a lei 2263, que conferiu a Mussolini o poder de obstruir qualquer iniciativa de lei proposta por qualquer parlamentar. No Senado, uma única voz se levantou contra o projeto – a de Gaetano Mosca (SCHWARZENBERG, 1977, p. 45).

Praticamente cem anos depois da Marcha sobre Roma, o Fidesz, partido de Viktor Orbán, amealhou, em uma aliança com os democratas-cristãos, 53% dos votos nas eleições de 2010. O percentual garantiu-lhes, segundo as regras do sistema eleitoral húngaro, 68% das cadeiras do parlamento. Essa grande base alterou o número de ministros da Corte Suprema, que ganhou mais quatro juízes, todos nomeados pelo novo governo. A mais alta instância do Judiciário húngaro detém uma espécie de poder de revisão das decisões tomadas pelos congressistas.

Orbán queria mais. Em 2010, um parlamentar do Fidesz esboçou, a bordo de um trem entre Estrasburgo e Bruxelas, uma nova constituição para a Hungria (CARIELLO, 2017). No início de 2011, o país tinha uma lei fundamental nova. Em um movimento que lembrou o *Aventino* italiano – após o assassinato do deputado Giacomo Matteotti, um dos principais

¹ “No século passado, fascismo e nazismo se apoderaram do poder por vias legais e logo o entregaram ‘democrática’ e tragicamente a um chefe que suprimiu a democracia” (FERRAJOLI, 2011, p. 30). Na Alemanha, lembra Adam Przeworski, “Hitler foi nomeado chanceler em 30 de janeiro de 1933, com os mesmos poderes dos três antecessores. Acumulou forças ditatoriais em 23 de março de 1933, quando o Reichstag aprovou a ‘Lei para Aliviar o Sofrimento do Povo e do Reich’ pela maioria constitucional de dois terços, o que permitia ao governo baixar decretos, afastando-se da Constituição. Embora deputados comunistas não tivessem permissão para entrar no parlamento e alguns social-democratas se sentissem intimidados demais para participar, Hitler ainda temia não conseguir a maioria necessária – que foi obtida quando o Zentrum votou a favor. Assim, de um ponto de vista puramente jurídico, o golpe final contra a Constituição de Weimar foi desferido de maneira constitucional” (2020, p. 76).

críticos de Mussolini, a maior parte dos oposicionistas deixou a Câmara em 1924 –, a oposição, afirmando-se alijada de todo o processo, deixou o Parlamento no dia da votação do projeto.

Três anos mais tarde, o governo de Órban alterou, também de modo legal, as regras eleitorais. Apesar de seu partido ter perdido apoio popular – em 2014, ele obteve 45% dos votos dos húngaros –, seu espaço no Parlamento não mudou muito. Dali em diante, 67% das cadeiras seriam suas, percentual suficiente para aprovar reformas constitucionais. “Hoje, na Hungria, se Viktor Orbán quisesse passar uma lei que lhe concedesse o direito da primeira noite, nada poderia impedi-lo de aprová-la”, afirmou o jornalista húngaro Gábor Horváth (apud CARIELLO, 2017).

Se, no Brasil, as emendas à Constituição são frequentes, o país não promoveu, nos últimos anos, mudanças tão profundas em seu ordenamento jurídico. Mas foi sob vestes legais e constitucionais que, em 2016, o Congresso Nacional aprovou, baseado em um *outruling* do Tribunal de Contas da União, o *impeachment* de Dilma Rousseff. Antes dela, governos dirigidos por outros presidentes já haviam atrasado repasses aos bancos públicos contratados para o pagamento de benefícios sociais – algo jamais questionado pelos órgãos de controle.

O Tribunal de Contas da União achou por bem, contudo, mudar seu entendimento. Sua nova posição deveria se estender, inclusive, a fatos pretéritos. Às antigas *pedaladas fiscais* de Rousseff não seriam aplicadas, assim, as decisões de outrora: a inovação as atingiria. Com razão, a Advocacia Geral da União sustentou, em defesa da presidente, que, por aqui, é “vedada a distorção ou mesmo a construção de interpretações novas que busquem em dado momento conferir aparência de ilegal àquelas condutas que sempre foram recepcionadas pela legalidade” (FREITAS, 2015).

Qualquer *outruling*, a mudança de entendimento das cortes judiciais, deve, é claro, preservar a segurança jurídica. Mas o Congresso Nacional deu de ombros para ela. Instado, o Supremo Tribunal Federal também fez ouvidos moucos às alegações da presidente. O rito do *impeachment* foi rigorosamente observado. Democraticamente eleita dois anos antes com 54 milhões de votos, Rousseff foi deposta por *pedalar*. Outros apreciadores de bicicletas não tiveram, porém, o mesmo destino.

A Itália de Mussolini, a Hungria de Órban e o Brasil do *impeachment* de Rousseff têm algo em comum: em nenhum desses países as instituições tradicionais foram atacadas com um golpe clássico – daqueles com tanques e forças armadas nas ruas. Neles também não houve sinal de estado de sítio ou de estado de defesa. A exceção não deu as caras. Nada parecido com o artigo 48 da Constituição de Weimar foi manejado nesses lugares.

Os italianos, os húngaros e os brasileiros testemunharam a corrosão de suas instituições e de seu Estado de direito democrático-liberal *por dentro*, por meio da lei. Adam Przeworski nota que uma *subversão sub-reptícia* das regras tem ganhado cada vez mais espaço nos últimos anos (2020, p. 201). O fascismo italiano não é mencionado pelo cientista político polonês, mas, com pequenas variações, Mussolini e seus asseclas já se valiam dessa tática.

As mudanças das normas eleitorais constituem um dos principais objetivos dos governos autoritários. O avanço do executivo sobre o legislativo e mesmo sobre o judiciário também integra os seus planos. Os referendos lhes são igualmente caros, assim como o controle sobre a mídia. Tudo somado, uma série de medidas discretas e supostamente compatíveis com as instituições democráticas acaba por, sob esse autoritarismo furtivo, corroer o Estado de direito liberal-constitucional (PRZEWORSKI, 2020, p. 202-204).

Carl Schmitt afirma que o fascismo e o bolchevismo são antiliberais, mas não são antidemocráticos (1996, p. 16). Não há dúvida, porém, de que a democracia e o liberalismo estabeleceram ou tentaram estabelecer, ao longo dos últimos séculos, pontos de contato. De qualquer forma, as mais recentes experiências demonstram que “democracias não dispõem de mecanismos institucionais que impedem que elas sejam subvertidas por governos devidamente eleitos segundo normas constitucionais”. Leis, emendas constitucionais e referendos podem, “por meios legítimos”, pôr abaixo eventuais obstáculos a governos autoritários (PRZEWORSKI, 2020, p. 204-205).

Estratégia para, constitucionalmente, tornar um Estado menos democrático, um “constitucionalismo abusivo” pode, paulatinamente, consolidar políticas autoritárias. “Barreiras de pergaminho não bastam para impedir o desgaste da democracia por governos que agem sub-repticiamente”, lembra Przeworski. Pouco a pouco, de modo paulatino e furtivo, muitos dos novos governos autoritários tomam certas medidas que, aparentemente democráticas e constitucionais, fortalecem a si próprios e destroem a oposição. “O efeito da sub-repção é obscurecer o perigo a longo prazo” (PRZEWORSKI, 2020, p. 205-217)².

Mussolini sabia disso.

Jair Bolsonaro também parece ser um entusiasta do *autoritarismo sub-reptício*.

² O retrocesso democrático sub-reptício pode ocorrer, de modo discreto, por meio da aprovação de emendas constitucionais, da utilização estratégica de decretos e medidas provisórias para a usurpação de poderes do legislativo, de ataques à independência do judiciário, da modificação de fórmulas eleitorais, do manejo tático de referendos, do controle direto ou indireto da mídia, do aparelhamento da máquina estatal, da imposição de restrições a organizações não-governamentais. À oposição seria dado impedir tudo isso também por meios legais. Mas a história recente mostra que o autoritarismo furtivo tem superado os obstáculos jurídicos (PRZEWORSKI, 2020, p. 201-202).

Em 28 outubro³ de 2018, 58 milhões de brasileiros levaram-no à presidência do país. O resultado foi definido no segundo turno, disputado com Fernando Haddad. O candidato do Partido dos Trabalhadores admitiu a derrota e desejou boa sorte ao adversário.

Apesar de ter amealhado, em 07 de outubro daquele ano, a maior quantidade de votos do primeiro turno, Bolsonaro afirmou que a eleição havia sido fraudada: “Se tivéssemos confiança no voto eletrônico, já teríamos o nome do futuro presidente da República decidido no dia de hoje” (GIELOW, FERNANDES, RANGEL, 2018), disse. Em março de 2020, já no Palácio do Planalto, ele declarou que “provavia em breve” a fraude (REUTERS, 2020) – coisa que ainda não ocorreu.

Bolsonaro venceu a corrida de 2018. Ainda assim, pôs em xeque seu resultado. Antes mesmo de assumir o posto de presidente, ele já trabalhava contra o regime democrático. E sua escalada autoritária continuou em marcha.

No dia 11 de dezembro de 2020, as manchetes davam conta de que a Agência Brasileira de Inteligência teria dado uma mão para o senador Flávio Bolsonaro, sobre o qual recaem suspeitas de se aposar ilegalmente dos salários de alguns de seus assessores de outrora. O órgão teria produzido e repassado ao filho do presidente e a seus advogados ao menos dois relatórios. Um deles estampa seu objetivo: “Defender FB [Flávio Bolsonaro] no caso Alerj demonstrando a nulidade processual resultante de acessos imotivados aos dados fiscais de FB” (CNN, 2020).

Bolsonaro já havia manifestado seu desejo de aparelhar órgãos de Estado em uma reunião ministerial ocorrida em 22 de abril de 2020. Com os olhos direcionados para Sérgio Moro, então ministro da Justiça, o presidente disparou: “Eu não vou esperar f**** a minha família toda ou amigos meus, porque eu não posso trocar alguém da segurança na ponta da linha que pertence a estrutura nossa”. E emendou: “Vai trocar! Se não puder trocar, troca o chefe dele! Não pode trocar o chefe dele? Troca o ministro!” (SOUZA, 2020).

Na mesma reunião, Bolsonaro espinafrou a Polícia Federal: “Pô, eu tenho a PF que não me dá informações” (SOUZA, 2020). Pouco depois, valendo-se do poder que lhe é conferido pelo artigo 2º-C da lei 9.266, o chefe do Executivo levou à diretoria-geral da Polícia Federal um amigo dele, Alexandre Ramagem (G1, 2020). A nomeação foi parar no Supremo Tribunal Federal, que, a pedido do Partido Democrático Trabalhista, suspendeu-a liminarmente por “inobservância aos princípios constitucionais da impessoalidade, da moralidade e do

³ A Marcha sobre Roma também ocorreu em um 28 de outubro...

interesse público” (STF, 2020a). Dias mais tarde, Bolsonaro voltou atrás e indicou para o cargo o delegado Rolando Alexandre de Souza (STF, 2020b).

A filmagem do encontro de 22 de abril entre Bolsonaro e seus ministros também registrou uma outra fala que diz muito a respeito das táticas de seu governo. Ricardo Salles, titular da pasta do Meio Ambiente, exortou os colegas a realizarem um esforço: “Precisa ter um esforço nosso aqui, enquanto estamos nesse momento de tranquilidade no aspecto de cobertura de imprensa, porque só se fala de Covid, e ir passando a boiada, e mudando todo o regramento, e simplificando normas” (AMADO, 2020).

A *simplificação das normas* a que se refere Salles pode se dar por meio de decretos – como o 9.875 que, editado em meados de 2019, flexibilizou a posse e o porte de armas de fogo. Por entender que a norma modificava o Estatuto do Desarmamento, o Senado a sustou – afinal, destinados a *regulamentá-las*, decretos não podem alterar leis. O decreto-legislativo aprovado pelos senadores seguiria para a Câmara. Antes disso, Bolsonaro postou no *Twitter*: “Esperamos que a Câmara não siga o Senado, mantendo a validade do nosso decreto, respeitando o Referendo de 2005 e o legítimo direito à defesa” (AGÊNCIA SENADO, 2019). Prevendo uma derrota entre os deputados, o presidente revogou o decreto 9.875, mas o substituiu por outros três (IG ÚLTIMO SEGUNDO, 2019), todos muito parecidos com o anterior (XAVIER, MIRANDA, 2019).

Pouco a pouco, passo a passo, sem grandes rupturas e sem tanques nas ruas, o *autoritarismo furtivo* ou *sub-reptício* de Bolsonaro destrói a democracia liberal constitucional. Essa *sub-repção* constitui um processo paulatino de corrosão do regime democrático por meio de medidas que, em um primeiro momento, não parecem manifestamente inconstitucionais ou antidemocráticas (PRZEWORSKI, 2020, p. 211). “A linha que separa democracias de não democracias nem sempre é clara”, afirma Przeworski (2020, p. 51). “E”, alerta, “se a oposição não impedir que o governo tome uma série de medidas legais, será tarde demais para impedi-lo de tomar medidas ilegais” (PRZEWORSKI, 2020, p. 217).

A história mostra que o retrocesso democrático sub-reptício pode ocorrer em conformidade com a letra da lei. É preciso levar a sério sua lição. Olhar para trás pode tornar menos árdua a tarefa de, no olho do furacão, compreender governos como os de Órban e de Bolsonaro. E de combatê-los.

Esta tese de doutorado começou a ser pensada e estruturada em meio ao processo de *impeachment* que, ritos processuais seguidos à risca, apeou Rousseff da presidência do Brasil. Bolsonaro não passava, à época, de um deputado do baixo clero. Donald Trump não vivia,

então, na Casa Branca. Matteo Salvini ainda não havia galgado o posto de vice primeiro-ministro da Itália.

Lá se vão cinco anos. De 2016 para cá, o termo *fascismo* passou a ser usado com uma frequência cada vez maior. A *morte* das democracias também foi ubiquamente anunciada. A *corrosão* das instituições tampouco deixou de ser notada.

Mas as táticas dos atuais aspirantes a autocratas não são exatamente originais. Mussolini e o fascismo italiano anteciparam, na distante década de 1920, muito do que se vê nos dias de hoje⁴.

A pesquisa exposta nas próximas laudas parte da hipótese de que, de olho no fortalecimento de sua legitimidade, o regime fascista não abandonou os marcos do Estado de direito oitocentista: o fascismo atuou, com uma estratégia legalista, dentro da moldura do *Rechtsstaat*. Não existiu, assim, um Estado propriamente fascista.

O modelo de Estado de direito que chegou ao início do século XX deve muito às conquistas liberais dos três séculos anteriores. Seu surgimento e seu desenvolvimento estão intimamente relacionados às lutas políticas e econômicas entre uma burguesia ascendente e uma aristocracia decadente. Nessa disputa, uma das principais armas burguesas foi a razão: se os homens dela se valessem para julgar o mundo em que viviam, perceberiam que as principais instituições políticas do Antigo Regime se arrimavam em premissas falsas. Seria preciso refundá-las com base em leis racionais ditadas pela natureza. Os pensadores do Iluminismo desempenharam um papel de grande destaque nesse processo de reestruturação teórica do Estado, dali em diante caracterizado pela garantia de direitos fundamentais e pela separação de poderes. Ao longo do século XIX, a expansão das reivindicações pelo sufrágio universal explicitaria as tensões entre o liberalismo e a democracia no âmbito do Estado de direito. É desses temas de que se ocupará o primeiro capítulo desta tese.

O segundo de seus capítulos tratará do surgimento do fascismo na Itália. Mas não será suficiente estudar a sua história, que remonta à criação, em 1919, dos *Fasci di Combattimento*. Sua filosofia também será analisada. Marcada pela ação e pouco afeita à teoria, ela tem fortes traços de irracionalismo, o que não quer dizer que, no governo, os fascistas tenham agido de

⁴ Cristiano Paixão lembra que “uma das características mais evidentes do regime militar brasileiro foi a sua capacidade de transformar atos de força em figuras do direito”. Segundo ele, “o regime procurou produzir uma certa aparência de legalidade, o que se pode constatar pela existência de atos institucionais dotados de elaboradas exposições de motivos, pela promulgação de emendas constitucionais, pela manutenção da atividade dos poderes legislativo e judiciário (com muitos expurgos, punições e cassações) e pela aprovação de leis ordinárias” (PAIXÃO, 2021, p. 229). A Itália de Mussolini não conheceu nenhum “ato institucional”. Pode parecer incrível, mas os fascistas foram legalmente mais cuidadosos ou sutis do que os generais brasileiros.

modo irracional. Pragmáticos, eles se adaptaram muito bem às circunstâncias políticas. Mas o *Duce* não se ocupava apenas da prática política. Ele também redigiu uma *Doutrina do Fascismo*. Serão estudadas, então, pontualmente, as concepções de Sergio Panunzio e Carlo Costamagna, dois dos principais juristas do fascismo, a respeito do Estado e do direito público fascista. As páginas seguintes analisarão o corporativismo e o conceito de Estado total.

Já o último dos capítulos da tese tratará do longo processo que, a partir da segunda metade do século XIX, levou ao fortalecimento dos laços entre a legalidade e a legitimidade na doutrina formalista do direito público moderno, que se afasta do direito natural em um período em que a burguesia perde a confiança em sua antiga ideologia. Será possível compreender, então, de que modo, dentro dos moldes do flexível Estatuto Albertino e sem rupturas revolucionárias, o fascismo se valeu, em busca de legitimidade, do princípio da legalidade nos anos em que governou a Itália.

Partir do pressuposto de que os fascistas teriam, solertes, corrompido o Estado de direito burguês seria simplificar o problema. Não há dúvidas de que Mussolini e seus adeptos eram autoritários. Mas boa parte dos liberais do fim do século XIX e do início do século XX não parecia exatamente comprometida com os ideais republicanos.

O preto e o branco não caem bem nas análises históricas, que ficam melhor de cinza. Marcados por continuidades e descontinuidades, os conceitos e as práticas políticas e jurídicas estão em constante mutação. De cunho analítico-dedutivo, esta pesquisa almeja compreender de que forma o regime fascista organizou, manejando o conceito de *Estado de direito*, sua estratégia legalista.

Os conceitos não constituem um fenômeno puramente linguístico ou estritamente teórico. Nos termos de Reinhart Koselleck, eles são, concomitantemente, “fato” e “indicador”: “todo conceito é não apenas efetivo enquanto fenômeno linguístico; ele é também imediatamente indicativo de algo que se situa para além da língua”. Elaborado um conceito, é possível, a partir dele, pensar a “realidade histórica” e “atuar sobre a realidade de forma concreta” (KOSELLECK, 1992, p. 136).

A formulação de um conceito instaura “formas de comportamento e atuação, regras jurídicas e mesmo condições econômicas” que só poderiam ser pensadas e colocadas em prática justamente a partir dele (KOSELLECK, 1992, p. 136). Segundo Pierre Rosanvallon, “[...] é ao

redor de conceitos [...] que se amarram e se comprovam a inteligibilidade das situações e o princípio de sua ativação”⁵ (1995, p. 16).

O trabalho que ocupa as próximas laudas tratará do processo de desmaterialização ou de formalização do Estado de direito liberal. Traçar, com a companhia de filósofos, sociólogos juristas e literatos, o *percurso* dessas mudanças práticas e conceituais permitirá compreender como o fascismo, um ferrenho adversário do liberalismo político, pôde trabalhar, no poder, sob as estruturas de um Estado forjado pela burguesia.

Max Weber, Jean-Paul Sartre, Max Horkheimer ou Herbert Marcuse não costumam figurar nas teses jurídicas brasileiras. Mas, tanto quanto Carl Schmitt ou Pietro Costa, eles são fundamentais para entender em que circunstâncias o direito foi produzido e interpretado nos séculos XIX e XX – razão pela qual estão, todos eles, lado a lado, neste trabalho. O estudo de algumas de suas obras é tão importante quanto a análise pontual das concepções de Sergio Panunzio, de Carlo Costamagna ou de Alfredo Rocco, juristas fascistas que transitaram entre a academia e os salões do poder, a respeito do direito público.

O direito não é um fenômeno isolado. Fruto da história, imerso na cultura, ele se faz e é feito em meio a lutas políticas diversas. Aqueles que o analisam com um olhar multidisciplinar podem nele encontrar, como que objetivado em normas e decisões judiciais pontualmente lançadas sobre o papel, o panorama de uma época. Nele se encontram, plasmadas, as disputas pelo poder.

Os fascistas assumiram o comando da Itália com a conivência de muitos liberais, ansiosos por *normalizá-los*. Mussolini e seus acólitos seriam capazes, supunham, de acabar com as esquerdas. Se, no poder, o fascismo tentou se desvencilhar das tradicionais estruturas institucionais sob as quais trabalhava, esbarrou em divergências internas e em obstáculos externos. Nem todos os fascistas tinham, evidentemente, os mesmos planos para o movimento. E, apesar de seus esforços para esmagá-la, havia oposição. *Desejar mudar* não significa necessariamente *mudar*. A tradição tem um peso.

O objetivo central desta tese, atenta à história concreta, só será atingido com a análise dos processos de continuidade e de descontinuidade que levaram o Estado de direito, cujo conceito haverá de ser apreendido, a se colocar entre o liberalismo e o fascismo.

⁵ A busca por essa inteligibilidade não é, claro, tarefa das mais fáceis: “Um conceito”, defende Koselleck (1992, p. 136), “relaciona-se sempre àquilo que se quer compreender, sendo, portanto, a relação entre o conceito e o conteúdo a ser compreendido, ou tornado inteligível, uma relação necessariamente tensa”.

2 O ESTADO DE DIREITO

2.1 O DIREITO NATURAL: A RAZÃO DA NATUREZA NO COMANDO

Todo o pensamento jurídico ocidental se estruturou, segundo Norberto Bobbio, em torno da distinção entre direito natural e direito positivo⁶. Quanto ao “conteúdo conceitual”, ela já ocorria entre os gregos e os romanos (BOBBIO, 2006, p. 15). Aristóteles, por exemplo, dela tratou em sua *Ética a Nicômaco*. Válido em toda parte, o direito natural prescreve ações que não dependem do juízo que delas façam os homens: boas em si mesmas, suas prescrições são de uma bondade objetiva. Já o direito positivo trata de condutas que, antes de sua instituição, eram indiferentes em certa comunidade⁷ (BOBBIO, 2006, p. 16-17).

“Pai do direito natural”, Aristóteles não trabalha com uma separação estanque entre o direito natural e o direito positivo – como se o direito tivesse origem *ou* nas leis positivas *ou*,

⁶ Esta tese não pretende fazer uma *crítica* do direito natural, mas enunciar de que modo ele foi compreendido – sobretudo até o século XVIII. Há, hoje, uma miríade de autores que vem problematizando as ideias de muitos jusnaturalistas modernos. Jeremy Waldron, por exemplo, desenvolve instigantes teses a respeito de John Locke, cujo jusnaturalismo busca, defende, “ocasionar principalmente uma mudança moral – isto é, uma mudança informal na cultura política –, não uma mudança na constituição formal”. Ainda segundo Waldron, “pode ser um erro razoavelmente grave pensar que a pergunta crucial a ser feita sobre a relação entre o direito civil e o direito natural é ‘o que aquele pode acrescentar a este?’”. Embora Locke queira dizer que ‘o direito natural *coloca-se* como uma regra eterna para todos os homens, para legisladores tanto quanto para os outros’, ele não pode querer dizer que o direito natural já está presente nos livros como algo que os legisladores podem consultar ou examinar para ver o que precisa ser acrescentado ou completado” (WALDRON, 2003, p. 82, 83 e 101). Também há, atualmente, autores que, referindo-se à “contraposição anacrônica entre positivismo e jusnaturalismo”, sustentam uma abordagem “jusmoralista” – pois, ao contrário dos jusnaturalistas, “a maioria dos moralistas modernos não acredita na existência de um direito superior, imutável e distinto do direito positivo”. Já os “positivistas jurídicos inclusivos” entendem que, “em certas sociedades, pode haver uma convenção social impondo levar em consideração a moral para determinar a validade e para interpretar normas jurídicas”. Suas concepções são diversas daquelas propaladas pelos adeptos do “positivismo jurídico exclusivo”, que, a exemplo de Joseph Raz, adotam “uma teoria da validade do direito de cunho formal, rejeitando requisitos e critérios materiais”. Sob o ponto de vista desses teóricos, “o único elemento juridicamente relevante é a norma que foi criada por uma fonte autorizada, independentemente de seu conteúdo e das intenções de seu criador” (DIMOULIS, 2006, p. 85, 86, 97, 135, 136 e 137).

⁷ Seis são, para Norberto Bobbio, os critérios de diferenciação entre o direito natural e o direito positivo. O primeiro diz respeito à oposição entre a universalidade daquele e a particularidade deste. O segundo os diferencia de acordo com a sua estabilidade: enquanto o direito natural é imutável, o direito positivo é mutável. Eles também são diferentes conforme suas fontes: se o direito natural se funda na natureza, o positivo tem por base a vontade do povo. O quarto critério está ligado à forma por meio da qual é dado apreendê-los: é a razão que enuncia o direito natural, e é a promulgação que faz conhecer o direito positivo. Além disso, o direito natural se ocupa da regulação dos comportamentos bons ou maus por si mesmos, ao passo que o direito positivo trata daqueles que são indiferentes. Por fim, ambos se distinguem pela valoração das ações, já que que o direito natural estabelece o que é bom, e o direito positivo, aquilo que é útil (BOBBIO, 2006, p. 22-23).

por outro lado, em axiomas inscritos na razão ou na natureza humana⁸. Para o autor d’*A Política*, tais fontes são complementares. No pensamento do grego, as leis do Estado exprimem e complementam o “justo natural”: nele, o direito procede do estudo da natureza⁹. A ciência do direito natural tem, porém, os seus limites – afinal, os conhecimentos a que chega são inevitavelmente “vagos e provisórios, inadaptados às necessidades práticas dos juristas”. Dialéticos, tateantes, seus estudos jamais terminam. Sempre haverá novas discussões (VILLEY, 2009, p. 47, 53, 59, 60, 61 e 64).

As leis positivas também não têm, para Aristóteles, valor absoluto. Tampouco autoridade soberana: elas só serão válidas se estiverem de acordo com a ordem natural. Nem por isso o famigerado discípulo de Platão encara as leis positivas com maus olhos. O grego é, na verdade, um firme defensor delas. Para ele, compete ao legislador, em um exercício volitivo, concluir a busca do justo natural. Aquele que se encarrega da elaboração das normas atua “[...] sobre a base do justo natural ao qual acrescenta, contudo, algo de sua vontade própria, para fazer dele um justo completo”. O direito é, assim, obra tanto da natureza quanto da convenção (VILLEY, 2009, p. 59 e 64).

Mas o direito natural não é, conforme o autor da *Retórica*, imutável, definitivo ou alheio às circunstâncias históricas. Em seu pensamento, “o direito natural é um método experimental”. “Como um botânico”, Aristóteles “colhe as experiências dos impérios e das polis de seu tempo”. É a partir da observação que se haverá de chegar ao conteúdo do direito natural, avesso a regras fixas:

O direito é, por essência, móvel. Ninguém proclamou mais resolutamente que Aristóteles essa verdade, sobretudo no texto mais célebre da *Ética a Nicômaco* onde

⁸ Segundo Jean-Cassien Billier e Aglé Maryioli, “o direito natural aristotélico não tem nada do direito natural moderno. E isso por duas razões evidentes: por um lado, ele não remete à ideia moderna de um direito ‘subjutivo’, vinculado a cada indivíduo pelo simples fato de que ele existe – os ‘direitos do homem’ moderno são [...] impensáveis na Antiguidade e em Aristóteles; por outro lado, ele não remete a um direito imutável, intemporal e abstrato, em suma, a uma transcendência, a um princípio ‘separado’ do real. Por isso, o direito natural aristotélico é bem imanente e mutável [...]” (2005, p. 89). Na realidade, “[...] a ‘modernidade’ de Aristóteles consiste precisamente em não pensar um direito natural abstrato e separado: mesmo conservando uma distinção clara entre direito natural e direito positivo, Aristóteles consegue evitar produzir uma definição formal do direito natural, a mesma que conduzirá às grandezas e aos impasses do jusnaturalismo moderno” (BILLIER; MARYIOLI, 2005, p. 90).

⁹ Em Aristóteles, a natureza dos seres vivos não constitui um retrato do que são eles em ato, mas do que são em potência, daquilo que tendem eles a ser – seu próprio fim. O ser do homem não é a criança, o doente ou o inválido: é o adulto em seu mais perfeito desenvolvimento. Para Aristóteles, afirma Michel Villey, “há bem mais na ‘natureza’ dos seres vivos que o que eles são presentemente; há o que eles estão destinados a ser em sua plena realização, seu *fim*, que seria também a sua felicidade”. A natureza também é, assim, a força que impulsiona o ser a realizar o seu fim. Para o grego, a observação da natureza não se limita, como na moderna ciência, à análise dos fatos – “não é neutra e passivamente descritiva, implica o discernimento ativo dos valores” (VILLEY, 2009, p. 49-51).

ele define o direito natural. Texto difícil, que desconcerta os intérpretes impregnados do espírito moderno e para o qual os editores franceses dão traduções divergentes. Mas o sentido geral é claro: “Embora exista um justo natural, nem por isso todas as regras estão menos sujeitas à mudança” – “O fogo arde da mesma maneira na Pérsia e na Grécia, mas o direito é sempre variável”¹⁰ (VILLEY, 2009, p. 54, 55, 56 e 59).

Entre os romanos, por outro lado, o direito natural, o *ius gentium*, estabelecido pela razão natural, não conhecia mutações ou fronteiras. Diversamente, seu direito positivo, seu *ius civile*, ditado por um povo, sofre mudanças ao longo do tempo e do espaço¹¹ (BOBBIO, 2006, p. 17-19). Ulpiano definiu o direito natural como “aquilo que a natureza ensinou a todos os seres animados” – mesmo aos animais irracionais¹². Sob a influência da filosofia moral dos estoicos, Cícero propalava a existência da lei da reta razão, que, imutável e eterna, repousava, em conformidade com a natureza, na consciência de todos os homens. Aristóteles também frequentou o imaginário dos juristas romanos – sobretudo com suas concepções a respeito das relações entre o direito e a justiça, pois “o direito clássico é, acima de tudo, obra da doutrina que busca o justo segundo a natureza”¹³ –, assim como, a partir do século III¹⁴, Platão, de quem absorverão a ideia de um mundo hierarquizado e de um direito autoritário e em forma legislativa. Tudo somado, porém, Villey conclui que o direito romano constituiu a “aplicação da doutrina aristotélica”¹⁵ (VILLEY, 2009, p. 68-74).

¹⁰ “Eu havia prevenido que essa doutrina de Aristóteles não é brilhante. Com certeza é menos bela que a de Platão. Não satisfaz a nenhuma de nossas aspirações: nem a nossas exigências modernas de um direito estritamente encerrado num código legislativo – nem a nossos desejos de progresso social. Existem filósofos do direito que nos propõem um ideal: Hobbes, de ordem e de segurança – Locke, de liberdade – Rousseau ou Kant, de igualdade – Platão, de polis harmoniosa e una. A filosofia de Aristóteles não nos presta esse tipo de serviço” (VILLEY, 2009, p. 64).

¹¹ No *Digesto*, Paulo define o direito natural como aquilo que é bom, e reserva ao direito positivo o papel de estabelecer o que é útil – uma distinção baseada em critérios morais e econômicos (BOBBIO, 2006, p. 19).

¹² Assim como a de Cícero, tal concepção foi muito adotada pelos pensadores da Idade Média – que, não raro, aceitavam, indiscriminadamente, teorias muitas vezes antitéticas e incompatíveis. Mas São Tomás de Aquino “pôs fim a esta confusão” ao, no século XIII, lançando as bases do jusnaturalismo católico, tomar como “lei natural” a “fração da ordem imposta pela mente de Deus, governador do universo, que se acha presente na razão do homem: uma norma, portanto, racional”. Guilherme de Occam defendeu algo diverso no século XIV: é a razão que dita o direito natural, mas ela constitui apenas o meio por meio do qual chega a homem a vontade de Deus, a quem é dado, segundo seu arbítrio, modificar as leis naturais. De todo modo, é de São Tomás de Aquino “o centro da doutrina moral e jurídico-política católica”. Segundo Guido Fassò, São Tomás de Aquino lançou tintas teológicas na teoria da lei natural desenvolvida pelos estoicos e por Cícero – a que trata da lei “verdadeira” como racional. Foi por meio do autor da *Suma Teológica* que o jusnaturalismo antigo chegou à Idade Moderna (FASSÒ, 1993, p. 656-657).

¹³ Michel Villey nota que, por um longo período, a lei escrita apenas tratou de estabelecer sanções precisas no quadro do “justo natural” (2009, p. 72).

¹⁴ “Será o tempo das constituições imperiais, que passam a ser a única fonte do direito” (VILLEY, 2009, 70).

¹⁵ “É por isso que a própria sorte do direito romano viu-se em jogo quando novas filosofias suplantaram a de Aristóteles – neoplatonismo ou novas visões de mundo judaico-cristãs a que iria aderir santo Agostinho. Quanto à renascença do direito romano na Europa moderna, a partir do século XIII, ela estará ligada à renascença de Aristóteles” (VILLEY, 2009, p. 74).

Na Idade Média, Abelardo foi o primeiro filósofo a diferenciar o “direito positivo”, aquele estabelecido pelos homens, do direito natural, o posto pela natureza ou por Deus – distinção encontrada em todos os escritores medievais, inclusive em São Tomás de Aquino (BOBBIO, 2006, p. 19-20). Revalorizando a teoria do direito natural clássico, o autor da *Suma Teológica* retoma, no Medievo, as concepções de Aristóteles. Apesar da fé estar presente em seu pensamento – ele não faz, ressaltar-se desde já, um retorno “puro e simples” à Grécia Antiga –, a obra de São Tomás de Aquino confere à razão um papel central no processo de exploração da natureza. Antes dela, sob a influência de Santo Agostinho, grassava a submissão ao fato histórico que remontava à autoridade de Deus – uma “[...] propensão a respeitar o fato do costume [...] sem nem mesmo tentar encontrar-lhe uma justificação racional”. Entre a revelação divina e os costumes, o direito medieval exibia o seu caráter estático. São Tomás desafia essa tradição ao restaurar o papel ativo da razão e da vontade naturais do homem tanto na descoberta quanto na produção do direito (VILLEY, 2009, p. 181-184).

A natureza é, para São Tomás de Aquino, o fim a que tende cada ser: “ao mesmo tempo sua essência, sua forma, seu máximo de ser”. Disso decorre a natureza mutável do homem, que, sempre às voltas com situações novas, deve adaptar as regras jurídicas segundo as circunstâncias. Não há lugar, em São Tomás de Aquino, para definições rígidas a respeito da natureza do homem e do direito natural – inclusive porque, oriundos da experiência sensível, os conhecimentos humanos são fragmentários e falíveis. Com inúmeras lacunas e insuficiências, o direito natural deve ser complementado pela lei do Estado. “São Tomás está a léguas de distância de se imaginar, como farão alguns modernos, em posse do conteúdo do direito natural” (VILLEY, 2009, p. 187 e 192).

O jusnaturalismo moderno surge, segundo Guido Fassò, com Hugo Grócio, para quem, ditado pela razão humana, o direito natural, válido entre todos os povos, prescinde da vontade de Deus, que, por sinal, sequer precisaria existir¹⁶ – assertiva laica cuja origem remonta aos escritos estoicos do imperador romano Marco Aurélio (FASSÒ, 1993, p. 657). O único fundamento do direito natural é, segundo o teórico holandês, a razão, que independe da fé religiosa. Com tal afirmação, Grócio, “um cristão convicto” que inicia a “tendência do direito natural racionalista”, não coloca em xeque a existência de Deus: ele apenas tenta desvincular o

¹⁶ “Essa proposição não tem a intenção de cavar um abismo entre a religião, por uma parte, o direito e a moralidade, por outra. Grotius continua sendo, em toda a sua personalidade, um pensador profundamente religioso: põe tanto empenho na renovação moral, na *reforma* da religião, quanto na fundação intelectual e no aprofundamento da ideia de direito. A tese de que pode e deve existir um direito sem que seja por isso obrigado a admitir a existência de Deus tem que ser, portanto, compreendida hipoteticamente e nunca ‘teticamente’” (CASSIRER, 1992, p. 323).

fundamento do direito natural da religião e de toda a sorte de disputas em torno dela (LATORRE, 1978, p. 176-177). Para Grócio, o direito positivo haveria de se adaptar ao direito natural – do contrário, os cidadãos poderiam, diante de sua ilegitimidade, desobedecê-lo (FASSÒ, 1993, p. 657).

É de Grócio, assevera Norberto Bobbio, a mais célebre distinção entre o direito natural, um ditame da justa razão, e o direito positivo, aquele posto pelo Estado (2006, p. 21). Em Grócio, sustenta Villey, “o justo só pode estar no homem e sua fonte também está no homem, na sua razão, já que a razão é a essência da natureza humana” (2009, p. 651). Não há espaço, na teoria do holandês, para justificações utilitárias na esfera jurídica: o homem buscará a realização do direito ainda que isso não lhe traga qualquer vantagem ou proveito. O direito não é, sob o seu ponto de vista, uma criação contingente do homem, mas provém de sua própria natureza. Para Grócio, defende Ernst Cassirer, “o Estado só pode criar e fundar o direito na condição de conter, de realizar em si mesmo um direito original”. A lei civil tem por fundamento, então, a lei natural: o direito existe antes do Estado (CASSIRER, 1992, p. 342-344).

De acordo com Villey,

Grócio trabalha para estabelecer, seja em benefício dos Estados, seja no dos particulares, direitos subjetivos absolutos, de contornos bem determinados, rigorosamente exigíveis, que mereçam o nome de direitos em sentido estrito, “*jus proprie aut stricte dictum*”. O grande negócio é *fundamentar* racionalmente a existência deles: no que se empenharão, por vias aliás extremamente diversas, quase todos os filósofos do direito da Europa moderna: Hobbes, Locke, Espinosa, Leibniz, Wolff... (2009, p. 667-668).

Tido por fundador do positivismo jurídico, Thomas Hobbes merece um tópico à parte, pois não são poucos os que também o consideram o fundador do jusnaturalismo moderno (BOBBIO, 1991, p. 138).

2.2 THOMAS HOBBS E O POSITIVISMO: A AUTORIDADE, E NÃO A VERDADE, FAZ A LEI

Na Antiguidade clássica, assevera Bobbio, o direito natural não era tido por superior ao direito positivo. Na realidade, aquele constituía, então, o direito comum e sucumbia frente a este último, o direito particular. Na *Antígona*, por exemplo, o decreto de Creonte, a norma especial, prevalece sobre o direito não escrito dos deuses (BOBBIO, 2006, p. 25).

Mas tal quadro se altera ao longo da Idade Média, quando o direito natural deixa de ser encarado como direito comum e, na qualidade de norma emanada de Deus e transmitida ao homem por meio da razão, passa a ser superior ao direito positivo. Tanto o direito natural quanto o direito positivo continuavam, porém, a ser direito na mesma acepção do termo (BOBBIO, 2006, p. 25-26).

Com o advento, em fins do século XVIII, do positivismo jurídico, só o direito positivo passa, contudo, a ser visto como direito. O direito natural deixa de sê-lo. Falar em *direito positivo* soaria, dali em diante, como um pleonasma, pois o positivismo jurídico defende que não existe outro direito além do positivo (BOBBIO, 2006, p. 21 e 26).

A mudança tem lugar com o processo de formação do Estado moderno, que, distanciando-se das práticas pluralistas medievais, acaba por monopolizar a produção jurídica. O direito é, assim, identificado com o próprio Estado – concepção rechaçada pelos jusnaturalistas, para quem os direitos naturais existiam antes do surgimento do aparato estatal, cuja função se limitava, aliás, a assegurá-los (BOBBIO, 2006, p. 26-29).

Muitos pensadores defendem que Hobbes teria sido o primeiro teórico do positivismo jurídico. Mas, pondera Bobbio, vários também o veem como o precursor do jusnaturalismo moderno – uma “situação bastante embaraçosa”¹⁷ (BOBBIO, 1991, p. 138).

Os homens amam naturalmente a liberdade, afirma Hobbes. Por outro lado, também é enorme o seu apreço pelo domínio dos outros. Tamanhas paixões levaram, no estado de natureza, a uma guerra de todos contra todos. Foi justamente com o propósito de pôr um ponto final nessa mísera condição, sustenta o autor d’*O Leviatã*, que os homens, preocupados com sua própria conservação e pensando em levar uma vida melhor, resolveram viver em Estados (HOBBS, 1979, p. 104).

Impondo uma restrição a si mesmos, mutuamente abrindo mão de governarem a si mesmos, os homens submetem-se, assim, voluntariamente, a um outro homem ou a um grupo de homens “com a esperança de serem protegidos por ele contra todos os outros”. Dali em diante, a força e o poder de cada homem serão direcionados a esse ou a esses representantes, a quem será dado o exercício da soberania. A essa multidão de homens reunida em uma só pessoa se dá o nome de Estado:

Diz-se que um *Estado* foi *instituído* quando uma *multidão* de homens concordam e *pactuum*, cada um com cada um dos outros, que a qualquer *homem* ou *assembleia* de

¹⁷ Em outro texto, Norberto Bobbio coloca, ele mesmo, Hobbes como “um precursor do juspositivismo” e acrescenta: “na realidade, ele, se foi um positivista nos seus tempos, é ainda um jusnaturalista diante do positivismo jurídico *strictu sensu*” (BOBBIO, 2006, p. 43).

homens a quem seja atribuído pela maioria o *direito* de *representar* a pessoa de todos eles (ou seja, de ser seu *representante*), todos sem exceção, tanto os que *votaram a favor dele* como os que *votaram contra ele*, deverão *autorizar* todos os atos e decisões desse homem ou assembleia de homens, tal como se fossem seus próprios atos e decisões, a fim de viverem em paz uns com os outros e serem protegidos dos restantes dos homens. É desta instituição do Estado que derivam todos os *direitos e faculdades* daquele ou daqueles a quem o poder soberano é conferido mediante o consentimento do povo reunido (HOBBS, 1979, p. 105-107).

É esse Leviatã, o “Deus Mortal”, o soberano, que, fora do pacto¹⁸, assegurará, por meio do uso da força e do poder de todos, a paz e a defesa de seus súditos. Para isso, ele prescreverá, por exemplo, as regras a respeito da divisão e do gozo exclusivo dos bens. “Essas regras da propriedade (ou *meum e teum*), tal como o *bom* e o *mau*, ou o *legítimo* e o *ilegítimo* nas ações dos súditos, são as leis civis” (HOBBS, 1979, p. 106, 108 e 110).

Villey lembra que a Inglaterra de Hobbes testemunha o surgimento de uma economia de mercado. Nela, “a grande burguesia vende, compra, tira proveito da concorrência e reivindica os principais papéis na sociedade”. Se o autor d’*O Leviatã* toma, na política, o partido da monarquia tradicional, do Absolutismo, ele nutre, no âmbito econômico, certo “fascínio” pelo “jogo do mercado”, pela “concorrência” e pela “*struggle for life*”. Sua psicologia, inicialmente “nobiliária”, transforma-se em “burguesa”. “A obra de Hobbes [...] é uma resposta às novas condições da economia e às aspirações burguesas”:

Hobbes é um homem de seu tempo, isto é, desse nobre século XVII, desse mundo cristão e burguês (não desprovido de um resquício de espírito feudal e do senso de honra nobiliária), encantado com o individualismo, e que quer que cada um seja responsável por si mesmo e por todos os seus atos, perante Deus, perante sua consciência, perante sua razão pessoal. Hobbes apela à razão de cada um, não à força. Vontades individuais perfeitamente livres e racionais (que sem dúvida só podem caracterizar uma elite de homens esclarecidos) são os pilares de Leviatã. E o *direito* inalienável do *homem*, sua *liberdade* fundamental (na falta de liberdades segundas), está de fato presente em seu sistema [...] (VILLEY, 2009, p. 678, 679, 709 e 710).

Segundo Villey, Hobbes não se tornou o arcabouço do pensamento jurídico moderno por acaso – afinal, “não há nada mais apropriado que a engenhosa máquina imaginada por ele para servir aos objetivos que a elite burguesa liberal moderna atribuíria ao direito: utilidade, segurança das posses *individuais*”. A lei civil disposta pelo Leviatã garantiria os direitos subjetivos do indivíduo, cujas propriedades estariam resguardadas pela lei positiva. Base de

¹⁸ “[...] dado que o direito de representar a pessoa de todos é conferido ao que é tornado soberano mediante um pacto celebrado apenas entre cada um e cada um, e não entre o soberano e cada um dos outros, não pode haver quebra do pacto da parte do soberano, portanto nenhum dos súditos pode libertar-se da sujeição, sob qualquer pretexto de infração” (HOBBS, 1979, p. 108).

funcionamento da economia liberal, os contratos também seriam por ela efetivamente resguardados. A vontade do príncipe estabeleceria um ordenamento jurídico unitário, coerente e sistemático. Nele não haveria espaço para surpresas. Sua marca seria a previsibilidade. “A utilidade individual não poderia estar mais bem servida, supondo que o homem tenha realmente a ganhar pensando e se cultivando sozinho, fazendo abstração de seu próximo e da justiça social [...]”. Erigido na contramão do pensamento de Aristóteles – para quem o homem, naturalmente político, vive em sociedades naturais –, é só o interesse individual que realmente importa nesse sistema. Resgatando “antigos mitos poéticos individualistas”, Hobbes postula que o ser humano é naturalmente livre. Sua ciência abdica de ver o mundo como um conjunto. Só o indivíduo existe para ela¹⁹ (VILLEY, 2009, p. 690, 696, 752 e 754).

No estado de natureza hobbesiano, cada indivíduo tem direito a todas as coisas. Como, porém, todos podem dispor de tudo, o exercício de tal direito se torna impraticável, inútil ou mesmo prejudicial, pois seu titular estaria sempre envolvido em escaramuças as mais diversas para garanti-lo. Não há, nesse contexto, nem propriedade e nem comunidade, apenas incertezas. O Leviatã tem por fim justamente a promoção da segurança desse inquieto e infeliz homem natural imerso em uma guerra de todos contra todos. A razão indicava um único caminho para, em busca da paz, pôr fim a tamanha miséria: a cessão, por todos, do direito de se governar a um terceiro, um príncipe onipotente, alheio ao pacto. Entre suas principais funções se encontra a determinação precisa, por meio de sua própria lei, das propriedades de cada um. Abdicando de seu direito primitivo a todas as coisas, os homens recebem, em contraprestação, direitos – o que não representa a morte do direito natural do indivíduo. De fato, lembra Villey, “os direitos civis ainda são direitos *subjetivos* – mas remodelados para se tornarem *efetivos*”. Em Hobbes, “a lei civil é apenas uma forma refundida da lei natural”. No fundo, os direitos civis continuam a emanar do sujeito. Sua fonte não é, assim, a lei (VILLEY, 2009, p. 679, 680, 710, 711, 712 e 740).

A teoria de Hobbes *parte* da natureza, seu fundamento, mas dela nada *deduz*. Para o filósofo inglês, os direitos civis são direitos naturais que perderam em volume mas que

¹⁹ O próprio método de Hobbes, o resolutivo-compositivo, é atomístico: “Em vez de observar os conjuntos e sua harmonia intrínseca, como Aristóteles sabia fazer, ele os decompõe, os reduz a elementos singulares. As sociedades serão resolvidas em seus átomos constituintes, em suas causas geradoras; essas partículas elementares vão ser os indivíduos, sem que se possa se levar mais adiante, no que concerne à política, o processo de decomposição [...]. Em seguida, tudo será reconstruído a partir dos indivíduos. Nada combina melhor com o *nominalismo* recebido, em Oxford, da escola de Ockham, já que para o nominalismo existem apenas coisas singulares, e todo o resto é construção” (VILLEY, 2009, p. 696). Ainda segundo Michel Villey, “o direito em Hobbes assim como em Aristóteles é inferido da natureza. Mas a concepção hobbesiana do estado de natureza, que inverte a noção de natureza de Aristóteles, em nenhum lugar expressa melhor que em Hobbes a oposição entre a ideia moderna de direito subjetivo e o direito da tradição clássica” (2009, p. 698).

ganharam em eficácia, tornando-se exclusivos. Por um lado, nem tudo pertence a cada um. De outro, no entanto, a lei delimita aqueles que são “próprios” de seu titular. “É o controle absoluto do proprietário, agora reconhecido como um direito, que se vê zelosamente protegido de qualquer intrusão alheia – esse controle ao qual o egoísmo natural dos indivíduos aspirava desde as origens”. O direito civil é, assim, sancionado pela lei do Estado, que o garante por meio da força pública. Agora, o proprietário tem em mãos um valor seguro, não mais uma ilusão. O Leviatã é instituído pelos indivíduos para os indivíduos, para o bem-estar dos particulares. A “promoção, a realização, a segurança (a paz é apenas um meio para a *segurança* dos direitos) dos *direitos subjetivos* de cada um” constitui seu principal propósito. Tudo é racionalmente calculado para fazer valer o direito natural de todo homem – um negócio “interesseiro”, pois, para o Leviatã, “não há outro meio de se conservar senão zelar pelos direitos de seus membros” (VILLEY, 2009, p. 714, 715, 716, 717, 718 e 739).

Apenas à lei do Estado é dada a possibilidade de criar a ordem jurídica: só ele postula, por meio da lei civil, o direito – eis a originalidade do pensamento de Hobbes, o fundador do positivismo moderno. À exceção das leis da natureza, todas as leis hão de ser promulgadas. Não é a sabedoria, mas a autoridade que faz a lei. Se a lei natural ocupa um lugar central na política do autor d’*O Leviatã*, ela não constitui uma lei jurídica, mas moral. “Embora *funde* a relação que vincula os súditos ao soberano, é impossível extrair dela [da lei natural] alguma das relações que deverão ser instituídas entre cidadãos”, dela não se deduzindo qualquer regra de direito *objetivo*. O caráter vago da lei natural a impediria de delimitar, no estado civil, o direito de cada um. Consequências as mais diversas poderiam ser extraídas de fórmulas abertas e genéricas como a que diz respeito, por exemplo, ao direito à autopreservação. Além disso, alheio aos atos exteriores e desprovido de sanções temporais, o domínio da lei natural se limita às disposições interiores²⁰. O apelo às leis da razão, pouco precisas, seria igualmente problemático: “sobre os deveres que a razão nos dita, as opiniões particulares sempre diferiram, como bem notaram os cétricos da Antiguidade, e Montaigne, e Francis Bacon”. Ademais, tanto as leis naturais quanto

²⁰ Como ressalta Villey, “faltar para com a lei natural é um *pecado*, do qual Deus é juiz, não um *crime*, da alçada do juiz terrestre. Na velha linguagem dos canonistas, Hobbes professa que a lei natural vincula o homem apenas ao ‘foro íntimo’. Portanto, se apenas vincula o indivíduo perante Deus ou perante ele mesmo, como poderia ela garantir uma ordem social e temporal?” (2009, p. 737). Ainda segundo o historiador francês, “a lei de Leviatã terá a vantagem decisiva de conter; não mais apenas uma ameaça (a que a falta de fé torna surdo) de sanções futuras no Além, como era o caso da lei divina; e não mais apenas uma espera dos danos que devem punir toda conduta desarrazoada (a que nossa razão doente poderia ficar insensível). Os homens tais como são nesta terra, destituídos de fé e desarrazoados, não podem mais ser eficazmente conduzidos apenas pela moral. É preciso acrescentar a ela instrumentos de pressão, de coerção imediata e real. Por trás da lei de Leviatã está a espada do soberano (*the sword*). Eis o momento em que a *sanção* se torna o critério do jurídico. As leis civis assim produzidas serão leis no pleno sentido da palavra: *properly laws*” (VILLEY, 2009, p. 742-743).

as leis da razão, imutáveis, não poderiam responder às constantes e complexas mutações sociais. Competirá ao soberano promulgar, adaptadas a cada tempo e lugar, as leis que distribuirão as riquezas, criarão o *meu* e o *teu* (VILLEY, 2009, p. 726, 727, 733, 735, 736, 742 e 744).

Segundo o próprio Hobbes,

A lei de natureza e a lei civil contêm-se uma à outra e são de idêntica extensão. Porque as leis de natureza, que consistem na equidade, na justiça, na gratidão e outras virtudes morais destas dependentes, na condição de simples natureza não são propriamente leis, mas qualidades que predisõem os homens para a paz e a obediência. Só depois de instituído o Estado elas efetivamente se tornam leis, nunca antes, pois passam então a ser ordens do Estado, portanto também leis civis, pois é o poder soberano que obriga os homens a obedecer-lhes [...] A lei civil e a lei natural não são diferentes espécies, mas diferentes partes da lei, uma das quais é escrita e se chama civil, e a outra não é escrita e se chama natural. Mas o direito de natureza, isto é, a liberdade natural do homem, pode ser limitado e restringido pela lei civil; mais, a finalidade das leis não é outra senão essa restrição, sem a qual não será possível haver paz (1979, p. 162-163).

Conforme Villey,

Hobbes aceita plenamente a existência da *lei* natural moral e o papel decisivo que ela tem no princípio das ações humanas, mas não que ela seja jurídica. Ele não é *jus-naturalista*. O *direito* natural tem de morrer na filosofia moderna; será preciso até extirpar dela qualquer vestígio de direito natural, uma vez que nele predomina uma noção da lei natural que, logicamente, não serve mais. “A escola do direito natural”, embora já muito infiel à concepção autêntica, antiga do direito natural, está condenada, desde Hobbes, ao desaparecimento no longo prazo (2009, p. 738-739).

É a lei civil que, no pensamento de Hobbes, gera os conteúdos das obrigações dos súditos, definindo o que é bom ou ruim: toda justiça provém dela. A razão dos juristas não pode encontrar o conteúdo do justo, a respeito do qual existem incontáveis divergências. Seria preciso, diante dessas discordâncias, estabelecer que caminho seguir. Os mais sábios haveriam de indicá-lo se não fosse igualmente difícil identificá-los. Comentando o pensamento hobbesiano a tal respeito, Villey nota que “a pretensa razão dos sábios, seu pretense direito natural não passam de *nomes*, que encobrem interesses particulares, as únicas realidades acessíveis à razão individual”. Em resumo, “não existe direito natural”. O autor de *O Leviatã* o substitui pelo “positivismo integral” (VILLEY, 2009, p. 745-752).

Na verdade, os indivíduos não firmariam um pacto que atentasse contra os seus interesses. Nos termos de Hobbes, “[...] dado que todo súdito é por instituição autor de todos os atos e decisões do soberano instituído, segue-se que nada do que este faça pode ser considerado

injúria para com qualquer de seus súditos, e que nenhum deles pode acusá-lo de injustiça”²¹ (1979, p. 109). As leis civis não podem, assim, ser contrárias à razão²² ou injustas: um homem não daria a si mesmo, afinal, uma norma que o prejudicasse. Fabricada pelo próprio corpo político, a lei civil, uma regra firme, é a razão expressa em fórmulas claras (VILLEY, 2009, p. 742, 748 e 749).

O rótulo de fundador do positivismo jurídico cai bem em Hobbes.

2.3 A ASCENSÃO E A QUEDA DO JUSNATURALISMO

Bobbio sustenta que “o Estado oriundo da Revolução Francesa e transformado no século XIX em protótipo do Estado burguês (enquanto Estado constitucional, liberal, parlamentar, representativo, etc.) inspira-se nos princípios fundamentais da escola do direito natural” (1991, p. 09).

De fato, defende o jurista italiano, há diversas ligações entre o modelo jusnaturalista e a sociedade burguesa – a começar pela “descoberta” do estado de natureza como um espaço de trocas econômicas que não tem relação alguma com a política. A distinção entre o público e o privado típica do liberalismo se enuncia aí. Em tal espaço se desenvolve uma sociedade pré-política e antipolítica. Ela tratará de, pela própria vontade dos possuidores de bens, criar um ente artificial capaz de garantir o direito natural de propriedade e todos os direitos que o tornam possível, a exemplo da liberdade, da igualdade e da independência (BOBBIO, 1991, p. 09-10).

No estado de natureza, os indivíduos são, no âmbito da religião, da moral e da economia, abstratamente independentes uns dos outros. Tem-se, aí, a típica concepção individualista da sociedade e da história humana veiculada pela burguesia. Tampouco se veem, no estado de natureza, relações hierárquicas entre os indivíduos. Nele, a tradição não tem vez. Marca-o uma concepção libertária e igualitária contra os vínculos sociais, ideológicos, econômicos e políticos que impedem a emancipação burguesa (BOBBIO, 1991, p. 10).

Ademais, o contrato social defendido pelos jusnaturalistas modernos expõe, na realidade, os anseios de uma classe que, prestes a se tornar econômica e ideologicamente

²¹ “É certo que os detentores do poder soberano podem cometer iniquidades, mas não podem cometer injustiça nem injúria em sentido próprio” (HOBBS, 1979, p. 109).

²² “Que a lei nunca pode ser contrária à razão é coisa com que nossos juristas concordam [...]” (HOBBS, 1979, p. 164).

dominante, luta para, em busca de sua emancipação política, “[...] pôr sob o próprio controle o maior instrumento de dominação do qual sempre se serviu um grupo de homens para obter a obediência dos outros” – o Estado, que deverá refletir a imagem da burguesia (BOBBIO, 1991, p. 10). Baseado na oposição entre o estado de natureza e o Estado, o modelo jusnaturalista moderno acompanha, assim, refletindo-o em termos teóricos, o próprio nascimento e desenvolvimento da sociedade burguesa (BOBBIO, 1991, p. 08-10).

O modelo²³ jusnaturalista se estrutura sobre a distinção entre o estado de natureza e a sociedade civil. O jusnaturalismo analisa as origens e o fundamento do Estado a partir do estado de natureza, cuja principal marca é seu caráter “não político e antipolítico”. No estado de natureza, os indivíduos, livres e iguais, podem tanto viver isolados quanto em grupos familiares. Encarregado de pôr fim ou de corrigir os defeitos desse estado integrado por indivíduos singulares não associados, o estado político, artificialmente forjado por meio de uma ou mais convenções entre os indivíduos que desejam deixá-lo, constitui a antítese do estado de natureza. A sociedade política se legitima, assim, no consenso. Trata-se, enfatiza Bobbio, de um modelo. Existem, porém, variações dele (BOBBIO, 1991, p. 01-02).

Discute-se, a respeito das características do estado de natureza, se seria ele histórico ou imaginado, pacífico ou belicoso e, ainda, se nele o isolamento seria absoluto ou se nele haveria espaço para uma sociabilidade primitiva. Quanto à forma, há quem defenda que o contrato social é pactuado entre os indivíduos em favor da coletividade e existem aqueles que afirmam que o acordo é realizado em favor de um terceiro. A respeito do conteúdo, as divergências dizem respeito à possibilidade de dissolução do pacto. A natureza dos poderes decorrentes do contrato social também é alvo de discussão – se são eles absolutos ou limitados, incondicionados ou condicionados, indivisíveis ou divisíveis. De todo modo, lembra Bobbio, os elementos essenciais do modelo por ele apresentado abarcam todas essas possíveis variações (BOBBIO, 1991, p. 03-04).

Guido Fassò, um outro teórico italiano, define o jusnaturalismo como “a doutrina segundo a qual existe e pode ser conhecido um ‘direito natural’ (*ius naturale*), ou seja, um sistema de normas de conduta intersubjetiva diverso do sistema constituído pelas normas fixadas pelo Estado (direito positivo)”. Mas o conceito político ou filosófico do jusnaturalismo varia de acordo com as inúmeras concepções de direito natural – que pode ser tido por um

²³ Bobbio ressalta que o caminho até a formação do Estado moderno foi longo e que “a imagem de um Estado que nasce do consenso recíproco de indivíduos singulares, originariamente livres e iguais, é uma pura construção do intelecto” – daí a referência a um “modelo” jusnaturalista (1991, p. 02).

direito oriundo de uma divindade, da natureza em sentido estrito ou da razão mesma (FASSÒ, 1993, p. 655-656).

Apesar de heterogêneas, afirma Fassò, todas essas concepções do direito natural guardam ao menos uma coisa em comum: nelas, o direito natural vale por si mesmo e é anterior e superior ao direito positivo, que, se atentar contra aquele, poderá, dada a sua ilegitimidade, ser desobedecido pelos cidadãos. O jusnaturalismo contrapõe-se, assim, ao positivismo jurídico, doutrina que defende a existência de um único direito – aquele que, estabelecido pelo Estado, “independe de qualquer referência a valores éticos” (FASSÒ, 1993, p. 655-656).

O jusnaturalismo inicia seu trajeto histórico na antiga Grécia: retratada por Sófocles, a própria Antígona se recusara a obedecer às ordens de um rei que, para ela, dava de ombros para os comandos dos deuses. Presente também em Platão e em Aristóteles, o jusnaturalismo é, entre os gregos, em sua maior parte, obra dos estoicos, defensores de uma natureza governada por uma lei universal racional e imanente. Cícero divulgou tal teoria em Roma ao sustentar a existência de uma lei verdadeira, imutável e eterna que, racional, não se altera nem no tempo e nem no espaço: violá-la significaria atentar contra a própria natureza humana. A ideia influenciou tanto os jusnaturalistas medievais quanto os modernos (FASSÒ, 1993, p. 656).

Não há, conforme Fassò, uma ruptura entre os jusnaturalismos antigo, medieval e moderno. Certo é, porém, que o jusnaturalismo da modernidade tem maior apego ao “aspecto subjetivo” do direito natural, algo fundamental para moldar as doutrinas políticas do liberalismo, que defendem os direitos inatos dos indivíduos em face da autoridade política. Enquanto a maior parte dos jusnaturalistas clássicos e medievais encarava o Estado como uma instituição natural, os teóricos do jusnaturalismo moderno o tomam, de um modo geral, por uma criação humana cuja função é tutelar os direitos naturais. Por meio de um pacto, os indivíduos deixam o estado de natureza justamente para resguardá-los. Tal organização política só será legítima se garanti-los. “Direitos inatos, estado de natureza e contrato social [...] são os conceitos característicos do Jusnaturalismo moderno” (FASSÒ, 1993, p. 658).

Fassò sustenta que o jusnaturalismo dos séculos XVII e XVIII falhou

[...] não só ao expor como eventos realmente acontecidos meras exigências da razão, mas também ao entender assim o que, na realidade, eram aspirações políticas e não raro econômicas da sociedade da época. Por outro lado, foi justamente o havê-las entendido como exigências racionais absolutas que deu a tais aspirações a força necessária para que fossem satisfeitas. O ideal jusnaturalístico do século XVIII teve assim enormes resultados políticos: foi na doutrina do direito natural que se inspirou [...] a Declaração da Independência dos Estados Unidos da América (1776) [...] e é de

caráter genuinamente jusnaturalista a Declaração dos direitos do homem e do cidadão (1789) [...] da Revolução Francesa [...] (1993, p. 658-659).

A influência do jusnaturalismo se estendeu também, de modo concreto, ao século XVIII²⁴, marcado, segundo Fassò, “por um estado de confusão e de incerteza” decorrente da crise do “direito comum”, então absolutamente disforme. Apresentando-se como um sistema racional e universal avesso a particularidades, o direito natural poderia, argumentavam seus defensores, pôr fim a tal insegurança. As reformas legislativas dos oitocentos acabaram, assim, com as codificações elaboradas na virada do século XVIII para o século XIX, por “converter em normas positivas as normas do direito natural”. A rigor, os novos códigos incorporaram o direito natural e, ainda, buscaram a sistematização do direito vigente em moldes jusnaturalistas (FASSÒ, 1993, p. 659).

Mas o fastígio do direito natural coincide com a sua derrocada: “transposto o direito racional para o código, não se via nem admitia outro direito senão este” e “o recurso a princípios ou normas extrínsecos ao sistema do direito positivo foi considerado ilegítimo” (FASSÒ, 1993, p. 659).

As codificações, assevera Bobbio,

representam o resultado de uma longa batalha conduzida, na segunda metade do século XVIII, por um movimento político-cultural francamente iluminista, que realizou aquilo que podemos chamar de “positivação do direito natural”. Segundo este movimento, o direito é expressão ao mesmo tempo da autoridade e da razão. É expressão da autoridade visto que não é eficaz, não vale se não for posto e feito valer pelo Estado (e precisamente nisto pode identificar-se no movimento pela codificação uma raiz do positivismo jurídico); mas o direito posto pelo Estado não é fruto de mera arbitrariedade, ao contrário é a expressão da própria razão (da razão do príncipe e da razão dos “filósofos”, isto é, dos doutos que o legislador deve consultar) (2006, p. 54).

Conforme Angel Latorre,

A generalização das codificações teve como efeito curioso que, estando elas inspiradas nas ideias jusnaturalistas, engendraram uma mentalidade e uma ciência jurídica eminentemente positivista. Na realidade, este positivismo assentava sobre a plena e tácita aceitação do conjunto de valores que a escola do direito natural racionalista havia estabelecido. Este tinha adquirido um ar militante na medida em que a sua trindade programática (vida, liberdade e propriedade) encarnava a mentalidade e os interesses duma burguesia pujante, para a qual essa ideologia era a grande arma contra as já desfalecidas estruturas feudais, que ainda se mantinham como obstáculo à sua plena expansão. Uma vez triunfante esta classe social, o velho espírito revolucionário converte-se em serenidade conservadora, para a qual nada

²⁴ O século XVIII testemunhou, em termos teóricos e práticos, um intenso florescimento do direito natural. São do período, por exemplo, a Constituição norte-americana e as Constituições da Revolução Francesa. Os conceitos de estado de natureza, de lei natural e de contrato social estavam em voga à época (BOBBIO, 2006, p. 42).

melhor do que um positivismo que colocara o centro do Direito no Estado, que era então o Estado predominantemente burguês (1978, p. 179).

À exceção da codificação civil da Áustria, os demais códigos sequer previam a possibilidade da utilização do direito natural para o preenchimento de eventuais lacunas do sistema normativo. Ainda nos albores do século XIX, o jusnaturalismo passa a sofrer contundentes ataques do historicismo²⁵ jurídico alemão, que o toma por abstrato e alheio à concretude histórica dos povos²⁶. Ao longo do século, as críticas só fizeram aumentar, a ponto do jusnaturalismo chegar, ao fim dele, “em total descrédito” (FASSÒ, 1993, p. 659).

O jusnaturalismo só seria reabilitado, como “dique e limite ao poder do Estado”, depois do nazifascismo e da Segunda Guerra Mundial²⁷. Muitos jusnaturalistas deixam, então, de defender a imutabilidade e a eternidade do direito natural: também ele seria um fenômeno atrelado à história (FASSÒ, 1993, p. 659-660). A maioria dos jusnaturalistas do pós-guerra não propala a “clara prioridade” do direito natural sobre o direito positivo, mas defende um conjunto de princípios gerais e flexíveis aos quais o legislador deve se apegar em sua atividade

²⁵ Sob o prisma dos historicistas, “a mola fundamental da história não é a razão, o cálculo, a avaliação racional, mas sim a não-razão, o elemento passional e emotivo do homem, o impulso, a paixão, o sentimento [...]. Os historicistas escarnecem assim das concepções jusnaturalistas, tais como a idéia de que o Estado tenha surgido após uma decisão racionalmente ponderada de dar origem a uma organização política que corrigisse os inconvenientes do estado de natureza. Nos confrontos desta concepção historicista, que torna protagonista da história não a razão, mas sim o irracional, o marxista húngaro Lukács falou polemicamente de ‘destruição da razão’” (BOBBIO, 2006, p. 49). O historicismo anteciparia, portanto, a crítica radical do positivismo jurídico à suposta universalidade e imutabilidade de um direito natural (BOBBIO, 2006, p. 53).

²⁶ Joseph de Maistre, partidário do Antigo Regime e tido por um dos predecessores do historicismo, já criticava, no fim do século XVIII, a constituição francesa de 1795. Ele não conhecia “homens”, mas sim “franceses, italianos, russos etc.”, além de “persas” – que ele conhecera por meio de Montesquieu. Para Joseph de Maistre, não haveria, igual e imutável, o “Homem”, pois os homens são, a depender da raça, do clima, da história, absolutamente diversos (BOBBIO, 2006, p. 48). O tema é bastante discutido ainda hoje. Segundo Costas Douzinas, tem-se, na redação dos três primeiros artigos da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão francesa de 1789, um paradoxo. Se os direitos nele estampados são declarados em nome de um homem que seria universal, “[...] o ato de enunciação estabelece o poder de um tipo particular de associação política, a nação e seu Estado, para tornar-se o soberano legislador e, depois, de um ‘homem’ em particular, o cidadão nacional, para tornar-se o beneficiário dos direitos” (2009, p. 114). Primeiro, portanto, acima de tudo, um homem universal. Depois, sob a lei de um Estado particular, um cidadão nacional. A legislação nacional acaba, assim, por se sobrepor àquela que haveria de valer para todo e qualquer ser humano: “A elevação da lei nacional à única mantenedora de direitos e o decorrente tratamento de estrangeiros como seres humanos inferiores indicam que a separação entre homem e cidadão é uma característica importante do Direito Moderno. O Estado-nação passa a existir com a exclusão de outras pessoas e nações. O cidadão possui direitos e deveres na medida em que pertence à vontade comum e ao Estado. O estrangeiro não é um cidadão. Ele não tem direitos porque não faz parte do Estado e é um ser humano inferior porque não é um cidadão. Alguém é um homem em maior ou menor grau porque é um cidadão em maior ou menor grau. O estrangeiro é a lacuna entre homem e cidadão. Os indivíduos só têm direitos humanos na comunidade. Os sem-Estado, os refugiados, as minorias de vários tipos não têm quaisquer direitos humanos” (DOUZINAS, 2009, p. 118-119).

²⁷ “Deve relacionar-se todo este interessante momento ideológico com as novas circunstâncias que o mundo viveu ao longo deste século [XX]. Sobretudo na Alemanha, a partir do regime nazi e da sua derrota, julgou-se ver no abandono do jusnaturalismo uma das causas do desastre material e moral a que chegou, sob aquele regime, um povo com a tradição cultural que honra a Alemanha” (LATORRE, 1978, p. 182).

(LATORRE, 1978, p. 180-181). Ainda assim, o jusnaturalismo viu-se alvejado pelos positivistas, que o encaram como uma doutrina “objetivista e universalista, incompatível com a concepção moderna da moral”²⁸ (FASSÒ, 1993, p. 659-660).

2.4 A ERA DA RAZÃO

2.4.1 E faz-se a luz: o Iluminismo

O Iluminismo constituiu um movimento de ideias cujas origens remontam ao século XVII e que atinge o seu fastígio no século XVIII – o *Século das Luzes*²⁹ (BINETTI, 1993, p. 605-606). “Não existe”, sentencia Ernest Cassirer, “um século que tenha sido tão penetrado e empolgado pela ideia de progresso integral” quanto ele (1992, p. 22). Para os expoentes iluministas, afirma Eric Hobsbawm, tanto o homem quanto a sociedade poderiam ser aperfeiçoados pela razão: era esse, por sinal, o destino que lhes reservado pela história (2015, p. 364). “O Iluminismo é, então, uma filosofia militante de crítica da tradição cultural e institucional; seu programa é a difusão do uso da razão para dirigir o progresso da vida em todos os aspectos” (BINETTI, 1993, p. 605-606).

Steven Pinker afirma que “foi uma era exuberante em ideias, algumas contraditórias, mas todas ligadas por quatro temas: razão, ciência, humanismo e progresso” (2018, p. 26). Tal movimento não foi, de fato, homogêneo. Ele também não estruturou uma escola ou um sistema de ideias. O Iluminismo se apresentou, acima de tudo, como uma mentalidade guiada pela razão e propalada não só pelos filósofos, mas também pela burguesia e mesmo por alguns governantes (BINETTI, 1993, p. 605-606).

Se a Inglaterra e a Holanda testemunharam suas primeiras manifestações, foi na França que os iluministas obtiveram maior destaque. Lá, a burguesia, cuja pujança econômica assomava a olhos vistos, não ficaria calada diante dos privilégios da aristocracia e da Igreja. Sustentáculo da economia, os burgueses tomavam a nobreza e o clero por parasitas. Combatendo tal estado de coisas, vicejaram, naqueles tempos de crise do Antigo Regime,

²⁸ Para Hans Kelsen, por exemplo, a validade de uma ordem jurídica não pode ter por base preceitos de justiça exteriores, absolutos e únicos à ordem jurídica positiva: isso, segundo o autor da *Teoria Pura do Direito*, atentaria tanto contra o relativismo moral quanto o relativismo axiológico que marcam qualquer ordem jurídica concreta e historicamente determinada²⁸ (BILLIER; MARYIOLI, 2005, p. 204-205).

²⁹ “Convencionalmente”, afirma Pinker, “situamos o Iluminismo nos dois últimos terços do século XVIII, embora tenha brotado da Revolução Científica e da Idade da Razão no século XVII e extravasado para o apogeu do liberalismo clássico na primeira metade do século XIX” (2018, p. 26).

numerosos livros e folhetos com fortes críticas às instituições de então. Seus autores tratavam das justificativas e finalidades do governo, da constituição inglesa, das condições de vida em países exóticos. Pululavam, sobretudo na segunda metade do século XVIII, propostas de reformas e obras de propaganda (BINETTI, 1993, p. 605-606).

Movimento eclético, o Iluminismo gravita em torno da ciência, “que dá ao século XVIII a segurança e a confiança na razão”, e da razão, “o órgão tipicamente iluminista, que é contraposto à autoridade e aos preconceitos” (BINETTI, 1993, p. 606). “Se existiu algo que os pensadores do Iluminismo tiveram em comum foi a exigência de que se aplicasse vigorosamente o critério da razão para entender o mundo”, assevera Steven Pinker. Eles rejeçavam “geradores de ilusão como a fé, o dogma, a revelação, a autoridade, o carisma, o misticismo, o profetismo, as visões, as intuições ou a análise interpretativa de textos sagrados”³⁰ (PINKER, 2018, p. 26).

Os iluministas tinham uma confiança sem limites na razão: ela é “[...] o ponto de encontro e o centro de expansão do século, a expressão de todos os seus desejos, de todos os seus esforços, de seu querer e de suas realizações” (CASSIRER, 1992, p. 22). “O alvo do Iluminismo é [...] o domínio da razão sobre a natureza interna e externa e a erradicação do medo do sobrenatural”. Ganhou relevo, então, o método racional analítico típico das ciências, que permitiu atingir “verdades indiscutíveis” ou, no mínimo, “generalizações legítimas” e com “fundada validade metodológica”. Montesquieu, por exemplo, lançou mão de um “modo naturalístico de pensar” ao relacionar as instituições políticas e jurídicas ao ambiente e ao clima no qual se inseriam. Das ciências da natureza às ciências humanas, todo o saber deveria ser submetido ao teste da razão. Universal, o homem é, para os iluministas, fruto da natureza e da razão (BINETTI, 1993, p. 606, 608 e 610).

No campo do direito não seria diferente. Falava-se, nele, em direito natural ou lei natural. Longe do sobrenatural, reina a razão, a essência do homem. De acordo com Saffo Testoni Binetti, “[...] o Iluminismo se prende à escola do direito natural e acredita poder construir um corpo de normas jurídicas universais e imutáveis [...]”. Seus pensadores recorriam à ideia da “natureza humana *em si*” – aquela que, anterior à constituição da civilização,

³⁰ No século XVI, um inglês bem instruído acreditava em lobisomens (eles viviam na Bélgica), em unicórnios, em bruxas, em geração espontânea de camundongos em meio à palha, em magos, na imobilidade da Terra e na possibilidade de transformar o ferro em ouro. Pouco mais de cem anos depois, um descendente dele já não teria tais crenças (PINKER, 2018, p. 27-28).

encerraria direitos inerentes à própria dignidade de ser homem, direitos inalienáveis a que a sociedade civil estaria vinculada (BINETTI, 1993, p. 607).

Também haveria, baseada na tolerância exigida pela razão, uma moral natural, independente da religião e típica do homem mundano (BINETTI, 1993, p. 609). Nem todos os filósofos iluministas eram ateus. Havia também, entre eles, os deístas, para quem a harmonia do universo sugere ser ele obra de um criador que o pôs em movimento e o deixou nas mãos da lei da natureza³¹ (PINKER, 2018, p. 27).

Na economia, instrumento de racionalização da vida, os fisiocratas³² defendiam a existência de uma ordem natural regida por leis eternas (BINETTI, 1993, p. 607 e 609). Para os fisiocratas, “[...] são as leis da ordem natural, e não o soberano, que devem governar”, competindo ao governo “apagar-se atrás delas”. François Quesnay, por exemplo, sugere que a autoridade soberana não deve se sobrepor à ordem natural da sociedade. Ele disse isso ao próprio Luís XV, de quem era médico (ROSANVALLON, 2002, p. 100-101).

Dirigindo a vida humana, a natureza fornece, assim, as leis da lógica e da vida social para o homem. Conhecê-la a fundo levará à realização e ao aperfeiçoamento do ser humano. O homem do Iluminismo é um herdeiro do Renascimento. Ele confia incondicionalmente em sua perfectibilidade e em sua capacidade de progredir – notadamente com a supressão de instituições já superadas (BINETTI, 1993, p. 607-609). Seus pensadores condenam a violência religiosa, a escravidão, as execuções por condutas como furto e caça ilegal, a amputação, o empalamento, a estripação, o despedaçamento na roda, a incineração na fogueira (PINKER, 2018, p. 29). Para os iluministas, a história caminha em direção a um contínuo melhoramento institucional, econômico, moral e civil, com a razão a guiá-la pelas vias das reformas sociais que levariam ao crescimento geral de bem-estar. A instrução representa um papel fundamental nesse processo rumo à virtude e à felicidade (BINETTI, 1993, p. 607-609).

³¹ “Foi a razão que levou a maioria dos pensadores iluministas a repudiar a crença em um Deus antropomórfico e atento aos assuntos humanos. A aplicação da razão revelou que os relatos de milagres eram duvidosos, que os autores de livros sagrados tinham lá as suas falhas demasiado humanas, que os eventos naturais aconteciam sem levar em conta o bem-estar das pessoas e que diferentes culturas acreditavam em deidades mutuamente incompatíveis, nenhuma das quais com probabilidade menor de ser obra da imaginação. (Como escreveu Montesquieu, ‘se os triângulos tivessem um deus, atribuiriam a ele três lados’)” (PINKER, 2018, p. 26-27).

³² Os fisiocratas propalavam a inexistência de diferenças entre os direitos natural e positivo. François Quesnay, por exemplo, afirmava que as leis positivas nada mais são que comentários às leis naturais. É justamente em razão disso que o governo deve se reduzir a tais normas da ordem física. Os acólitos da fisiocracia defendem que, feito sentinelas, os governantes devem ser, pura e simplesmente, guardiões da ordem natural: sua função precípua é “[...] vigiar para que a política não desperte, confissão implícita do fato de que ela está, a cada instante, pronta para desencadear”. De tal modo, não lhes incumbe exercer o poder político, mas, ao contrário, primar pelo seu desaparecimento absoluto. Para os fisiocratas, portanto, “[...] são as leis da ordem natural, e não o soberano, que devem governar”, competindo ao governo “apagar-se atrás delas” (ROSANVALLON, 2002, p. 66, 67, 70 e 100).

Não à toa, a forma ideal de governo era, para a maior parte dos iluministas, o despotismo iluminado, o do soberano filósofo, culto, ciceroneado pela razão. Os iluministas encaravam o povo com certa desconfiança – ao menos antes de sua educação. É certo que alguns desses pensadores nutriram ideais republicanos. Mas foram poucos³³. De modo geral, competiria aos filósofos demonstrar ao soberano que a tirania seria reprovável. “Tudo pelo povo, nada para o povo”: eis, segundo Binetti, a fórmula da doutrina do despotismo esclarecido (BINETTI, 1993, p. 607-609).

A filosofia do século XVIII – aquela que se batia pelo fim dos privilégios da aristocracia e do clero, pela liberdade de comércio, pela divulgação da cultura – é a filosofia da burguesia e das suas aspirações, uma “filosofia da libertação” realizada “intelectualmente”, mas não “socialmente”. O Iluminismo não pode ser tomado por um movimento revolucionário³⁴. Foi, contudo, a partir do “clima que ele ajudou a criar” que eclodiu a Revolução Francesa, “expressão do individualismo e dos interesses da burguesia”³⁵ (BINETTI, 1993, p. 609-610).

Os burgueses empunhavam, então, uma “ideologia de progresso”, o liberalismo burguês: “uma filosofia estreita, lúcida e cortante” marcada por um profundo individualismo que lembrava bem mais o comportamento da classe média do que “os princípios *a priori*” sobre os quais defendia estar embasada:

Para o liberalismo clássico, o mundo humano estava constituído de átomos individuais com certas paixões e necessidades, cada um procurando acima de tudo aumentar ao máximo suas satisfações e diminuir seus desprazeres, nisto igual a todos os outros, e naturalmente não reconhecendo limites ou direitos de interferência em suas pretensões. Em outras palavras, cada homem era “naturalmente” possuído de vida, liberdade e busca da felicidade, como afirmava a Declaração de Independência dos Estados Unidos, embora os pensadores liberais mais lógicos preferissem não colocar isto na linguagem dos “direitos naturais” (HOBSBAWM, 2015, p. 364-366).

Ainda que às custas de certa diminuição de sua liberdade natural, cada indivíduo buscaria, assim, orientado por tais premissas, estabelecer relações vantajosas com outros

³³ Binetti defende, por exemplo, que a teoria política de Jean-Jacques Rousseau “difícilmente seria ajustável dentro do Iluminismo” (1993, p. 609-610).

³⁴ Voltaire, lembra Cassirer, não era um revolucionário – “nem por temperamento pessoal nem por suas preocupações” (1992, p. 334).

³⁵ Villey nota que todos os teóricos do direito da Idade Moderna (“Hobbes, Gassendi, Espinosa, Locke, Leibniz, Pufendorf, Thomasius, Wolff, Montesquieu, os fisiocratas, Rousseau, Bentham etc”) seguiram “mais ou menos” o individualismo e o legalismo, “tendências comuns da época”. Grosso modo – Hobbes e Locke não teriam elaborado filosofias “respeitosas da experiência” –, seria possível, segundo o autor de *A Formação do Pensamento Jurídico Moderno*, dividi-los entre os continentais, majoritariamente racionalistas, e os de origem inglesa, predominantemente empiristas e mais pragmáticos. Ue-os, porém, o “atomismo” e o mito do estado de natureza (VILLEY, 2009, p. 674).

sujeitos. Eles estabeleceriam acordos a que chamariam, em linguagem claramente comercial, contratos. “A felicidade [...] era o supremo objetivo de cada indivíduo; a maior felicidade do maior número de pessoas era claramente o objetivo da sociedade”, entoavam os pensadores utilitaristas. Assim como Villey³⁶, Hobsbawm coloca Hobbes, “um filósofo sem modos”, dentre eles³⁷. Mas o utilitarismo poderia lançar por terra os direitos à propriedade privada e à liberdade individual – que, em nome de interesses racionais, poderiam tornar-se alvo de consideráveis interferências estatais. Daí a predileção da burguesia pelas teorias que lançavam tintas metafísicas sobre tais “direitos naturais”. “O filosoficamente débil John Locke [...] continuou sendo o pensador favorito do liberalismo vulgar, pois, ao menos, ele colocava a propriedade privada além do alcance da interferência e do ataque, como o mais fundamental dos ‘direitos naturais’”³⁸. Se, por um lado, o utilitarismo jamais açambarcou a ideologia da classe média liberal, ele desempenhou um importante papel ao duvidar da utilidade e da racionalidade das vetustas e antiquadas instituições do Antigo Regime (HOBSBAWM, 2015, p. 366-368).

Hobsbawm afirma que, pouco consistente e coerente, o pensamento político do liberalismo clássico abandonou, aos poucos, seu rigor e sua audácia: com o tempo, a burguesia deixou de se mostrar tão segura quanto ao seu poderio político em face do Absolutismo e das massas³⁹. No campo da economia, porém, suas convicções seguiram fortes – mesmo em termos teóricos, pois seus argumentos a respeito da natureza e do estado natural combinavam mais com o mercado do que com a humanidade em geral. O progresso e o capitalismo eram, ambos, naturais. Sem obstáculos artificiais, o capital se desenvolveria natural e inevitavelmente. O progresso na esfera da produção estaria, inclusive, atrelado ao progresso das artes, das ciências

³⁶ “[...] a ciência que Hobbes preza, como ressalta Bacon, que foi um de seus mestres, não é mais especulativa e sim orientada para fins práticos, o domínio sobre a natureza; agora ela é *utilitarista* [...]. Não busca mais saber o que as coisas são, mas o porquê das coisas, de sua gênese [...]: assim, em termos de ciência humana, uma vez que a paz é o maior dos bens e a guerra o pior dos males, ela buscará apenas as causas da felicidade da paz ou das guerras [...]” (VILLEY, 2009, p. 695).

³⁷ Contrapondo-o ao pensamento de Grócio, Cassirer também destaca o utilitarismo de Hobbes (1992, p. 342-344).

³⁸ Cassirer concorda com Hobsbawm a respeito da importância conferida por Locke à propriedade privada: “o homem possui direitos naturais que existiam antes da constituição de vínculos sociais ou civis, e, em face desses direitos, a função própria e o objetivo essencial do Estado consistem em dar-lhes um estatuto na ordem política, conceder-lhes sua proteção e sua caução. No número desses direitos, Locke inclui muito particularmente a liberdade individual e o direito de propriedade” (1992, p. 334).

³⁹ “Em seu programa prático, a divisão [da ideologia liberal] estava entre a crença em um governo popular, quer dizer, governo de maiorias que tinha a lógica a seu lado e refletia o fato de que realmente fazer revoluções e pressionar politicamente para conseguir reformas eficazes não era coisa de classe média, mas uma mobilização de massas e a crença, mais generalizada, no governo de uma elite de proprietários: quer dizer, entre o ‘radicalismo’ e o ‘whiggismo’, para usarmos os termos britânicos. Pois, se o governo fosse realmente popular, e se a maioria realmente governasse (isto é, se os interesses da minoria fossem sacrificados àquela, como era logicamente inevitável), seria possível acreditar que a verdadeira maioria – ‘as classes mais numerosas e pobres’ – iria salvaguardar a liberdade e cumprir os ditames da razão que coincidiam, como é óbvio, com o programa da classe média liberal?” (HOBSBAWM, 2015, p. 372).

e da civilização. Tratava-se de uma crença generalizada: “que não se pense que os homens que tinham tais opiniões eram meros advogados dos consumados interesses dos homens de negócios” (HOBBSAWM, 2015, p. 368 e 372).

2.4.2 A razão iluminista

A Europa moderna voltou-se ao indivíduo. É a tal período que remontam as constituições, a concepção de lei e os princípios democráticos coevos. Também é lá que se encontram a estrutura dos atuais códigos civis, a noção da propriedade e a teoria do contrato – “criações do espírito moderno” que “têm como fonte primeira o trabalho dos filósofos do começo da época moderna” (VILLEY, 2009, p. 172-173).

Villey nota que esses conceitos e esse modo de pensar sobreviveram à filosofia de autores como Hobbes, Locke, Rousseau ou Kant. Mas ninguém mais leva a sério a doutrina do contrato social ou o individualismo atomístico, afirma o historiador francês. Tal “defasagem”, continua, decorre da “rotina dos juristas”, pouco afeitos à filosofia, cujos ensinamentos recebem “com atraso e por canais indiretos”, deformando-a ou endurecendo-a (VILLEY, 2009, p. 173).

Não há dúvida, porém, de que o direito contemporâneo deve muito à filosofia jurídica moderna, marcada sobretudo pelo individualismo e pela laicidade. Afastando-se da sacralidade da Idade Média, o direito natural moderno “faz abstração de Deus e da fé”. A confiança na razão toma o lugar da fé nos textos sagrados. O edifício dos sistemas jurídicos modernos tem por base a racionalidade – seja ela auxiliada ou não pela experiência sensível. O século XVIII é varrido pela grande onda do racionalismo e do cientificismo moderno⁴⁰ (VILLEY, 2009, p. 174-176).

A filosofia moderna estabelece o indivíduo como o seu ponto de partida. A título ilustrativo, Hobbes, Locke e Spinoza reconstróem o universo social justamente a partir do homem isolado e atomizado do “estado de natureza”. A própria natureza do homem individual é a base do pensamento moderno, que, nesse ponto, desvencilha-se do direito natural clássico e de seu apelo à natureza cósmica da sociedade e da pólis. Possuidor de direitos naturais inatos –

⁴⁰ Segundo Villey, o mundo jurídico moderno também é marcado pelo “*positivismo jurídico* (no sentido originário da palavra) que é o corolário da tese do contrato social e do estado de natureza anárquico: pois, se o indivíduo é livre no estado de natureza e a natureza não regula as relações sociais, não pode haver outro direito senão aquele *disposto* pelo Estado (há bastante positivismo, atenuado pelo reconhecimento de uma camada superior de direito natural, até mesmo na escola do direito natural)” (2009, p. 177).

os mesmos que seriam estampados nas declarações dos direitos do homem –, os indivíduos fundam, de modo a garanti-los, por meio de contratos, o Estado (VILLEY, 2009, p. 176-177).

Viceja, no século XVIII, uma grande fé na unidade e imutabilidade da razão: ela é a mesma para todos os indivíduos, todas as nações, todas as épocas e todas as culturas. Se as ideias, as convicções morais e as religiões são diversas, sempre há, por trás delas, um “conteúdo firme, imutável e consistente” que expressa a “essência própria da razão” (CASSIRER, 1992, p. 23).

O século XVII, afirma Cassirer, tem grande apreço pelos grandes sistemas. Nele, um conhecimento só seria verdadeiramente filosófico se “[...] tivesse alcançado e estabelecido com firmeza a ideia primordial de um ser supremo e de uma certeza suprema intuitivamente apreendida” e se “[...] tivesse transmitido a luz dessa certeza a todo o ser e a todo o saber dela deduzido”. O século XVIII abandona tais métodos e explicações sistemáticas: sua filosofia, mais concreta e mais viva, exibe maior mobilidade e liberdade. Seus pensadores deixam de lado Rene Descartes e passam para as fileiras de Isaac Newton, apreciado e reverenciado como o grande cientista experimental⁴¹. A dedução pura dá lugar, então, à análise – inclusive no campo da filosofia propriamente dita. Com o físico inglês, a correspondência entre a natureza e o conhecimento humano é definitivamente estabelecida. A natureza que se encontra no homem também está, harmoniosa, no cosmo. “Já era o que a filosofia da natureza da Renascença entendia por natureza: uma lei que as coisas não recebem do exterior mas que decorre da própria essência delas, que está desde a origem implantada nelas”⁴² (CASSIRER, 1992, p. 24, 73 e 74).

O pensamento parte, assim, nesse novo programa metódico do século XVIII, dos fenômenos para os axiomas e para os conceitos. O centro de gravidade pende do apriorismo

⁴¹ “Newton foi o primeiro a traçar o percurso que conduz das hipóteses arbitrárias e fantasiosas à clareza do conceito, das trevas à luz” (CASSIRER, 1992, p. 74). No século XVII, Hobbes, menos empírico, ensaiou, segundo Villey, a transposição da física de Galileu Galilei para a “filosofia civil”: “[...] o acontecimento que mais marcou a construção da obra de Hobbes foi sem dúvida o encontro com a *ciência* moderna. Primeiro houve a ‘descoberta de Euclides’, que teria acontecido por volta de 1630, numa de suas viagens pela Europa e que foi sua iluminação: Hobbes pretendeu ser euclidiano, *construindo* o corpo político como o geômetra constrói suas figuras, com a mesma lógica pura (isso por certo foi muito mais um desejo que uma realidade). Houve sobretudo o contato, em Pádua, com Galileu e o método de Pádua: o famoso método chamado ‘resolutivo-compositivo’ que procede por análise das coisas em elementos primeiros, e depois recompõe os fenômenos a partir desses elementos, e também o mecanismo que dá conta da gênese dos fenômenos pelos *movimentos* dessas partículas”. E complementa: “Hobbes é não só um cristão e um humanista, mas um adepto da ciência moderna, tal como ela acaba de eclodir; ele faz de Galileu seu modelo, assim como de seu amigo [William] Harvey; tem como pretensão edificar (não será o último a se propor tal empresa) uma ciência social sobre o modelo da ciência física moderna” (VILLEY, 2009, p. 685 e 695).

⁴² O estudo da natureza é recorrente entre os pensadores do século XVIII. Voltaire foi um grande divulgador da obra de Newton. Denis Diderot tem um livro chamado *Elementos de Fisiologia*. Rousseau escreveu *Fundamentos da Química*. Montesquieu também tratou da física e da fisiologia em suas primeiras obras (CASSIRER, 1992, p. 77-78).

para o empirismo⁴³. O “espírito sistemático” toma o lugar do “espírito de sistema”. A razão não vem, aprioristicamente, antes dos fenômenos. Ela se encontra neles e os liga e os encadeia interna e imanentemente. Não é possível antecipá-la sob a forma de um sistema fechado. A razão precisa “[...] desenvolver-se a longo prazo, pelo conhecimento crescente dos fatos, e impor-se pelos progressos em sua clareza e em sua perfeição”. Trata-se de uma busca pela “lógica dos fatos”: “a conciliação do ‘positivo’ e do ‘racional’ não é uma exigência puramente teórica; essa síntese é um fim acessível, um ideal realizável”. Toda a filosofia do século XVIII segue o paradigma metodológico da física newtoniana⁴⁴: “a potência da razão humana não está em *romper* os limites do mundo da experiência a fim de encontrar um caminho de saída para o domínio da transcendência, mas em ensinar-nos a *percorrer* esse domínio empírico com toda a segurança e a habitá-lo comodamente” (CASSIRER, 1992, p. 26, 27, 30, 31, 32 e 330).

No século XVIII, a razão não constitui, como no século anterior, uma “possessão”: trata-se, antes, de uma “forma de aquisição”. Mais modesta, a razão iluminista deixa de ser um conjunto de ideias inatas capaz de, desvinculada da experiência, revelar a essência absoluta das coisas. Ela não é mais um *conteúdo* repleto de conhecimentos ou de verdades. Dinâmica, a razão ganha contornos de uma *energia* cuja função essencial consiste no poder de desligar o espírito de tudo que tem relação com a revelação, a tradição e a autoridade. Não basta, porém, trabalhar nesse desligamento. Depois dele, compete-lhe promover as ligações necessárias para construir uma nova totalidade⁴⁵. A ideia de razão dos iluministas é um *fazer*, não um *ser*, um novo modo de pensar⁴⁶ (CASSIRER, 1992, p. 32-34). O Iluminismo “manifesta-se menos por um conteúdo de pensamento determinado do que pelo próprio uso que faz do pensamento filosófico, pelo lugar que lhe confere e pelas tarefas que lhe atribui” (CASSIRER, 1992).

Newton não parte de axiomas universais, princípios ou conceitos rumo ao conhecimento particular. Suas pesquisas não têm origem em raciocínios abstratos, mas no

⁴³ Segundo Hobsbawm, a filosofia do liberalismo burguês se inclinava “ao materialismo ou ao empiricismo, que condiziam com uma ideologia que devia suas forças e métodos à ciência, neste caso principalmente à matemática e à física da revolução científica do século XVII” (2015, p. 365).

⁴⁴ É atrás de suas pegadas, sustenta Cassirer, que caminham Voltaire, Jean D’Alembert e Immanuel Kant. O autor de *Cândido*, por exemplo, defende que não se deve inventar princípios para tudo explicar: é preciso, antes, analisar as coisas (CASSIRER, 1992, p. 31). De acordo com Cassirer, a fama de Voltaire na França tem início com a publicação de seus *Elementos da Filosofia de Newton* (1992, p. 77).

⁴⁵ “O ordenamento racional, o domínio racional do dado, só é possível com uma rigorosa unificação. ‘Conhecer’ uma multiplicidade significa colocar os seus elementos em relação recíproca de tal maneira que, partindo de um ponto determinado, a totalidade possa ser percorrida segundo uma regra constante e geral” (CASSIRER, 1992, p. 45).

⁴⁶ “Essa convicção abre caminho nos diversos domínios da cultura do século XVIII. A sentença famosa de Lessing, de que não se deve procurar o verdadeiro poder da razão na *posse* da verdade mas em sua *aquisição*, encontra por toda a parte seu paralelo na história das ideias do século XVIII” (CASSIRER, 1992, p. 33).

simples fato: “os fenômenos são o dado; os princípios, o que é preciso descobrir”. Seu ponto de partida é a experiência, a observação. Isso não significa, porém, um conflito de validade, uma contraposição entre “pensamento” e “experiência”. Não é suficiente enfileirar fatos observados. Sua coexistência deve ser apurada como dependência. Depois da observação, da experimentação, da medição e do cálculo, faz-se necessário recorrer às funções universais de comparação, de associação e de distinção – valer-se, em suma, da “essência do intelecto” (CASSIRER, 1992, p. 24, 25, 42, 43 e 75).

Apesar de defenderem tanto a autonomia da natureza quanto a do entendimento, os iluministas as correlacionam. “Nos fatos e pelos fatos”, é possível demonstrar a existência de uma “forma” “matematicamente determinada, estruturada e articulada” que “os penetra e os une” em forma de um sistema que não se impõe a partir de fora. Tal ligação não pode consistir em uma “antecipação conceitual”: ela deve ser “encontrada e demonstrada nos fatos”. Os princípios são estabelecidos do particular para o geral, “processo que, no entanto, seria impossível se todo o particular como tal não estivesse já submetido a uma regra universal, se o geral não estivesse implícito nele desde o começo [...]”. Mas nem mesmo os princípios são, como o eram no século XVII, absolutos, pois, relativos, serão suplantados com o avanço do pensamento. Não há, nisso, nenhum traço de ceticismo. Essa relatividade apenas expressa a certeza de que a razão progride incessantemente e que ela sempre se vê diante de novos começos (CASSIRER, 1992, p. 24, 25, 42, 43 e 75).

Segundo Cassirer,

[...] comparando o pensamento do século XVIII com o do século XVII, em nenhum ponto verifica-se uma verdadeira *ruptura* entre eles. O novo ideal do saber desenvolve-se em continuidade perfeita a partir de pressuposições que tinham sido fixadas pela lógica e pela teoria do conhecimento do século XVII, Descartes e Leibniz em especial. A diferença que existe entre essas duas formas de pensar não representa uma radical mutação; apenas exprime uma espécie de deslocamento de *acento*. Cada vez mais, o acento desloca-se do geral para o particular, dos “princípios” para os “fenômenos”. Mas o pressuposto fundamental de que entre os dois domínios não existe oposição, nenhum conflito, mas uma *reciprocidade* perfeita de determinações, conserva sua plena força [...]. A “autoconfiança” da razão em nenhum momento é abalada (1992, p. 44).

A Época das Luzes não se desvincula, em seu pensamento, dos séculos precedentes. Muito ao contrário: “permaneceu muito dependente deles”, sistematizando, desenvolvendo e demonstrando as ideias de outrora, ainda que disso não tenha se dado conta. Mas um novo sentido foi conferido a tal herança. Com os iluministas, o espírito de sistema é abandonado, pois ele representa o freio e o obstáculo da razão filosófica (CASSIRER, 1992).

2.4.3 Os iluministas e o direito

A filosofia do Iluminismo se bate contra o poder do costume, da tradição e da autoridade – sem perder de vista, contudo, a necessidade de instituir um novo edifício social. Resgatando os temas intelectuais da Antiguidade – algo já feito, outrora, pelos renascentistas –, seus pensadores se tomam por restauradores: “a razão e a humanidade devem ser restauradas em seus antigos direitos”. Os iluministas se ocupam dos “direitos que temos de nascença” (CASSIRER, 1992, p. 315-316).

Grócio defende que a ciência jurídica não depende da experiência. Ela prescinde dos fatos. É apenas de provas racionais de que necessita. O direito e a justiça não podem ser medidos empiricamente:

O que é o direito e a justiça em si? Essa questão não pode, evidentemente, ser esclarecida pela experiência. Direito e justiça encerram a ideia de um acordo, de uma proporcionalidade e harmonia, que continuaria válida mesmo que nunca viesse a encontrar sua realização concreta num determinado caso, mesmo que não houvesse ninguém para exercer a justiça e ninguém a cujo respeito ela tivesse que ser exercida. O direito compara-se nisso à aritmética: o que essa ciência nos ensina sobre a natureza dos números e suas relações contém uma verdade eterna e necessária, uma verdade que subsistiria inata mesmo que o mundo empírico desmoronasse inteiro e não houvesse mais ninguém para ser efetivamente contado, nem sobrasse objeto algum a contar (CASSIRER, 1992, p. 319-320).

Tem-se, aí, uma “matematização” do universo jurídico – algo também realizado por Samuel Pufendorf, para quem o direito e a matemática são símbolos de um único poder espiritual. Autônomo e alheio à contingência e à dispersão do mundo fático, o espírito é capaz de gerar ideias inatas a partir de si mesmo. Busca-se, assim, “[...] produzir um sistema jurídico tal que todos os elementos venham a concatenação-se na urdidura do todo, que cada decisão individual receba do todo a sua sanção e a sua autenticação”. Nessa construção, nesse processo de afirmação de sua originalidade e de sua independência intelectual, os idealizadores do direito natural, dentre eles Grócio e Pufendorf, haveriam de se bater contra os dogmas da teologia: o direito não recebe sua validade de Deus. Seria preciso, ainda, estabelecer os limites do Estado diante da esfera jurídica, cujo valor próprio deveria ser resguardado em face do Absolutismo. De um lado, portanto, uma contenda contra a irracional, impenetrável e inacessível vontade divina. De outro, uma luta contra o Estado, que, nas obras de Nicolau Maquiavel e Jean Bodin,

surge como detentor de um poder supremo, uma potência que não se submete a qualquer restrição jurídica (CASSIRER, 1992, p. 320, 321, 322 e 324).

O conteúdo da ideia desse direito natural não tem relação com o poder ou com a vontade. É a “razão pura” que o concebe. “Nenhum ato de autoridade pode mudar ou retirar seja o que for ao que essa razão concebe como ‘existente’, ao que é dado em sua pura essência”. Não há lugar para o arbitrário na lei natural, que não é o conjunto de normas ordenadas ou estatuídas. Bem ao contrário: cabe à *lex naturalis*, norma universalmente válida, servir de base aos ordenamentos, fundando-os, estabelecendo as ideias de direito e de justiça a serem executadas por *mandamentos* direcionados às vontades individuais. As leis positivas devem respeitar a lei natural. Sob o ponto de vista de Grócio, o direito decorre, platonicamente, da ideia do bem – que, assim como a justiça, está acima de todo ser (CASSIRER, 1992, p. 322-323).

O conceito de *natureza* não apresenta, no século XVIII, o significado a ele dado atualmente. À época, não se distinguem as ciências da natureza das ciências do espírito. Não se opunham as realidades material e física às realidades intelectual ou espiritual. A natureza de outrora não enunciava o ser das coisas: ela tinha relação com a “origem e o fundamento das verdades”. Todas as verdades com fundamento puramente imanente, evidentes por si mesmas, conformadoras de um cosmo com um centro de gravidade próprio, pertencem à natureza, estejam elas no mundo físico ou no intelectual e moral. É a tal concepção de natureza que Montesquieu se refere ao asseverar que as leis nada são senão as relações necessárias que derivam da natureza das coisas. Essa natureza das coisas repousa tanto no “objeto de pensamento” quanto na “realidade dos fatos”. Apesar de sua heterogeneidade e de sua contingência, os dados escondem a uniformidade. Antes de existirem leis já existiam relações de justiça possíveis: a justiça e a injustiça precedem as leis positivas (CASSIRER, 1992, p. 325-327).

De acordo com Cassirer,

A filosofia do Iluminismo vinculou-se primeiro, sem reservas, a esse “apriorismo” do direito, à ideia de que devem existir normas jurídicas absoluta e universalmente obrigatórias e imutáveis. A investigação empírica e a doutrina empirista não fazem nenhuma exceção nesse ponto. A esse respeito, as opiniões de Voltaire e Diderot não diferem das de Grotius e Montesquieu. Contudo, não deixam de, ao mesmo tempo, cair num difícil dilema. Como conciliar essa concepção com a tendência geral da *teoria do conhecimento* por eles postulada? Como harmonizar a necessidade e a imutabilidade da ideia de direito com a tese de que toda ideia provém dos sentidos e, por conseguinte, só pode representar as experiências sensíveis singulares em que ela se baseia? (1992, p. 327).

Voltaire se dá conta do problema e, segundo Cassirer, chega a vacilar. Ao fim, contudo, o racionalismo ético suplanta, no autor das *Cartas Inglesas*, o empirismo e o ceticismo. Ainda que Locke, “seu mestre e guia”, tenha provado não existirem ideias inatas, ele não comprovou, sustenta o pensador francês, que não pode haver um princípio universal da moral. Se os homens não nascem com barba, daí não decorre que jamais a terão, sugere Voltaire. Quem acaba de nascer não caminha – mas o fará. Da mesma forma, ninguém vem ao mundo com a ideia do que há de ser justo. Deus, porém, conformou os órgãos de tal maneira que, a certa altura da vida, os homens concordarão com essa verdade. Os diferentes costumes, opiniões e preconceitos guardam, sob sua instabilidade, uma moral imutável: há leis naturais que os homens, mesmo contrariados, devem respeitar em todo o universo. Deus não teria criado leis universais apenas para o mundo físico: também o homem, sua mais sublime criatura, sujeita-se a elas. A teoria de Newton ecoa entre os iluministas ocupados do direito e da moral. A gravidade foi descoberta na Terra. Sua força atua, porém, em todo o cosmo. Com a moralidade não é diferente: ela rege todas as nações conhecidas⁴⁷ (CASSIRER, 1992, p. 327-330).

As fundações das doutrinas dos direitos do homem e do cidadão, “o ponto de convergência espiritual, a unidade ideal dos múltiplos esforços tendentes a uma renovação moral e a uma reforma política e social”, encontram-se justamente nos teóricos do direito natural. As declarações de direitos americanas e francesa foram redigidas sob a sua influência (CASSIRER, 1992, p. 332-333). E os direitos fundamentais nelas enunciados constituem o principal eixo do Estado de direito europeu.

2.5 A ESTRUTURA DO ESTADO DE DIREITO

2.5.1 Sobre Flaubert e as relações entre o liberalismo, a democracia e o Estado de direito

“Direito – Não se sabe o que é”.

Eis um dos verbetes do *Dicionário das Ideias Feitas* (2003, p. 28), de Gustave Flaubert.

⁴⁷ Denis Diderot não diverge de Voltaire a propósito. Seu pensamento ostenta, porém, uma peculiaridade. Para ele, a superioridade do direito natural e da moralidade natural em face da moral teológica repousa na utilidade: a religião, afinal, sempre foi desastrosa para a humanidade (CASSIRER, 1992, p. 330).

Apesar de ter estudado direito⁴⁸ – ou justamente por isso –, o autor de *Madame Bovary* não ousou defini-lo.

Mas em seu *A Educação Sentimental* o escritor francês ilustrou muito bem as tensas relações entre o liberalismo e a democracia.

Inscrita na tradição do *romance de formação*, a obra retrata boa parte da vida de Frédéric Moreau, um pequeno-burguês de personalidade romântica que, depois de, ainda bastante jovem, herdar a fortuna de um tio, deixa a província e vai viver em uma Paris convulsionada pelas revoltas de 1848.

Moreau transitava entre mundos diversos⁴⁹. Ele partilhava muitas de suas noites com Sénécál, um austero socialista, Dussardier, um bem-intencionado republicano, Deslauriers, aspirante a professor de uma das cátedras da Faculdade de Direito de Paris, e Arnoux, um comerciante de artes e de faianças de Montmartre.

E foi em um jantar na casa do banqueiro Dambreuse que Moreau teve a oportunidade de se entrevistar com o industrial de “devoção conservadora” Fumichon.

Durante o banquete regado a pratos sofisticados e a discussões a respeito do tumultuado ambiente político da França de 1848, o burguês se exaltou quando, depois de Arnoux discorrer sobre o socialismo “bom” e o socialismo “mau”, veio à tona o tema da propriedade:

– É um direito inscrito na natureza! As crianças se apegam a seus brinquedos; todos os povos são da minha opinião, todos os animais; até o leão, se pudesse falar, se declararia proprietário! Assim, eu, cavalheiros, comecei com quinze mil francos de capital! Por trinta anos, saibam, levantei-me regularmente às quatro horas da manhã! Tive uma dificuldade dos diabos para fazer minha fortuna! E virão me afirmar que não sou dono dela, que meu dinheiro não é meu dinheiro, em suma, que a propriedade é o roubo? (FLAUBERT, 2017, p. 440-441)⁵⁰.

Arnoux tentou argumentar: “– Mas Proudhon...”.

Abespinhado, Fumichon o interrompeu: “– Deixe-me em paz com o seu Proudhon! Se ele estivesse aqui, acho que eu o estrangularia!” (FLAUBERT, 2017, p. 441).

⁴⁸ Flaubert interrompeu seu curso de direito no terceiro ano.

⁴⁹ Pierre Bourdieu traça um retrato preciso da personalidade de Frédéric Moreau: “herdeiro que não quer tornar-se o que é, ou seja, um burguês, ele oscila entre estratégias mutuamente exclusivas e, à força de recusar os possíveis que lhe são oferecidos [...], acaba por comprometer todas as suas possibilidades de reprodução. As ambições contraditórias que o levam sucessivamente para os dois polos do espaço social, para a carreira artística ou para os negócios [...], são próprias de um ser *sem gravidade* (outra palavra para dizer seriedade), incapaz de opor a menor resistência às forças do campo” (1996, p. 33).

⁵⁰ O autor de *Bouvard e Pécuchet* não tinha simpatia pelo proletariado. Ele tampouco foi um entusiasta do modo de vida burguês – ainda que tenha vivido de renda por praticamente toda a sua vida. É possível que Flaubert tenha sido irônico – ridicularizar a burguesia estava entre as suas especialidades –, mas vale mencionar, aqui, a definição que ele dá para o verbete “venda” de seu *Dicionário das Ideias Feitas*: “Vender e comprar são a finalidade da vida” (2003, p. 132).

Fumichon e Dambreuse encaravam a República com preocupação.

A aristocracia já havia caído, mas seria necessário, dali em diante, lidar com as massas: “agora que tinham se livrado dos vencidos, desejavam se livrar dos vencedores”⁵¹ (FLAUBERT, 2017, p. 442).

Em junho de 1848, quatro meses depois da queda de Luís Felipe I, os trabalhadores de Paris se insurgiram, Auguste Blanqui à sua frente, contra as ações conservadoras do novo governo republicano, manifestamente contrário aos ideais socialistas. Os rebeldes resistiram por quatro dias. Cerca de 1500 deles não deixaram suas barricadas com vida.

Dussardier lutou, armado, ao lado dos “republicanos”. Após matar um insurgente e se ferir durante o combate, ele recebeu a visita de Moreau, a quem confidenciou estar arrependido:

Talvez devesse ter se posto do outro lado, com os operários; pois, afinal, tinham-lhes prometido um monte de coisas que não foram cumpridas. Os vencedores detestavam a República; e além do mais, tinham se mostrado muito duros com eles! Estavam errados, provavelmente, mas não de todo; e o bom rapaz estava torturado por essa ideia de que poderia ter combatido a justiça (FLAUBERT, 2017, p. 429-430).

Os vencedores a que Dussardier se refere eram os burgueses – aqueles que, em sua luta contra o Antigo Regime, brandiam as teses do liberalismo.

As relações entre o liberalismo e a democracia são, mesmo fora dos romances e das novelas, extremamente complexas⁵²:

um Estado liberal não é necessariamente democrático: ao contrário, realiza-se historicamente em sociedades nas quais a participação no governo é bastante restrita, limitada às classes possuidoras. Um governo democrático não dá vida necessariamente a um Estado liberal: ao contrário, o Estado liberal clássico foi posto em crise pelo progressivo processo de democratização produzido pela gradual ampliação do sufrágio até o sufrágio universal⁵³ (BOBBIO, 2000, p. 07-08).

Ainda que possam eventualmente convergir, a democracia e o liberalismo têm chances bem maiores de se contraporem. Um inimigo comum, o Estado monárquico-autoritário, uniu-

⁵¹ O banqueiro e seus amigos burgueses não haviam tido, até ali, problemas para se adaptar a novos governos. E Dambreuse, “como um barômetro”, sempre expressava a última tendência da política (FLAUBERT, 2017, p. 312 e 461).

⁵² De fato, questiona Luis Felipe Miguel, “como compatibilizar o exercício da soberania popular com a preservação de direitos individuais inalienáveis, que se impõem mesmo contra a vontade da maioria?” (2014, p. 30).

⁵³ Nicola Matteucci afirma que, no poder, o liberalismo teve de lidar com o desafio do “advento da democracia”. A ampliação dos direitos eleitorais foi uma de suas respostas à vaga democrática que tomava corpo no século XIX (MATTEUCCI, 1993, p. 702).

os, apesar de suas marcantes diferenças⁵⁴. Daí surgiu, em uma “dialética antitética”, a moderna democracia de caráter liberal (LEIBHOLZ, 1996, p. 24).

Embora haja muitas divergências e uma miríade de disputas em torno da definição do liberalismo⁵⁵ – a título ilustrativo, o liberalismo jurídico prima por uma certa organização do Estado capaz de garantir os direitos do indivíduo, o liberalismo político confere grande importância à luta política parlamentar e o liberalismo econômico bate-se pelo livre mercado – , um denominador congrega todas as interpretações a respeito de seu conceito: a “defesa do Estado liberal”, cujo objetivo consiste em “garantir os direitos do indivíduo contra o poder político e, para atingir esta finalidade, exige formas, mais ou menos amplas, de representação política” (MATTEUCCI, 1993, p. 688-693).

Na tradição liberal inglesa e francesa, a ordem política será legítima se respeitar a liberdade: “a liberdade como espaço intangível do sujeito; a liberdade como expansão da sua energia apropriativa; a liberdade como participação política”. Nela, importa, antes de tudo, garantir a liberdade e a propriedade, “os direitos originais, naturais, do ser humano”. E competirá ao Estado assegurar tais direitos fundamentais – sem interferir, contudo, nas escolhas dos indivíduos, que são absolutamente racionais e inteiramente responsáveis por seus próprios destinos⁵⁶ (COSTA, 2010, p. 229-232).

“Pressuposto filosófico do Estado liberal” (BOBBIO, 2000, p. 11), os direitos fundamentais surgem, segundo Kelsen, como uma proteção do indivíduo contra o executivo. Com o tempo, porém, eles passam a, “em todas as modernas constituições das democracias

⁵⁴ O liberalismo também tratou de, mais tarde, aliar-se à monarquia, bem pouco afeita, sabe-se bem, às crenças liberais. A monarquia constitucional é o resultado de tal pacto (LEIBHOLZ, 1996, p. 24).

⁵⁵ Definir o liberalismo é, admite Matteucci, difícil – inclusive porque, a depender das circunstâncias, ele pode indicar um partido político, uma ideologia política, uma ética, uma estrutura institucional ou uma reflexão política direcionada à promoção de uma ordem liberal (MATTEUCCI, 1993, p. 686-687).

⁵⁶ Para Nicola Matteucci, não há dúvidas a propósito da estreita ligação entre o liberalismo e a teoria do individualismo, que, típica da cultura da Europa moderna, foi parar, vitoriosa, nas várias declarações de direitos do homem e do cidadão. O indivíduo liberal é altamente competitivo – característica a ser enaltecida e incentivada, pois toda a sociedade ganharia com homens que, valendo-se de seu potencial, fazem a si mesmos. “A concepção liberal”, sustenta Matteucci, “acredita na competição e no conflito, visto somente estes poderem selecionar aristocracias naturais e espontâneas, elites abertas, capazes de impedir a mediocridade do conformismo de massa, administrado por uma rotina burocrática (Tocqueville, J. S. Mill, Weber, Croce)”. A teoria das elites constitui, no liberalismo, um “fato”: o liberal se sente empenhado, justamente, na maximização da participação mediante estruturas que possibilitem a movimentação e a competição de uma pluralidade de elites” (MATTEUCCI, 1993, p. 696, 701 e 702). “Na receita liberal”, afirma Pietro Costa, “o indivíduo é artífice e responsável pela sua fortuna e não pode requerer da comunidade política, do Estado, uma intervenção para sustentar suas necessidades vitais. A sobrevivência e a afirmação de cada um são confiadas à iniciativa individual e às regras do mercado, ao jogo da oferta e da procura, enquanto o Estado tem somente a tarefa de tutelar os espaços de liberdade individuais e de garantir o respeito às normas fundamentais”. Se, por um lado, o Estado constitui, na tradição anglo-francesa, um simples instrumento de tutela da liberdade e da propriedade, ele representa, de outra parte, uma ameaça potencial aos indivíduos (COSTA, 2010, p. 231-232). A defesa do indivíduo em face do poder do Estado e mesmo da sociedade foi uma constante no pensamento liberal (MATTEUCCI, 1993, p. 701).

parlamentares”, proteger a minoria contra a maioria. Na prática, defende, “somente no procedimento parlamentar” é possível estabelecer a distinção entre leis ordinárias e leis constitucionais – essencial para garantir tal proteção. “A força material” da “assembleia popular” é, aduz, grande demais para fazer com que a maioria absoluta se curve a uma minoria constitucionalmente qualificada (KELSEN, 2000, p. 67-68).

A princípio, a democracia “propriamente dita” foi identificada com a democracia direta (BOBBIO, 1993, p. 323) – designação genérica de “todas as formas de participação no poder, que não se resolvem numa ou noutra forma de representação (nem a representação dos interesses gerais ou política, nem a representação dos interesses particulares ou orgânica)”⁵⁷ (BOBBIO, 2004, p. 154). Por meio, contudo, de “escritores liberais, de Constant e Tocqueville e John Stuart Mill”, ganhou força a ideia de que só uma forma de democracia seria compatível com o Estado liberal – a representativa ou parlamentar, na qual as leis são elaboradas por um corpo restrito de cidadãos com direitos políticos, mas não por todo o povo reunido em assembleia⁵⁸ (BOBBIO, 1993, p. 323-324).

De fato, a ascensão das massas preocupava Alexis de Tocqueville. Após uma temporada nos Estados Unidos da América, o pensador francês chegou à conclusão de que “[...] uma estrutura social democrática semelhante à dos americanos poderia facilitar extraordinariamente o estabelecimento de um despotismo [...]”. O mundo seria, então, tomado “[...] por uma multidão incontável de homens semelhantes e iguais, que se movem sem cessar para alcançarem pequenos e vulgares prazeres, de que enchem a própria alma”⁵⁹. “Coisa nova”,

⁵⁷ Bobbio defende a existência de três formas de democracia direta: o governo do povo por meio de delegados com mandato imperativo e revogável; o governo de assembleia, sem delegados; e, por fim, o referendo (2004, p. 154). Para Jacques Rancière, democracia e representação definitivamente não combinam: “a representação é, em sua origem, o exato oposto da democracia”. E, ressalta o filósofo franco-argelino, “ninguém ignorava isso nos tempos das revoluções norte-americana e francesa”. A representação não é um modo de adaptar a democracia às grandes nações – supostamente incapazes de reunir todos os seus cidadãos em praça pública –, mas uma forma oligárquica por meio da qual as minorias se ocupam dos negócios comuns. As democracias representativas constituem, a rigor, um “sistema parlamentar” – “uma forma de funcionamento do Estado, fundamentada inicialmente no privilégio das elites ‘naturais’ e desviada aos poucos de sua função pelas lutas democráticas”. A Grã-Bretanha foi, por ocasião de suas reformas eleitorais, o palco de muitas dessas batalhas – que, ao fim, acabaram eclipsadas pela “idílica” tradição da “democracia liberal”. Na verdade, aduz Rancière, a representação nada veicula senão os interesses dominantes, legitimados por eleições que, marcadas por “candidaturas oficiais, fraudes eleitorais, monopólios de fato das candidaturas”, são direcionadas ao consentimento (RANCIÈRE, 2014, p. 69, 70, 71 e 73).

⁵⁸ “Contra todas as possíveis formas de Estado absoluto”, afirma Matteucci, “o Liberalismo, ao nível da organização social e constitucional da convivência, sempre estimulou, como instrumentos de inovação e transformação social, as instituições representativas (isto é, a liberdade política, mediante a participação indireta dos cidadãos na vida política e a responsabilidade do Governo diante das assembleias e/ou dos eleitores) [...]” (1993, p. 700-701). No mesmo sentido, Gerhard Leibholz assevera que o “parlamentarismo representativo” é “a forma de expressão política típica do Liberalismo” (1996, p. 32).

⁵⁹ “Para Tocqueville, ‘igualdade’ e ‘democracia’ são quase sinônimos. Não é possível haver um sem o outro; a igualdade leva necessariamente à democracia. Sem ser democrata, Tocqueville julga necessário aprender a

a espécie de opressão a que estariam submetidos os “povos democráticos em nada se assemelhará à que a precedeu neste mundo”. Competiria aos “verdadeiros amigos da liberdade e da grandeza humana”, defende Tocqueville, “impedir que o poder social sacrifique levemente os direitos privados de alguns indivíduos” (TOCQUEVILLE, 1979, p. 310 e 314).

Tocqueville temia que o desenvolvimento democrático levasse a uma tirania da maioria e a um Estado marcado pelo autoritarismo. Sem aplicação prática imediata, as artes, a filosofia e a ciência estariam em risco. Uma cultura igualitária poderia esmagar a individualidade e a possibilidade de manifestação das minorias. Ferrenho defensor do indivíduo, o nobre francês não tece loas, contudo, ao individualismo típico do capitalismo – a pernicioso tendência, sustenta, de colocar o lucro e a riqueza acima de tudo, inclusive sobre os interesses da coisa pública (QUIRINO, 2001, p. 155-156).

No fundo, a defesa da democracia representativa escondia um medo – o da revolução⁶⁰. Em meados do século XIX, “a questão candente que desafiava a imaginação das elites políticas inglesas era a incorporação ‘pacífica’ da massa de trabalhadores depauperados pela industrialização, que batiam às portas do sistema político” (BALBACHEVSKY, 2001, p. 193). John Stuart Mill⁶¹ está atento a isso quando, categórico, afirma que “[...] o único governo que pode satisfazer plenamente todas as exigências do Estado social é aquele no qual todo o povo participa”. Toda participação, defende, é “útil” e “deverá ser, em toda parte, tão ampla quanto o permitir o grau geral de desenvolvimento da comunidade”. Todos, exorta o liberal inglês, devem ser admitidos “a uma parte do poder soberano do Estado”. “Mas como”, ressalva, “nas comunidades que excedem as proporções de um pequeno vilarejo, é impossível a participação

conviver com ela, considerada por ele o regime político do futuro” (MIGUEL, 2014, p. 32). A democracia é, sob a perspectiva de Tocqueville, o contrário da aristocracia – ou seja, constitui “a forma de governo em que todos participam da coisa pública” (BOBBIO, 2000, p. 57).

⁶⁰ Na década de 1840, as massas das grandes cidades e dos distritos industriais da Europa ocidental e central levavam uma vida absolutamente miserável. “Seu ódio aos ricos e aos nobres daquele mundo amargo em que viviam, e seus sonhos com um mundo novo e melhor deram a seu desespero um propósito [...]. O grande despertar da Revolução Francesa lhes ensinara que os homens comuns não necessitavam sofrer injustiças e se calar [...]. Este era o ‘espectro do comunismo’ que aterrorizava a Europa, o temor do ‘proletariado’, que não só afetava os industriais de Lancashire ou do norte da França, mas também os funcionários públicos da Alemanha rural, os padres de Roma e os professores em todas as partes do mundo. E com justiça, pois a revolução que eclodiu nos primeiros meses de 1848 [...] foi, no sentido literal, o insurgimento [sic] dos trabalhadores pobres nas cidades – especialmente nas capitais – da Europa ocidental e central” (HOBSBAWM, 2015, p. 467).

⁶¹ De acordo com Elizabeth Balbachevsky, John Stuart Mill é o “mais legítimo representante do movimento liberal inglês” do século XIX. Sob o seu ponto de vista, um bom governo deve proporcionar a maior felicidade possível ao maior número de cidadãos: “para cada ação ou questão política, é sempre possível aplicar este raciocínio para avaliar a ‘utilidade’ de seus resultados” (2001, p. 193 e 197).

pessoal de todos, a não ser numa parcela muito pequena dos negócios públicos, o tipo ideal de um governo perfeito só pode ser o representativo”⁶² (MILL, 2004, p. 32).

Caso, porém, o sufrágio fosse universal, argumenta Mill, os trabalhadores manuais constituiriam a maioria dos eleitores⁶³. E disso decorreria um “padrão de inteligência política muito baixo”⁶⁴ e uma “legislação de classe” – problemas que haveriam de ser resolvidos por meio da instituição de votos com pesos diversos⁶⁵: afinal, a opinião dos indivíduos “mentalmente superiores”⁶⁶ sempre foi mais graduada⁶⁷. Seus votos preservariam os educados de uma legislação forjada pelas classes sem instrução (MILL, 2004, p. 72-74). As “elites culturais” estariam, para o liberal inglês, “pessoalmente comprometidas com a justiça” e fariam as vezes de “fiel da balança”. O autor de *Considerações sobre o Governo Representativo* não é, bem se vê, um “democrata radical”⁶⁸: “para ele, a tirania da maioria é tão odiosa quanto a da minoria”, pois “ambas levariam à elaboração de leis baseadas em interesses classistas” (BALBACHEVSKY, 2001, p. 197).

⁶² “From these accumulated considerations, it is evident that the only government which can fully satisfy all the exigencies of the social state is one in which the whole people participate; that any participation, even in the smallest public function, is useful; that the participation should every where be as great as the general degree of improvement of the community will allow; and that nothing less can be ultimately desirable than the admission of all to a share in the sovereign power of the state. But since all can not, in a community exceeding a single small town, participate personally in any but some very minor portions of the public business, it follows that the ideal type of a perfect government must be representative”.

⁶³ John Stuart Mill não tem, definitivamente, uma boa impressão dos trabalhadores: “É sabido que os maus trabalhadores, que formam a maioria dos que trabalham em muitos ramos da indústria, são decididamente a favor da opinião de que os maus trabalhadores devem receber o mesmo salário que os bons, e que ninguém deve, por trabalho extra ou de outra maneira, ganhar mais pela sua habilidade maior, do que os outros, que não a tem, conseguem. E esses trabalhadores utilizam um controle moral, que pode se tornar físico, para impedir os trabalhadores habilidosos de receber, e os patrões de pagarem, uma remuneração maior por um serviço melhor” (MILL, 2010, p. 161).

⁶⁴ “Yet in this state of things, the great majority of voters in most countries, and emphatically in this, would be manual laborers, and the twofold danger, that of too low a standard of political intelligence, and that of class legislation, would still exist in a very perilous degree”.

⁶⁵ “Para Mill, os votos deveriam ser contados com pesos diferentes, dependendo de quem os tivesse dado” (BALBACHEVSKY, 2001, p. 197). Trata-se, esclarece Bobbio, do instituto do voto plural: se todos devem votar, isso não significa que todos hão de ter direito a um único voto (2000, p. 71). É impossível não lembrar da famigerada norma da *Fazenda dos Animais* de George Orwell: “todos os animais são iguais, mas alguns animais são mais iguais do que os outros” (ORWELL, 2007, p. 106).

⁶⁶ “The only thing which can justify reckoning one person’s opinion as equivalent to more than one is individual mental superiority, and what is wanted is some approximate means of ascertaining that”.

⁶⁷ Tais problemas também haveriam de ser equacionados com “a adoção do sistema eleitoral proporcional, que garantiria a representação das minorias, mesmo quando estas se encontrassem dispersas em vários distritos, não representando a maioria em nenhum deles” (BALBACHEVSKY, 2001, p. 197).

⁶⁸ Segundo Bobbio, o sufrágio universal constitui “um ideal limite do qual as propostas millianas ainda estão muito distantes”. John Stuart Mill exclui do universo de eleitores os falidos, os devedores fraudulentos, os analfabetos e os pedintes – pois quem não paga impostos não tem o direito de decidir como cada cidadão há de contribuir para as despesas públicas. Por outro lado, ele defende a extensão do direito ao voto às mulheres (BOBBIO, 2000, p. 70).

De todo modo, o ideal da democracia direta jamais saiu do horizonte das lutas políticas. Avessos à democracia representativa – fórmula nada condizente com o governo do povo, pelo povo e para o povo –, “grupos radicais” mantiveram sua chama acesa (BOBBIO, 2004, p. 154) ao longo do século XIX, testemunha de uma fusão da tradição democrática aos princípios socialistas. A dimensão igualitária da democracia moderna, consubstanciada em Maximilien Robespierre e Babeuf foi, assim, fortalecida. Provam-no as revoltas populares europeias ocorridas entre 1820 e 1848, todas desejosas de uma “democracia radical”⁶⁹ (SINGER; ARAUJO; BELINELLI, 2021, p. 188).

De olho na igualdade, os trabalhadores passam a se bater pela ampliação do direito ao voto. Em 1838, o cartismo inglês exigia o sufrágio universal masculino, o voto secreto, a eleição anual e presença de operários nas cadeiras do Parlamento. A jornada seria longa. Em 1884, 29% dos homens ingleses podiam votar. O tempo consumiria mais 34 anos até que, com a Lei da Representação do Povo, tal direito fosse garantido a todos que contassem 21 anos ou mais (SINGER; ARAUJO; BELINELLI, 2021, p. 188-189).

A universalização do voto levou à criação dos partidos de massa, que tomaram o lugar dos “clubes de notáveis” inseridos no Parlamento inglês. Reunindo o “chão da sociedade”, o Partido Trabalhista foi constituído em 1900. O Partido Liberal, da classe média, surgiu bem

⁶⁹ De pé entre março e abril de 1871, a Comuna de Paris também pode ser tida como uma experiência de democracia radical. Para Karl Marx, “ela é o povo agindo para si mesmo, por si mesmo”. Suas eleições não se resumiriam a escolher a cada três ou seis anos os membros da classe dominante prontos a traírem o povo no parlamento. “Não é a autoadministração das cidades por vereadores empanturrados de sopa de tartaruga, conselhos paroquiais corrompidos e ferozes inspetores de *workhouses*. Não é a autoadministração dos municípios por grandes fazendeiros, ricasas e cabeças ocas. Não é a abominação judicial dos *The Great Unpaid*”. Não é o autogoverno político do país por um clube oligárquico e pela leitura do *Times*”. Via-se, nela, uma “tendência de um governo do povo pelo povo”. “A Comuna era formada por conselheiros municipais, escolhidos por sufrágio universal nos diversos distritos da cidade, responsáveis e com mandatos revogáveis a qualquer momento. A maioria de seus membros era naturalmente formada de operários ou representantes incontestáveis da classe operária. A Comuna devia ser não um corpo parlamentar, mas um órgão de trabalho, Executivo e Legislativo ao mesmo tempo”. Forma política flexível – bastante diversa, portanto, dos repressivos governos precedentes –, a Comuna de Paris conferiu bases realmente democráticas às instituições. Testemunhava-se, então, uma criação histórica completamente nova, a destruição do poder estatal moderno, um governo da classe operária pronto a realizar a emancipação econômica do trabalho (MARX, 2011, p. 56, 57, 58, 59, 64 e 108). Sob o ponto de vista de Bobbio, Marx vislumbrou “alguns traços de democracia direta” na Comuna de Paris (BOBBIO, 2004, p. 154). E, também conforme o jurista italiano, o ideal democrático é um elemento “integrante e necessário” do socialismo, mas não “constitutivo”, pois os seus adeptos pregam tanto a mudança das relações políticas quanto a revolução das relações econômicas – propalam, em suma, a emancipação social do homem. “Na teoria marxista-engelsiana [...], o sufrágio universal, que para o liberalismo em seu desenvolvimento histórico é o ponto de chegada do processo de democratização do Estado, constitui apenas o ponto de partida. Além do sufrágio universal, o aprofundamento do processo de democratização da parte das doutrinas socialistas acontece de dois modos: através da crítica da Democracia apenas representativa e da conseqüente retomada de alguns temas da Democracia direta e através da solicitação de que a participação popular e também o controle do poder a partir de baixo se estenda dos órgãos de decisão política aos de decisão econômica, de alguns centros do aparelho estatal até à empresa, da sociedade política até à sociedade civil pelo que se vem falando de Democracia econômica, industrial ou da forma efetiva de funcionamento dos novos órgãos de controle (chamados ‘conselhos operários’), colegial, e da passagem do autogoverno para a autogestão” (BOBBIO, 1993, p. 324-325).

antes, em 1859. Diante de tais mudanças, os programas partidários, costurados com a militância, passaram a ocupar o centro das disputas pelo sufrágio. Caberia aos parlamentares segui-los – do contrário, perderiam apoio de suas bases e de suas agremiações (SINGER; ARAUJO; BELINELLI, 2021, p. 189-190).

Os mandatos não seriam, dali em diante, imperativos. Tampouco completamente livres⁷⁰. Na verdade, a vontade dos representados limitaria a atuação dos representantes. A escolha dos próprios candidatos contaria, dentro dos partidos, com a participação dos eleitores. Suas preocupações e sua condição econômica estariam, o mais das vezes, em sintonia. A representação ganharia um conteúdo popular. As funções legislativas não constituiriam, então, uma prerrogativa exclusiva dos “notáveis locais”. “Como o incremento do eleitorado impedia o eleitor de manter relações pessoais com os representantes, passou-se a sufragar os candidatos do partido, e não mais os personagens locais conhecidos, como acontecia no governo parlamentar” (SINGER; ARAUJO; BELINELLI, 2021, p. 190).

Essa “democratização da democracia” provocou reações. O partido de massas, reverberava-se, pusera em crise o parlamentarismo, pois, antagônico à representação, teria trazido de volta o modelo direto de democracia. A rigor, porém, ficava para trás, com a

⁷⁰ “No mandato imperativo, supõe-se que o mandatário deva representar fielmente os desejos de quem o elege, sem liberdade para a atuação independente. Delega-se ao representante a tarefa de encenar os desejos exatos do representado. Só que o mandato imperativo não permite a construção de acordos e alianças por meio da argumentação ou negociação no parlamento, uma vez que o representante seria carente de autonomia para buscalos sem anuência prévia dos representados. Ou seja, não permite que o representante delibere. No mandato livre, em contraponto, o representante teria liberdade para encontrar as melhores soluções, por meio de troca de argumentos e da negociação, dispondo da confiança de quem o elege. Possui, portanto, liberdade para deliberar. A liberdade de mandato dominou o ‘governo parlamentar’. Disseminou-se a premissa de que os representantes devem ser mais capacitados do que os representados [...], justificando a confiança de quem vota em quem é votado” (SINGER; ARAUJO; BELINELLI, 2021, p. 183-184). A propósito, é bastante famosa a defesa que Edmund Burke faz do mandato livre em seu *Discurso aos eleitores de Bristol*: “Expôr uma opinião é o direito de todos os homens; a dos representados é uma opinião significativa e respeitável, que um representante deveria sempre se regozijar de ouvir e a qual ele deveria sempre considerar muito seriamente. Mas instruções impositivas, assuntos mandados, aos quais o membro [do Parlamento] está destinado cega e implicitamente a obedecer, a votar e a discutir em seu favor – essas são coisas completamente desconhecidas pelas leis desta terra e que surgem de um erro fundamental sobre a ordem e o espírito completos de nossa Constituição. O Parlamento não é um congresso de embaixadores de interesses diferentes e hostis, cujos interesses cada um deve assegurar, como um agente e um defensor, contra outros agentes e defensores; mas o Parlamento é uma assembleia deliberativa de uma nação, com um interesse, o da totalidade – em que nenhum propósito local, nenhum preconceito local, deveria guiar, exceto o bem comum, resultante da razão geral da totalidade. Você escolhe um membro, de fato; mas quando você escolhe-o, ele não é membro de Bristol, mas é um membro do Parlamento. Se o representante local deveria ter um interesse ou deveria formar uma opinião apressada evidentemente oposta ao bem real do resto da comunidade, o membro daquele lugar deveria estar tão distante quanto qualquer outro de qualquer empenho para executá-lo [...] Somos agora membros [do Parlamento] [eleitos] por uma rica cidade comercial; essa cidade, entretanto, não é senão parte de uma rica nação comercial, cujos interesses são variados, multiformes e intrincados. Somos membros por essa grande nação, que, entretanto, não é senão parte de um grande império, ampliado por nossa virtude e por nossa fortuna aos mais distantes limites do Oriente e do Ocidente. Todos esses interesses muito espalhados devem ser considerados – devem ser comparados –, devem ser reconciliados, se possível” (BURKE, 2012, p. 101).

democratização do governo parlamentar, apenas uma *espécie* de representação: “do ponto de vista igualitário, isso significava progresso, pois haveria maior identidade social e cultural entre eleitos e eleitores, cujo papel crescera na definição das leis e políticas públicas”. A “democracia de partido” possibilitou, ao fim, tanto na Europa quanto nos Estados Unidos da América, o funcionamento da democracia moderna em grande escala (SINGER; ARAUJO; BELINELLI, 2021, p. 191).

Apesar de prometer um acesso igualitário à lei, a democracia moderna não o garante, na prática, às “pessoas simples”. Mas, é preciso notar, “o projeto civilizatório das revoluções democráticas estabeleceu o princípio da igualdade e, ao mesmo tempo, o da liberdade de lutar por ele”⁷¹. Às classes trabalhadoras é possível, por exemplo, valer-se de seus direitos democráticos em face dos “donos da propriedade”, como ressalta Thomas Marshall (SINGER; ARAUJO; BELINELLI, 2021, p. 198-199).

Esse processo de democratização passa tanto pela ampliação do direito ao sufrágio, outrora restrito a uma pequena parte dos cidadãos, quanto pela multiplicação dos órgãos com representantes eleitos pelo voto popular, algo que se deu, a título ilustrativo, com a possibilidade de eleger o chefe de Estado ou os senadores (BOBBIO, 1993, p. 324).

De acordo com Bobbio,

[...] se é verdade que não pode chamar-se, propriamente, liberal, um Estado que não reconheça o princípio democrático da soberania popular, ainda que limitado ao direito de uma parte (mesmo restrita) dos cidadãos darem vida a um corpo representativo, é ainda mais verdadeiro que segundo a concepção liberal do Estado não pode existir Democracia senão onde forem reconhecidos alguns direitos fundamentais de liberdade que tornam possível uma participação política guiada por uma determinação da vontade autônoma de cada indivíduo⁷² (1993, p. 324).

⁷¹ No mesmo sentido, Luis Felipe Miguel aduz que as liberdades e os direitos individuais não podem ser menoscabados “como apenas formais”, pois sua presença faz muita diferença no ambiente político. Se, pondera, falta muito para se atingir o ideal democrático professado até o século XIX, “a ideia de ‘governo do povo’ – no sentido da igualdade efetiva na tomada das decisões públicas – insiste em permanecer à tona, ao menos como um parâmetro normativo que revela quão pouco os regimes ocidentais realizaram as promessas do rótulo que carregam”. A rigor, “por trás das ‘democracias realmente existentes’ de hoje, domesticadas, que aceitam todas as desigualdades sociais, o ideal democrático continua mantendo potencial subversivo” (MIGUEL, 2014, p. 60-61).

⁷² Em *Sobre a Democracia*, Robert Dahl arrola cinco critérios capazes de identificar um “processo democrático”: a) a participação efetiva, a fim de garantir a todos os membros da associação oportunidades iguais para que os demais membros conheçam suas opiniões políticas; b) a igualdade de voto, sem distinção de peso; c) o entendimento esclarecido, ou seja, a oportunidade conferida a cada membro para realmente conhecer políticas alternativas importantes e suas consequências prováveis; d) o controle do programa de planejamento, que deve permitir a alteração das políticas da associação, caso seus membros assim decidirem; e e) a inclusão dos adultos, cuja cidadania deve ser plena. Violada qualquer dessas exigências, não haverá igualdade entre os membros (DAHL, 2001, p. 49-50).

O Estado de direito, afirma Goyard-Fabre, “encontra sua inspiração na reivindicação política do liberalismo individualista”. Nele, os “direitos-liberdade” do indivíduo podem ser opostos aos atos estatais que venham a, eventualmente, lesar liberdades individuais. “Em outros termos, o princípio básico do Estado de direito é a inalienabilidade dos direitos fundamentais reconhecidos ao homem”. O Estado de direito só será “realizado”, defende a pensadora francesa, se veicular a “esperança da liberdade”⁷³ (GOYARD-FABRE, 2002, p. 321-322).

A defesa da liberdade também é essencial para Novais. Ele sustenta que um Estado de direito só será *material* caso assuma como “fim primordial” a “defesa e a garantia dos direitos naturais do homem”, de um “núcleo de valores considerado indisponível pelo próprio Estado”. Em um “verdadeiro” Estado de direito, a *legalidade*, marcada pela *forma*, e a *legitimidade*, caracterizada por seu *conteúdo*, não se confundem, ainda que dependam uma da outra⁷⁴. Em sua perspectiva material, o Estado de direito liberal limita tanto o modo de atuação do Estado quanto a substância de seu querer, de sua vontade, que não há de desrespeitar os direitos fundamentais do homem (NOVAIS, 2013, p. 103-104).

Mas um Estado de direito com essas características poderia se voltar contra o projeto de uma burguesia que, no poder, já não professava ideais tão revolucionários. Segundo Novais, o Estado de direito material tornou-se um “incômodo” para a nova classe dominante, “pois, proclamando o primado do homem e dos seus direitos como fulcro da organização do Estado, induzia a assunção das reivindicações de liberdade pelo *quarto-estado* [...]”. Diante de tais ameaças democráticas, a burguesia precisaria promover um “afastamento do Estado de Direito liberal dos seus fundamentos jusnaturalistas”. Os direitos individuais deixariam de ser naturais.

⁷³ Goyard-Fabre diferencia o “Estado DO direito”, marcado, em essência, por suas “formas e estruturas jurídicas”, do “Estado DE direito”, no qual “a participação ideológica prevalece sobre a arquitetônica jurídica” (2002, p. 322). No fundo, trata-se da distinção entre os Estados de direito formal e material. Novais também defende a existência de um “Estado de legalidade”: “Se na sua caracterização material o ‘Estado de Direito’ era essencialmente um conceito de luta política por um tipo particular de Estado fundado numa particular ideia de Direito; se na sua redução formalista o ‘Estado de Direito’ *ocultava* os valores que enformavam esta ideia para privilegiar as técnicas formais que a garantiam, já o *Estado de Legalidade* só é de Direito porque atua na via do Direito (positivisticamente identificado com *legalidade*) e não porque defenda ou se sustente numa particular ideia de Direito”. É sobretudo em Kelsen que Novais pensa ao tratar desse Estado de legalidade “neutro” e “aberto à realização de quaisquer fins” (NOVAIS, 2013, p. 122). Mas a distinção entre o Estado de direito e o Estado de legalidade é, lembra Goyard-Fabre, raríssima na doutrina (2002, p. 319).

⁷⁴ Para Novais, “[...] a distinção entre estes dois sentidos de Estado de Direito – material e formal –, desde que não extravase os quadros do pensamento e do Estado liberal, não tem a relevância que geralmente se lhe atribui. De fato, ela não traduz a existência de formas alternativas de conceber a relação fundamental entre governantes e governados, antes constituindo o produto de diferentes perspectivas teóricas na abordagem da mesma realidade. Na medida em que os pressupostos políticos em que se fundava o Estado liberal estavam, expressa ou implicitamente, presentes nas duas noções, pode-se dizer que a diferença reside *apenas* na autonomização ou acentuação de dimensões parcelares do mesmo fenômeno” (2013, p. 108-109).

Se, outrora, competiria ao Estado garantir o livre exercício dos direitos fundamentais, sua nova tarefa consistiria em instituí-los (NOVAIS, 2013, p. 105, 110 e 111).

O giro é bastante claro. Essa virada estatocêntrica marcará profundamente a doutrina do direito público europeu continental da segunda metade do século XIX e do início do século XX – inclusive na Itália⁷⁵. Já não se falará mais, a partir dali, dos “espectros revolucionários” do “poder constituinte” ou do “governo do povo”. A “suprema fonte do direito” será a lei: é por meio dela, dessa “pacificada expressão da soberania”, que a “comunidade historicamente fundada” acabará por, organicamente, expressar-se. A “nação” só existirá, então, “através da vontade do legislador”, transformado no “verdadeiro soberano” (FIORAVANTI, 1993, p. 174-177).

Com essa transmutação de uma “soberania do povo” em uma “soberania da lei”, defende Maurizio Fioravanti, cai por terra o “grande trabalho produzido pela Revolução”. Surge, assim, “em última análise”, um Estado que, “de direito” e “liberal”, garantiria a estabilidade das instituições políticas entre os séculos XIX e XX: trata-se do “Estado de direito europeu-continental”, em cujas fundações repousa o “mito” de um legislador virtuoso, da “intrínseca racionalidade da lei como expressão da soberania” e de uma “ordem racional das coisas” (FIORAVANTI, 1993, p. 176, 177, 178 e 204).

Ao dar uma resposta “forte e plausível à necessidade de estabilidade política que atravessava a Europa”, esse Estado de direito ofereceria uma garantia legislativa dos direitos, mas, de outro lado, “negaria de todo a origem revolucionária do direito público europeu” e atuaria explicitamente contra o “princípio democrático” (FIORAVANTI, 2009, p. 45).

2.5.2 O Estado de direito europeu

É entre o último quarto do século XIX e os vinte primeiros anos do século XX, afirma Fioravanti, que o Estado de direito europeu-continental exhibe toda a sua pujança (1995, p. 161).

Segundo ele, dois são, na história constitucional da Europa continental, os “países fortes”: a França e a Alemanha. Os franceses erigiram o país das revoluções, da república, dos direitos civis e políticos, das declarações de direitos. Os alemães se encarregaram de, crítica à

⁷⁵ Fioravanti fala da consolidação de uma “tradição legicêntrica do Estado de direito europeu-continental” e lembra que Vittorio Emanuele Orlando foi um de seus grandes divulgadores na Itália (1993, p. 177 e 202). Tal Estado de direito baseado no “primado da lei” foi uma “experiência europeia” – presente, apesar das peculiaridades de cada um desses regimes políticos, na Terceira República da França, no Segundo *Reich* alemão e na “idade giolittiana” italiana (FIORAVANTI, 2009, p. 45-46).

soberania do legislativo em riste, estruturar o autoritarismo político, o princípio monárquico, o paradigma “estatalista”, a autocracia burocrática e militar. Todos os países que deixaram o primeiro modelo para se filiar ao segundo acabaram nos “braços de uma ditadura” – inclusive a Itália⁷⁶. “O Estado de direito inventado pelos alemães é só uma fraca correção de seu espírito autoritário”. Para o historiador italiano, “o liberalismo é anglo-francês, ou não é de fato”⁷⁷ (FIORAVANTI, 1995, p. 162, 163 e 165).

A França e a Alemanha são os “países fortes”, mas a “segunda fila”, integrada, dentre outras nações, por Espanha e Itália, desempenha um papel fundamental na complexa mediação e combinação dos principais modelos constitucionais da Europa. Ao fim do século XIX, o maior impulso ao direito público europeu foi dado pela Alemanha e por seu apelo “estatalista”. A doutrina alemã não era liberal: nomes como Georg Jellinek (e, na Itália, sob sua influência, Vittorio Emanuele Orlando) não viam com bons olhos a autonomia da sociedade e dos indivíduos diante do Estado. Mas, ressalva Fioravanti, o que se toma, hoje, por “estatalismo” era, para aqueles juristas, um liberalismo que seria mais capaz de garantir os direitos do que as proclamações revolucionárias: “os direitos eram garantidos com o direito [...] portanto, com uma lei que fosse expressão da autoridade do Estado, e não de uma maioria política de fato dominante sob o invólucro da vontade geral da revolução”⁷⁸⁷⁹ (FIORAVANTI, 1995, p. 168, 169 e 174).

As revoluções liberais afirmam os direitos. Mas depois dessa proclamação os legisladores continuam a, com poderes ilimitados, destacar-se como intérpretes da vontade geral. O “liberalismo político e jurídico” do século XIX trata, assim, de “reconduzir” a autoridade dos artífices das leis para “dentro do Estado”: as autoridades do legislador e do Estado haveriam de ser indissociáveis. O “itinerário” seria, segundo Fioravanti, o seguinte: “do primado do legislador como sujeito político que encarna a vontade geral ao primado da lei como fonte de direito, como expressão formal e neutra da autoridade do Estado”. Tem-se, ao fim, na base desse “Estado liberal de direito”, um liberalismo que opõe à revolução a autoridade estatal

⁷⁶ “[...] ogni volta che un paese europeo – come L’Italia, per esempio – ha abbandonato il primo modello a favore del secondo ha finito per gettarsi nelle braccia della dittatura”.

⁷⁷ “[...] lo Stato di diritto inventato dai tedeschi è solo una debole correzione del loro spirito autoritario [...]; il liberalismo è anglo-francese, o non è affatto”.

⁷⁸ “I diritti andavano garantiti con il diritto, che era allora con sicurezza quello dello Stato, dunque con una legge che fosse espressione della autorità dello Stato, e non di una maggioranza politica di fatto dominante sotto l’invólucro della volontà generale della rivoluzione”.

⁷⁹ O historiador italiano se refere a um “estatalismo liberal” (FIORAVANTI, 1995, p. 174).

– processo que também acaba por ocorrer na França (FIORAVANTI, 1995, p. 169, 170, 172 e 173).

O Estado liberal de direito na Europa não é, definitivamente, assevera Fioravanti, apenas alemão – mas, algo mais amplo, um “Estado liberal de direito europeu”⁸⁰ (FIORAVANTI, 1995, p. 173), que se estruturará sobre três grandes eixos: os direitos fundamentais, a separação de poderes e o parlamentarismo⁸¹.

2.5.2.1 Os direitos fundamentais

A história dos direitos fundamentais tem início, segundo Carl Schmitt, com as declarações de direitos formuladas por Estados norte-americanos como a Virgínia e a Pensilvânia⁸² em suas lutas de independência em face da Inglaterra: surgia, então, no século XVIII, a Era liberal e do Estado de direito liberal-burguês⁸³ (SCHMITT, 1996a, p. 164).

Diferenciando-se dos norte-americanos, os revolucionários franceses não fundam um novo Estado sobre novas bases, mas acreditam em uma continuidade nacional. Não é à toa que a introdução da Declaração francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 *lembra* aos “integrantes do corpo social” seus direitos naturais e inalienáveis (SCHMITT, 1996a, p. 166). Bobbio defende que os franceses são bastante individualistas⁸⁴. Os norte-americanos também

⁸⁰ Na mesma linha, Pietro Costa afirma que “mesmo na diversidade dos sistemas político-jurídicos envolvidos, o lema ‘Estado de Direito’ parece, de qualquer forma, traduzível em vários idiomas nacionais sem que as principais expectativas e imagens por ele envolvidas se percam na passagem de uma a outra experiência histórico-cultural” (2006, p. 193).

⁸¹ Em sua acepção propriamente liberal de tutela do indivíduo, sustenta Leibholz, o Estado de direito anda de mãos dadas com os direitos fundamentais, a separação de poderes e o sistema bicameral (1996, p. 40). E, segundo Matteucci, “a luta do Liberalismo contra o absolutismo tem seu ponto de partida na reivindicação dos direitos naturais do indivíduo e na afirmação do princípio da separação dos poderes” (1993, p. 702).

⁸² As duas Declarações são de 1776. Apesar de afirmar que essas Declarações inauguram uma nova era, Schmitt ressalva que elas “estavam na linha da tradição inglesa” (1996a, p. 164).

⁸³ Na Alemanha, a Assembleia Nacional de Frankfurt de 1848 declarou os direitos fundamentais do povo alemão – dentre os quais a propriedade privada, a igualdade perante a lei, a liberdade pessoal, de crenças, de consciência, de reunião e de associação⁸³. Influenciada pela Constituição belga de 1831, a Constituição da Prússia de 1850 arrolava inúmeros direitos fundamentais. Nela estavam estampados, a título ilustrativo, os direitos à igualdade frente à lei, à propriedade privada, à liberdade pessoal e de religião, à inviolabilidade de domicílio, além da proibição de tribunais de exceção. Já a “Constituição de Bismarck”, ressalta Schmitt, “não contém nenhum catálogo de ‘direitos fundamentais’” (SCHMITT, 1996a, p. 166).

⁸⁴ A Constituição francesa de 1793 também trata de direitos fundamentais, além de fazer um apelo maior à fraternidade (MATTEUCCI, 1993, p. 353). A Carta seguinte, de 1795, inova ao trazer os direitos e os *deveres* do homem e do cidadão (SCHMITT, 1996a, p. 166). Nicola Matteucci afirma que a referência a tais deveres antecipa uma tendência do século XIX. O teórico italiano lembra da obra *I Doveri dell’Uomo*, publicada por Giuseppe Mazzini em 1860. Ressalta ele, ainda, a redação do título da primeira parte da atual Constituição italiana, promulgada depois da queda do regime fascista: “Direitos e deveres dos cidadãos” (MATTEUCCI, 1993, p. 353-354). Segundo Leibholz, a concepção clássica dos direitos de liberdade sofreu modificações ao longo do século XIX. Eles já não são aqueles direitos individuais ilimitados que separavam o indivíduo do Estado: aqui e ali, surgem também as obrigações do indivíduo em face do Estado. A liberdade se subordina, sob essa nova

partem do indivíduo, mas fazem mais referências às finalidades da associação política, relacionando seus direitos ao bem comum da sociedade. Ademais, a Declaração francesa de 1789 trata da “felicidade de todos” apenas em seu preâmbulo. Já a Declaração da Virgínia a toma, no corpo de seu texto, por meta a ser alcançada (BOBBIO, 1992, p. 88-89).

Diferenças à parte, influenciadas pelas mesmas teorias filosóficas, as Declarações norte-americanas e a francesa apresentam muitos pontos de contato. Universais e inalienáveis, os direitos nelas enunciados, bastante similares, só poderiam ser limitados por leis confeccionadas por entidades eleitas democraticamente (DOUZINAS, 2009, p. 100). E as coincidências vão além. O principal autor da Declaração dos franceses foi o “herói da Revolução Americana”, o Marquês de Lafayette, que contou, na tarefa, com a colaboração de Thomas Jefferson (EDMUNDSON, 2006, p. 55). Não surpreende, portanto, que, conceitualmente, não existam grandes dissonâncias entre os *bills* dos Estados Unidos da América e a Declaração francesa: eles amadureceram, afinal, em um ambiente cultural açambarcado pelo jusnaturalismo e pelo contratualismo (MATTEUCCI, 1993, p. 353).

A importância das declarações dos norte-americanos e dos franceses é tamanha que, sustenta Costas Douzinas, elas constituem o marco inicial da modernidade, cujo encerramento simbólico se dá, em 1989, com a queda do Muro de Berlim⁸⁵. “Nesse meio tempo”, aduz, “os direitos naturais proclamados pelas declarações do século XVIII transformaram-se em direitos humanos” e “seu escopo e jurisdição expandiu-se da França e dos Estados Unidos para toda a humanidade” (DOUZINAS, 2009, p. 99). Ao consagrarem as liberdades individuais, tais documentos não os tomam por meras concessões do soberano: eles as reconhecem como direitos originários dos homens (NOVAIS, 2013, p. 77).

O primeiro dos dezessete artigos da Declaração francesa de 1789 afirma a liberdade e a igualdade em direitos dos homens. O artigo seguinte incumbe as associações políticas de conservar os direitos naturais e imprescritíveis do homem – a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão. Dentre outros direitos, a Declaração dos franceses enuncia a liberdade de expressão e de imprensa (com a responsabilização por “abusos”) e a presunção

perspectiva, ao Estado. Nenhum direito privado existe fora do Estado. O famigerado mote de Mussolini não era ecoado à toa: “Tudo no Estado, nada fora do Estado, nada contra o Estado (LEIBHOLZ, 2007, p. 94-97). “Dentro do Estado a liberdade com a disciplina; fora, nada. Dentro da nova lei cada direito é sagrado porque é um dever. É um dever do cidadão diante de si mesmo, porque é um dever diante da Pátria”, sentencia Giovanni Gentile (“Dentro lo Stato la libertà con la disciplina; fuori, niente. Dentro la nuova legge ogni diritto è sacro perchè è un dovere. E’ un dovere del cittadino verso se stesso, perchè è un dovere verso la Patria” (GENTILE, 1929, p. 64).

⁸⁵ Bobbio tem opinião parecida: “Os testemunhos da época e os historiadores estão de acordo em considerar que esse ato representou um daqueles momentos decisivos, pelo menos simbolicamente, que assinalam o fim de uma época e o início de outra, e, portanto, indicam uma virada na história do gênero humano” (1992, p. 85).

de inocência até a declaração da culpa, além de dispor que a lei só poderá proibir as ações nocivas à sociedade (EDMUNDSON, 2006, p. 56).

A doutrina dos direitos humanos finca suas raízes na filosofia jusnaturalista, cujo ponto de partida é o estado de natureza⁸⁶, “onde os direitos do homem são poucos e essenciais: o direito à vida e à sobrevivência, que inclui também o direito à propriedade; e o direito à liberdade, que compreende algumas liberdades essencialmente negativas” (BOBBIO, 1992, 73-74). Nos Estados Unidos da América, as Declarações da Virgínia e da Independência, ambas de 1776, expressam, segundo Costas Douzinas, o ideal naturalista de que os direitos do homem estariam melhor protegidos se o Estado não promovesse intervenções na sociedade. O governo não haveria de interferir naquilo que Thomas Paine define como as leis naturais da troca de bens e do trabalho social – que, sem controles ou obstáculos governamentais, levariam inexoravelmente à harmonia social. Os interesses dos indivíduos seriam os da própria sociedade. A função do governo se resumiria, assim, a aplicar os direitos naturais, que precederiam qualquer associação política (DOUZINAS, 2009, p. 101-102).

Sob a perspectiva liberal, assevera Bobbio, os direitos do homem, “considerados como direitos que o homem tem enquanto tal”, independem do poder político, incumbido unicamente de protegê-los. “Apenas o seu pleno reconhecimento dá origem àquela forma de Estado limitado por excelência que é o Estado liberal [...]”. Esses direitos fundamentais representariam uma limitação do poder político, uma barreira contra eventuais sanhas regulamentadoras do poder soberano (BOBBIO, 2004, p. 100-101). Tem-se, aí, a consagração de um individualismo fortemente marcado pela desconfiança em relação ao Estado e a todas as formas do poder organizado: o mundo de indivíduos orgulhosos de sua radical independência⁸⁷ (MATTEUCCI, 1993, p. 354).

⁸⁶ “O estado de natureza era uma mera ficção doutrinária, que devia servir para justificar, como direitos inerentes à própria natureza do homem (e, como tais, invioláveis por parte dos detentores do poder público, inalienáveis pelos seus próprios titulares e imprescritíveis por mais longa que fosse a duração de sua violação ou alienação), exigências de liberdade provenientes dos que lutavam contra o dogmatismo das Igrejas e contra o autoritarismo dos Estados” (BOBBIO, 1992, p. 74).

⁸⁷ “A concepção individualista custou a abrir caminho, já que foi geralmente considerada como fomentadora de desunião, de discórdia, de ruptura da ordem constituída. Em Hobbes, surpreende o contraste entre o ponto de partida individualista (no estado de natureza, há somente indivíduos sem ligações recíprocas, cada qual fechado em sua própria esfera de interesses e em contradição com os interesses de todos os outros) e a persistente figuração do Estado como um corpo ampliado, um ‘homem artificial’, no qual o soberano é a alma, os magistrados são as articulações, as penas e os prêmios são os nervos, etc. A concepção orgânica é tão persistente que, ainda nas vésperas da Revolução Francesa, que proclama os direitos do indivíduo diante do Estado, Edmund Burke escreve: ‘Os indivíduos passam como sombras, mas o Estado é fixo e estável.’ E, depois da Revolução, no período da Restauração, Lamennais acusa o individualismo de ‘destruir a verdadeira ideia da obediência e do dever, destruindo com isso o poder e o direito’. E, depois, pergunta: ‘E o que resta, então, senão uma terrível confusão de interesses, paixões e opiniões diversas?’” (BOBBIO, 1992, p. 59-60).

Defensores da separação entre o Estado e a sociedade, os liberais tomam os direitos fundamentais por esferas de autonomia a serem protegidas da intervenção estatal. Competiria às autoridades públicas apenas garantir as condições para o livre exercício dos direitos naturais do indivíduo. A rigor, dotados de um *status* negativo, “os direitos fundamentais assumem, naturalmente, o carácter de direitos contra o Estado, de garantias da autonomia individual contra as invasões do soberano”. Os verdadeiros direitos fundamentais seriam, portanto, os direitos do homem individual, isolado e abstrato – a exemplo da liberdade pessoal, da liberdade de consciência e sobretudo da propriedade privada⁸⁸, cuja defesa justificaria, inclusive, sustenta Jorge Reis Novais, a exclusão do direito ao voto. A título ilustrativo, Benjamin Constant argumenta que, com o voto, as massas atentariam, em seu próprio benefício, contra a propriedade alheia – justamente a da burguesia (NOVAIS, 2013, p. 78-81).

Segundo Schmitt, são direitos fundamentais, sob o Estado burguês de direito, aqueles que “podem valer como *anteriores e superiores* ao Estado” – que os reconhece e os protege como “esferas da Liberdade”. Relativizado pela burguesia – um simples meio com faculdades limitadas –, o Estado só existe para proteger os direitos fundamentais, que constituem, “essencialmente”, os direitos de um homem individual livre, de um homem universal, abstrato e isolado cuja nacionalidade é irrelevante. “Todos os teóricos do Estado do liberalismo burguês acentuam [...] que todo poder estatal tem que ser limitado” (SCHMITT, 1996a, p. 165, 167, 169, 170 e 202).

A liberdade de associação, de sindicalização, a liberdade de imprensa e de manifestação também são, segundo Schmitt, direitos “muito importantes”: os homens, afinal, sempre se relacionam com outros homens. Mas, afastando-se dos “direitos individualistas de liberdade” de jaez “humano-individualista”, tais direitos podem “facilmente” deixar de ser apolíticos. Esvai-se, assim, “o absoluto de sua proteção” – evidência de que eles não podem ser tidos por direitos fundamentais “autênticos”. A rigor, “em um Estado burguês de Direito, só podem ser considerados direitos fundamentais os direitos de liberdade do homem individual”: apenas eles são, a princípio, ilimitados. “Todos os direitos fundamentais autênticos são direitos

⁸⁸ Para Bobbio, a propriedade, declarada um direito inviolável e sagrado, “caracterizará historicamente a Revolução de 1789 como revolução burguesa” – que deve muito a Locke, para quem a propriedade privada decorre do trabalho individual, uma atividade desenvolvida antes e fora do Estado. Durante séculos, o direito de propriedade serviu como barreira contra o poder arbitrário do soberano. Não por acaso, Hobbes toma por sediciosas as teorias que conferem aos cidadãos a propriedade absoluta das coisas sob sua posse (BOBBIO, 1992, p. 94-95). Jorge Reis Novais defende que, “no Estado de Direito liberal, sob a égide da burguesia, mais que conteúdo de um direito fundamental, a propriedade é, como diz Vieira de Andrade, ‘uma condição objectiva (uma garantia) de liberdade – constituindo e distribuindo o poder de escolha (de compra) – e, simultaneamente, de felicidade’” (2013, p. 80).

fundamentais *absolutos*, isto é, não se garantem ‘com base nas leis’; seu conteúdo não resulta da Lei, mas a ingerência legal aparece como exceção [...] regulada em termos gerais”⁸⁹ (SCHMITT, 1996a, p. 170, 171 e 184).

2.5.2.2 *A separação de poderes*

A distinção de poderes constitui, para Schmitt, o segundo princípio⁹⁰ do Estado burguês de direito. É ele que deve, na prática, assegurar a “moderação e o controle de todos os órgãos de poder do Estado” (SCHMITT, 1996a, p. 186).

De acordo com Schmitt, a Revolução Inglesa conduziu, com o “senhorio do Parlamento”, a intentos teóricos e práticos que objetivavam a distinção ou divisão dos campos de atuação do poder do Estado. A lei passa a ser tida, então, como uma norma geral e válida para todos – inclusive para o legislador. Em seu *Oceana*, James Harrington forjou um intrincado sistema de freios e contrapesos para o mútuo controle dos diferentes ramos do Estado. Ainda em solo inglês, Locke defendeu, em seus *Tratados sobre o Governo*, a distinção entre o legislativo e o executivo: por dar margem ao arbítrio e a medidas particulares, não seria bom que os mesmos homens elaborassem e executassem as leis (SCHMITT, 1996a, p. 186-187).

Na esteira de uma ideia de equilíbrio que, segundo Schmitt, marca o pensamento europeu desde o século XVI – o equilíbrio da balança comercial, o equilíbrio do egoísmo e do altruísmo, o equilíbrio newtoniano da atração e da repulsão –, Montesquieu também tratou, na França, da necessidade de que um poder sirva de freio aos demais. Nos Estados Unidos da América, a Constituição de 1787 foi além do sistema de freios e controles ao instituir a *separação* de poderes: a título ilustrativo, ela não conferiu ao presidente a iniciativa de lei. Mas foi a Constituição francesa de 1791 a primeira a lançar em seu texto a expressão *separação de poderes*. De qualquer modo – seja qual for o termo utilizado –, a distinção de poderes está presente em todas as constituições do Estado burguês de direito⁹¹ – ainda que se trate de um

⁸⁹ O artigo 117 da constituição de Weimar dispunha que “o segredo de correspondência, tanto postal quanto telegráfica e telefônica, é inviolável. Apenas por lei do *Reich* podem dar-se exceções”. Por outro lado, há, na mesma carta, direitos “relativos”, a exemplo daquele estampado em seu artigo 152: “No intercâmbio econômico rege a liberdade de contratação com base nas leis”. Na verdade, a constituição de Weimar relativizou até mesmo a propriedade privada ao dispor, em seu artigo 153, que “a propriedade é garantida pela Constituição. Seu conteúdo e seus limites resultam das leis”. A redação é contraditória. A primeira parte do dispositivo a toma por anterior ao Estado. Na sequência, porém, ela é tida por uma criação legal (SCHMITT, 1996a, p. 170-171).

⁹⁰ Os direitos fundamentais são o primeiro princípio.

⁹¹ Se é “essencial” ao Estado de direito, o princípio da distinção de poderes não o é, assevera Schmitt, para a “Constituição de um povo com existência política” (2007, p. 200).

esquema teórico que nunca foi colocado em prática em todos os seus detalhes (SCHMITT, 1996a, p. 187-189).

Apesar de suas ambiguidades – ela não constitui, definitivamente, um sistema simples –, a teoria da separação de poderes foi, sustenta Maurice Vile, a mais significativa das doutrinas modernas a respeito do controle e dos limites do poder estatal. Há três séculos ela é tomada, de modo praticamente unânime, por um “requisito básico de todo Estado constitucional”. É verdade que suas raízes se encontram na Antiguidade. Mas sua formulação “coerente” só ocorrerá na Inglaterra do século XVII. Com potencial revolucionário, alardeada como “o grande segredo da liberdade e do bom governo”, a teoria da separação de poderes passaria a ser usualmente manejada, dali em diante, sobretudo nos Estados Unidos da América e na França, por aqueles que se batiam contra os privilégios aristocráticos e o poder monárquico (VILE, 2007, p. 01, 02, 03 e 15).

Vile traça um panorama da “doutrina pura”, um “modelo ideal”, da separação de poderes:

É essencial para o estabelecimento e conservação da liberdade política que o Estado se divida em três ramos ou departamentos, chamados corpo legislativo, corpo executivo e corpo judicial. A cada um destes três ramos corresponde uma função, que leva seu próprio nome. Cada ramo do Estado deve limitar-se a exercer a função que lhe é própria, sem que se lhe permita interferir nas funções dos outros ramos. Ademais, as pessoas que compõem cada uma destas três agências devem ser diferentes, sem que se permita que um só indivíduo forme parte de mais de um ramo simultaneamente. Deste modo, cada um dos três ramos controlará os dois restantes, e o manejo da maquinaria do Estado nunca poderá ficar nas mãos de um só grupo de indivíduos (2007, p. 13-14).

A doutrina da separação de poderes tem como elemento essencial a restrição do poder do Estado por meio de sua dispersão, de sua divisão. A história dessa teoria constitui, segundo Vile, o reflexo da aspiração humana por um sistema de governo capaz de sujeitar o exercício do poder a um controle – problema sobre o qual já se debruçavam pensadores antigos, fontes de inspiração para os estudos modernos. A título ilustrativo, Aristóteles chamou a atenção para a conexão entre a legalidade e as funções do Estado. Gerais, as leis deveriam ser aplicadas, com certa margem de discricionariedade, aos casos individuais. Tem-se, aí, duas operações diversas: a criação e a execução das leis (VILE, 2007, p. 15, 21 e 23).

Locke também defenderia, muitos séculos mais tarde, a necessidade de separar o processo de criação das leis de sua execução. A doutrina da separação de poderes constitui um elemento fundamental do pensamento político-jurídico do autor inglês, para quem as

autoridades legislativa e executiva têm suas origens no estado de natureza, no qual, sustenta, não há, porém, uma lei estabelecida, fixa e de conhecimento geral, juízes imparciais investidos da função de resolver disputas em torno de sua aplicação e, ainda, um poder a respaldar e garantir a execução de suas sentenças. A divisão enunciada é tripartida, mas Locke se mantém fiel, na maior parte dos primeiros capítulos de seu *Segundo Tratado sobre o Governo Civil*, à “antiga divisão entre duas únicas funções e autoridades” (VILE, 2007, p. 65-66).

Muito embora reconheça expressamente a necessidade de juízes independentes e imparciais, Locke não agrega aos poderes legislativo e executivo um poder judicial. Sua contribuição mais importante à concepção das funções do Estado é uma divisão no interior do poder executivo. Além da autoridade executiva propriamente dita, há, dentro dele, uma função por ele denominada *federativa*, encarregada dos assuntos externos, a exemplo das declarações de guerra ou dos tratados com potências estrangeiras. Trata-se, na verdade, também de uma função executiva – mas diferenciada das tarefas internas do governo (VILE, 2007, p. 66-68).

Seguindo a versão difundida no século XVII da separação de poderes, Locke defende que, de modo a preservar a liberdade, o executivo e o legislativo devem, exercidos por instâncias diferentes, recair em mãos diversas. “Como afirmava Locke insistentemente, deveria haver um poder executivo separado, já que o corpo legislativo devia ocupar-se unicamente de aprovar normas gerais e não podia funcionar de maneira contínua e ininterrupta”. As ressalvas do autor inglês quanto à frequência das reuniões dos parlamentares denotam sua desconfiança não apenas em relação ao rei, mas também ao corpo legislativo (VILE, 2007, p. 68-69).

Para o autor do *Segundo Tratado sobre o Governo Civil*,

como pode ser muito grande para a fragilidade humana a tentação de ascender ao poder, não convém que as mesmas pessoas que detêm o poder de legislar tenham também em suas mãos o poder de executar as leis, pois elas poderiam se isentar da obediência às leis que fizeram, e adequar a lei a sua vontade, tanto no momento de fazê-la quanto no ato de sua execução, e ela teria interesses distintos daqueles do resto da comunidade, contrários à finalidade da sociedade e do governo. Por isso, nas comunidades civis bem organizadas, onde se atribui ao bem comum a importância que ele merece, confia-se o poder legislativo a várias pessoas, que se reúnem como se deve e estão habilitadas para legislar, seja exclusivamente, seja em conjunto com outras, mas em seguida se separam, uma vez realizada a sua tarefa, ficando elas mesmas sujeitas às leis que fizeram; isto estabelece um vínculo novo e próximo entre elas, o que garante que elas façam as leis visando o bem público (LOCKE, 2019, p. 75).

Nenhuma das agências do Estado é, para Locke, onipotente. Ainda que a função legislativa seja anterior à executiva – o que implica sua supremacia, pois o executivo deve seguir as normas estabelecidas pelo legislativo –, os poderes dos parlamentares não poderiam

ser arbitrários ou ilimitados (VILE, 2007, p. 70-71). “O legislativo”, defende o pensador inglês, “não pode arrogar para si um poder de governar por decretos arbitrários improvisados, mas se limitar a dispensar a justiça e decidir os direitos do súdito através de leis permanentes já promulgadas e juízes autorizados e conhecidos” (LOCKE, 2019, p. 72). Vile assevera que, para Locke, “a natureza da autoridade administrativa está ligada a procedimentos pré-determinados, e não se estende à imposição de ‘editos improvisados ou resoluções sem fundamento’”. O legislador não pode, assim, segundo o filósofo inglês, simplesmente fazer o que lhe dá na veneta (VILE, 2007, p. 71).

A teoria do Estado de Locke apresenta os elementos básicos da doutrina da separação de poderes, mas não em sua forma “pura”, pois ele defende o poder de veto do rei a projetos do legislativo e, ainda, a supervisão, pelos parlamentares, da execução das leis – justamente como Montesquieu, que, sob a perspectiva de Vile, mescla a divisão de poderes com um sistema de freios e contrapesos ao prever, por exemplo, a possibilidade do chefe do executivo convocar o corpo legislativo e determinar a duração de suas assembleias (VILE, 2007, p. 73, 74, 101 e 105).

Montesquieu não é, conforme Vile, o mais original dos teóricos da separação de poderes: inúmeras de suas teses são tomadas, por exemplo, de Locke. Não há dúvida, porém, de que é o nome do francês o mais citado quando o tema vem à tona – ainda que a expressão “separação de poderes” sequer esteja explicitamente estampada em seu *O Espírito das Leis* (se bem que se lê, ali, que a liberdade desaparece quando os três poderes não estão “separados”). Não são fortuitas, por certo, as divergências a respeito da teoria de Montesquieu. Na Europa, juristas veem em sua obra uma defesa da “doutrina pura da separação de poderes”. Uma outra corrente de pensadores, integrada sobretudo por politólogos, nela identifica uma doutrina da “separação parcial de poderes”, matizada por um sistema de freios e contrapesos. Há também quem defenda que “aplicar a expressão ‘separação de poderes’” ao pensamento de Montesquieu é um “exagero ou uma tergiversação” (VILE, 2007, p. 85, 95 e 96).

Na esteira de Charles Eisenmann, Louis Althusser também sustenta que a teoria de Montesquieu engendrou um verdadeiro mito entre os juristas, cegos para as possibilidades de interferências recíprocas entre os poderes no modelo exposto n’*O Espírito das Leis* – a título ilustrativo, o direito de veto do executivo aos projetos de lei do parlamento, a tomada de contas realizada pelo legislativo em face dos ministros do governo e o julgamento dos processos políticos pelas câmaras baixa e alta. Não se vê, aí, “pureza” alguma na separação de poderes, mas uma combinação, fusão ou ligação deles, nota Althusser. Para o marxista francês,

Montesquieu está preocupado com a relação política entre as três potências dos dois poderes existentes. No executivo e no legislativo, mediam forças o rei, a nobreza e o povo, ou seja, o executivo, a câmara alta e a câmara baixa. O barão iluminista buscava arquitetar um governo moderado. Seu problema era, portanto, antes de tudo, político: ele não dizia respeito ao universo jurídico da “definição da legalidade e das suas esferas”. “A famosa *separação dos poderes*”, conclui o autor de *Aparelhos Ideológicos de Estado*, “não passa da divisão ponderada do poder entre potências determinadas” – um cálculo que, no fim das contas, asseguraria, em um turbulento período revolucionário, prestígio e proteção à já decadente aristocracia (ALTHUSSER, 1972, p. 129-135).

Divergências de interpretação à parte, não há dúvida de que Montesquieu inova ao colocar o *poder de julgar* no mesmo nível analítico das outras duas funções estatais, estabelecendo, assim, a trindade legislativo, executivo e judicial, que viria a caracterizar o pensamento político moderno. Conquanto não atribua ao ramo judicial o mesmo *status* dos ramos legislativo e executivo, o iluminista francês se bate insistentemente pela independência dos juízes. Tudo somado, Montesquieu formula, em 1748, a divisão tripartida das funções do Estado de um modo similar ao que se tem nos dias de hoje⁹², com a função legislativa incumbida da criação das leis, a executiva de seu cumprimento e a judicial da resolução dos conflitos a propósito de sua aplicação. Tais funções, ressalta Vile, contêm, em si, claramente diferenciados, todos os poderes do Estado⁹³ (VILE, 2007, p. 98-101). “Tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo exercesse os três poderes: o de fazer as leis, o de executar as relações públicas e o de julgar os crimes ou as querelas entre os particulares” (MONTESQUIEU, 1996, p. 168).

Para Vile, a importância de Montesquieu é tamanha que, depois dele, ganhando ares de autonomia, a doutrina da separação de poderes deixa de ser uma teoria exclusivamente inglesa para se tornar uma “característica universal de todo Estado constitucional” (2007, p. 108). Do outro lado do Atlântico, nos Estados Unidos da América, James Madison afirmaria que Montesquieu era o “oráculo sempre consultado e sempre citado” a respeito do tema: “se ele não é autor do inestimável preceito de que falamos, pelo menos foi ele quem melhor o

⁹² Conforme Vile, “Montesquieu foi um dos primeiros autores que usou o termo ‘executivo’ com um sentido próximo ao moderno [...]” (2007, p. 107).

⁹³ A rigor, “todo ato de governo podia incluir-se em uma ou outra dessas categorias” (VILE, 2007, p. 98-101).

desenvolveu e quem o recomendou de uma maneira mais efetiva à atenção do gênero humano”⁹⁴ (MADISON, 1979, p. 124).

Madison não acredita que Montesquieu tenha descartado “toda *ação parcial*, ou toda *influência*, dos diferentes poderes uns sobre os outros”⁹⁵. E o Federalista faz essa consideração para afirmar sua própria posição: para ele, a liberdade estaria em risco com a concentração *plena* de mais de um poder nas mãos de um único ator. Nos termos do próprio político norte-americano, “a acumulação dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário nas mãos de um só indivíduo, onde uma só corporação, seja por efeito de conquista ou de eleição, constitui necessariamente a tirania” (MADISON, 1979, p. 124-125). E a manutenção do regime de separação de poderes exige, segundo Alexander Hamilton *ou*⁹⁶ James Madison, que seus ocupantes tenham “a menor influência possível na nomeação dos depositários dos outros poderes”. A “desgraça”, contudo, é que, nos governos republicanos, “o Poder Legislativo há de necessariamente predominar” – algo que poderia ser um pouco minimizado, alvitram os Federalistas, com a atribuição do poder de veto parcial ao poder executivo, que, assim, teria sua “fraqueza” compensada (1979, p. 130-131).

O protagonismo do poder legislativo não é fortuito. No Estado de direito do liberalismo oitocentista, aduz Novais, a divisão de poderes não é neutra ou exatamente equilibrada, pois é no parlamento, sua fortaleza em face das investidas do executivo, que a burguesia, assegurando o controle da atividade administrativa por meio do princípio da legalidade, faz valer a sua força social⁹⁷ (2013, p. 89). Em suas origens, o Estado de direito europeu vê o poder legislativo prevalecer sobre o executivo e o judiciário. A subordinação de todos os órgãos do Estado à lei dá significado tanto à divisão de poderes quanto aos direitos fundamentais (HELLER, 1987, p. 111).

⁹⁴ Madison é um dos idealizadores da constituição norte-americana, texto em que a separação de poderes exhibe sua “plena afirmação” (BOBBIO, 2004, p. 100).

⁹⁵ “Esmiuçando o que constitui o despotismo, embora situando-o no Oriente, Montesquieu elaborou as ferramentas teóricas com as quais as tradições liberal e democrática (e é essencial não se reduzir uma à outra) iriam haver-se com o monstro que pretendem evitar ou destruir, quer o chamemos de poder absoluto, despótico ou totalitário”, assevera Renato Jeanine Ribeiro (1996, p. XXXIII-XXXIV).

⁹⁶ Há dúvidas a respeito da autoria desse texto dos Federalistas.

⁹⁷ Segundo Franz Neumann, “a teoria da separação de poderes [...] não implica a igualdade de valores dos três poderes divididos. Desde Locke, ela sempre pugnou pela proeminência do poder legislativo. Assim, durante todo o século XIX, e na Alemanha até 1919, foi negado ao Judiciário o direito de examinar leis que tivessem sido apropriadamente promulgadas” (1969, p. 48).

2.5.2.3 O parlamentarismo

É na estrutura policêntrica do Estado da Idade Média que se encontram os pressupostos para o nascimento das instituições parlamentares, sustenta Maurizio Cotta. A descentralização da autoridade feudal exigia, então, um elemento “compensatório” ou de unificação. Esse papel seria desempenhado, em um primeiro momento, por pequenas assembleias integradas por feudatários leigos e eclesiásticos diretamente ligados à figura do soberano (COTTA, 1993, p. 878).

Mas, pouco a pouco, essas assembleias crescem e se tornam os “parlamentos medievais”, onde passam a ter assento, também de modo gradual, delegados dos centros urbanos, cuja importância econômica e social só fazia crescer. Entre os séculos XII e XIV, essas instituições perdem, assim, por toda a Europa, o caráter consultivo de outrora: “o *Magnum Consilium* se transforma em *Parlamentum*, saindo desta transformação com uma posição de maior autonomia em face do poder régio” (COTTA, 1993, p. 878).

Com o objetivo de fazer valer seus programas políticos, os reis se batem pela instituição de um poder central em seus territórios – tarefa impossível sem o apoio dos poderes periféricos, fossem eles feudais ou urbanos. É o próprio poder real que acaba por trazer para o jogo político institucional esses atores, que, obviamente, defenderão, no parlamento, seus interesses, buscando, inclusive, controlar o soberano. A tensão é evidente: os reis buscam apoio nas assembleias, mas não pretendem dividir seu poder (COTTA, 1993, p. 878-879).

Nos séculos XVI e XVII, período das monarquias “nacionais” e “modernas”, as instituições parlamentares sofrem, exceto na Inglaterra, um duro golpe. Os poderes administrativos dos monarcas crescem e os parlamentos testemunham a diminuição de sua força – inclusive em razão de sua subdivisão em classes, astutamente capitalizada pelos reis. Não se deve esquecer, ainda, de que, à época, a nascente burguesia europeia vê com bons olhos os projetos da monarquia absoluta, tida por uma força que promoveria a superação dos obstáculos da organização feudal às atividades econômicas (COTTA, 1993, p. 879).

No século XVIII, surge, sem um passado medieval às suas costas, sem uma divisão por classes e com uma ampla base de eleitores, o parlamento norte-americano. Na França, ressurgem, no fim do mesmo século, os Estados gerais. Essas inovações abriram o caminho para o século de ouro do parlamentarismo – o XIX –, quando, na Inglaterra, na França, na Bélgica, na Holanda e na Itália, o parlamento se torna o protagonista do debate político e estende a sua influência sobre o governo, até então sob a batuta régia: “a monarquia constitucional cede

o lugar ao regime parlamentar, que tem como fulcro a ‘responsabilidade’ do governo perante o Parlamento” (COTTA, 1993, p. 879).

Segundo Schmitt, a Europa continental assiste, no século XIX, a um aumento da influência política da “representação popular eletiva” em face dos governos monárquicos. O parlamento ganha poder. Sua atuação já não se restringe à edição de leis. Ele passa a fiscalizar as atividades de governo e a produzir leis outrora tidas por atos típicos do executivo – a exemplo das leis orçamentárias (SCHMITT, 1996a, p. 294).

Toma corpo, assim, a ideia de um domínio do parlamento sobre o governo. “O princípio da distinção de poderes teria sido suprimido em benefício de um absolutismo do Parlamento, e a demanda de um Governo parlamentar se converteria em uma demanda puramente democrática”. É sob esse pano de fundo que o sistema parlamentar se torna a “forma de Governo própria de uma Constituição moderna do Estado de direito” (SCHMITT, 1996a, p. 295).

Tal sistema constitui a “essência do Estado burguês de Direito”, “a exigência política própria da burguesia liberal”. O parlamentarismo não é, exatamente, uma forma de governo independente ou especial, mas um *blend* de diversas formas de governo⁹⁸. Há, nele, expressos na figura do governo, elementos monárquicos. A representação no parlamento tem tintas aristocráticas – sobretudo quando presentes uma câmara baixa e uma câmara alta. A votação direta para a escolha dos membros do parlamento é a contribuição democrática para o sistema. “A peculiar situação política do liberalismo burguês – colocado entre a soberania do príncipe e a do povo –, encontrou sua expressão nessa forma política intermediária” (SCHMITT, 1996a, p. 215, 217 e 295).

A “parlamentarização” do governo constitui, na Europa continental do século XIX, um programa dos partidos democráticos contra o governo monárquico. Ao menos na França e na Alemanha, o parlamentarismo é trabalhado como sistema político idealmente fundamentado entre 1815 e 1848 – “a época clássica da ideia parlamentar”. Apenas no século XX – quando a burguesia, com seu poder já consolidado, “esqueceu-se da verdadeira luta” –, o parlamentarismo tornar-se-ia, nos termos de Max Weber, uma regra de jogo prática. Antes

⁹⁸ “O elemento próprio do Estado de Direito, com os dois princípios: direitos fundamentais (como princípio da participação) e divisão de poderes (como princípio orgânico), não implica, considerado em si mesmo, *forma* de governo alguma, mas sim apenas uma série de limites e controles do Estado, um sistema de garantias da liberdade burguesa e da relativização do poder do Estado” (SCHMITT, 1996a, p. 201).

disso, de 1815 a 1830, a burguesia liberal se bate, entre as “experiências revolucionárias e napoleônicas”, contra a monarquia e contra a Restauração (SCHMITT, 1996a, p. 297-298).

Entre 1830 e 1848, aduz Schmitt, toma forma, na França e na Bélgica, um sistema político por muitos encarado como “o tipo ideal do Estado burguês”. Nele, a burguesia liberal se encontra a meio caminho da derrotada monarquia e da pujante democracia radical ou mesmo proletária. Sua posição intermediária reflete um ideal de moderação política. Em 1848, ano marcado por inúmeras revoluções, os burgueses se apoiam na monarquia e em um conceito de lei típico do Estado de direito para resguardar a sacralidade da propriedade privada e da liberdade tipicamente burguesa. Por outro lado, eles recorrem à ideia de representação popular democrática contra as pretensões monárquicas (SCHMITT, 1996a, p. 298).

Schmitt lembra que à burguesia já não apetecia, em 1848, o princípio da revolução. Os burgueses não aspiravam, porém, a um retorno ao passado. Na verdade, eles não queriam “nada concreto” – nem monarquia, nem ditadura e nem república. A manutenção de um rei no poder poderia atizar as massas pequeno-burguesas ou proletárias. Um regime ditatorial não prezaria pela liberdade. Uma república poderia, fraca, cair nas mãos da aristocracia. A rigor, a única demanda burguesa é, em um ambiente político moderado, a segurança. “Os princípios da liberdade burguesa podem, pois, conciliar-se com qualquer forma de governo, contanto que sejam reconhecidas as limitações jurídico-políticas do poder do Estado e o Estado não seja ‘absoluto’” (SCHMITT, 1996a, p. 202 e 298).

A instrução e a propriedade são, segundo Schmitt, as bases do sistema parlamentar forjado, sob um delicado equilíbrio, pela burguesia liberal. “O Parlamento burguês do século XIX é, pela ideia a que responde, uma assembleia de homens ilustrados, que representam ilustração e razão: a ilustração e a razão da Nação inteira”. Cabe aos sábios representantes do povo identificar o desejo da população – ainda que ela mesma não saiba exatamente qual é a sua verdadeira e efetiva vontade, aquela que lhe convém⁹⁹. Nos termos de Ernst Renan, a opinião da maioria não há de se impor se ela não estiver de acordo com a razão e a opinião ilustrada (SCHMITT, 1996a, p. 299).

Mas esse parlamento recebe tanto a função de representar toda a nação quanto a incumbência de representar os interesses dos proprietários, tarefa cuja efetividade é assegurada pelo voto censitário. Ao, por exemplo, editar normas tributárias, os parlamentares não têm em vista apenas a representação nacional: são seus próprios interesses que estão em jogo. Aos

⁹⁹ “O Deputado é, para a ideia do velho Liberalismo, um homem selecionado por sua inteligência e preparação, para cuidar sozinho do Todo político enquanto tal” (SCHMITT, 1996a, p. 215-216).

poucos, a luta política da burguesia cede espaço para a econômica. Os burgueses “perdem a fé” no caráter representativo do parlamento e se aliam a governos dos mais diferentes matizes: a monarquias constitucionais, ao bonapartismo e a repúblicas constitucionais – com a condição de que, é claro, não fossem colocados em xeque seus interesses econômicos, notadamente o instituto da propriedade privada (SCHMITT, 1996a, p. 300-301).

A proeminência do poder legislativo, de um governo das leis, leva consigo a ideia de que as mudanças sociais só poderiam se dar por meio da legislação. Tudo estaria, assim, sob controle, pois, ao menos na Inglaterra e na França do século XIX, as classes médias ocupam a maior parte das cadeiras do parlamento. Ao elaborar as leis, a burguesia não atentaria, obviamente, contra seus próprios interesses. As intervenções sobre a liberdade e a propriedade não a prejudicariam. E mais: o parlamento atuaria, assim, como um instrumento para frear o progresso social. “A invocação do direito como o único soberano e o *dictum* de que soberania é ‘um Governo de leis e não de homens’ torna supérfluo mencionar que, na realidade, os homens governam, mesmo quando o fazem dentro da estrutura legal” (NEUMANN, 1969, p. 48-49).

Paulatinamente, porém, com a supressão do sufrágio atrelado ao tamanho do bolso e com a participação cada vez mais ativa das massas na política, o parlamento se afasta de seu caráter ilustrado e se torna um “meio de expressão da opinião pública”. Especificamente na Alemanha, pensadores como Robert von Mohl advertiam que o delicado e conflituoso equilíbrio entre a monarquia constitucional, de um lado, e a representação popular e o governo, de outro, não duraria para sempre (SCHMITT, 1996a, p. 300-303).

Schmitt nota, a respeito, que, sob Otto von Bismarck, a balança pende para a monarquia. Os liberais e os democratas defendem, à época, um parlamento mais forte, mas não contam com uma teoria coesa e convincente para auxiliá-los em sua empresa. O problema não era dos menores: se já não era possível ignorar o proletariado – liberais como Max Weber, Hugo Preuss e Friedrich Naumann defendiam “inserir” essa nova classe no Estado –, o sistema parlamentar tinha por base a instrução e a propriedade privada. No fim das contas, “a ideia e sentimento especificamente liberais e próprios do Estado burguês de Direito cedem seu posto a uma união de Democracia e reforma social” (SCHMITT, 1996a, p. 300-303).

Para Weber,

a parlamentarização e a democratização não se encontram necessariamente em uma relação de reciprocidade, mas com frequência se opõem uma à outra. Ultimamente, chegou-se às vezes até a acreditar que se trata de uma oposição necessária, pois, segundo esta opinião, um verdadeiro parlamentarismo apenas é possível em um sistema bipartidário, e isto somente com uma dominação de notáveis aristocráticos

dentro dos partidos. E, de fato, o antigo parlamentarismo histórico da Inglaterra, de acordo sua origem estamental, não era, nem mesmo após a *reform bill* e durante o primeiro tempo da guerra, autenticamente “democrático” no sentido continental (2009, p. 568).

Ainda segundo Weber, o líder político nas democracias de massas não é eleito por se destacar, no parlamento, dentre uma camada de notáveis, mas por sua pessoa. Há, nelas, uma tendência cesarista: os cidadãos creem na vocação do líder e o aclamam. Apesar disso, nota o autor de *Economia e Sociedade*, nenhum “democrata” havia, até então, exigido seriamente a eliminação do parlamento, insubstituível quando se fala de processo legislativo, da publicidade dos atos da própria administração ou, sua tarefa precípua, da fixação do orçamento¹⁰⁰ (WEBER, 2009, p. 572, 573 e 575).

Até o despontar da Primeira Guerra Mundial, assevera Hermann Heller, o Estado de direito era tido, na Europa, por um fato consumado, reconhecido e realizado (1987, p. 207). A “certeza da liberdade conforme a lei” constituía o objetivo de uma burguesia que, na virada do século XVIII, demonstrava toda a sua pujança espiritual e econômica. Suas exigências de segurança política e econômica foram determinantes para o surgimento de um Estado de direito marcado pela divisão de poderes e pelos ideais de liberdade e igualdade política. A “democracia burguesa” era, porém, limitada à cultura e à propriedade – que, àquela altura, segundo Heller, ainda andavam juntas (HELLER, 1987, p. 207 e 210).

Mas tudo isso haveria de mudar. Organizado em sindicatos e partidos e com cadeiras no parlamento, o proletariado passa a lutar pela implantação de uma “democracia social”. Dentro dos marcos legais, os trabalhadores reivindicariam a extensão do Estado de direito material à organização do trabalho e à distribuição dos bens (HELLER, 1987, p. 211 e 214).

Equiparado à burguesia sob o ponto de vista jurídico-político, o proletariado põe em perigo o poder econômico burguês:

O sujeito economicamente fraco procura, por meio da legislação, agredir aquele economicamente forte para constrangê-lo a ampliar as prestações sociais, ou mesmo para subtrair a sua propriedade. Assim o capitalismo conduziu o princípio democrático até que o seu autor, a burguesia, venha a ser ameaçada em seu domínio.

¹⁰⁰ Vestindo o figurino do bom liberal dos anos 1920, Weber sustenta que o “perigo” da democracia de massas repousa em seu caráter particularmente emocional e irracional: “as ‘massas’, como tais (quaisquer que sejam as camadas sociais das quais se compõem no caso concreto), ‘somente pensam até depois de amanhã’”. Decisões “com a cabeça fria” são mais comuns quando é pequeno o número daqueles que dela participam – coisa que, defende o sociólogo alemão, também facilita a definição da responsabilidade de cada um (WEBER, 2009, p. 577 e 579).

Do ponto de vista do Estado de direito não parece de fato possível uma exclusão permanente do proletariado do legislativo¹⁰¹ (HELLER, 1987, p. 211).

Esse legislador popular, afirma Heller, torna-se “aquele espírito que a burguesia evocou sem poder domá-lo”. Conferir aos juízes, membros das classes dominantes, o poder de controlar o conteúdo das leis foi uma tentativa de frear o risco de um Estado de direito social¹⁰². Mais tarde, alguns países se valeram “do diabo da ditadura” para exorcizar a ameaça (HELLER, 1987, p. 211-212).

Rechazando o seu próprio mundo espiritual, deixando de lado a dimensão ética de suas antigas concepções políticas, a burguesia põe em xeque seu ideal de Estado de direito – um processo de negação e de esvaziamento que, a rigor, já ocorria desde as revoluções europeias de 1848. Dali em diante, uma concepção material do Estado de direito daria lugar a construções técnico-formais. Só importaria, então, a previsibilidade da certeza burguesa da lei – não mais a sua justiça (HELLER, 1987, p. 211, 212 e 214).

2.6 O ESTADO DE DIREITO E O IMPÉRIO DA LEI: O ESTADO É A LEI, A LEI É O ESTADO

2.6.1 Fidel, Urrutia e Sartre: sobre homens e princípios

Em 1960, Jean-Paul Sartre esteve em Cuba. Ele pretendia acompanhar de perto as mudanças lá promovidas por Fidel Castro e Ernesto Che Guevara – os rebeldes que, ao lado de Camilo Cienfuegos, apearam o ditador Fulgencio Batista do comando do país. As análises do filósofo a respeito da Revolução Cubana foram publicadas no diário *France-Soir*.

Em um de seus artigos para o jornal francês, Sartre conta que, pouco antes da tomada do poder, os rebeldes resolveram oferecer a presidência de Cuba a Manuel Urrutia, um ex-juiz

¹⁰¹ “Il soggetto economicamente debole cerca, per mezzo della legislazione, di aggredire quello economicamente forte per costringerlo a più ampie prestazioni sociali, o sottraendogli addirittura la proprietà. Così il capitalismo ha condotto il principio democratico fino alla conseguenza che il suo autore, la borghesia viene minacciato nel suo dominio. Dal punto di vista dello stato di diritto non sembra infatti possibile una permanente esclusione del proletariato dal legislativo”.

¹⁰² Tocqueville já defendia que um Judiciário independente seria fundamental para garantir a estabilidade da república dos Estados Unidos da América: “Não são apenas as garantias jurídicas isoladas, mas sobretudo a capacidade constitucionalista dos juízes americanos que Tocqueville apresenta como guardiões para que a pressão da maioria não influencie, retarde e obstrua os tribunais; atuando assim como um forte baluarte contra a tirania e como ‘único contrapeso para a democracia’” (OFFE, 2010, p. 37-38).

que ganhara destaque nacional em 1957, ano em que 150 jovens foram processados por “ações antigovernamentais” e por tentar ingressar nas guerrilhas comandadas por Castro. Urrutia julgou o caso: “em vista da usurpação e retenção ilegal do poder por Batista, os acusados agiram de acordo com seus direitos constitucionais”, sentenciou. “A tirania de Batista”, sustentou o juiz, “é ilegal; logo, a revolução é legítima”. Sartre parece contrariado com o silogismo: “Era um argumento de advogado” (SARTRE, 1960, p. 86).

Batista não gostou nada da decisão. Perseguido, Urrutia deixou o país. Mas Castro arranhou um encontro com ele na *Sierra Maestra* em 1958. Ao entrevistá-lo, o líder rebelde se decepcionou, pois, segundo Sartre, ele “esperava encontrar um homem e apenas avistara um princípio”. Ainda assim, o antigo magistrado foi alçado à condição de presidente de Cuba. “Urrutia, durante sua presidência, foi a própria legalidade, na mais tirânica e formal universalidade” (SARTRE, 1960, p. 86-87).

Em janeiro de 1959, logo depois de assumir a presidência, Urrutia determinou o fechamento dos cassinos e dos prostíbulos. Houve muita reclamação: os empregados das casas de jogo e as prostitutas ficaram, do dia para a noite, sem qualquer renda. Para Castro, que comandava as Forças Armadas, era necessário, antes de qualquer medida do tipo, reempregar e requalificar todos. E a prostituição, sustentou, teria fim com a melhoria das condições de vida no campo – algo a caminho. O presidente cedeu: os jogos de azar foram nacionalizados e as prostitutas continuariam de portas abertas. Castro foi nomeado primeiro-ministro logo depois desse episódio (SARTRE, 1960, p. 87-89).

Esse “conflito”, considera Sartre, é “significativo”: “como sucede frequentemente após os grandes movimentos populares, o poder estava bicéfalo”. E arremata: “a autoridade real não era legal, a autoridade legal não era real” (SARTRE, 1960, p. 89).

O caso narrado e analisado pelo autor d’*A Náusea* diz muito a respeito das intrincadas relações entre a legalidade e a legitimidade – tema de que se ocuparão as próximas laudas.

2.6.2 Um governo das leis ou dos homens?

“Desde a antiguidade”, sustenta Norberto Bobbio, “o problema da relação entre direito e poder foi apresentado com esta pergunta: ‘é melhor o governo das leis ou o governo dos homens?’” (2004, p. 95-96)¹⁰³.

¹⁰³ Segundo Jean-François Kervégan, a opinião de que a lei deve reinar, não os homens, é tão antiga quanto a própria ideia de lei (2006, p. 31).

Aristóteles lança esse questionamento em um dos capítulos d’*A Política*: “o ponto principal dessa pesquisa é saber se é mais vantajoso ser submetido à autoridade de um homem ou à de leis perfeitas”. As leis são demasiadamente genéricas: elas não seriam capazes de dar conta dos casos particulares – diriam os partidários do governo dos homens. Mas, pondera Aristóteles, alheia às paixões e às moléstias, “a lei é inflexível; a alma humana, ao contrário, está forçosamente sujeita às paixões”, que corrompem os magistrados e os melhores homens (ARISTÓTELES, 2011, p. 125, 126 e 130).

A generalidade, a constância e a frieza da lei fizeram com que ela fosse identificada, segundo Bobbio, com a voz da razão. Não à toa, as primeiras constituições escritas, as norte-americanas e as francesas, “nascem sob o signo da missão histórica extraordinária de quem instaura, com um novo corpo de leis, o reino da razão, interpretando as leis da natureza e as transformando em lei positiva com uma constituição saída, de um só jato, da mente dos sábios” (BOBBIO, 2004, p. 96). De acordo com Simone Goyard-Fabre, ao investigar as bases da legitimidade do poder, “Rousseau e depois a Revolução Francesa não tardarão em confirmar, na teoria e na prática, que a autoridade política só encontra sua fundamentação e sua justificação nos poderes da razão” (2002, p. 279-280).

Desde o século XVIII, com o desenvolvimento de um grande culto à lei, a legalidade se tornou “o princípio mais atuante do direito político”. Já a legitimidade passou a ser encarada, dali em diante, como a “regularidade formal das decisões e das ações do Estado”. Conforme Goyard-Fabre, “a legalidade seria assim, segundo a exigência lógica da racionalidade, o modelo moderno da legitimidade”. A união de legalidade e legitimidade acabou por se tornar, desse modo, uma das principais marcas da política e do Estado modernos (GOYARD-FABRE, 2002, p. 281-282).

Max Weber afirma que, na modernidade, a dominação legítima é a legal. Assim como as associações políticas de outrora, o Estado também é, segundo o sociólogo alemão, uma relação de dominação. A sujeição à ordem decorre de uma crença na legitimidade da coação (WEBER, 2009, p. 526). De caráter racional, a dominação legal se baseia “na crença na legitimidade das ordens estatuídas e do direito de mando daqueles que, em virtude dessas ordens, estão nomeados para exercer a dominação” (WEBER, 2015, p. 141-142).

Na dominação legal, “todo direito, mediante pacto ou imposição, pode ser *estatuído* de modo racional – racional referente a fins ou racional referente a valores (ou ambas as coisas) – com a pretensão de ser respeitado pelo menos pelos membros da associação [...]”. O superior, o senhor legal típico, obedece, nela, à ordem impessoal de regras abstratas: “no caso da

dominação baseada em estatutos, obedece-se à *ordem impessoal*, objetiva e legalmente estatuída e aos superiores por ela determinados, em virtude da legalidade formal de suas disposições e dentro do âmbito de vigência destas” (WEBER, 2015, p. 141-142).

De fato, o governo da lei é o fundamento do Estado de direito, “cujos poderes são exercidos no âmbito de leis preestabelecidas” (BOBBIO, 2004, p. 96). “O Estado burguês de Direito se baseia”, afirma Schmitt, “no império da Lei”: ele é, por isso, um “Estado legalitário” (1996a, p. 149). Além de respeitar a liberdade burguesa, a lei de um Estado de direito há de ser uma “norma geral, fixada de antemão e igual para todos”, à qual o próprio legislador deve ser submetido (SCHMITT, 1996a, p. 149, 150 e 161). Assim, apenas normas de caráter geral são tidas por lei¹⁰⁴ (NEUMANN, 1969, p. 37-38).

A burguesia adotou, na luta por sua liberdade e por seu Estado de direito, uma concepção de lei que, remontando a uma velha tradição europeia, nela vê “uma coisa geral-racional; não *vontade*, mas *razão*”. Uma lei só poderia ser geral se dispusesse de certas “propriedades” – a exemplo da retidão, da razoabilidade e da justiça. Uma lei jamais poderia ser, portanto, arbitrária. Mas, nota Schmitt, Hobbes se volta contra esse conceito de lei ao afirmar que a autoridade, e não a verdade, faz a lei, mandato cuja validade nada deve, segundo o autor d’*O Leviatã*, a eventuais qualidades morais ou lógicas (SCHMITT, 1996a, p. 149-150).

Já para Rousseau, a lei exprime uma vontade geral e racional. Todos, em pé de igualdade, legislariam de maneira justa – afinal, racionalmente, ninguém seria injusto consigo mesmo (ROUSSEAU, 1978, p. 55). A obediência a uma vontade geral e racional afastaria arbitrariedades e voluntarismos. A democracia e a liberdade identificar-se-iam, assim, com a soberania da lei (NOVAIS, 2013, p. 90-91) – que deve ser sempre geral:

Quando digo que o objeto das leis é sempre geral, por isso entendo que a Lei considera os súditos como corpo e as ações como abstratas, e jamais um homem como um indivíduo ou uma ação particular. Desse modo, a Lei poderá muito bem estatuir que haverá privilégios, mas ela não poderá concedê-los nominalmente a ninguém: a Lei pode estabelecer diversas classes de cidadãos, especificar até as qualidades que darão direito a essas classes, mas não poderá nomear este ou aquele para serem admitidos nelas; pode estabelecer um governo real e uma sucessão hereditária, mas não pode eleger um rei ou nomear uma família real. Em suma, qualquer função relativa a um objeto individual não pertence, de modo algum, ao poder legislativo (ROUSSEAU, 1978, p. 54-55).

¹⁰⁴ “A declaração de Voltaire de que a liberdade significa dependência exclusivamente à lei se refere apenas a leis gerais. Se for permitido que o soberano decreta medidas individuais, para prender este ou aquele homem, para confiscar esta ou aquela propriedade, isso significa então o fim da independência do juiz, e aquele que tiver que mandar executar essas medidas se transforma em um simples polícia” (NEUMANN, 1969, p. 52).

A razão, a vontade e a lei geral e abstrata encontram-se entrelaçadas em Rousseau, para quem, soberano, o povo não tem outra força além do poder legislativo – que pertence unicamente a ele. E, sugere o pensador genebrino, cabe-lhe diretamente – unicamente a ele – dar-se as próprias leis: “Não tendo, o soberano, outra força além do poder legislativo, só age por meio das leis, e não sendo estas senão atos autênticos da vontade geral, o soberano só poderia agir quando o povo estivesse reunido” (ROUSSEAU, 1978, p. 104).

Mas é de Locke, conforme Schmitt, a fórmula clássica do Estado de direito: as leis devem ser fixadas de antemão – jamais depois dos fatos. Montesquieu também contribuiu de modo decisivo para a sua configuração ao elaborar a sua teoria da divisão dos poderes: um governo que toma decisões particulares sem qualquer vinculação a normas gerais é despótico¹⁰⁵. Sob o ponto de vista de Schmitt, a vinculação de todo e qualquer cidadão, inclusive o legislador, a normas gerais constitui o “nervo essencial de todo pensamento de Estado de direito” (SCHMITT, 1996a, p. 150-151).

2.6.3 Bob Dylan, a generalidade da lei e o direito como forma

Em *Ballad of a Thin Man*, Bob Dylan trata do drama do Sr. Jones, que, mesmo tendo lido toda a obra de Scott Fitzgerald, não conseguia entender o mundo. A certa altura de sua canção de pegada surrealista, o músico norte-americano sugere que uma lei deveria ser *pontualmente* editada *contra* o seu protagonista (DYLAN, 1965).

Essa sugestão não cairia bem em um Estado de direito. Nele, afinal, as leis devem ser gerais – jamais contra indivíduos específicos. Mesmo a Lei das Doze Tábuas já dispunha que “não se promulgará lei alguma contra um indivíduo” (VILE, 2007, p. 26).

Sobretudo depois que todas as outras características racionais-substanciais da lei se tornaram “relativas e problemáticas”, a defesa da liberdade burguesa e do próprio Estado burguês de direito passou a ter por base o conceito de lei como uma norma geral, pois “a fé jusnaturalista na Lei da Razão e a Razão na Lei declinou em grande medida”. Se a generalidade da lei não é uma “exaustiva definição em sentido material”, é um “mínimo geral e lógico indispensável” que reduz ao mínimo a possibilidade de normas más ou injustas (SCHMITT, 1996a, p. 163).

¹⁰⁵ Na Alemanha, acrescenta Schmitt, autores como Kant, Robert von Mohl e Rudolf von Gneist seguiram na mesma linha (1996a, p. 151).

A justiça e a razoabilidade, argui Schmitt, acabaram por se tornar “problemáticas” com a “perda de evidência do Direito natural”. “A uma propriedade, no entanto, não cabe renunciar sem que o Estado de direito mesmo desapareça: ao caráter *geral* da norma jurídica”. Tal caráter geral constitui “o último resto do fundamento ideal do Estado burguês de Direito” (SCHMITT, 1996a, p. 152).

E a partir do início do século XX, sustenta Schmitt, toda a construção do Estado burguês de direito passa a se basear unicamente¹⁰⁶ no conceito da lei como norma geral (1996a, p. 163). À época, a lei é majoritariamente caracterizada como tudo aquilo que resulta de um procedimento prescrito pela própria legislação¹⁰⁷. Schmitt fala em tempos de um “formalismo desesperado” (1996a, p. 152). O legislador faz, então, “o que quiser”. Aberto é, assim, “o caminho para uma ideia absolutamente ‘neutra’ de legalidade, desprovida de valores e qualidades, funcional-formalístico em sua ausência de conteúdo”¹⁰⁸ (SCHMITT, 2007, p. 24).

Na virada do século XIX para o XX, afirma Carl Schmitt, domina o panorama jurídico do Estado de direito a ideia de que “Direito = lei; lei = regulamento estatal surgido com a participação da representação do povo”. “O Estado é a lei, a lei é o Estado”. Há, aí, uma presunção de “congruência” não apenas entre direito e lei, mas entre justiça e legalidade, coisa e processo. A “dignidade” e a “grandeza” da lei estão absolutamente ligadas, em tal “Estado legiferante”, à “confiança na justiça e na razão do próprio legislador e de todos os participantes do processo de legiferação”. É possível, porém, alerta o jurista alemão, que os criadores de legislação deixem, uma hora ou outra, de inspirar confiança – coisa que, ao menos até as duas primeiras décadas do século XX, não havia sido problematizada (SCHMITT, 2007, p. 18-21).

¹⁰⁶ O caráter geral da lei é o “último resto do fundamento ideal do Estado burguês de Direito” (SCHMITT, 1996a, p. 152).

¹⁰⁷ Schmitt afirma que, antes da Primeira Guerra Mundial, a Teoria do Estado alemã sempre atribuiu, além de um conceito formal, um conceito material à lei (2007, p. 22).

¹⁰⁸ Luis Legaz y Lacambra tece o seguinte comentário a tal respeito: “Os juristas, diz Carl Schmitt, se acostumam a levar em conta apenas a ordem existente constituída e estatuída e os fatos que acontecem em seu seio, e rejeitam como ‘metajurídica’ a consideração de quanto serve para fundar e constituir essa ordem e esse sistema. A legalidade se fundamenta na constituição ou na vontade do Estado construído como sistema; mas de onde vem esta constituição, como nasce esse Estado são ‘fatos’ que não interessam ao jurista. E nas épocas de segurança, sob o domínio do Estado liberal-burguês de Direito, tudo isso se compagina com o fato de que o sistema de legalidade vem a identificar-se com o modo de funcionar a burocracia estatal [...]” (“Los juristas, dice Carl Schmitt, se acostumbran a tener en cuenta solamente el orden existente constituido y estatuido y los hechos que acontecen en su seno, y rechazan como ‘metajurídica’ la consideración de cuanto sirve para fundar y constituir ese orden y ese sistema. La legalidad se funda en la constitución o en la voluntad del Estado construido como sistema; pero de dónde proviene esta constitución, cómo nace ese Estado son ‘hechos’ que non interesan al jurista. Y en las épocas de seguridad, bajo el dominio del Estado liberal-burgués de Derecho, todo esto se compagina con el hecho de que el sistema de legalidad viene a identificarse con el modo de funcionar la burocracia estatal [...]”) (1975, p. 620-621).

Essa identidade entre o direito e a lei positiva deve ser entendida a partir de seu papel histórico e político, já que

Segundo Schmitt, tal identificação [...] se insere no combate travado no século XIX pela burguesia liberal contra as estruturas políticas autoritárias do “Estado governamental” monarquista. O positivismo, no domínio do direito público, não pode senão legitimar a nova fórmula política do “Estado de direito” que, em sua essência, é um Estado legislador. Nessas condições, a doutrina positivista, que faz da vontade legalmente expressa do legislador legalmente competente a única fonte do direito [...], acompanha a instalação de um regime parlamentar fazendo da legalidade, como já notava Max Weber, a forma exclusiva da legitimidade política e, ainda mais amplamente, do direito como tal¹⁰⁹ (KERVÉGAN, 2006, p. 04).

Para Schmitt, encarar o direito como o simples resultado de determinado procedimento formal sem qualquer vinculação com seu conteúdo substancial e com a justiça nada é senão positivismo¹¹⁰. Sob tal perspectiva, afirma o jurista alemão, mesmo normas sem caráter geral poderiam ser tidas por lei: qualquer coisa oriunda da pena do legislador, que “faz o que quiser no processo legiferante”, seria direito e lei. “Com isso, estava aberto o caminho para uma ideia absolutamente ‘neutra’ de legalidade, desprovida de valores e qualidades, funcional-formalístico em sua ausência de conteúdo” (SCHMITT, 2007, p. 22 e 24).

2.7 A ESTATIZAÇÃO DO DIREITO E A JURIDIFICAÇÃO DO ESTADO

O conceito de Estado é construído na Europa entre os séculos XIII e XIX e descreve ou indica uma forma de ordenamento político específico que, a princípio limitado às fronteiras europeias, estendeu-se, ao longo do tempo, para o mundo todo. O elemento central dessa forma de organização política é a centralização do poder em determinado território – um contraponto ao “sistema policêntrico e complexo dos senhorios de origem feudal” (SCHIERA, 1993, p. 425-426).

¹⁰⁹ Schmitt não vê com bons olhos essa equiparação entre legalidade e legitimidade. É que, “[...] para ele, se a ‘legalidade’ permite estipular o modo de funcionamento típico do Estado parlamentar, ela não constitui nela mesma um princípio de legitimidade. De fato, um princípio de legitimidade, monarca ou povo, é necessariamente uma vontade política, desenvolvendo-se como decisão soberana [...] A legalidade é, em contrapartida, um princípio *rechtsstaatlich*: ela não institui uma forma de Estado (*forma imperii*), mas caracteriza o modo normal de ação e de funcionamento (*forma regiminis*). A relação entre legalidade e legitimidade se torna mesmo uma relação de oposição, na medida em que o sistema formal da legalidade acaba por ser apresentado pelo positivismo como o único fundamento possível do Estado” (KERVÉGAN, 2006, p. 41).

¹¹⁰ Para Schmitt, a presunção de justiça e racionalidade da lei deixa de ser evidente com a ascensão do positivismo (KERVÉGAN, 2006, p. 44). E, sob o ponto de vista do jurista alemão, o positivismo do período entre-guerras é um “sobrevivente do século XIX: as condições que permitiram o seu desenvolvimento, aquelas de um Estado legislador estável, não estão mais em curso” (KERVÉGAN, 2006, p. 05).

Em *Ciência e Política: Duas Vocações*, Weber afirma que “o Estado não se deixa definir, sociologicamente, a não ser pelo específico meio que lhe é peculiar, da forma como é, peculiar a todo outro agrupamento político, a saber, o uso da coação física”. Ainda segundo o sociólogo alemão, o Estado contemporâneo, “única fonte do ‘direito’ à violência”, constitui “uma comunidade humana que, dentro dos limites de determinado território reivindica o monopólio do uso legítimo da violência física” (WEBER, 2004, p. 125).

É justamente por meio da força física, lembra Bobbio, que o Estado pretende garantir o respeito às normas jurídicas. E é possível identificar, nas inúmeras teorias do Estado da Idade Moderna, uma “estatização do Direito” e uma “juridificação do Estado”: o Estado e o direito são, a rigor, as “duas faces da mesma medalha”. Tal convergência leva a um processo de redução do direito ao direito estatal e de redução do Estado a um Estado jurídico:

A partir do momento em que nasce o Estado moderno como Estado centralizador, unitário, unificante, que tende à monopolização simultânea da produção jurídica (através da subordinação de todas as fontes de produção do Direito até aquela que é própria do poder estatal organizado, isto é, a lei) e do aparelho de coação (através da transformação dos juizes em funcionários da coroa e da formação de exércitos nacionais), pode-se dizer que não existe outro Direito além do estatal e não existe outro Estado além do jurídico (BOBBIO, 1993, p. 349).

É também nesse processo que, abandonadas as fontes tradicionais do direito, a lei ganha força. Sua relevância, sua *supremacia*, aumenta à medida que o direito estatal se torna um direito legislativo e a “juridificação do Estado” se identifica com a “legifitação do Direito” na esteira das constituições escritas do fim do século XVIII e da edição das grandes codificações. Bobbio não deixa de notar que, para Locke, a pedra fundamental do “governo civil” é justamente o poder legislativo. Ele lembra, ainda, que, segundo Rousseau, apenas um Estado regido por leis é legítimo. Por fim, o jurista italiano ressalta que, para Hegel, um crítico ferrenho do sistema inglês de precedentes¹¹¹, a lei constitui a máxima expressão da racionalidade do Estado (BOBBIO, 1993, p. 351-352).

Para Bobbio, a melhor das explicações desse fenômeno de identificação do direito com a forma específica da lei no Estado moderno é a de Weber. “Poder legal é para Max Weber o que recebe a própria legitimidade quando é exercido em conformidade e no âmbito de regras pré-constituídas e pressupõe órgãos especificamente destinados à produção e à contínua

¹¹¹ “É sobejamente conhecido que Hegel, ao mesmo tempo que exalta a lei, condena o sistema inglês fundado sobre um Direito não legislativo, critica a escola histórica que valoriza o Direito consuetudinário e alinha ao lado dos fautores da codificação, chamando de benfeitores da humanidade aos governantes que, como Justiniano e Napoleão, deram um código de lei a seus povos” (BOBBIO, 1993, p. 352).

modificação destas regras”, esclarece o jurista italiano. A sua legitimidade decorre, assim, de um procedimento adotado e seguido por instituições com competência para a produção da lei. Essa nova forma de poder legítimo, típica do Estado moderno, acaba por, de modo paulatino, ofuscar o direito consuetudinário. Com isso, a produção das normas gerais deixa de ficar a cargo do costume e passa a ser controlada pelos parlamentos, responsáveis pela estruturação de ordenamentos jurídicos baseados na lei. Essa relevância atribuída à lei distingue, sob o ponto de vista de Bobbio, o Estado moderno de outras formas de organização do ordenamento jurídico (BOBBIO, 1993, p. 352).

O Estado de direito é, infere Bobbio, o resultado da junção da imagem do direito como um ordenamento normativo relativamente concentrado com a do Estado tomado por um aparelho que monopoliza o uso da força. Estado e direito tornam-se, de tal modo, um corpo único. “Nenhuma coisa é mais válida do que a doutrina do Estado de direito tornada doutrina oficial do direito público europeu [...] para sintetizar plasticamente o processo da estatização do Direito e de juridificação do Estado, que acompanha a formação do Estado moderno” (BOBBIO, 1993, p. 353). Apoiada em Hans Kelsen¹¹², Simone Goyard-Fabre afirma que o Estado moderno “não se distingue da ordem jurídica que o organiza”. Como o Estado e o direito são inseparáveis, “o Estado é, portanto, sempre o Estado DO direito”, “a ponto de um Estado de não-direito ser pura contradição”. A normatividade e a coerção constituem os elementos centrais do Estado moderno, cuja potência soberana, caracterizada pelo monopólio da força, estabelece, por meio da lei, aquilo que *deve ser* (GOYARD-FABRE, 2002, p. 252 e 261).

Schmitt se bate contra tal “concepção monista legalista do Estado, pensado essencialmente como um sistema de normas”. Goyard-Fabre sustenta que, para o jurista alemão, confundir o Estado com o direito e, assim, estabelecer uma espécie de *governo da lei* alheio às vicissitudes históricas e políticas seria um erro. Ainda segundo a filósofa francesa, Schmitt atribui ao liberalismo abstrato a mediocridade e a vacuidade do formalismo administrativo e burocrático dessa espécie de concepção. Seu alvo não é apenas Kelsen: “sua polêmica assume [...] maior amplitude e acusa todos os juristas do *Estado moderno*”. Esses teóricos, afinal, “só falam, num mundo doravante ‘desencantado’ e esvaziado de qualquer sopro espiritual, em nome de uma racionalidade que se pretende tão ‘pura’ que é vazia de qualquer substância”.

¹¹² “É preciso avaliar a principal consequência da tese que, no normativismo de Kelsen, identifica o Estado e o direito. Contrariamente à ideia, clássica desde Bodin e Hobbes, segundo a qual o Estado é criador do direito, Kelsen considera que o Estado é ele próprio o direito. Daí decorre a condenação que pronuncia da teoria da limitação do Estado” (GOYARD-FABRE, 2002, p. 264).

Igualmente reféns de uma razão formalista, o parlamentarismo e a democracia representativa padeceriam, conforme Schmitt, do mesmo mal. Esse formalismo e essa normatividade se afastam, sob o ponto de vista do teórico alemão, da especificidade política do direito (GOYARD-FABRE, 2002, p. 266, 267 e 269).

De fato, para Schmitt, qualquer Estado de direito apresenta, para além de seu elemento jurídico e normativo, um elemento político. Ser *de direito* não faz com que ele deixe de ser um *Estado*. O político integra, *obrigatoriamente*, o Estado. Nenhuma constituição é *unicamente* um sistema de normas jurídicas para a proteção do indivíduo em face do Estado. O Estado de direito é apenas uma parte de toda constituição moderna (SCHMITT, 2007, p. 137-140).

Admite Schmitt, contudo, que a juridicidade e a normatividade representam um destacado papel na “moderna Constituição do Estado burguês de Direito” – uma constituição liberal preocupada, antes de tudo, com a liberdade dos cidadãos enquanto seres humanos. O brilho e a glória do Estado não lhe interessam. Suas atenções se voltam para os *direitos fundamentais* ou de liberdade dos indivíduos e para a *divisão de poderes* – o conteúdo essencial do elemento típico do Estado burguês de Direito, justamente como enunciado no artigo 16 da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e, antes disso, em algumas constituições de Estados norte-americanos (SCHMITT, 2007, p. 137-140).

3 A DOCTRINA DO FASCISMO

3.1 A ITÁLIA PAVIMENTA A ESTRADA PARA O FASCISMO

Em 1919 – logo depois do fim da Primeira Guerra Mundial, vencida pela coalizão integrada pelos italianos –, a Itália vivia às voltas com um déficit fiscal de grandes proporções, com a inflação e com um claudicante setor agrícola. Os investimentos na indústria estavam paralisados. Em 1921, a crise econômica assomava a olhos vistos: a economia de guerra havia elevado a concentração monopolista¹¹³ e a dependência em relação às demandas estatais (TRENTO, 1986, p. 05).

No plano político – depois que, dando de ombros para o Pacto de Londres, França, Inglaterra e Estados Unidos se opuseram, terminada a guerra, à anexação da cidade de Fiume pela Itália –, parte significativa da burguesia e de antigos oficiais das Forças Armadas passaram a atacar o governo. Falava-se, apesar do triunfo marcial italiano, em uma vitória mutilada. A classe dirigente liberal estava em xeque (TRENTO, 1986, p. 06).

Grassava, na sociedade, a sensação de que apenas as burguesias industrial e financeira – unicamente os “tubarões de guerra” –, haviam lucrado com a guerra. Entusiasmado com a Revolução Russa de 1917, o proletariado, cada vez mais sindicalizado¹¹⁴, batia-se por melhores condições de trabalho e, de quebra, pelo controle das fábricas¹¹⁵. Classe que mais esteve presente no *front*, o campesinato exigia a reforma agrária que lhe fora prometida durante a guerra. A inflação empobrecia a classe média, a verdadeira base de consenso do Estado italiano (TRENTO, 1986, p. 07).

¹¹³ Os primeiros anos do século XX assistiram à escalada do Imperialismo, período marcado pela concentração da produção e do capital, pela fusão do capital industrial e do capital bancário e pela repartição do mundo e de seus mercados entre as grandes potências. A busca por lucros era cada vez maior e a conta ficou com os trabalhadores. Palmiro Togliatti sustenta que, por conta disso, as instituições burguesas deram uma guinada reacionária: a burguesia voltava-se, então, contra o que ela mesma havia criado, “[...] pois o que outrora foi para ela um elemento de desenvolvimento tornou-se [...] um obstáculo à conservação da sociedade capitalista”. E o revolucionário italiano arremata: “é por isso que a burguesia deve tornar-se reacionária e recorrer ao fascismo”. Togliatti nota, porém, que nem todos os Estados imperialistas vivem sob a batuta do fascismo: “é preciso ter cuidado para não cometer o erro de considerar como fatal, inevitável, a passagem da democracia burguesa ao fascismo. Por quê? Porque o imperialismo não deve *necessariamente* dar lugar ao regime da ditadura fascista”. A França e a Inglaterra foram dois exemplos (TOGLIATTI, 1978, p. 03-04).

¹¹⁴ A título de exemplo, a Confederação Geral do Trabalho tinha 35 mil filiados em 1912. Oito anos mais tarde, ela contaria com dois milhões e trezentos mil (TRENTO, 1986, p. 07).

¹¹⁵ Heller afirma que, antes e depois da Primeira Guerra, ninguém contribuiu mais do que Mussolini para a desordem. Mesmo depois do primeiro grande conflito mundial, não houve uma única agitação dos trabalhadores que o jornal *Il Popolo d'Italia*, dirigido por ele, não tenha apoiado. O jurista alemão destaca que a primeira ocupação de fábrica do período foi encabeçada pelo fascista Edmondo Rossoni (HELLER, 1987, p. 113).

O ano de 1919 assistiu à criação do Partido Popular Italiano – um partido de ideologia católica que, receoso de que mudanças profundas pudessem estar a caminho, pretendia fazer frente aos socialistas. Seu idealizador, o padre Luigi Sturzo, acreditava que reformas pontuais seriam capazes de conter o ímpeto vermelho: ele seria arrefecido com um sistema eleitoral proporcional, o voto feminino, mudanças na estrutura fiscal, a extensão da pequena e da média propriedade agrícola e com a colaboração entre capital e trabalho (TRENTO, 1986, p. 09).

As bases do Partido Popular Italiano estavam no campo, mas eram absolutamente diversas. Só o catolicismo unia os líderes de ligas camponesas aos conservadores e reacionários que o integravam. Na verdade, “o PPI nascia leigo, mas sua força estava no apoio das paróquias e das estruturas eclesiásticas”: “uma força que podia transformar-se em fraqueza (como realmente aconteceu), quando a Igreja decidiu abandoná-lo”¹¹⁶ (TRENTO, 1986, p. 09).

Na mesma época, o Partido Socialista Italiano, criado em 1892, crescia de modo significativo. Encabeçados pelos maximalistas – revolucionários, eles desdenhavam dos minimalistas, os reformistas, que também integravam o partido –, os socialistas contavam com Antonio Gramsci em suas fileiras. Sua corrente, entusiasta dos soviets, defendia a necessidade de uma aliança entre camponeses e operários, que, em conjunto, haveriam de liderar um bloco de oposição à burguesia (TRENTO, 1986, p. 10-11).

É nesse contexto que desponta a figura de Francesco Nitti, presidente do Conselho de Ministros entre 1919 e 1920: segundo Togliatti, foi nele que, para se salvar, a burguesia depositou suas fichas. Nome do capital financeiro, ele também era o homem de uma democracia mais progressista. Nitti trabalhava com a ideia de fazer pequenas concessões a certos grupos – inclusive às forças mais progressistas, que ele tentava cooptar. E muito de seu programa coincidia com as propostas dos *Fasci di Combattimento* da Praça Santo Sepulcro, que, em 1919, falavam na instauração de uma república, na conclamação de uma assembleia constituinte e em medidas como o aumento de impostos sobre capitais (TOGLIATTI, 1978, p. 15-16).

Mas Nitti não conseguiu vencer os elementos contraditórios de sua política: seu plano fracassou – sobretudo em razão da resistência do proletariado e do campesinato, que exigiam

¹¹⁶ Em 21 de junho de 1921, durante sua primeira fala na tribuna da câmara como deputado, Mussolini sugeriu que o Partido Popular deveria escolher entre ser “amigo ou inimigo” dos fascistas. Apesar de defender o divórcio – “não é justo que os ricos possam se divorciar indo à Hungria” enquanto os pobres tenham de permanecer “presos por correntes ao longo de toda a vida”¹¹⁶ –, o *Duce* lhe fez acenos ao afirmar que via com bons olhos a pequena propriedade agrária. Mussolini confessou, ademais, o seguinte: “no fundo, no fundo, não sou um *divorcista*, porque tenho para mim que os problemas de ordem sentimental não podem ser resolvidos com fórmulas jurídicas” (MUSSOLINI, 1979, p. 203-204).

reformas mais radicais que as esboçadas pelo presidente do Conselho de Ministros (TOGLIATTI, 1978, p. 16).

Com a queda de Nitti, a burguesia apostou em Giovanni Giolitti mais uma vez. O velho político tinha por propósito, em um programa de colaboração parlamentar, atrair para a base governista o Partido Popular Italiano e a ala reformista do Partido Socialista Italiano. Mesmo Mussolini defendeu, dentro do fascismo, uma política de pacificação em face dos socialistas, que, com a adesão de sua direita e com a saída dos comunistas do partido, aceita o acordo. O acordo durou, porém, pouco tempo. “Ao plano de Giolitti corresponde, nas massas, um desencadeamento da contra-ofensiva, a resistência à ofensiva do fascismo” e, diante disso, “os proprietários rurais, a grande indústria pesada, as finanças, intervieram para dismantelar o pacto de pacificação”. Os fascistas *intransigentes* também atuaram contra o acordo¹¹⁷ (TOGLIATTI, 1978, p. 17-18).

Na verdade, a introdução, em 1913, do sufrágio universal masculino evidenciou que o vetusto e arcaico Partido Liberal Italiano já não poderia governar sozinho. De fato, as eleições de 1919 demonstraram sua fragilidade: os liberais conseguiram, então, 180 cadeiras no parlamento. Seis anos antes, eles tinham 310 delas. Os socialistas foram os mais votados: seus 32% garantiram-lhes 156 deputados, contra os 52 de 1913. O Partido Popular Italiano amealhou 21% dos eleitores – que deram aos católicos 100 representantes. Como os socialistas e os católicos não se entendessem – dentre outras causas, os vermelhos não viam com bons olhos o fortalecimento da pequena propriedade defendido pelos cristãos –, o novo governo foi formado com a união dos Populares e dos Liberais. Os fascistas obtiveram menos de cinco mil votos nas eleições de 1919 (TRENTO, 1986, p. 12 e 17).

Classificados por Antonio Gramsci como “os anos do grande medo”, 1919 e 1920 foram marcados por agitações sociais: motivados pelo aumento do custo de vida – que havia experimentado uma alta de aproximadamente 40% desde 1918 –, assaltos e saques a lojas tornaram-se frequentes. O período também foi marcado por uma série de greves operárias e camponesas. Na indústria, elas somaram 300 em 1918 e, dois anos mais tarde, 1880. No campo, mais de um milhão de trabalhadores assalariados cruzaram os braços em 1920. Terras incultas e latifúndios foram ocupados: a reforma agrária prometida ainda durante a guerra não fora

¹¹⁷ A cartada seguinte foi, segundo Togliatti, a Marcha sobre Roma. Naquele momento, a banca, a grande indústria, as forças armadas, a monarquia e o Vaticano estavam, juntos, ao lado do fascismo. Mas essa unidade não havia atingido o seu fastígio (TOGLIATTI, 1978, p. 19-20).

levada a cabo. Pressionado, o governo concedeu tais glebas a cooperativas. Os liberais estavam sitiados: se a esquerda considerava tímidas as suas medidas, a burguesia as via como perigosas (TRENTO, 1986, p. 13-14).

Giolitti, velho político liberal que se tornara chefe de governo, deparava-se com a hostilidade da burguesia a seus projetos democráticos e com as críticas e ações do proletariado – que, com a perspectiva de instituir democracias operárias baseadas em conselhos, ocupou, em 1920, muitas fábricas do setor metal-mecânico. Apesar de ter sido visto por muitos como o estopim de uma verdadeira revolução, o movimento dos trabalhadores da indústria não se alastrou. Os maximalistas do Partido Socialista Italiano acabaram, então, por, ainda que contrariados, acatar os desígnios da Confederação Geral do Trabalho: tudo deveria ser resolvido com o controle operário nas fábricas: “assim sendo, o governo – que resistira às pressões do empresariado, no sentido de se utilizar o exército – conseguiu convencer a burguesia a aceitar esse controle (aliás, nunca aplicado) [...]” (TRENTO, 1986, p. 13-14).

O *biênio vermelho* conheceu seu fim em 1921, quando, devido ao aumento das taxas de desemprego e, por consequência, à menor combatividade do proletariado, o número de greves caiu cerca de três vezes. Atenta, a burguesia aproveitou esse momento para diminuir os salários e atacar frontalmente a classe operária (TRENTO, 1986, p. 16).

Com o propósito de reduzir a força da esquerda, Giolitti convocou novas eleições em 1921 (GHISALBERTI, 1974, p. 339). Uma coalizão entre os liberais e os fascistas foi então costurada. Os governistas defendiam a “constitucionalização” ou a “normalização” do fascismo. Antes, porém, seria preciso dele se valer para enfraquecer a ameaça dos socialistas e dos católicos. Mas o resultado das urnas trouxe só uma surpresa: a ascensão dos fascistas, que abocanharam 35 cadeiras da Câmara dos Deputados. Em uma delas sentaria Benito Mussolini, eleito pela primeira vez (TRENTO, 1986, p. 18). Para Carlo Ghisalberti, essa eleição conferiu certa aura de legalidade formal à violência que os esquadristas levavam às ruas (1974, p. 339).

Pragmático, Mussolini aproximou-se do Vaticano e da monarquia. Ele passou a lançar diatribes contra o ateísmo comunista e a criticar a ala à esquerda do Partido Popular Italiano – o que agradou os setores conservadores e reacionários da igreja católica¹¹⁸. O futuro *Duce* ainda

¹¹⁸ Nas eleições de 1929, o mote *Pelo papa e pelo Duce* ajudou a angariar os 98,4% de votos favoráveis à lista fechada dos fascistas. Mussolini notara que o apoio da igreja católica, instituição que sempre desempenhara um papel de relevo na história italiana, ser-lhe-ia fundamental. Ele deu início, assim, a uma série de negociações para pôr um fim à chamada *Questão Romana* – que dizia respeito às relações entre o Vaticano e a Itália unificada desde 1870. As conversas levaram à assinatura, em 1929, dos Pactos Lateranenses. Neles, acordou-se que a igreja católica reconheceria o Estado italiano e que a Itália encararia o Vaticano como um Estado soberano. O Vaticano também receberia uma indenização de aproximadamente dois bilhões de liras pela antiga anexação dos territórios pontifícios. O catolicismo passou a ser a religião oficial do Estado. Pio XI referiu-se a Mussolini como “um homem

abandonaria seus discursos contra o capitalismo: convertido ao liberalismo econômico, ele foi aplaudido pelo mundo industrial e financeiro¹¹⁹ (TRENTO, 1986, p. 19).

A aliança formada por liberais e católicos depois das eleições de 1921 deu lugar, em fevereiro de 1922, a um novo governo, dessa vez liderado por Luigi Facta. A burocracia e os militares deixariam, dali em diante, de tutelar a ordem pública: ambos seriam cada vez mais coniventes com as investidas esquadristas, marcadas, o mais das vezes, pela impunidade (GHISALBERTI, 1974, p. 341). O esquadrismo fascista se valeu dessa simpatia para intensificar suas ações: centenas de seções socialistas e sindicais, ligas e cooperativas foram violentamente destruídas. O proletariado reagiu com uma greve geral – que, ao fim, só fez recrudescer a violência dos esquadrões. Nessa época, os *camisas negras* já não atuavam apenas no campo: eles passaram a controlar centros urbanos de relevo (TRENTO, 1986, p. 17-18).

No fim de 1922, a esquerda se encontrava absolutamente dividida. Os liberais agonizavam: nem mesmo Giolitti, figura de destaque da política italiana, foi capaz de evitar seu estertor¹²⁰ (GHISALBERTI, 1974, p. 341). Estava aberto o caminho para os fascistas marcharem sobre Roma.

3.1.1 Mussolini e as esquadras fascistas

Mussolini integrava os quadros do Partido Socialista Italiano: entusiasta do sindicalismo revolucionário¹²¹, ele fez parte de sua direção e esteve à frente de seu jornal, o

enviado pela Providência”. Expressamente respaldado pela igreja católica, o fascismo viu sua popularidade crescer entre a população mais pobre e, de quebra, ganhar força no âmbito internacional (TRENTO, 1986, p. 32-34).

¹¹⁹ Entre 1922 e 1925, a economia italiana cresceu: ela acompanhava o movimento global. Acossados pela violência fascista, os sindicatos já não organizavam tantas greves. Sob a alegação de que seria preciso controlar as contas públicas, os fascistas demitiram, em um ano e meio de governo, 65 mil funcionários públicos – dentre eles, 46 mil ferroviários, cuja combatividade sempre fora das maiores. A remuneração dos trabalhadores diminuiu: eles voltaram a ganhar o que recebiam antes da guerra. Era reforçado, assim, o apoio dos maiores grupos empresariais, agrários e financeiros ao fascismo. A elite econômica bateu palmas para a nomeação de um liberal para o cargo de ministro da Fazenda: Alberto De Stefani reduziu os impostos pagos pelos industriais, os impostos de sucessão e o imposto de renda. A tecer loas à liberdade econômica, ele derrubou o monopólio do Estado sobre os seguros de vida e os serviços de telefonia. Mas sua gestão também foi marcada pelo resgate de bancos e de empresas à beira da bancarrota – tudo com dinheiro público (TRENTO, 1986, p. 22-23).

¹²⁰ Segundo Togliatti, o fascismo se estruturou em meio à incapacidade da burguesia de governar com os velhos sistemas, a um descontentamento geral e a investidas grevistas do proletariado. A classe dominante já não podia, diante do grande crescimento do Partido Socialista Italiano e do despertar político dos camponeses, seguir a política giolittiana que deu o tom até 1922. As greves se multiplicavam, bem como as ocupações de terra no sul do país. Não bastasse isso, a burguesia e a pequena burguesia também exigiam mudanças: elas não suportavam mais o regime em vigor (TOGLIATTI, 1978, p. 09-10).

¹²¹ Depois de ter demonstrado certa simpatia pela ocupação das fábricas em 1920, Mussolini, que sempre prezou pela unidade dentre as diversas facções fascistas, mudou de ideia e se aproximou dos industriais. Togliatti assevera que aí começou a pavimentação da estrada que, dois anos mais tarde, levaria à Marcha sobre Roma: “interviera o

Avanti!. Favorável ao ingresso da Itália na Primeira Guerra Mundial, tal posição levou à sua expulsão do partido em setembro de 1914 (PAXTON, 2007, p. 28).

Há quem diga, como Renzo de Felice, que Mussolini teria deixado de ser socialista em 1919. Pierre Milza sustenta, porém, que tal mudança se deu em 1918. Emilio Gentile ressalta que o *Duce* sempre fora um herege dentre os socialistas – mais próximo de Friedrich Nietzsche do que de Karl Marx. Bosworth defende que ele era um arrivista que só se valera do socialismo para ascender¹²² (PAXTON, 2007, p. 29).

Em 1919, sem demonstrar qualquer escrúpulo por se lançar em uma eleição burguesa, Mussolini concorreu a uma vaga no parlamento por Milão. Dos 315.165 eleitores, 4.796 votaram no líder fascista. A pífia votação o levaria a, de modo pragmático, deixar de lado seu programa de nacionalismo esquerdista e a, dali em diante, fazer dos ataques ao socialismo seu principal mote (PAXTON, 2007, p. 99, 103 e 104).

As Esquadras de Ação¹²³ passaram a agir justamente depois das eleições de 1919¹²⁴. Os esquadristas eram os discípulos mais agressivos de Mussolini: armados, muitos dos quais

elemento de organização: os proprietários rurais deram a forma de organização ‘squadrista’ e os industriais aplicaram-na em seguida nas cidades” (1978, p. 12).

¹²² Em 21 de junho de 1921 Mussolini fazia, eleito, seu primeiro discurso na Câmara dos Deputados. O líder do fascismo lembrou, naquele dia, que conhecia os comunistas, seus “filhos espirituais”: fora ele, afinal, que os “infectara” quando “colocou em circulação”, na Itália, “um pouco de Bergson mesclado a muito Blanqui”. Mas, acrescentou, os fascistas os combateriam enquanto os acólitos de Marx continuassem a falar de ditadura proletária, soviets ou “outros absurdos”. A posição de Mussolini em relação à Confederação Geral do Trabalho era um pouco diversa: os fascistas, declarou, nunca tiveram, “aprioristicamente”, um “comportamento de oposição” em face da entidade, para a qual acenou: os fascistas poderiam encará-la com outros olhos se ela se afastasse do Partido Socialista Italiano, com o qual mantinha estreitas relações. Os fascistas, continuou Mussolini, seriam favoráveis aos projetos destinados a aperfeiçoar a legislação social. Mesmo o cooperativismo seria apoiado. De outra parte, rechaçariam quaisquer tentativas de socialização, estatização ou coletivização. No mesmo discurso, depois de negar a existência de apenas duas classes, rechaçar o determinismo econômico e criticar o internacionalismo, o chefe fascista afirmou que o capitalismo não constituía só um sistema de opressão: ele também era “uma seleção de valores, uma coordenação de hierarquias e um senso mais amplamente desenvolvido da responsabilidade individual”. O Estado só poderá ser salvo se for reduzido “à sua expressão puramente jurídica e política”. Se, a exemplo do gigante Briareo, o Estado conta com cem braços, noventa e cinco deles haveriam de ser cortados, pois seria preciso, exortou Mussolini, “retornar ao Estado manchesteriano” (MUSSOLINI, 1979, p. 200-205).

¹²³ “As esquadras de ação são a força de um Estado virtual que tende a realizar-se, e para realizar um regime superior transgridem as leis reguladoras do regime que pretendem derrubar [...]” – eis a definição que Giovanni Gentile dá ao esquadrismo (“Le squadre d’azione sono la forza di uno Stato virtuale che tende a realizzarsi, e per realizzare un regime superiore trasgrediscono la legge regolatrice del regime che si vuol rovesciare [...]”). Tal movimento acaba por, com a Marcha sobre Roma, “entrar no leito da legalidade” (“entra nell’alveo della legalità”), pois o fascismo já não teria, depois de 28 de outubro de 1922, um Estado a abater: dali em diante, com todos os meios para a “reconstrução” em mãos, ele se encarregaria de varrer os “detritos internos” que representavam os obstáculos ao desenvolvimento e à organização do Estado novo. A “arma ilegal do esquadrismo” se transformaria na “legal Milícia voluntária”, o “doce instrumento” do governo. “O período da violência e da ilegalidade fora fechado”, apesar de algumas “faíscas” terem escapado à “férrea disciplina” do *Duce* (GENTILE, 1929, p. 33-34).

¹²⁴ Em sua origem, o fascismo se encontrava espraiado. Em 1919, ele congregava grupos diversos e pouco homogêneos. Havia, a princípio, os pequeno-burgueses citadinos da Praça Santo Sepulcro. Aproximadamente um ano depois surgiram, no campo, as esquadras armadas, apoiadas e organizadas pelos proprietários rurais. Em 1921, essas esquadras foram criadas nas cidades: seus métodos de ataque à esquerda não divergiam daqueles levados a cabo na zona rural (TOGLIATTI, 1978, p. 11-12).

ex-soldados, eles atacavam, nas zonas rurais do norte da Itália, aqueles que tomavam por inimigos da nação – especialmente os socialistas¹²⁵ (PAXTON, 2007, p. 107). Às voltas com dificuldades financeiras – os tempos eram de crise econômica –, os grandes proprietários de terra do Vale do Pó e da Toscana também não tinham muito apreço pelas Bolsas de Mão de Obra, instituições que, organizadas pelos novos governos de esquerda da região, atuavam para aumentar os salários dos trabalhadores rurais e melhorar sua condição de vida (PAXTON, 2007, p. 109-110).

Como o governo central italiano não estivesse disposto a estender sua mão aos latifundiários, os esquadristas lhes ofereceram. No dia 21 de novembro de 1920, seus *camisas negras* tomaram de assalto a prefeitura de Bolonha, sobre a qual tremulava uma bandeira vermelha, e assassinaram seis pessoas. As Bolsas de Mão de Obra e as repartições socialistas passaram a ser saqueadas e incendiadas durante a noite. Os organizadores e militantes socialistas eram intimidados e espancados. Óleo de rícino era-lhes ministrado pelos fascistas. Seus bigodes eram parcialmente extirpados. As ações dos acólitos de Mussolini se espalharam com rapidez:

Nos seis primeiros meses de 1920, os esquadrões destruíram 17 jornais e gráficas, 59 Casas do Povo (as sedes socialistas), 119 Câmaras de Trabalho (as agências de emprego socialistas), 107 cooperativas, 83 Ligas de Camponeses, 151 clubes socialistas, 151 organizações culturais. Entre 1º de janeiro e 7 de abril, 102 pessoas foram mortas: 25 fascistas, 41 socialistas, 20 policiais e 16 outras (PAXTON, 2007, p. 110).

A atuação dos fascistas não se limitou, porém, a saques e a assassinatos. Avançando sobre a área de influência socialista, eles ganharam a confiança de muitos camponeses ao oferecerem a poucos deles alguns nacos de terra doados por latifundiários. O fascismo também criou uma espécie de Bolsa de Mão de Obra própria. A ascendência da esquerda sobre os pequenos agricultores dessorou a olhos vistos (PAXTON, 2007, p. 111).

Para os latifundiários, os fascistas faziam as vezes do Estado – que, sob seu ponto de vista, não era capaz de manter a ordem. Aos poucos, os esquadristas ocuparam cidades inteiras: “Em inícios de 1922, os esquadrões fascistas [...] constituíam o poder de fato no Nordeste da Itália, com o qual o Estado tinha que se haver, cuja boa-vontade ele não podia dispensar e sem o qual era-lhe impossível funcionar normalmente”. Na verdade, as próprias forças policiais e

¹²⁵ Suas primeiras ações tiveram como alvo os eslavos de Trieste, cidade poliglota e cosmopolita que, outrora esteve sob domínio austro-húngaro. Lá, eles incendiaram o Hotel Balkan, local onde a Associação Eslovena mantinha sua sede (PAXTON, 2007, p. 107).

os comandantes do exército emprestavam-lhes armas e caminhões, quando não se juntavam, todos, aos ataques promovidos pelos *camisas negras*. Não bastasse isso, muitos chefes de polícia, coniventes, não tomavam qualquer providência contra as investidas fascistas (PAXTON, 2007, p. 111).

Mas muitos fascistas – sobretudo os *idealistas* de primeira hora – não viam com bons olhos a atuação desses esquadristas, que, sob sua perspectiva, acabaram por fazer o papel de braço armado dos grandes proprietários de terras ou de guarda-costas dos exploradores. Chegaram a Mussolini apelos para pôr fim a essa cumplicidade com os poderosos interesses locais. Em 1923, o *Duce* criaria, porém, com o propósito de limitar os poderes dos *intransigentes*, a Milícia Voluntária para a Segurança Nacional¹²⁶. Com isso, os *puristas* abandonaram o partido ou foram dele enxovalhados. Seu lugar foi tomado por filhos de latifundiários e por alguns criminosos (PAXTON, 2007, p. 12-13).

Tratava-se de uma calculada guinada à direita. As propostas de nacionalizações, de aumento da tributação sobre o capital e de gerência das fábricas pelos trabalhadores sinalizadas nos albores do fascismo foram deixadas de lado ainda em 1920: não seria possível sustentar, dali em diante, metas que, “demagógicas”, inibiriam os investimentos. O foco deveria estar no aumento da produtividade. Já não haveria espaço para um anticapitalismo extremado (PAXTON, 2007, p. 12, 13 e 114). Se, em 1919, Mussolini, um ateu de propensões nietzschianas, defendia a expropriação de bens da igreja católica, ele trataria de, dois anos depois, em discurso proferido na Câmara, nela reconhecer a “tradição latina e imperial de Roma”. Em 1919, o *Duce* proclamava o “fracasso da monarquia”. Sua opinião mudaria completamente em 1922: não haveria, àquela altura, razões para questionar a autoridade real (PAXTON, 2007, p. 113-114).

Os liberais e os conservadores se convenceram de que a defesa da lei e da ordem passava pela tolerância à violência fascista. O fascismo ganhava relevância. Seu poder substancial sobre a Toscana e a Emília Romanha credenciou sua participação na coalizão eleitoral nacional montada por Giolitti para, nas eleições de 1921, fazer frente ao crescimento dos socialistas. Os fascistas se legitimavam por meio do *transformismo* – a tradicional incorporação dos partidos desajustados ao sistema. Pragmático, Mussolini não se opôs à cooptação e obteve uma das trinta e cinco cadeiras que, naquela eleição, os fascistas

¹²⁶ Composta por 300 mil homens, Heller afirma que ela seria o exército particular de Mussolini. Ao discursar para o Senado no dia 08 de junho de 1924, o *Duce* sustentou que a Milícia teria por propósito defender a revolução fascista (HELLER, 1987, p. 149).

conseguiram na Câmara dos Deputados. Sem um programa fechado, o fascismo adaptou-se muito bem às circunstâncias para chegar ao poder na Itália (PAXTON, 2007, p. 115 e 145).

3.2 O FASCISMO MARCHA SOBRE ROMA

Algumas alas do Partido Nacional Fascista pretendiam tomar o governo com violência. E foi o que seu congresso de 24 e 25 de outubro de 1922, realizado em Nápoles, decidiu (TRENTO, 1986, p. 20).

A ideia ganhara corpo depois do fracasso da *greve legalitária* organizada pela Aliança do Trabalho – uma greve geral que, com o propósito de fazer oposição ao fascismo e de denunciar a conivência do Estado em relação à violência esquadrista, acabou por, ao revés, fortalecê-lo (FASCISMO, [20--]). Os fascistas sabiam que contavam com o apoio dos grandes proprietários rurais e que, de modo geral, os empresários e as forças armadas eram-lhe simpáticos (TRENTO, 1986, p. 20). As classes dirigentes e o mundo econômico esperavam domesticar o fascismo – o que, supunham, seria simples: bastaria trazê-lo para o governo (FASCISMO, [20--]).

Na noite do dia 26 de outubro, as esquadras fascistas marcharam para Roma. Elas partiram de diversas áreas da Itália. Inúmeros prédios públicos e estações ferroviárias foram tomados de assalto pelos *camisas negras* (TRENTO, 1986, p. 20). Mussolini tratava de propalar, então, que, respeitando a monarquia, o exército, o catolicismo e a iniciativa privada, o fascismo restauraria a ordem do país (FASCISMO, [20--]).

Facta, chefe de governo, tratou de esboçar um decreto que instauraria o estado de sítio. Apresentado ao rei Vittorio Emanuele III na manhã do dia 28 de outubro – que, em um primeiro momento, pensou em assiná-lo (DE FELICE, 2018, p. 19) –, o monarca se recusou a firmá-lo – ou por dúvidas a respeito da lealdade de oficiais das forças armadas ou por receio de uma guerra civil ou, quem sabe, por temer perder prestígio junto aos industriais, aos militares ou à sua própria corte (TRENTO, 1986, p. 21).

Sempre afiado, Bernard Shaw notou que os fascistas marcharam sobre Roma e a oposição liberal indignada como um ferro quente sobre um pedaço de manteiga (*apud* HELLER, 1987, p. 112). De fato, os sequazes de Mussolini ingressaram na capital italiana sem que um único tiro fosse disparado:

As esquadras de camisas negras se concentrariam em Santa Marinella, Monterotondo, Tivoli e Foligno: no total, cerca de 25-30.000 homens dotados de um armamento medíocre e bastante desarticulados quanto à disciplina militar. Em frente deles, defendendo Roma, havia 28.400 soldados do exército sob o comando do general Emanuele Pugliese, em teoria em condição de bloquear e condenar à falência a marcha fascista¹²⁷ (DE FELICE, 2018, p. 18).

No dia 30 de outubro, Mussolini chegou a Roma de trem. Ele estava em Milão – afinal, se tudo desse errado, a Suíça estaria logo ali (TRENTO, 1986, p. 21). Nesse mesmo dia, o rei Vittorio Emanuele confiou ao líder fascista, chefe de um partido minoritário no Parlamento, a tarefa de formar um novo governo – que foi costurado com oportunismo e habilidade. O futuro *Duce* não pretendia ver-se prisioneiro dos fascistas e dos nacionalistas – que não se opuseram aos convites feitos por Mussolini para que políticos do Partido Popular Italiano integrassem a sua coalizão, mas vetaram as indicações de sindicalistas, cujos nomes foram, de fato, rechaçados (DE FELICE, 2018, p. 19-20). Entre os ministros figurava, na pasta da educação, Giovanni Gentile, filósofo que ficaria conhecido como um dos mais representativos intelectuais do fascismo.

Ao propor à Câmara a formação de um governo de coalizão – só as esquerdas ficariam de fora dele –, o futuro *Duce* afirmou, em discurso lá proferido no dia 16 de novembro de 1922, que poderia ter fechado o Parlamento, mas não o quis – ao menos naquele momento:

Recusei-me a abusar de minha vitória e podia abusar. Impus-me limites. Disse a mim mesmo que a melhor sabedoria é aquela que não se abandona depois da vitória. Com trezentos mil jovens totalmente armados, decididos a fazer tudo e quase misticamente prontos a obedecer a uma ordem minha, eu podia castigar todos aqueles que difamaram e tentaram lançar na lama o Fascismo [...] Eu podia driblar o Parlamento e constituir um governo exclusivamente de fascistas. Podia: mas, ao menos neste primeiro momento, não quis¹²⁸ (DE FELICE, 2018, p. 22).

Na Câmara, 306 deputados deram seu voto de confiança ao ministério montado por Mussolini. Dentre os senadores, 196 o ratificaram. Os votos contrários se resumiram a 116 na Câmara e a 19 no Senado (GHISALBERTI, 1974, p. 343). De quebra, os parlamentares concederam ao governo plenos poderes para a realização de reformas administrativas e fiscais.

¹²⁷ “Le squadre di camicie nere si sarebbero concentrate a Santa Marinella, Monterotondo, Tivoli, Foligno: in tutto circa 25-30.000 uomini dotati di un mediocre armamento e piuttosto disarticolati quanto a disciplina militare. Di fronte a loro, a difesa di Roma, c'erano 28.400 soldati dell'esercito al comando del generale Emanuele Pugliese, in teoria in grado di bloccarli e di condannare al fallimento la marcia fascista”.

¹²⁸ “Mi sono rifiutato di stravincere e potevo stravincere. Mi sono imposto dei limiti. Mi sono detto che la migliore saggezza è quella che non si abbandona dopo la vittoria. Con trecentomila giovani armati di tutto punto, decisi a tutto e quasi misticamente pronti a un mio ordine, io potevo castigare tutti coloro che hanno diffamato e tentato di infangare il Fascismo [...] Potevo sprangere il Parlamento e costituire un governo esclusivamente di fascisti. Potevo: ma non ho, almeno in questo primo tempo, voluto”.

Mussolini teria carta branca para diminuir o tamanho do Estado e para reduzir sua atuação na esfera econômica (GHISALBERTI, 1974, p. 344-345).

Depois de uma guerra, do biênio vermelho e de dois anos de violência fascista, a opinião pública parecia disposta a acatar de bom grado qualquer governo que promettesse um período de paz. Na verdade, os maiores problemas dos fascistas tinham origens em suas próprias bases. Refratários à “constitucionalização” ou à “parlamentarização” do movimento – em suma, à sua “normalização” –, muitos esquadristas batiam-se contra a coalizão costurada pelo governo e contra a permanência, no interior, de vários prefeitos comprometidos com o antigo regime. Esses *intransigentes* promoveram, à época, inúmeros ataques violentos a verdadeiros ou supostos adversários políticos. Aos sindicalistas fascistas também não agradavam os flertes entre Mussolini e alguns dos quadros da Confederação Geral do Trabalho¹²⁹ (DE FELICE, 2018, p. 20-21).

A ter em vista o crescimento vertiginoso dos filiados ao Partido Nacional Fascista – 200 mil em outubro de 1922, esse número saltou para 783 mil no fim de 1923¹³⁰ –, Mussolini arquitetou, de modo a melhor controlar a agremiação, a criação do Grande Conselho do Fascismo e da Milícia Voluntária para a Segurança Nacional¹³¹ – que se viram boicotados por militares e esquadristas. Mas tais medidas não foram suficientes para impor uma disciplina ao partido e para frear o *ilegalismo* dos chefes das esquadras. Naquela ocasião, Mussolini estava convencido de que a marcha da revolução fascista, tão cara aos *integralistas*, deveria diminuir seu ritmo: o momento exigiria a costura de pactos com o mundo econômico e com a Igreja (DE FELICE, 2018, p. 40).

Mussolini tinha consciência de que, à época, a monarquia tinha forte apoio junto a políticos, militares e à opinião pública. Não seria possível ao Partido Nacional Fascista assumir, naquela conjuntura, um papel de destaque. Isso, de todo modo, não desagradava a Mussolini – que sempre manteve uma atitude de desconfiança em relação ao seu partido, um motivo de dores de cabeça. O Estado exsurgia, assim, como o verdadeiro centro do regime: o próprio Estado deveria ser “fascistizado” (DE FELICE, 2018, p. 40).

¹²⁹ Os monarquistas também estavam descontentes: eles entreviam no fascismo uma ameaça à própria monarquia (DE FELICE, 2018, p. 21).

¹³⁰ Em 1923, a Associação Nacionalista Italiana é absorvida pelo Partido Nacional Fascista, que dela herdou quadros das áreas técnica, jurídica e cultural.

¹³¹ Criada em 1923, a Milícia Voluntária para a Segurança Nacional funcionou como uma espécie de exército do Partido Nacional Fascista. Sob a direção de Mussolini, sua formação representou uma tentativa de limitar os poderes dos *ras*, os intransigentes chefes locais esquadristas.

3.3 A FORMAÇÃO DO GOVERNO DE MUSSOLINI, O ASSASSINATO DE MATTEOTTI E O *AVENTINO*

De olho na formação de uma base congressual estritamente fascista (DE FELICE, 2018, p. 23), Mussolini apresentou ao Parlamento, em 1923, um projeto de lei que reformaria o sistema eleitoral: a legenda que angariasse a maioria relativa¹³² dos votos teria dois terços dos deputados. As demais cadeiras seriam proporcionalmente divididas entre as concorrentes. A proposta, que valeria para as eleições de 1924, recebeu o apoio, em rápida tramitação, de 223 parlamentares. Outros 123 a rejeitaram (DE FELICE, 2018, p. 23). A direita católica e boa parte dos liberais acompanharam os fascistas na votação. A maioria do Partido Popular Italiano se absteve (TRENTO, 1986, p. 27).

Durante as negociações, Mussolini mostrou-se extremamente aberto – inclusive à oposição –, conclamando o Parlamento a atuar em compasso com a “alma da nação” (FELICE, 2018, p. 23). Na realidade, o *Duce* pretendia, com a reforma eleitoral, reforçar a presença fascista no Congresso e desbancar a pequena oposição que lá ainda erguia a sua voz (GHISALBERTI, 1974, p. 347).

No âmbito de seu próprio partido, Mussolini dedicava-se à tarefa de pôr freio à violência dos *intransigentes* por toda a Itália. Na realidade, o *Duce* faturava com a atuação dos esquadristas: sob os olhos da opinião pública, ele era visto como o único político capaz de, dentro da órbita constitucional, normalizar o fascismo. Já os fascistas o encaravam como um moderado – mais próximo aos *revisionistas* do que aos *intransigentes* (DE FELICE, 2018, p. 24).

Percebendo o comportamento indeciso e flutuante de alguns setores liberal-democráticos, Mussolini tratou de costurar uma nova lei eleitoral que estabeleceria uma lista nacional de candidatos “de plena confiança do Partido e do Governo” (GHISALBERTI, 1974, p. 348-349). Os fascistas contaram, nesse listão, com a adesão e a colaboração de muitos liberais e alguns conservadores católicos¹³³. A ofensiva de Mussolini deu-se mais a nível individual do que a nível propriamente partidário. A tentativa de esvaziar os partidos tradicionais parecia

¹³² Essa maioria relativa deveria obter, no mínimo, 25% dos votos válidos.

¹³³ Os liberais e os conservadores foram os dois principais parceiros de coalizão dos fascistas: “os fascismos que conhecemos chegaram ao poder com o auxílio de ex-liberais amedrontados, tecnocratas oportunistas e ex-conservadores, e governaram conjuntamente com eles, num alinhamento mais ou menos desconfortável” (PAXTON, 2007, p. 47 e 49).

clara (DE FELICE, 2018, p. 27-28). Dois terços dos integrantes do listão eram do Partido Nacional Fascista (GHISALBERTI, 1974, p. 348).

Mussolini não pretendia que o processo eleitoral se desenrolasse sob o signo da violência¹³⁴. Mas a campanha foi, nos termos de Giolitti, indigna de um país civilizado (DE FELICE, 2018, p. 28). *Camisas negras* acompanharam os eleitores nas cabines durante a votação. Depois dela, milícias fascistas custodiaram urnas. Candidatos opositoristas foram agredidos. Ao fim, com um desempenho acachapante no sul do país, Mussolini e seus asseclas levaram 65% dos votos – um resultado que superou as expectativas dos próprios fascistas (DE FELICE, 2018, p. 28). Juntos, os partidos de esquerda somaram aproximadamente 15% deles. Com um discurso antifascista, o Partido Popular Italiano angariou 9% dos eleitores. Os liberais que não sucumbiram às legendas nacionais conquistaram 3,3% dos cidadãos italianos (TRENTO, 1986, p. 27)¹³⁵. O *Duce* se aproveitou das contradições internas das forças liberal-democráticas e populares para promover uma reconfiguração da centro-direita (DE FELICE, 2018, p. 28). A fragmentação da oposição facilitou bastante o trabalho dos fascistas (GHISALBERTI, 1974, p. 348)¹³⁶.

Logo depois das eleições, em 10 de junho de 1924¹³⁷, o deputado Giacomo Matteotti, secretário do Partido Socialista Unitário, foi sequestrado e assassinado por esquadristas. Em 30 de maio, ele havia proferido na Câmara um contundente discurso em que pedia a anulação de todo o processo eleitoral, repleto de irregularidades (DE FELICE, 2018, p. 29).

A opinião pública dava como certa a participação de Mussolini no crime contra o parlamentar socialista. Mas ele se apressou a dizer que nada tinha que ver com o assassinato e assegurou que o governo investigaria o caso com afinco. Na tribuna da Câmara, o *Duce* sustentou que só aos seus inimigos políticos interessaria o homicídio de Matteotti, cuja morte, alegou, deixara-o exasperado. Nem a prisão de Amerigo Dumini – o suposto líder dos sicários

¹³⁴ Em seu primeiro discurso na Câmara dos Deputados, Mussolini afirmou que a violência não constitui, para o fascismo, um sistema, um movimento estético ou um esporte. Trata-se, antes, de uma “dura necessidade à qual estamos submetidos”. Os fascistas estariam, contudo, dispostos a se desarmarem – desde que os socialistas também o fizessem. “Estamos em um período decisivo; lealdade por lealdade, antes de depor nossas armas, desarmem os seus espíritos”, sugeriu (“Siamo in un periodo decisivo; lealtà per lealtà, prima di deporre le nostre armi, disarmate i vostri spiriti”) (MUSSOLINI, 1979, p. 206).

¹³⁵ O Partido Popular Italiano perdeu 69 das 108 cadeiras que tinha na Câmara. Os socialistas foram de 123 para 46. Apenas os comunistas aumentaram seus assentos: em 1921, eles obtiveram 15 deputados e, em 1924, 19 (GHISALBERTI, 1974, p. 348).

¹³⁶ Os socialistas, os comunistas, os populares e os liberais democráticos não formaram listas – cada um desses grupos seguiu seu próprio caminho nas eleições.

¹³⁷ Seu cadáver só seria encontrado em 16 de agosto de 1924 (DE FELICE, 2018, p. 34).

responsáveis pelo assassinato – foi, porém, suficiente para aplacar a desconfiança que recaía sobre os fascistas (DE FELICE, 2018, p. 29-30).

Se a política de coalizão levada a cabo por Mussolini parecia, até então, dar certo, o assassinato de Matteotti obrigou o *Duce* a dar mais atenção à ala intransigente do partido (FASCISMO, [20--]). De qualquer sorte, o governo entrava em crise pela primeira vez. Já não era possível ver os distintivos e as fardas fascistas circulando pelas ruas. Os periódicos de oposição aumentaram suas vendas. A indignação atingiu todas as classes sociais. Os fascistas perderam terreno no campo institucional, mas seus adversários não conseguiram se aproveitar de sua debilidade. Os comunistas propuseram uma greve geral, mas a própria Confederação Geral do Trabalho e parte da oposição descartaram-na. Em um movimento que ficou conhecido como *A Secessão do Aventino*, os deputados antifascistas abandonaram a Câmara no dia 12 de junho de 1924 e passaram a se reunir em outro espaço: eles só retornariam ao Parlamento com a dissolução das milícias e com a restauração da legalidade. Mas o rei, em quem depositavam suas fichas, clamou pela “concordia nacional” (TRENTO, 1986, p. 29).

Segundo Carlo Avarna di Gualtieri, Mussolini já dera sinais, no fim de 1922, de que a “tranquilidade” vivida na política italiana não passava de uma ilusão. A suposta unanimidade e o suposto consenso ali reinantes constituíam uma grande mentira: a “sedição do Aventino” o ilustrava. A tensão entre o governo e a oposição havia crescido. Comentando-a, Mussolini afirmou que “quando dois elementos estão a lutar e se mostram irreduzíveis, o elemento resolutivo é a força – nunca houve outra solução na História e nunca haverá” (DI GUALTIERI, 2017, p. 202).

Quando a maior parte dos opositores deixou o Parlamento em sinal de protesto contra o regime, nele permaneceram, por exemplo, os liberais capitaneados por três antigos presidentes do Conselho de Ministros: Orlando, Giolitti e Salandra – sem o apoio dos quais, por sinal, o governo não teria conseguido vencer as eleições de 1924. Na esvaziada Câmara dos Deputados, o governo ainda contava com uma maioria que, formada por liberais de direita e por católicos, sustentava-o. A heterogeneidade das oposições constituía uma grande dificuldade para fazer frente a Mussolini. Elas concordavam que seria preciso derrubá-lo, mas não se entendiam a respeito da reconstrução da cena política. Fora do Parlamento, além da milícia, apenas uma parte da alta burguesia industrial e agrária dava sustentação ao fascismo em 1925 (DI GUALTIERI, 2017, p. 204-205).

A Secessão do Aventino foi muito útil a Mussolini – que pôde enfrentar a crise sem qualquer oposição no Parlamento. Por sinal, o presidente da Câmara, Alfredo Rocco¹³⁸, suspendeu os trabalhos da casa legislativa por prazo indeterminado (DE FELICE, 2018, p. 30). O empresariado não disse palavra, em um primeiro momento, a respeito do fechamento da Câmara – mas acabou por, mais tarde, apoiar a medida. O papa se referiu ao fascismo como o menor dos males (TRENTO, 1986, p. 29). Giolitti declarou, à época, que Mussolini era um homem de sorte: se ele, o velho liberal, conheceu, durante o período em que esteve à frente do governo, uma oposição das mais ferrenhas, o líder do fascismo não teve o mesmo problema – seu caminho estava, afinal, livre (DE FELICE, 2018, p. 30-31). Segundo Renzo de Felice, “o protesto exclusivamente moral do Aventino – tanto nobre quanto estéril politicamente – em última análise acabou fazendo o jogo do fascismo, consentindo-lhe superar o *impasse* do momento [...]”¹³⁹ (2018, p. 32).

A Câmara estava esvaziada, mas o clima nas ruas não era dos melhores para os fascistas. O país encontrava-se envolto em uma atmosfera de tensão e de comoção. Isolado, o governo tentou passar a impressão de que estava a se “normalizar”: uma reforma levou oito nomes moderados ou monarquistas para os seus ministérios. Algumas personagens diretamente ligadas ao assassinato de Matteotti foram afastadas – entre elas Arturo Fasciolo, secretário particular de Mussolini, e Emilio de Bono, um chefe de polícia. As mudanças também atingiram a Milícia Voluntária para a Segurança Nacional, declarada parte integrante das Forças Armadas – o que exacerbou as diferenças internas entre os fascistas *moderados* e os *intransigentes* (DE FELICE, 2018, p. 32-33).

Em 12 de novembro de 1924, a Câmara dos Deputados foi reaberta. A base do governo estava desagregada (DE FELICE, 2018, p. 35). Mas os comunistas, que haviam abandonado o Aventino, e os liberais giolittianos, que sequer haviam aderido à secessão, estavam isolados e sem força (TRENTO, 1986, p. 29).

O início de 1925 foi marcado pelo recrudescimento da violência estatal e esquadrista contra as oposições. Numerosos políticos e intelectuais deixaram o país, os periódicos

¹³⁸ Alfredo Rocco figura entre os grandes doutrinadores do fascismo. Nacionalista de direita, era econômica e politicamente antiliberal. “Bom jurista” reacionário, ele defendia um Estado forte encabeçado pela burguesia industrial e adaptado às novas exigências econômicas – um Antigo Regime revisado. Rocco defendia a subordinação do indivíduo ao Estado e sustentava que a liberdade nada era senão uma concessão estatal. Para ele, um novo Estado haveria de surgir das ruínas do liberalismo, do socialismo e do anarquismo, ideologias marcadas tanto pelo individualismo quanto pelo materialismo (BOBBIO, 1986, p. 138).

¹³⁹ “La protesta esclusivamente morale dell’Aventino – tanto nobile quanto sterile politicamente – in ultima analisi finì col fare il gioco del fascismo, consentendogli di superare *l’impasse* del momento [...]”.

antifascistas interromperam suas publicações, servidores públicos avessos ao fascismo foram demitidos, os maçons se viram em apuros, os empresários só tratariam, dali em diante, com os sindicatos de matiz fascista¹⁴⁰ (TRENTO, 1986, p. 30).

Em 03 de janeiro de 1925, Mussolini ocupou a tribuna da Câmara e, além de pespegar a pecha de sediciosos sobre os *aventinianos*, assumiu, em um breve e duro discurso, a responsabilidade política, moral e histórica sobre os acontecimentos que redundaram no assassinato de Matteotti: “Se o fascismo não foi senão óleo de rícino e cassetete [...] e não, ao invés disso, uma paixão soberba da melhor juventude italiana, a culpa é minha. Se o fascismo foi uma associação a delinquir, eu sou o chefe dessa associação a delinquir”¹⁴¹ (DE FELICE, 2018, p. 37).

3.4 O QUE É O FASCISMO?

Em 24 de março de 1944, a coluna de George Orwell no *Tribune* começava da seguinte maneira: “De todas as perguntas não respondidas sobre nossa época, talvez a mais importante seja: ‘O que é o fascismo?’” (2017, p. 85).

Orwell nota que, à época, muita gente era chamada de fascista. Conservadores, comunistas, trotskistas, pacifistas, belicistas, católicos, nacionalistas – em todos eles foi pespegado, aqui e acolá, o adjetivo. O fascismo seria, para muitos, “algo cruel, inescrupuloso, arrogante, obscurantista, antiliberal e anticlasse trabalhadora”. Um fascista seria, para os ingleses, um “troglodita”: “é a coisa mais próxima de uma definição a que chegou essa tão abusada palavra”, afirma o autor de *1984* (ORWELL, 2017, p. 89).

Ainda que o termo fascismo tenha sido degradado, segundo Orwell, ao nível de um palavrão (ORWELL, 2017, p. 89), ele é bem mais do que isso. Mas o que exatamente?

¹⁴⁰ “Pela lei de abril de 1926, o sindicato tornava-se órgão do Estado e, na prática, dele dependia, através de uma série de controles impostos de cima. A greve foi declarada ilegal, e todos os contrastes entre patrões e trabalhadores passaram a ser de exclusiva competência da recém-nascida Justiça do Trabalho, que, de fato, funcionou pouco e mal, sendo sua função absorvida pelo Ministério das Corporações, instituído no mesmo ano” (TRENTO, 1986, p. 45).

¹⁴¹ “Se il fascismo non è stato che olio di ricino e manganello [...] e non invece una passione superba della migliore gioventù italiana, a me la colpa! Se il fascismo è stato un’associazione a delinquere, io sono il capo di questa associazione a delinquere!”.

O termo *fascismo* vem de *fascio* – que, em italiano, significa feixe ou maço. Na Roma Antiga, o *fasces* era um machado envolto por varas usualmente exibido aos magistrados nas procissões públicas: ele representava a autoridade e a unidade do Estado. Até a Primeira Guerra Mundial, tal símbolo era tradicionalmente usado pela esquerda: “Marianne, o símbolo da República francesa, foi muitas vezes retratada, no século XIX, portando o *fasces*, para representar a força da solidariedade republicana contra seus inimigos aristocratas e clericais” (PAXTON, 2007, p. 14-15). No fim do século XIX, os revolucionários italianos nele encarnavam a solidariedade entre os militantes. Em fins de 1914, um grupo de nacionalistas de esquerda fundou o *Fascio Rivoluzionario d’Azione*: defensores do ingresso da Itália na guerra ao lado dos Aliados, contavam, em suas fileiras, com Mussolini, expulso do Partido Socialista dois anos antes (PAXTON, 2007, p. 14-15).

Formalmente, o fascismo nasceu na cidade de Milão em 23 de março de 1919 com a criação dos *Fasci di Combattimento*. Naquele dia, lideradas por Mussolini, aproximadamente cem pessoas se reuniram na Aliança Industrial e Comercial da cidade para declarar guerra ao socialismo¹⁴² – que, afirmavam, traía o nacionalismo. Poucos meses mais tarde, o programa fascista defenderia a expansão italiana sobre os Balcãs e o Mediterrâneo, o sufrágio feminino, o voto aos 18 anos, a abolição do Senado, a jornada de trabalho de oito horas, a participação dos trabalhadores na gerência das indústrias, uma pesada tributação sobre o capital, o confisco de alguns bens da Igreja e, ainda, a realização de uma assembleia constituinte. *Nem de esquerda e nem de direita* – assim se definiam os fascistas, que tomavam por obsoleta a clássica divisão entre os espectros políticos (PAXTON, 2007, p. 16 e 29).

Integrado sobretudo por veteranos de guerra, sindicalistas nacionalistas e intelectuais vinculados ao movimento Futurista, o movimento fascista tinha apreço pela violência¹⁴³, dava de ombros para as negociações políticas e para o parlamentarismo liberal, lançava anátemas tanto contra o individualismo burguês quanto contra o intelectualismo e desprezava o arranjo social italiano (PAXTON, 2007, p. 16 e 29).

¹⁴² Na verdade, “os fascistas odiavam os liberais tanto quanto odiavam os socialistas, por razões diferentes. Para eles, a esquerda socialista e internacionalista era o inimigo, e os liberais eram os cúmplices do inimigo” (PAXTON, 2007, p. 44).

¹⁴³ O fascismo rechaça o pacifismo e as construções “internacionalistas e societárias” dele decorrentes. Apenas a guerra é capaz, segundo Mussolini, de elevar ao máximo a concentração da energia humana e de conferir aos povos que a fazem um senso de mobilidade. Os fascistas não renunciam à luta e aos riscos que ela encerra. Estão eles dispostos ao sacrifício. O “ne me frego” ou, em português, “estou me lixando” estampado sobre as faixas que cobrem as feridas dos esquadristas bem ilustra, segundo Mussolini, o “ato de filosofia estóica” desses fascistas. Trata-se, inclusive, do “novo estilo de vida italiano”. A vida há de ser alta e plena (MUSSOLINI, 1979, p. 267).

Crentes de que haviam liderado a salvação do país na Primeira Guerra Mundial, os militares acreditavam que tinham o direito de governar a Itália. Os sindicalistas ligados ao fascismo não endossavam as estratégias de luta que passavam pelo Parlamento ou que se pautavam em mudanças político-econômicas graduais: eles derrubariam o capitalismo e, com a implantação de um projeto coletivista, organizariam a economia em bases exclusivamente sindicais¹⁴⁴. Filippo Marinetti à frente, os futuristas constituíam um grupo de artistas que rejeitava a herança cultural do passado, venerava a velocidade e exaltava a violência, tanto que seu líder participou, em 5 de abril de 1919, da invasão promovida por fascistas à sede do jornal socialista milanês *Avanti!* – que, além de acabar com a destruição de todo o equipamento do periódico¹⁴⁵, provocou quatro mortes (PAXTON, 2007, p. 17-19).

Apesar de a maior parte de seus adeptos provir da classe média – uma classe de “ressentidos” –, os primeiros militantes do fascismo eram bastante diversos. Brigões de rua como Amerigo Dumini, músicos como Arturo Toscanini e filósofos como Giovanni Gentile dividiam suas fileiras. Boêmios, intelectuais marginalizados e especialistas em atizar multidões e realçar ressentimentos figuravam entre os seus líderes¹⁴⁶. Ligava-os, além do nacionalismo extremado e da tolerância à violência, a ojeriza à política tradicional e à esquerda (PAXTON, 2007, p. 93-97).

O crescimento do fascismo foi rápido e, em um primeiro momento, concentrou-se sobretudo na zona rural do Vale do Pó e da Toscana. Sua presença era tímida nas regiões mais industrializadas e, salvo na Apúlia, praticamente inexistente no sul do país. Em 1920, a burguesia agrária era uma entusiasta do movimento. Já os industriais, hesitantes, desconfiavam dele. De olho na aquisição de pequenas propriedades, os trabalhadores rurais foram atraídos

¹⁴⁴ Em sua *Doutrina do Fascismo*, Mussolini afirma que o fascismo nega o materialismo histórico, a base do “dito socialismo científico”. A economia tem importância, mas ela não explica, isolada, toda a história humana – que, creem os fascistas, também é impulsionada pela santidade e pelo heroísmo, fenômenos absolutamente alheios aos meios e instrumentos de produção. A luta de classes também não é, para o fascismo, o agente preponderante das transformações sociais. Os fascistas rejeitam, ainda, a “aspiração sentimental” à “felicidade econômica” propalada pelos marxistas. O bem-estar de todos, sustenta Mussolini, não se realizará automaticamente e, de qualquer modo, não pode ser tido por um sinônimo de felicidade. Igualá-los equivaleria a encarar os homens como simples animais em regime de engorda (MUSSOLINI, 1979, p. 267-268).

¹⁴⁵ À época filiado ao Partido Socialista Italiano, o próprio Mussolini foi editor do *Avanti!* entre 1912 e 1914 (PAXTON, 2007, p. 19).

¹⁴⁶ Para Giovanni Gentile, os últimos anos do século XIX assistiram, na Itália, a uma reação dos jovens às ideias dominantes da época. Os ares de um “espírito novo” lufavam e expulsavam a “vida prosaica, burguesa e materialista”. Giambattista Vico retornara ao seu trono: a filosofia idealista e espiritualista anticartesiana e antirracionalista foram reabilitadas. Assomava no país, sustenta o teórico fascista, um verdadeiro sentimento de renovação – mas de uma “renovação que remete às tradições”. Seus impulsionadores, combatidos pela Itália legal e parlamentar, são “polemistas, frequentemente violentos, que propugnam um sistema de ordem e de restauração das forças ideais, às quais todos devem se sujeitar na disciplina da lei” (“Sono novatori che si richiamano alla tradizione. Sono polemisti, spesso violenti, che propugnano un sistema di ordine e di restaurazione delle forze ideali, a cui tutti si devono assoggettare nella disciplina della legge”) (GENTILE, 1929, p. 20-23).

pelo fascismo. Ao contrário, a maioria dos proletários guardava distância dos fascistas (FASCISMO, [20--]).

A transformação do movimento dos *Fasci di Combattimento* em um partido não foi um consenso entre os fascistas. Para alguns, sua institucionalização trairia suas premissas básicas. Ingressar no campo político tradicional, aquele dos acordos em um sujo parlamento burguês, não ficaria bem para um grupo que se dizia um antipartido. Não era esse, contudo, o entendimento de Mussolini, cuja vontade prevaleceu. O Partido Nacional Fascista surgiria em 1921 (PAXTON, 2007, p. 104-105). Um ano mais tarde, ele já seria a maior organização política do país, com 200 mil filiados e um verdadeiro exército privado, cujo poder, fulgurante no norte e no entro do país, alçava-o à condição de um autêntico anti-Estado (FASCISMO, [20--]).

Se o conservadorismo, o liberalismo e o socialismo já demonstravam, em termos práticos e teóricos, força no fim do século XIX, o fascismo sequer havia sido então imaginado. Em 1895, Friedrich Engels vaticinava que a entrada das massas no mundo das eleições traria muitos votos para a esquerda. Os conservadores já se davam conta, segundo o pensador alemão, de que a legalidade trabalhava contra eles. Mas a previsão do coautor do *Manifesto Comunista* não se concretizou: uma geração depois, os fascistas seriam ovacionados nas urnas (PAXTON, 2007, p. 13-14)¹⁴⁷.

¹⁴⁷ Segundo Gerhard Leibholz, o liberalismo político acabou por, no século XIX, proporcionar a “independência” da pequena burguesia e especialmente do proletariado: uma democracia aristocrática dera lugar, com as mudanças estruturais do direito ao voto, a uma democracia de massas (LEIBHOLZ, 2007, p. 80). Mussolini sustenta que os números não podem, por si mesmos, governar, mediante consultas periódicas, as sociedades humanas. Os homens são, afinal, defende o líder fascista, irremediavelmente diferentes – o que impede nivelamentos mecânicos realizados pelo sufrágio universal. Para o *Duce*, “regimes democráticos podem ser definidos como aqueles nos quais, de tanto em tanto, dá-se ao povo a ilusão de ser soberano, enquanto a verdadeira soberania está em outras forças às vezes irresponsáveis e secretas” (“Regimi democratici possono essere definiti quelli nei quali, di tanto in tanto, si dà al popolo l’illusione di essere sovrano, mentre la vera effettiva sovranità sta in altre forze talora irresponsabili e segrete”). “A democracia é um regime sem rei, mas com muitíssimos reis por vezes até mais exclusivos, tirânicos e destruidores do que um único rei tirano” (“La democrazia è un regime senza re, ma con moltissimi re talora più esclusivi, tirannici e rovinosi che un solo re che sai tirano”) (MUSSOLINI, 1979, p. 268). Depois de citar excerto das *Meditações Filosóficas* em que Ernst Renan assevera não ser possível ao povo conhecer a razão ou a ciência – “não é necessário para a existência da razão que todo mundo a conheça” (“Non è necessario per l’esistenza della ragione che tutto il mondo la conosca”) –, Mussolini afirma que “o fascismo rechaça na democracia a absurda mentira convencional do igualitarismo político e o hábito da irresponsabilidade coletiva e o mito da felicidade e do progresso indefinido”. Se, porém, a democracia puder ser entendida como uma forma de governo que não deixa o povo às margens do Estado, o fascismo, defende Mussolini, pode ser definido como uma “democracia organizada, centralizada, autoritária” (MUSSOLINI, 1979, p. 269). Apesar de, “por razões de contingência”, o fascismo ter flertado com a causa republicana, ele deixou de defendê-la antes mesmo da Marcha sobre Roma – depois de chegar à conclusão de que as “formas políticas de um Estado” não constituíam, por volta de 1922, um problema proeminente. Há repúblicas reacionárias. E há, por outro lado, monarquias vanguardistas. Na verdade, acrescenta o *Duce*, o fascismo supera a “antítese monarquia-república” com a qual o “democratismo” perdeu tempo (MUSSOLINI, 1979, p. 268).

O fascismo é uma das ideologias típicas do século XX. Ele próprio, porém, tomava-se, ao menos em seu período inicial, por anti-ideológico. Bobbio nota que o fascismo se via, a rigor, como práxis. Mussolini sintetiza tudo em um discurso proferido em março de 1921: “O fascismo é uma grande mobilização de forças materiais e morais. Que coisa se propõe? Digamolo sem falsas modéstias: governar a nação. Nós não cremos em programas dogmáticos”¹⁴⁸ (BOBBIO, 1986, p. 128).

Mas Bobbio sustenta que há, em tais afirmações, uma ideologia “ativista” e “irracionalista”. Por um lado, os fascistas lançavam anátemas contra o socialismo, o liberalismo, a democracia. Por outro, enalteciam a força que cria o direito e a violência. O fascismo propalou, em sua antirevolução ou contrarrevolução, mais do que uma anti-ideologia, uma ideologia negativa (BOBBIO, 1986, p. 128-129).

Foi sob essa ideologia negativa que, Mussolini a “domá-las”, o fascismo abrigou todas as tendências antidemocráticas de sua época – da corrente dos “conservadores à moda antiga” àquela dos “irracionalistas-nacionalistas”¹⁴⁹. Aqueles buscavam a instauração de um Estado autoritário capaz de pôr os operários na linha e de fazer os trens andarem no horário. Estes batiam-se pela revolução dos “deslocados” e dos “desajustados” (BOBBIO, 1986, p. 129).

Os “restauradores”¹⁵⁰ se valeram do fascismo como um instrumento, um “remédio”, “ainda que amargo”, para a “crise do velho estado”. Com ele, intentavam frear a revolução e a democracia. Já o fascismo do “quinto estado” foi finalístico: seus adeptos realmente acreditavam no “monstro bolchevique” e na missão civilizatória fascista, encarregada de promover o renascimento do “gênio da estirpe itálica”. Os “realistas” eram tidos por oportunistas pelos “crentes ou fanáticos”¹⁵¹ – cuja pecha de “exaltados” lhe foi pespegada pela facção contrária. As relações entre tais grupos nunca foram amigáveis. As “floridas”

¹⁴⁸ “Il fascismo è una grande mobilitazione di forze materiali e morali. Che cosa si propone? Lo diciamo senza false modestie: governar la nazione. Noi non crediamo ai programmi dogmatici”.

¹⁴⁹ Togliatti afirma que a *ideologia fascista* é eclética e heterogênea: é que, instrumento de ligação, “ela serve para unificar diversas correntes na luta pela ditadura sobre as massas trabalhadoras e para criar, com este fim, um amplo movimento de massas”. Feito um camaleão, compara o teórico e ativista italiano, a ideologia fascista nada tem de acabado ou de solidamente constituído. Se há algo, porém, que sempre figura na ideologia fascista, é o nacionalismo (TOGLIATTI, 1978, p. 09).

¹⁵⁰ Bobbio arrola Giovanni Gentile como um dos principais “restauradores”. Com raízes na “direita histórica”, o filósofo, “otimista até à ingenuidade”, encarregou-se de consolidar e propagar a teoria do fascismo – que, sob o seu ponto de vista, não constituía uma ruptura com o passado. O fascismo era, para ele, o verdadeiro liberalismo – não o que contrapunha indivíduo e Estado, mas aquele em que, nos moldes hegelianos, a liberdade e o Estado constituíam, coincidindo, uma única coisa. Com essa “interpretação distorcida do liberalismo”, Gentile justificou, em termos filosóficos, a fórmula do “Estado-tudo”: o “tudo no Estado, nada fora do Estado, nada contra o Estado” tantas vezes repetido por Mussolini (BOBBIO, 1986, p. 130, 133, 134 e 136).

¹⁵¹ Bobbio assevera que nos anos 1930 e 1940 o fascismo deixou de ser ou de pretender ser uma doutrina e passou a ser uma fé (1986, p. 140).

manifestações do regime escondiam essas refregas internas que o sacudiam (BOBBIO, 1986, p. 130).

3.4.1 O programa do fascismo é o poder

Conservadorismo, liberalismo e socialismo eram *ismos* clássicos quando surgiu o fascismo – que não ostentava uma teoria ou um complexo sistema filosófico a embasá-lo.

Em maio de 1920, Mussolini propalava que os fascistas não estavam vinculados a qualquer doutrina. Instado a responder, meses antes de assumir o poder, qual seria seu programa, ele ripostou: “Os democratas do *Il Mondo* querem saber qual é o nosso programa? Nosso programa é quebrar os ossos dos democratas do *Il Mondo*. E quanto antes, melhor”. Dois anos mais tarde, em 1922, o *Duce* tornaria clara a singeleza do programa fascista: “Nosso programa é simples. Queremos governar a Itália”. “O punho é a nossa teoria”, bradou um militante fascista no mesmo ano (PAXTON, 2007, p. 40). O debate ponderado foi, nos termos de Walter Benjamin, substituído pela experiência sensorial imediata (PAXTON, 2007, p. 41 e 114)¹⁵².

Mussolini afirmava, aos quatro cantos, que ele mesmo era a definição do fascismo: o povo não precisava de uma doutrina, mas de uma liderança. É bem verdade que, em 1932, o *Duce*, leitor aplicado de Friedrich Nietzsche, Gustave Le Bon e Georges Sorel, redigira, com o *ghostwriter* Giovanni Gentile, uma *Doutrina do Fascismo* (MELIS, 2018, p. 256). Mas os tempos eram outros – uma época de consolidação do regime. A conquista do poder vem antes da formulação teórica (PAXTON, 2007, p. 40 e 64).

Segundo Gerhard Leibholz, o fascismo não possuía um programa a ser posto em prática e sempre se guiou por objetivos concretos e determinados, o que o levou a, com pragmatismo, renunciar a muitas de suas pretensões originárias – que, além de anticlericais, incluíam a extinção do Senado e, com a instauração de uma república, o fim da monarquia. A ausência de um programa claro permitiu ao fascismo recrutar adeptos nas mais diversas classes e estratos sociais (LEIBHOLZ, 2007, p. 12-14).

Muitos escritores fascistas viam com maus olhos a filosofia. Isso não significa, porém, conforme Giovanni Gentile, que o fascismo não tenha um “significado filosófico”. As posições

¹⁵² Para Paxton, o fascismo era “mais visceral que cerebral” (2007, p. 79).

antifilosóficas de inúmeros de seus propaladores constituem, na verdade, manifestações do próprio pensamento fascista (GENTILE, 1929, p. 57).

Coisa costumeira, trata-se de um embate entre filosofias diversas. Defensor de um pensamento da práxis – Giovanni Gentile nota que o pensamento de Mussolini deve muito a Karl Marx e a George Sorel –, o fascismo se bate contra a filosofia abstrata e o intelectualismo. Os sequazes do *Duce* enunciam e afirmam uma filosofia da ação. Ela não “se pensa”, mas “se faz” alheias às fórmulas – que, se utilizadas, acabam por exhibir o mesmo valor das ações, pois não se resumem a meras palavras. O “estilo literário e prático” dos fascistas rechaça, em nome da eficiência e do máximo rendimento, o supérfluo. O fascismo não é um sistema atrelado a teorias baseadas em proposições ou teoremas imutáveis. Trata-se, antes, de um método (GENTILE, 1929, p. 41 e 58).

Não foram poucas as oportunidades em que, no meio do caminho, o fascismo abandonou ou modificou planos que, com o tempo, haviam se tornado inadequados. “As verdadeiras resoluções do *Duce* são sempre aquelas que são ao mesmo tempo formuladas e efetuadas”¹⁵³. O fascismo não atribui qualquer valor ao pensamento que não se transforme em ação. Daí a sua aversão ao “intelectualismo” – a divisão entre pensamento e ação, entre ciência e vida e entre teoria e prática defendida pelo “homem médio escondido sob a máxima de que falar é uma coisa e de que fazer é outra”¹⁵⁴, pelos “utopistas construtores de sistemas que não afrontam o cimento da realidade”¹⁵⁵ ou, ainda, “pelo poeta, cientista, filósofo que se fecham na fantasia e na inteligência”¹⁵⁶ (GENTILE, 1929, p. 37-38).

Ser anti-intelectual, defende Giovanni Gentile, não significa rechaçar o pensar ou as formas superiores de cultura, pois a realidade espiritual constitui uma síntese de pensamento e ação. As fórmulas trigonométricas, calcula o filósofo fascista, não afastam os inimigos da fronteira. São elas, no entanto, que regulam os tiros da artilharia. Os fascistas se batem, portanto, contra os intelectuais que, presos à abstração e afastados da realidade, são “aconselhados pela doutrina a não fazer política”¹⁵⁷. O fascismo quer “extirpar do solo italiano esses maus cidadãos”¹⁵⁸, esses elementos que propagam a “cultura ruim”¹⁵⁹ (GENTILE, 1929, p. 38-39).

¹⁵³ “Le risoluzioni vere del Duce sono sempre quelle che sono insieme formulate e attuate”.

¹⁵⁴ “[...] del mezzo uomo che si trincerava dietro la massima che altro è il dire altro il fare”.

¹⁵⁵ “dell’utopista costruttore di sistemi, che non dovranno affrontare il cimento della realtà”.

¹⁵⁶ “del poeta, dello scienziato, del filosofo, che si chiudono nella fantasia e nell’intelligenza [...]”.

¹⁵⁷ “[...] dalla dottrina consigliato a non far politica [...]”.

¹⁵⁸ “[...] il Fascismo mette giustamente in mala voce come cattivo cittadino, e ne vuole estirpare la mala pianta dal suolo italiano”.

Giovanni Gentile sustenta que os homens só progredem quando se dividem. O progresso é o fruto da vitória de um grupo sobre outro. Não se pode dar aos intelectuais o privilégio de assistir, como simples espectadores e em completa segurança, a tais pelejas e de, ao final das batalhas, simplesmente sentar ao lado dos vencedores, beneficiando-se de seus louros (GENTILE, 1929, p. 39-40).

Dinâmico, vitalista, indeterminado e irracionalista, o programa dos fascistas é, portanto, a ação (LEIBHOLZ, 2007, p. 16-17). Segundo Hannah Arendt,

Mussolini foi provavelmente o primeiro líder de partido a rejeitar conscientemente um programa formal e substituí-lo apenas pela liderança e pela ação inspiradas. Por trás dessa atitude, estava a noção de que a atualidade do próprio momento era o principal elemento de inspiração, ao qual um programa partidário somente poderia prejudicar. A filosofia do fascismo italiano foi expressa pelo “atualismo” de Gentile e não pelos “mitos” de Sorel (1989, p. 374).

Mussolini via “os programas e plataformas como desnecessários pedaços de papel e embaraçosas promessas”. Seu verdadeiro propósito era simplesmente a tomada do poder e a acomodação da “elite” fascista no governo – um projeto que, sustenta Arendt, passava longe do totalitarismo. “O totalitarismo”, explica a pensadora alemã, “jamais se contenta em governar por meios externos, ou seja, através do Estado e de uma máquina de violência”. E, continua, “graças à sua ideologia peculiar e ao papel dessa ideologia no aparelho de coação, o totalitarismo descobriu um meio de subjugar e aterrorizar os indivíduos internamente” (ARENDR, 1989, p. 374-375).

A inexistência de um programa fechado permitiu ao fascismo promover, nos primeiros anos à frente do governo, uma série de composições políticas. No exercício do poder, Mussolini e seus asseclas acabaram por deixar de lado seus ubíquos discursos contra quaisquer espécies de negociações. Os fascistas não foram, sobretudo nos 1920, tão irredutíveis quanto alardeavam (PAXTON, 2007, p. 43).

Em sua *Doutrina do Fascismo*, publicada em 1932, Mussolini declara que, em março de 1919, por ocasião da fundação do movimento fascista, ele “não tinha nenhum plano doutrinário específico” em seu “espírito”. Mesmo quando estava ao lado dos socialistas, afirma o *Duce*, sua doutrina era a “doutrina da ação” (MUSSOLINI, 1979, p. 265).

O fascismo não chegou ao poder, esclarece Mussolini, com uma doutrina redigida em uma escrivadinha. Ele nasceu da necessidade de ação e foi ação – um movimento que, em seus dois primeiros anos, constituiu um antipartido. Os anos que antecederam a Marcha sobre Roma

demandavam ação¹⁶⁰: não se poderia tolerar, então, pesquisas ou elaborações teóricas completas, assevera o *Duce*. Se, pondera Mussolini, os fascistas não tinham uma doutrina – “com divisões de capítulos e parágrafos e contornos de elucubrações” –, não lhes faltava, a substituí-la, “algo mais decisivo”: “a fé” (MUSSOLINI, 1979, p. 265-266).

Os fundamentos da doutrina do fascismo surgiriam em meio a suas batalhas. Só com o passar do tempo os “acenos” e “antecipações iniciais” fascistas viriam a se tornar “uma série de posições doutrinárias”. Em seus albores, como ocorre com toda as teorias que estão por surgir, afirma Mussolini, o fascismo constituiu uma violenta negação do que existia. Seu caráter propositivo só assomaria mais tarde. O “aspecto positivo de uma construção”, defende o *Duce*, ver-se-ia realizado nas leis e institutos do regime em 1926, 1927 e 1928 (MUSSOLINI, 1979, p. 266-267).

Em 1932, sustenta Mussolini, o fascismo já exibia uma doutrina consolidada (1979, p. 267). Nela, o indivíduo é o “relativo”.

3.4.2 À procura de um *Estado-tudo*: Giovanni Gentile e a “nova compreensão do sistema hegeliano” na Itália

Georg Wilhelm Friedrich Hegel é, indiscutivelmente, um dos maiores pensadores da história. E, muitas vezes hermética, sua filosofia foi reivindicada por correntes bastante diversas: revolucionários, conservadores e reacionários teceram loas ao sistema hegeliano. Não foram poucos os que, à procura de um Estado forte, nele buscaram subsídios para afirmar suas posições.

¹⁶⁰ Para Carlo Avarna di Gualtieri, o fascismo foi, ao longo dos anos de 1920 e 1921, “um estado de ânimo” ou uma “ação pura e imediata”. Faltou-lhe tempo para, até aquele momento, formular uma ideologia – algo difícil de ser elaborado a ter em conta a “disparidade de elementos” que afluíram para o seu “tumultuado nascimento”. Tal quadro se alteraria, porém, depois da Marcha sobre Roma. “O cassetete já não podia ser sua única arma de luta” (“Il manganello non bastò più come sola arma di lotta”): dali em diante, a disputa de ideias também seria importante para justificar tanto a “tomada do Estado” quanto o “direito” que a minoria fascista “se arrogava” de governar a nação. Era preciso elaborar uma doutrina: “tratava-se de contrapor uma nova concepção de soberania em face daquela até então invocada, de despedaçar todos os velhos esquemas ideais, para substituí-los com um mundo e uma mentalidade novos” (“si trattava di contrapporre una nova concezione di sovranità a quella finora invocata, di spazzare tutti i vecchi schemi ideali, per sostituirli con un mondo ed una mentalità nuova”). A fusão do Partido Nacionalista ao Partido Fascista levou ao fascismo uma lufada intelectual. Contudo, surgiriam dificuldades para, em busca de uma doutrina propriamente italiana, conciliar os ideais reacionários e anticlericais dos nacionalistas aos “espíritos sorellianos” dos fascistas do núcleo originário do movimento. A árdua tarefa competiria a “jovens” como Sergio Pannuzio, Curzio Suckert, Massimo Rocca e Giuseppe Bottai. Carlo Avarna di Gualtieri sustenta que erigir uma ideologia não seria tão difícil quanto “desembaraçar a tradição italiana” (“sbarazzare la tradizione italiana”) da cultura de “Liberdade e de Democracia” que tanto os fascistas quanto os nacionalistas pretendiam destruir (DI GUALTIERI, 2017, p. 56-57).

O direito é, afirma Hegel, a existência imediata que confere a si mesma a liberdade de modo imediato por meio da propriedade e da relação entre proprietários. Quando uma pessoa se relaciona apenas consigo mesma, tal liberdade é “essencialmente liberdade de vontade abstrata” (HEGEL, 1997, p. 41).

Mas essa pessoa pode, relacionando-se com outra, “se diferenciar de si”. E só como proprietárias elas “existem uma para a outra”: “a identidade delas, que existe em si (virtual), adquire a existência pelo trânsito da propriedade de uma para a outra, com mútuo consentimento e permanência do comum direito”. O contrato surge dessa relação¹⁶¹ (HEGEL, 1997, p. 42).

A pessoa, sustenta Hegel, precisa se dar um “domínio exterior” para que a sua liberdade venha a se “constituir como ideia”¹⁶². É justamente essa “qualquer coisa de não livre” que “pode constituir o domínio da sua liberdade”. O homem, defende o idealista alemão, tem o direito de se apropriar de todas as coisas, de “situar a sua vontade em qualquer coisa”. A vontade pessoal do indivíduo torna-se objetiva, assim, na propriedade privada¹⁶³ (HEGEL, 1997, p. 44 e 47). O movimento é duplo: por um lado, o objeto se espiritualiza; por outro, o sujeito se objetiva. Desse modo, ambos acabam por se integrar (BILLIER; MARYIOLI, 2005, p. 182).

¹⁶¹ “Entram os homens em relações contratuais (dádivas, trocas, negócios) por uma necessidade que é tão racional como aquela que os faz proprietários. Para a consciência deles, o que motiva o contrato é a satisfação de uma exigência geral, o gosto ou a utilidade, mas em si é a razão, isto é, a ideia da personalidade livre e realmente existente (quer dizer: como pura vontade)” (HEGEL, 1997, p. 70).

¹⁶² Ainda segundo Hegel, “[...] o direito pessoal é essencialmente um direito real (entendendo-se a coisa no sentido mais geral, como o que é exterior à minha vontade, onde se pode incluir também o meu corpo, a minha vida”. Portanto, “o direito real é o direito da personalidade como tal” (HEGEL, 1997, p. 42). Jean-Paul Sartre também tratou da relação, baseada na insuficiência de ser do para-si, entre o possuidor e a coisa possuída. A realidade humana está marcada pela falta, pela carência, sendo bastante para prová-lo “[...] la existencia del deseo como hecho humano”. De fato, apenas o em-si, que é “maciço”, não necessita de nenhuma espécie de complementação. Mas com que objetivo se possui alguma coisa? Com o propósito de usá-la, de modo a se valer do ente objetivo que é o em-si. Isso é o que leva o autor da *Crítica da Razão Dialética* a afirmar que “[...] en un gran número de casos, poseer un objeto es poder *hacer uso* de él”. Usando-a, o existente concreto marca a coisa com o *seu* ser. O para-si – caracterizado, acima de tudo, pela *vontade* – faz-se objetivo no em-si. É a vontade do homem imiscuindo-se no objeto possuído. Daí se poder encontrar “[...] al poseedor en y por el objeto que posee”. Não é outra, segundo Sartre, a razão pela qual são tidos por relíquias pertences de figuras como Flaubert, Victor Hugo ou Balzac. É que nelas estão objetivados *os próprios* escritores franceses. Buscando na coisa o que nele falta, o indivíduo realiza aquilo que Sartre chama de projeto do *em-si-para-si*. À medida que se reconhece no objeto possuído (ou em-si), acaba o homem, que não é senão para-si, por se ver nele objetivado. Mas, mesmo que tenha o para-si marcado certa coisa, não é ela homem: ou seja, o objeto possuído *é e não é* o homem. Ainda que tocada pelo ser do possuidor, a coisa continua a ser ela própria: inexpugnável, ela está no mundo *também* como em-si (SARTRE, 1984, p. 120, 609, 610 e 611).

¹⁶³ A identificação da liberdade com a propriedade privada é, aí, evidente. Os homens são ontologicamente tidos por proprietários. Para Kelsen, “é com uma finalidade inequivocamente política, a saber, o combate ao comunismo, que a propriedade é interpretada [em Hegel] por meio de uma absurda hipostatização enquanto corporificação da liberdade” (KELSEN, 2000, p. 291 e 293).

Assim como trata de abolir o clássico dualismo entre sujeito e objeto, Hegel também deixa de lado a oposição entre o direito natural e o direito positivo¹⁶⁴. Para o filósofo alemão, o direito não trabalha com limitações ou restrições à liberdade: ele é, a rigor, a própria objetivação da liberdade (BILLIER; MARYIOLI, 2005, p. 182-183). Daí a crítica hegeliana ao jusnaturalismo moderno, que, deduzindo a ordem política da liberdade natural do homem, condiciona sua efetividade justamente à restrição de tal liberdade. Sob o ponto de vista de Hegel, esclarece Kervégan, “a doutrina do direito natural é, de fato, levada a trair ou a relativizar o postulado no qual se apoia”. Os pensadores jusnaturalistas ignoram que a liberdade nada tem de natural: ao contrário, ela deve ser adquirida, conquistada, e só é possível quando as leis a efetivam e, ao mesmo tempo, parecem restringi-la (KERVÉGAN, 2006, p. 206-207). Nos termos de Hegel, “o direito que os indivíduos têm de estar subjetivamente destinados à liberdade satisfaz-se quando eles pertencem a uma realidade moral objetiva” (1997, p. 148).

Mas as críticas de Hegel ao jusnaturalismo moderno não param por aí: elas se estendem à noção de contrato social e ao tratamento privatista dado por seus teóricos à constituição da ordem política. O pensador alemão denuncia a “subordinação tácita do direito público ao direito privado” estampada nos textos dos contratualistas, que põem tudo de ponta-cabeça. Na verdade, a forma jurídica da individualidade é uma construção política e social (KERVÉGAN, 2006, p. 205). As relações contratuais entre sujeitos de direito, “quer de um contrato de todos com todos, quer de todos com o príncipe ou o governo”, nada têm que ver, sustenta, com a natureza do Estado, muito diversa e superior:

A inserção destas relações contratuais ou da propriedade privada nas relações políticas teve por resultado as mais graves confusões no direito público e na realidade. Tal como outrora os privilégios públicos e as funções do Estado foram considerados propriedade imediata de certos indivíduos em detrimento do direito do príncipe e do Estado, assim no período moderno se consideram os direitos do príncipe e do Estado como fundados em contratos de que eles constituiriam objeto, determinando-os como simples vontade comum resultante do livre-arbítrio de todos os que se reúnem no Estado. Por mais diferentes que sejam estes pontos de vista, entre eles há, no entanto, de comum o fato de transporem os caracteres da propriedade privada para um terreno que é de uma natureza diferente e mais elevada (HEGEL, 1997, p. 72).

¹⁶⁴ Hegel não deixa de reconhecer, porém, a existência de direitos inalienáveis e imprescritíveis: “são, portanto, inalienáveis e imprescritíveis, como os respectivos direitos, os bens ou, antes, as determinações substanciais que constituem a minha própria pessoa e a essência universal da minha consciência de mim, como sejam a minha personalidade em geral, a liberdade universal do meu querer, a minha moralidade objetiva, a minha religião” (HEGEL, 1997, p. 63). Para o filósofo alemão, “a liberdade da pessoa é um direito inalienável e imprescritível e não existe ordenamento jurídico positivo que possa anulá-lo”: “qualquer contrato ou direito positivo que viole as liberdades fundamentais da pessoa é, na realidade, *Unrecht*” (LOSURDO, 1998, p. 90).

Apesar de suas ressalvas em relação ao jusnaturalismo moderno, lembra Kervégan, “Hegel permanece fiel ao projeto de uma base racional da ordem jurídica e política”. Seu propósito não é “arruinar a ideia de um direito baseado em razão, mas, muito antes, conferir-lhe as bases conceituais que até então lhe fizeram falta”. Os jusnaturalistas falharam, acredita, nesse projeto (KERVÉGAN, 2006, p. 208).

Hegel também tem ressalvas a respeito do livre mercado. Sempre pode dar-se, aduz ele, a oposição entre os interesses dos produtores e dos consumidores. De um modo geral, no entanto, suas relações tendem a ser corretamente estabelecidas por eles mesmos. Ainda assim, uma “regulamentação intencional superior às duas partes poderá ser conveniente” (HEGEL, 1997, p. 204). O *laissez aller, laissez faire*, o princípio de seu tempo, pode até aumentar o volume da produção, mas destrói os equilíbrios do corpo social, provoca a miséria e promove, com os monopólios dele decorrentes, a concentração das riquezas nas mãos dos grandes capitalistas. Para o autor dos *Princípios da Filosofia do Direito*, “o liberalismo econômico visa, na realidade, a uma completa desjuridificação do espaço social, a reconstituição desse estado de natureza do qual a sociedade civil organizada contém somente o resquício” (KERVÉGAN, 2006, p. 271-272).

Muito mais importante que a liberdade de empreender é, para Hegel, a “instituição jurídica e ética” da corporação, estrutura da sociedade civil¹⁶⁵ capaz de, modernizada, ser um “contrapeso útil” à economia de mercado e à livre empresa. Uma das raízes éticas do Estado¹⁶⁶, ela constitui a “expressão jurídica de um interesse organizado” e estabelece uma mediação entre o burguês e a universalidade concreta da ordem política: “se a sociedade civil é, de maneira geral, o meio termo particular [...] entre a singularidade imediata natural da relação familiar e a

¹⁶⁵ No pensamento de Hegel, “a sociedade civil é definida como um sistema de carecimentos, estrutura de dependências recíprocas onde os indivíduos satisfazem as suas necessidades através do trabalho, da divisão do trabalho e da troca; e asseguram a defesa de suas liberdades, propriedades e interesses através da administração da justiça e das corporações” (BRANDÃO, 2001, p. 105). Ela já não é a família, a sociedade natural primordial, mas tampouco é o Estado, cuja ampla eticidade resume em si e supera as formas precedentes da sociabilidade humana. “Momento intermediário da eticidade” (BOBBIO, 2004, p. 41), a sociedade civil é o “Estado externo”, um Estado sem organicidade (BOBBIO, 1993, p. 1208). “Ao invés de ser, como foi posteriormente interpretado, o momento que precede à formação do Estado, a sociedade civil hegeliana representa o primeiro momento de formação do Estado, o Estado jurídico-administrativo, cuja tarefa é regular relações externas, enquanto o Estado propriamente dito representa o momento ético-político, cuja tarefa é realizar a adesão íntima do cidadão à totalidade de que faz parte, tanto que poderia ser chamado de Estado interno ou interior (o Estado *in interiore homine* de Gentile). Mais que uma sucessão entre fase pré-estatal e fase estatal da eticidade, a distinção hegeliana entre sociedade civil e Estado representa a distinção entre um Estado inferior e um Estado superior. Enquanto o Estado superior é caracterizado pela constituição e pelos poderes constitucionais, tais como o poder monárquico, o poder legislativo e o poder governativo, o Estado inferior opera através de dois poderes jurídicos subordinados – o poder judiciário e o poder administrativo” (BOBBIO, 2004, p. 42-43).

¹⁶⁶ A primeira delas é a família (HEGEL, 1997, p. 214).

universalidade da relação política, a instituição corporativa é a forma efetiva e concreta dessa mediação entre os polos extremos da totalidade ética objetiva” (KERVÉGAN, 2006, p. 260, 262, 263, 264, 270 e 272).

Não se trata, porém, de reavivar a corporação antiga, resultado de um Estado fraco e impotente. Hegel tem consciência dos problemas do corporativismo obsoleto e nocivo da sociedade de ordens de outrora – um sistema abolido por ter comprometido o desenvolvimento econômico e político da Alemanha. Ele defende, contudo, uma corporação moderna e inscrita no âmbito de um Estado forte. Renovada, essa instituição social promoverá “uma mediação recíproca e institucional do social e do político”:

É justamente pelo fato de a sociedade civil se desenvolver independentemente de uma determinação de seu ou de seus fins, ou seja, segundo um princípio que não é político no sentido clássico do termo, que ela requer uma institucionalização. A corporação contribui, de um lado, para contrapor os efeitos perversos do mercado e constitui, mais ainda que a polícia, o modo apropriado de tratamento da “questão social”; por outro lado, ela reforça o vínculo ético da sociedade civil e desse Estado (KERVÉGAN, 2006, p. 267-270).

O Estado é, diante da família e da sociedade civil, do direito privado e do interesse particular, o mais alto poder¹⁶⁷. Sua força não decorre, contudo, apenas do seu “último fim universal”: ela também resulta dos “interesses particulares do indivíduo”. Há, nessa relação, uma unidade: a família e a sociedade têm tanto deveres quanto direitos em face do Estado. Conforme Hegel, “nem o universal tem valor e é realizado sem o interesse, a consciência e a vontade particulares, nem os indivíduos vivem como pessoas privadas unicamente orientadas pelo seu interesse e sem relação com a vontade universal”. Compenetram-se, na “realidade moral” do Estado, o “substancial” e o “particular”, as obrigações e a liberdade individual¹⁶⁸ (HEGEL, 1997, p. 225-226).

¹⁶⁷ “Se”, pontua Kervégan, “o Estado hegeliano é, de maneira *específica*, um reino da razão objetiva, é exatamente em razão da relação hierárquica entre ele e a sociedade civil, esse mundo da economia e do direito privado, incapaz de produzir ele próprio as mediações e as figuras de universalidade passíveis de prevenir ou de restringir a desordem que ele produz, opondo uns aos outros os grupos particulares que nascem de seus próprios mecanismos [...]” (2006, p. 194).

¹⁶⁸ “Na verdade, não deve o interesse particular ser menosprezado e banido, mas sim conservado em concordância com o interesse geral para que, assim, um e outro sejam assegurados. O indivíduo que pelos deveres está subordinado, no cumprimento deles como cidadão obtém a proteção da sua pessoa e da sua propriedade, o respeito pelo seu bem particular e a satisfação da sua essência substancial, a consciência e o orgulho de ser membro de um todo. No cumprimento do dever com a forma de prestação de serviço para o Estado, assegura também a sua conservação e subsistência” (HEGEL, 1997, p. 228). O Estado moderno se caracteriza, no pensamento de Hegel, justamente por ser “um todo que subsiste na e através da mais extrema autonomização das partes” (BRANDÃO, 2001, p. 109).

O fundamento do Estado se encontra, em Hegel, na “vontade objetiva”, “racional em si e para si”, que nada tem de ver com a vontade individual e arbitrária dos contratualistas, responsável pela destruição “daquele divino que em si e para si existe das absolutas autoridades e majestades do Estado”. “A vontade objetiva”, sustenta o filósofo alemão, “é o racional em si no seu conceito, quer seja ou não conhecido do indivíduo e aceito pelo seu livre-arbítrio”. A vontade, e não o contrato, constitui o conceito basilar do Estado, “unidade substancial” que “é um fim próprio absoluto, imóvel”, no qual “a liberdade obtém o seu valor supremo, e assim este último fim possui um direito soberano perante os indivíduos que em serem membros do Estado têm o seu mais elevado dever”¹⁶⁹ (HEGEL, 1997, p. 217-219).

Mas Hegel não defende, sustenta Marcuse, um Estado autoritário ou totalitário. Inscrita na tradição do idealismo alemão – que “dava relevo à liberdade e aos direitos privados, de modo que o indivíduo, pelo menos como pessoa privada, sentia-se garantido pelo Estado e pela sociedade” –, sua doutrina propõe a adaptação das instituições sociais e políticas ao livre desenvolvimento do indivíduo” (MARCUSE, 1978, p. 371, 373 e 374). No sistema hegeliano, não há liberdade fora do Estado, a realização da razão¹⁷⁰ (DRI, 2006, p. 219).

É preciso notar, porém, que, para Hegel, o Estado subordina-se ao “direito absoluto da razão, direito que se afirmava na história universal do Espírito”. A “última palavra” não é, portanto, do Estado, mas da história, “o desdobramento dos momentos da razão, mediante a qual vão se realizando o aperfeiçoamento e a educação do gênero humano”. No fundo, os indivíduos, os povos e os Estados são “instrumentos inconscientes do espírito universal” (DRI, 2006, p. 243).

¹⁶⁹ “Para Hegel”, afirma Costa, “a história é um longo caminho em direção à liberdade, marcado pelas grandes etapas da reforma luterana e da revolução francesa. Esta última, porém, desencarcerou um valor mais destrutivo do que construtivo exatamente pela incapacidade de apreender o valor ‘positivo’ da liberdade e sua conclusiva realização no Estado. É o Estado que se apresenta como a realização das instâncias mais profundas do sujeito: a liberdade, que no liberalismo anglo-francês se afirma, se não contra, mas certamente fora do Estado, para a tradição alemã encontra no Estado exatamente o seu necessário termo de referência” (COSTA, 2010, p. 231).

¹⁷⁰ “Hegel”, assevera Marcuse, “sustenta que o pensamento filosófico nada pressupõe além da razão, que a história trata da razão, e somente da razão, e que o Estado é a realização da razão”. A razão, por sua vez, “desemboca na liberdade, e a liberdade é a existência do sujeito”. Para Hegel, “a Revolução Francesa proclamou o poder definitivo da razão sobre a realidade, o que ele resume dizendo que o princípio da Revolução Francesa afirma que o pensamento deve governar a realidade. As implicações que estão contidas nesta afirmação levam ao próprio cerne da sua filosofia. O pensamento deve governar a realidade. O que os homens pensam ser verdadeiro, certo e bom deve realizar-se na organização real da sua vida social e individual. Mas o pensamento varia de indivíduo para indivíduo, e a diversidade resultante das opiniões individuais não pode fornecer um princípio diretor para a organização comum da vida. A não ser que o homem possua conceitos e princípios de pensamento que designem normas e condições universalmente válidas, seu pensamento não poderá pretender governar a realidade. Em consonância com a tradição da filosofia ocidental, Hegel acredita na existência de tais conceitos e princípios objetivos, e à sua totalidade ele chama razão” (MARCUSE, 1978, p. 18, 20 e 22).

Ainda que subordinado à história, o Estado desempenha um papel central na filosofia de Hegel. Tamanha relevância chamou a atenção, no fim do século XIX e no início do século XX, dos neoidealistas italianos, preocupados com a instituição de um Estado nacional realmente unificado, de uma administração centralizada, de uma burocracia eficiente, de uma indústria socializada e de um Exército capaz de fazer frente, em tempos imperialistas, ao inimigo externo¹⁷¹ (MARCUSE, 1978, p. 364).

Giovanni Gentile foi um dos principais responsáveis pela “nova compreensão do sistema hegeliano” na Itália. Se, contudo, a sua linguagem era basicamente hegeliana, o conteúdo de sua filosofia nada tinha de Hegel¹⁷². A rigor, o filósofo italiano abdicou dos “interesses fundamentais” do pensador alemão. “A despeito das suas muitas afirmações sobre a realidade do Espírito, Gentile nem pode ser considerado um hegeliano, nem um idealista” (MARCUSE, 1978, p. 365-366).

Defensor da “autoridade dos fatos” – ele retoma a máxima de Giambattista Vico de que “o conceito de verdade coincide com o conceito de fato” –, Giovanni Gentile está bem mais próximo do positivismo. Em seu pensamento “o apelo aos fatos substitui o apelo à razão”. No fundo, com sua “rendição” àquilo que está dado¹⁷³, Giovanni Gentile deixa de lado a premissa idealista de que existe uma tensão e um antagonismo entre verdade e fato¹⁷⁴. Quando o pensamento se identifica com a ação, ele não é capaz de desafiar a “realidade”: “a teoria torna-se prática, a um ponto tal que todo pensamento é rejeitado se não for prática imediata, ou se não

¹⁷¹ “Este papel positivo do estado fez o neoidealismo inclinar-se para a posição hegeliana. A volta à concepção de Hegel era uma manobra ideológica contra a fraqueza do liberalismo italiano. Sergio Panunzio, o teórico oficial do estado fascista, mostrara que desde Mazzini a filosofia política italiana fora predominantemente antiliberal e antiindividualista. Esta filosofia encontrara em Hegel uma demonstração do estado com ela compatível, na consideração daquele como uma substância independente, existindo *vis-à-vis* dos mesquinhos interesses da classe média” (MARCUSE, 1978, p. 364).

¹⁷² No mesmo sentido, Bobbio afirma que Giovanni Gentile se vale mais da fórmula do “Estado ético” do que da sua substância (1986, p. 134).

¹⁷³ A máxima “o que é racional é real e o que é real é racional” (HEGEL, 1997, p. XXXVI) foi por muitos interpretada como uma rendição de Hegel ao que está dado. “O retrato de um Hegel ‘conservador’ foi fixado pela primeira vez em grande estilo por Rudolf Haym, em *Hegel e seu tempo* (1857). Fazendo eco às teorias jovens hegelianas, Haym acusa Hegel de apologeta da Restauração prussiana e ditador filosófico da Alemanha. Hegel não só justifica o estado de coisas existentes na Alemanha *juncker*, mas toda e qualquer forma de conservadorismo e quietismo políticos. A constituição de um ideário liberal, visão de mundo compatível com o progresso do mundo moderno e capaz de promover a unificação nacional da Alemanha, exigiria a prévia destruição da teoria hegeliana, diz Haym” (BRANDÃO, 2001, p. 112). Mas Marcuse não vê qualquer sinal de subserviência no idealista alemão. Bem ao contrário: se a realidade não estiver de acordo com a razão, ela há de ser “ajustada”. Para Hegel, “o homem é um ser pensante. Sua razão o capacita a reconhecer suas próprias potencialidades e as do seu mundo. Ele não está, pois, à mercê dos fatos que o cercam, mas é capaz de sujeitá-los a um critério mais alto, ao critério da razão. Seguindo sua orientação, o homem atingirá certas concepções que revelam estar a razão em conflito com o estado de coisas existente [...] Em consequência, a realidade ‘não racional’ deve ser modificada até se ajustar à razão” (MARCUSE, 1978, p. 20).

¹⁷⁴ Hegel, nota Marcuse, nega a identidade imediata entre verdade e fato “em favor do processo dialético da sua realização” (1978, p. 367).

for imediatamente consumido pela ação”. Os fatos ganham, assim, normatividade, determinando as regras (MARCUSE, 1978, p. 367 e 369).

Apesar de “admirar” o autor da *Enciclopédia das Ciências Filosóficas* (ALTINI, 2016, p. 563), “em todos os seus motivos fundamentais Gentile se mostra estritamente oposto à filosofia de Hegel, e é em virtude disto que passa diretamente à ideologia fascista”. O uso da concepção hegeliana do Estado pelos fascistas é, na verdade, apenas aparente. A “cultura idealista alemã” rechaçava a “entrega total da vida humana aos poderes sociais e políticos dominantes” (MARCUSE, 1978, p. 371-372).

De fato, distanciando-se de Hegel, Giovanni Gentile não faz uma distinção entre a família, a sociedade civil e o Estado¹⁷⁵. Em seu pensamento, toda e qualquer determinação histórica é “reduzida a Estado” – justamente como dita a máxima de Mussolini: “tudo no Estado, nada fora do Estado, nada contra o Estado”. Sua concepção do “Estado-tudo” conduziria à doutrina do Estado corporativo, o mediador dos conflitos de classe em nome dos elevados propósitos nacionais¹⁷⁶ (BOBBIO, 1986, p. 136).

Sob a perspectiva fascista, afirma Giovanni Gentile, a liberdade do indivíduo e a autoridade do Estado são inseparáveis, “já que a liberdade só está no Estado, e o Estado é autoridade”¹⁷⁷. O fascismo não encara o indivíduo nos moldes fornecidos pelo “velho liberalismo”, que o toma por um “átomo indiferente”. É sua “imanência” no Estado que confere ao indivíduo sua força e sua liberdade¹⁷⁸ (GENTILE, 1929, p. 49-51). Em sua “eticidade essencial”, o Estado não é algo superior ou externo ao indivíduo, pois o indivíduo *já possui* o Estado “em si originariamente” (GENTILE, 1937, p. 119). Referindo-se diretamente a Hegel – “concebendo com Hegel”, anota –, Giovanni Gentile sustenta que “o indivíduo é no Estado enquanto é Estado” e que, antes de ser artista ou cientista, ele deve ser Estado. Na realidade, o Estado é o próprio indivíduo. Assim, ainda que o Estado seja despótico ou antidemocrático, não é possível ao indivíduo tê-lo contra si (GENTILE, 1921, p. 233).

¹⁷⁵ Para Giovanni Gentile, afirma também Carlo Altini, família, sociedade e Estado são “idênticos enquanto fundamento e produto da mesma substância”. Embora reconheça o “inegável progresso na concepção da ética do Estado levado a cabo por Hegel a respeito das teorias jusnaturalistas”, o filósofo fascista refuta tal “distinção triádica”, pois, defende ele, não há nenhuma realidade autônoma em face do Estado (ALTINI, 2016, p. 565-566).

¹⁷⁶ Sergio Panunzio, outro destacado intelectual do fascismo, considera Hegel o maior defensor moderno do Estado, o fundador do “Estatismo” e, com a teoria das corporações desenvolvida em seus *Princípios da Filosofia do Direito*, o primeiro teórico do “sindicalismo jurídico”. Para o jurista italiano, “Hegel quer o povo organizado em comunas e em corporações” (PANUNZIO, 1921, p. 150).

¹⁷⁷ “Giacchè la libertà è solo nello Stato, e lo Stato è autorità”.

¹⁷⁸ O Estado não se encontra, na filosofia de Giovanni Gentile, *entre* os indivíduos, mas *nos* indivíduos (BOBBIO, 1986, p. 134; ALTINI, 2016, p. 565). Para o filósofo italiano, o cidadão não pode ser pensado *fora* do Estado ou *entre* o Estado: não há uma relação extrínseca entre esses dois elementos.

O liberalismo clássico¹⁷⁹ propala, segundo Giovanni Gentile, uma liberdade que, falsa e abstrata, desempenhe o papel de limite do Estado, ente tomado por um mal necessário. E, sob o ponto de vista do filósofo italiano, só o fascismo, com a concretude de seu Estado corporativo, promoveu, de modo “íntimo e substancial”, a “unidade da autoridade e da liberdade”¹⁸⁰: “o novo Estado [fascista] é mais liberal do que o antigo” e não aceita o liberalismo anárquico que não reconhece sua necessidade imanente (GENTILE, 1929, p. 49, 50, 51, 52 e 59).

O Estado nacional é, defende Giovanni Gentile, o centro da política fascista. Ele não é um meio ou um resultado, mas um princípio e o fundamento de cada valor e de todos os direitos dos cidadãos que dele fazem parte. Na verdade, sustenta o filósofo italiano, Estado e indivíduo são “os termos inseparáveis de uma síntese necessária”. Para Giovanni Gentile, o Estado está dentro de cada um: vive, cresce e se eleva na vontade e no pensamento de todos. O desenvolvimento do indivíduo é, assim, o desenvolvimento do Estado. A força e a eficiência do Estado consolidam-se à medida que se estrutura o caráter individual. É de cada indivíduo, portanto, segundo Giovanni Gentile, a responsabilidade pelo Estado fascista, cujo caráter popular e democrático não se impõe, para ele, a partir do alto: a formação do Estado é a formação da consciência do singular ou, o que dá na mesma, da massa (GENTILE, 1929, p. 43, 44, 47, 48 e 58).

Se cada século tem a sua doutrina, a do XX é, assevera Mussolini, o fascismo – um conjunto de ideias que, marcado pela vida e pela fé, exhibe a “universalidade de todas as doutrinas que, realizando-se, representam um momento na história do espírito humano”. Ao contrário dos liberais – que dão de ombros para o desenvolvimento espiritual da coletividade –, os fascistas erigem, segundo o *Duce*, um Estado ético e absoluto: frente a ele, os indivíduos e os grupos são o relativo. O Estado não deve se encarregar apenas de fins materiais – fosse assim, ele poderia, dispensável, ser substituído por um simples conselho de administração. Sob o ponto

¹⁷⁹ Carlo Altini aduz que a crítica de Giovanni Gentile ao liberalismo moderno não rechaça por completo a ideia de liberdade. O filósofo italiano refere-se a Hegel e ao idealismo alemão para sustentar o surgimento, no século XIX, de um liberalismo que não opõe o indivíduo ao Estado e que não vislumbra liberdade alguma fora de uma ordem política. “Um liberalismo sem Estado é, para Gentile, um liberalismo sem liberdade”, na medida em que o Estado “promove o desenvolvimento da liberdade considerando-a como ideal moral a realizar, não como direito natural a garantir” (ALTINI, 2016, p. 565) (“Un liberalismo senza Stato è per Gentile un liberalismo senza libertà [...] Per Gentile lo Stato promuove dunque lo sviluppo della libertà considerandola come ideale morale da attuare, non come diritto naturale da garantire”). Ao identificá-lo com o Estado de polícia, Giovanni Gentile expõe, para Bobbio, uma interpretação “distorcida” do liberalismo (1986, p. 136).

¹⁸⁰ “Segundo Gentile – que aqui elabora um dos princípios fundamentais da política do fascismo – não existe oposição entre liberdade e lei, isto é, entre cidadão e Estado, e não existe liberdade sem autoridade política: a liberdade fora da lei é, de fato, uma mera abstração, assim como uma abstração é o indivíduo isolado” (ALTINI, 2016, p. 564) (“Secondo Gentile – che qui elabora uno dei principi fondamentali della politica del fascismo – non esiste opposizione tra libertà e legge, cioè tra cittadino e Stato, e non esiste la libertà senza l’autorità politica: la libertà fuori dalla legge è infatti una mera astrazione, così come un’astrazione è l’individuo isolato”).

de vista dos fascistas, compete-lhe a custódia e a transmissão do espírito do povo, que transcende os limites da vida dos indivíduos. Também é tarefa do Estado, postula o fascismo, a “educação para a virtude civil”, por meio da qual os cidadãos tomam consciência de sua missão e da necessidade de unidade¹⁸¹ (MUSSOLINI, 1979, p. 271, 272 e 274).

No Estado fascista, defende Mussolini, o indivíduo não é anulado¹⁸², mas multiplicado. Nele, sustenta o *Duce*, os direitos individuais não são tolhidos: os fascistas só trataram de “limitar as liberdades inúteis ou nocivas” e de conservar as essenciais¹⁸³. Incumbe apenas ao Estado, e não aos indivíduos, dispor sobre as margens de liberdade. “Se quem diz liberalismo diz indivíduo, quem diz fascismo diz Estado”¹⁸⁴, sentenciou (MUSSOLINI, 1979, p. 273).

3.5 O DIREITO PÚBLICO FASCISTA

Sergio Panunzio e Carlo Costamagna figuram entre os mais destacados juristas do fascismo. Ambos publicaram diversas obras em que trataram do direito fascista – ou melhor, em que tentaram lançar suas bases teóricas. E suas atividades teóricas foram invariavelmente acompanhadas pela prática política. Os dois ocuparam relevantes cargos públicos durante os anos que a Itália esteve sob a batuta de Mussolini. Suas trajetórias justificam um tópico especificamente dedicado a uma descrição bastante pontual de suas concepções a respeito do Estado e do direito.

“Juristas heterodoxos” vinculados ao corporativismo, Panunzio e Costamagna batem-se, por vezes divergindo teoricamente (LANCHESTER, 1999, p. 122-125; CUPELLARO, 1984), pela renovação da doutrina do direito público, mas, ressalva Fulco Lanchester, esbarram em “amplas limitações sistemáticas” (1999, p. 303).

Embora lancem anátemas variados contra a doutrina constitucional e administrativa do Estado de direito liberal, tanto Panunzio quanto Costamagna se valem dela – cada um, é verdade, à sua maneira, aquele com mais críticas aos teóricos alemães do que este. Eles

¹⁸¹ Não por acaso, Panunzio defende que esse Estado ético seja chamado de Estado pedagógico (1921, p. 134).

¹⁸² Giovanni Gentile, lembra Carlo Altini, não fala em anular o indivíduo, mas em valorizar seu papel de destaque na formação da unidade política enquanto elemento integrado na entidade coletiva do povo ou da nação. Seu *indivíduo* não é, definitivamente, o indivíduo *singular* do liberalismo clássico (ALTINI, 2016, p. 565). Sob o fascismo, o indivíduo já não possui direitos naturais anteriores ou superiores ao Estado, mas simples direitos concedidos por vontade estatal, “como dádivas que o Estado concede para melhor garantir a realização dos seus fins” (NOVAIS, 2013, p. 136). Criticando a neutralidade do Estado liberal, seu individualismo burguês, seu atomismo, seu vazio axiológico, seu racionalismo legalista e o parlamentarismo, Mussolini e seus seguidores defendem o Estado como um fim em si mesmo e a “eticidade” do poder político (NOVAIS, 2013, p. 128-129).

¹⁸³ “Lo Stato fascista [...] ha limitato le libertà inutili o nocive e ha conservato quelle essenziali”.

¹⁸⁴ “Se chi dice liberalismo dice individuo, chi dice fascismo dice Stato”.

resgatam, assim, como ressalta Renato Treves, tendências e sentimentos contrários às suas próprias doutrinas¹⁸⁵ (1956, p. 340). Ilustra-o muito bem o uso que Costamagna faz do princípio da legalidade (COSTAMAGNA, 1934, p. 42).

O próprio Mussolini adverte que “nenhuma doutrina nasce toda nova, luzente, jamais vista” e que “nenhuma doutrina pode orgulhar-se de uma ‘originalidade’ absoluta”¹⁸⁶ (MUSSOLINI, 1979, p. 271). As teorias de Panunzio e de Costamagna são uma prova disso.

3.5.1 Sergio Panunzio e a nebulosa do *Rechtsstaat*

3.5.1.1 Quem foi Sergio Panunzio?

Tido por muitos como o maior jurista do fascismo nos anos 1920, “representante da corrente radical da juspublicística italiana”, Panunzio se pôs a estudar, ainda muito jovem, o sindicalismo revolucionário. Ele demonstrou, então, grande interesse pelos temas ligados ao socialismo jurídico. Nos primeiros anos do século XX, ele contribuiu para diversas revistas do movimento sindicalista – inclusive para a *Le Mouvement Socialiste*, periódico de Georges Sorel e Hubert Lagardelle (LANCHESTER, 2014).

Aconselhado por Francesco Nitti, deixou a advocacia em 1912 e passou a se dedicar ao ensino de Pedagogia e Moral na Escola Normal Real, inclusive em Ferrara, onde conheceu Italo Balbo, que se tornaria um destacado líder fascista. Esse período também é marcado pelo início de sua colaboração com o jornal *Popolo d'Italia*, encabeçado por Mussolini (LANCHESTER, 2014).

Em 1914, aprovado em concurso, ele assumiu a cadeira de Filosofia do Direito na Universidade de Camerino. Seis anos mais tarde, ele se transferiria para a Universidade de Bolonha (LANCHESTER, 2014).

Em 1923, Panunzio se filiou ao Partido Nacional Fascista, nele assumindo, imediatamente, postos de responsabilidade. Ele também passou a integrar, dali em diante, diversas comissões jurídicas do governo de Mussolini. A partir de 1924, foi deputado por três legislaturas (LANCHESTER, 2014).

¹⁸⁵ Renato Treves sustenta, ainda, que, apesar de o Estado de Direito ter se tornado, ele próprio, uma fórmula vazia, ela mesma acabava por revelar, consciente ou inconscientemente, a sobrevivência de determinados ideais de outrora (1956, p. 340).

¹⁸⁶ “Nessuna dottrina nacque tutta nuova, lucente, mai vista. Nessuna dottrina può vantare una ‘originalità’ assoluta. Essa è legata, non fosse che storicamente, alle altre dottrine che furono, alle altre dottrine che saranno”.

Depois de ser reitor da Universidade de Perugia entre 1925 e 1926, Panunzio se tornou, em 1927, professor da cátedra de Doutrina Geral do Estado na Universidade de Roma. Até 1933, o jurista foi comissário governativo e organizativo da Faculdade Fascista de Ciências Políticas de Perugia (LANCHESTER, 2014).

Também em Perugia, Panunzio dirigiu o Instituto de Direito Público e Legislação Social de 1941 a 1944, ano em que um decreto legislativo intitulado *Sanções contra o Fascismo* o proibiu de ensinar. Já cego, ele teve, então, de se esconder na casa de Costantino Mortati, seu aluno. Sua morte ocorreu ainda em 1944 (LANCHESTER, 2014).

3.5.1.2 Sergio Panunzio e o *Rechtsstaat*

Se, afirma Panunzio, a expressão Estado de direito é nova, suas origens remontam ao direito natural, “seu verdadeiro pai”. E o direito natural está intimamente ligado à filosofia do direito: “fazer a história da Filosofia do direito e do direito natural significa traçar a verdadeira história do Estado de direito” – que traz em si toda a “dialética das forças ideais que presidiram a produção da consciência e da vida moderna”. É sob o signo do individualismo e do racionalismo que é forjado o Estado de direito, baseado, ademais, do início ao fim, na liberdade e na igualdade (PANUNZIO, 1921, p. 55, 56, 57, 68 e 77).

Para Panunzio, ninguém mais evocava, nas primeiras décadas do século XX, o conceito de Estado de direito de Kant, cuja validade histórica e mesmo ideal já não tinha respaldo. Apesar disso, todas as concepções do Estado de direito possuem uma “origem ideal comum e um significado inicial quase igual”. Seu traço comum gira em torno do limite jurídico do Estado, em torno, materialmente, do que ele pode ou não fazer e, ainda, formalmente, do modo da sua atuação. Sob o aspecto formal, sustenta Panunzio, todo Estado é um Estado de direito, pois o direito é justamente a forma da atividade do Estado. Estado e direito são, na verdade, termos correlatos. Em um Estado de direito, o Estado está limitado “ao ou pelo direito”. “É o direito que funda o Estado, não vice-versa. O novo direito funda o novo Estado” (PANUNZIO, 1921, p. 26, 27, 29, 30, 33, 34 e 65).

Com Kant, argui Panunzio, o Estado de direito se estabelece como um “conceito filosófico-jurídico”. Rousseau e Hegel abordaram-no com um olhar “filosófico-ético”. O modelo de Friedrich Stahl era “político”. Georg Jellinek, Paul Laband e Vittorio Emanuele Orlando dele elaboraram um conceito “técnico-jurídico” que, com tintas conservadoras, afastou-o de seu caráter revolucionário de outrora. Tudo considerado, “a doutrina nascida ao

início para um escopo redonda ao fim de seu processo em um resultado diverso daquele pré-estabelecido e não previsto por seus fundadores” (PANUNZIO, 1921, p. 36-37).

Diante desse quadro, pergunta-se Panunzio, “como se orientar”? E mais: “como é possível escrever a história *unitária* e descrever a ‘parábola’ do conceito, quando nos encontramos frente a movimentos doutrinários e a pensamentos tão diferentes e disformes, ou mesmo discordantes?”. Diante de um tal quadro “cinza e nebuloso”, o jurista italiano afirma que

O “*Rechtsstaat*” é, em definitivo, conceito múltiplo que se pode alargar fazendo-o sair do estreito âmbito político-jurídico pelo qual, comumente sobre as pegadas de Stahl e Gneist, é acolhido e entendido [...] é um conceito que se deve, ao mesmo tempo, mas sob aspectos diversos, alargar e restringir [...] (PANUNZIO, 1921, p. 24, 25 e 37).

Usada pela primeira vez por Robert von Mohl em 1832, foi com Stahl que a expressão *Rechtsstaat* ganhou a “pacífica e prevalente concepção jurídico-política” em voga nos albores do século passado: “o Estado segundo o direito e nos limites do direito”. O conceito de *Rechtsstaat*, sustenta Panunzio, já surge impreciso e “equivocado”. Ao se ocupar dele, von Mohl remonta aos Estados idealizados por Grócio e Kant. Stahl, por outro lado, não é influenciado por tais pensadores. Aquele fez ostensivos acenos ao liberalismo. Este último não foi senão “o corifeu da reação teocrática e antiliberal” (PANUNZIO, 1921, p. 20, 21, 24 e 25).

Antes de Stahl, afirma Panunzio, “o Estado de direito é uma ideia pura de razão [...], a Filosofia crítica e racional contra a Teologia dogmática e tradicional”, a “negação absoluta definitiva e antecipada” de “eventuais e possíveis reafirmações da Teocracia”, além de consubstanciar a “Revolução contra a Reação”. O Estado moderno funda-se, para a totalidade da doutrina do direito público, sobre o homem e sobre a razão. “Absoluto da “Razão humana” ou “primeira voz da Razão política e jurídica”¹⁸⁷, a ideia do Estado de direito ou “Estado de razão” remonta a Descartes e Kant. Mas tal concepção, idealmente límpida e cristalina, viu-se ofuscada e maculada pela história, que, longe da “objetividade máxima da filosofia”, é uma zona cinzenta repleta de intersecções (PANUNZIO, 1921, p. 25, 26, 34, 56 e 77).

E é justamente com Stahl, assevera Panunzio, que surge a “primeira perturbação e complicação” da “doutrina” do Estado de direito: ele é, afinal, “teólogo e teocrático”, “o chefe da reação teocrática”, o porta-voz do “mundo antigo” que assiste à sua própria ruína. A partir

¹⁸⁷ No mesmo sentido: “O Estado de direito tem em si a própria lei da razão, o próprio fundamento humano, e é, portanto, a antítese lógica e histórica do Estado teocrático, que é a negação absoluta do Estado de direito, se direito e humanidade são termos equivalentes” (PANUNZIO, 1921, p. 73).

da obra de Stahl, ficam evidentes as “contradições e deficiências” do conceito de *Rechtsstaat*. Para Panunzio, os novos arbustos que brotaram da árvore kantiana passaram a, com o tempo, lançar grandes sombras sobre seu tronco, finalmente “obscurecido e eliminado”: “os filhos devoraram o pai”. O Estado de direito defendido por Stahl nada é senão o antigo Estado absolutista de polícia “revestido de novas formas jurídicas, acolhendo da modernidade um mínimo indispensável, a sobreposição do Estado, cuja ação é materialmente ilimitada, ao limite formal da lei”. Trata-se do “Estado legal” apenas “na aparência e na estrutura externa”. Na “substância”, naquilo que lhe dá vida, é o antigo Estado salpicado com água benta¹⁸⁸ (PANUNZIO, 1921, p. 26, 27, 30 e 87).

Panunzio acusa Stahl de falsificar o conceito de Estado de direito:

A “palavra de ordem”, diz Stahl, é o “Estado de direito”, e entende por tal a “teocracia”. O Estado de direito, ele diz, não indica o *escopo* do Estado, mas o *método* da sua atividade. Aqui se esconde o equívoco e a hipocrisia teórica de Stahl, que “falsifica” o conceito: o Estado deve fazer e poder tudo, e isso contra a revolução liberal que havia racionalmente reduzido aos mínimos termos a autoridade central e exaltado as liberdades periféricas das mônadas individuais, mas o fará, porém, nas e com as formas jurídicas, ou na verdade segundo a lei¹⁸⁹ (1921, p. 87).

Com a “degeneração” do conceito promovida por Stahl, o Estado de direito deixa, assim, argui Panunzio, o campo “filosófico-revolucionário” e migra para o “técnico-conservador”. Seu conceito é, de tal modo, “despojado de significado ideal”. Sua “bandeira é moderna”, mas sua “substância” é “antiquada”. Fruto da reação conservadora e do renascimento do espírito conservador – a Restauração temia as consequências revolucionárias e liberais do individualismo e do “Estado puro de direito” –, o Estado de direito delineado por Stahl situa-se, sob o ponto de vista de Panunzio, entre a Revolução e a Restauração. Seu conceito transitava entre a “revolução e o dogma” (PANUNZIO, 1921, p. 83, 87 e 88).

Pouco mais tarde, “dogmatas alemães” como Jellinek erigiram, conforme Panunzio, um grande sistema técnico-conservador. Mas ele não tinha alma. O centro de seu edifício estava

¹⁸⁸ “Con lo Stahl, il corifeo della reazione ultramontana e della reazione neo-cattolica, è l’antico *Stato di polizia* di vecchia memoria che si rinverdisce rivestendosi di nuove *forme* giuridiche, accogliendo della modernità un minimo indispensabile, la sottoposizione dello Stato, la cui azione è materialmente ilimitabile, al limite formale della legge. È lo *Stato legale* solo nell’apparenza e nella struttura esterna, ma, nella sostanza che lo anima e gli dà vita, non altro che lo Stato paternale di cultura spruzzato di acque santa”.

¹⁸⁹ “Il ‘motto di ordine’, dice Stahl, è lo ‘Stato di diritto’, e intende con ciò la ‘teocrazia’. Lo Stato di diritto, egli dice, non indica lo *scopo* dello Stato, ma il *metodo* della sua attività. Qui si nasconde l’equivoco e l’ipocrisia teorica di Stahl, che ‘falsifica’ il concetto: lo Stato deve fare e potere tutto, e ciò contro la rivoluzione liberale che aveva razionalmente ridotto ai minimi termini l’autorità centrale ed esaltato le libertà periferiche delle monadi individuali; ma lo farà però nelle e con le forme giuridiche, ovverosia secondo la legge”.

vazio: “a alma filosófica do Direito Natural abandonou o corpo do Direito Público, e este fica alfim sem vida e inerte”:

A evolução descontínua e diferenciada do conceito de *Rechtsstaat* determinou uma progressiva atenuação de seu primitivo espírito filosófico [...] De resto, essa decadência é paralela e sincronizada à decadência geral da Filosofia de sua fase clássica e áurea – na primeira metade do século XIX – até a pobreza de nossos dias.

O mundo se fez técnico, empírico, econômico; assim o Direito público, de concepção filosófica que era, transformou-se em uma mera concepção *técnica* do Estado, dos seus órgãos e das relações destes com os indivíduos. O problema *administrativo* chamou, acima de todos os outros, a atenção dos estudiosos e dos homens de Estado. Prova-o o fato que não há escritor de Direito Administrativo na França, na Alemanha, na Itália, que não se ocupe do *Rechtsstaat*, com entendimentos técnicos totalmente discordantes daqueles altamente filosóficos dos progenitores gloriosos da doutrina¹⁹⁰ (PANUNZIO, 1921, p. 92-93).

A técnica, infere Panunzio, açambarca o mundo. O jurista italiano conclui que, ao início do século XX, o verdadeiro espírito do Estado de direito não é expresso pelos “juristas puros”, mas pelos sociólogos, economistas e pedagogos (PANUNZIO, 1921, p. 92).

A Itália, sugere Panunzio, não precisa de toda essa “especialidade fraseológica alemã”. A ideia do Estado de direito não é, por sinal, uma exclusividade germânica: trata-se de uma noção forjada pelos povos europeus e da América do Norte. E, continua o jurista italiano, cada língua nacional há de, respeitadas suas peculiaridades, expressá-la ao seu modo. Os teóricos italianos não devem ter a pretensão de “forjar vocábulos universalmente válidos”: o “universalismo abstrato” destoa da “ética e da política pelo direito da ‘nacionalidade’”. A “nebulosa primitiva” do *Rechtsstaat* de von Mohl haveria de se fragmentar e dar origem a “constelações bem definidas”. “Escrevamos na Itália e para a Itália”, brada Panunzio (PANUNZIO, 1921, p. 38, 39 e 55).

Panunzio bate-se, enfim, pela elaboração de uma teoria do Estado e do direito propriamente fascista, mas parece ou finge ignorar que o *Rechtsstaat*, contra o qual dirige acerbos críticas, serviu feito uma luva aos propósitos políticos do fascismo, cuja estratégia

¹⁹⁰ “La evoluzione discontinua e differenziatrice del concetto del Rechtsstaat si è determinata una progressiva attenuazione del suo primitivo spirito filosofico [...] Del resto questo decadimento è parallelo e sincrono alla decadenza generale della Filosofia dalla sua fase classica e aurea – nella prima metà del XIX secolo – fino alla povertà dei giorni nostri. Il mondo si è fatto tecnico, empirico, economico; così il Diritto pubblico da concezione filosofica che era, si è trasformato in una mera concezione *tecnica* dello Stato dei suoi organismi e dei rapporti di questi con gli individui. Il problema *amministrativo* há richiamato sopra tutti gli altri l’attenzione degli studiosi e degli uomini di Stato. Prova il fatto che non c’è scrittore di *Diritto amministrativo* in Francia, in Germania, in Italia, che non si occupi del Rechtsstaat, con intendimenti tecnici tutt’affatto disformi da quelli altamente filosofici dei progenitori gloriosi della dottrina”.

legalista muito devia ao formalismo tão elogiado pelos teóricos alemães da segunda metade do século XIX.

3.5.1.3 Sergio Panunzio à procura de uma doutrina do Estado fascista

No fim dos anos 1920, Panunzio defendia que a “revolução fascista” estava em pleno e magnífico desenvolvimento. Erigir sua doutrina de Estado seria, assim, tanto uma obrigação quanto um privilégio. Tal construção não haveria de ter por base “documentos mortos e inanimados”, mas a “experiência viva de um povo inteiro” guiado pelo *Duce*, “o Portador da nova Doutrina do Estado”, por ele resumida em sua “fórmula ideal: ‘Tudo no Estado, nada fora do Estado, nada contra o Estado’”¹⁹¹ (1929, p. 15-16).

Criar uma doutrina do Estado fascista exigiria, segundo Panunzio, estudos diversos, que integrariam o “método jurídico ao histórico-social”. Ao contrário do que ocorre quando se analisam os astros – melhor visualizados em tempos serenos –, a natureza do Estado é, sustenta o jurista italiano, melhor compreendida sob a tempestade. Um clima pacífico não favorece a constituição de seus conceitos. Criado, dia a dia, em um ambiente tumultuado, o Estado fascista é, continua Panunzio, o único Estado¹⁹² de sua época: todos os demais Estados estavam, então, em crise – inclusive, defende, o soviético (PANUNZIO, 1929, p. 16-20).

A construção da doutrina de Estado fascista passa, de acordo com Panunzio, pela fascistização do ensino do direito e da política. A neutralidade não tem lugar nesse processo: sob roupagem científica, ela atuaria contra o fascismo. Toda e qualquer lição no âmbito do direito e da política, aduz, é, mesmo em suas vestes mais objetivas, apologética. Ensinar essas matérias é, postula Panunzio, como pregar uma religião: “não se pode ser neutro, e convém sempre tomar partido de uma ideia diretriz, sem a qual o ensino é fraco e sem vigor, e, mais que fraco, é nulo, porque é sem fé”¹⁹³ (PANUNZIO, 1929, p. 20-21).

O teorema de Pitágoras é, argui Panunzio, apolítico, mas não o direito público, por muitos discursivamente reduzido, nos moldes de Hans Kelsen, a um sistema lógico hermeticamente fechado e com ares matemáticos – sob o qual, contudo, encontram-se, à socapa, elementos políticos. Para Panunzio, todos os conceitos e institutos jurídicos do Estado

¹⁹¹ Mussolini enunciou tal fórmula em 28 de outubro de 1925 no Teatro *Scala*. Dali em diante, ela foi revisitada em diversas oportunidades pelo *Duce* (PANUNZIO, 1929, p. 25).

¹⁹² E, “portanto”, a única doutrina do Estado também é fascista (PANUNZIO, 1929, p. 20).

¹⁹³ “Non si può essere neutrali, e conviene prendere sempre partito per un’idea direttrice ed un sistema di idee direttrici, senza di che l’insegnamento è fiacco e senza vigore, e, più che fiacco, è nullo perché è senza fede”.

individualista e liberal tem por base a fé nos princípios políticos do liberalismo. Sem ela, a construção das declarações de direitos e do Código Civil de Napoleão não teria sido possível (PANUNZIO, 1929, p. 21-23).

Se é esse o “modo de ser” dos pensamentos jurídico e político, é “natural”, assevera Panunzio, que os juristas da “nova Revolução” e do fascismo façam, ao mesmo tempo, “ciência e apologia”. A orientação também vale para o ensino, que não deve se resumir a “esquemas lógicos”: os professores e doutrinadores hão de propalar a doutrina e a fé dos princípios e crenças políticas fascistas. A tentativa dos entusiastas do *Rechtsstaat* de, em nome do cientificismo e da verdadeira ciência, desvencilhar os elementos político e jurídico é, afirma o jurista italiano, absurda: o direito público não pode ser “depurado” ou simplesmente afastado da política porque o direito não se resume a uma mera forma, mas é vida (PANUNZIO, 1929, p. 23-24).

Se o Estado oriundo da Revolução Francesa nasceu teoricamente soberano, Panunzio sustenta que, na prática, ele veio ao mundo natimorto: fundado em uma filosofia jurídica e política marcada pelo individualismo atomístico e pela abstração, apoiado sobre um vazio social, faltava-lhe a organicidade das conexões sociais e corporativas que o fascismo pôde proporcionar. Grande na teoria, o Estado liberal acabou por se tornar, defende Panunzio, um mero órgão encarregado da defesa dos direitos individuais (PANUNZIO, 1929, p. 50, 51 e 55).

Para Panunzio, o fascismo promove a superação da crise do Estado de direito, que, golpeado por “doutrinas sofisticadas, céticas, individualistas e anárquicas”, estava “morto na sua vida interior, como sentimento e como ideia”¹⁹⁴: ele já não era senão um “novelo covarde e amorfo de contradições e de antagonismos materiais sem nenhuma luz ideal”¹⁹⁵. O Estado liberal retornara à Idade Média: moralmente desorganizado e descentralizado, negando qualquer possibilidade de unidade, ele não dava conta de, nas primeiras décadas do século XX, conciliar os interesses de classe e das diversas forças sociais. Paradoxalmente, contudo, o fim da substância espiritual do Estado coincidiu com o enorme aumento de suas estruturas e aparatos administrativos. O Estado se transformara, argui Panunzio, em uma grande empresa pública de contabilidade e de estatística nada preocupada com as divisões e secessões do corpo social (PANUNZIO, 1929, p. 29, 30, 31, 36 e 37).

¹⁹⁴ Foi assim, acrescenta Panunzio, que o “Estado antigo” se fragmentou, corrompeu e dissolveu (PANUNZIO, 1929, p. 30). Para o jurista italiano, tanto o liberalismo quanto o socialismo (o “último capítulo do individualismo materialista” e uma “doutrina dos interesses individuais”) contribuíram para a falência do Estado, dele fazendo apenas um órgão de administração e de gestão (PANUNZIO, 1929, p. 33 e 71).

¹⁹⁵ “[...] un groviglio pauroso e amorfo di contraddizioni e di antagonismi senza nessuna luce ideale [...]”.

A crise do Estado liberal também se projetava, é claro, sobre o seu direito constitucional, que, defende Panunzio, não tinha vez na Itália fascista. Manifestação mais completa do “sentimento do Estado” – “o sentimento da unidade moral e social do povo [...] personificada no Estado” dirigido pelo “Herói nacional Benito Mussolini” –, o fascismo assinala o fim da era dos direitos, aquela da revolução liberal, e enceta a era dos deveres ou, pura e simplesmente, a era fascista. Nasce, assim, segundo Panunzio, o “Estado novo” – juridicamente forte e absolutamente capaz de se impor frente a todos os grupos sociais e sindicais, que não são negados, mas “admitidos e inseridos em seu seio”. Esse Estado “tecnicamente jurídico”, “juridicamente conformado e organizado”, toma o lugar de seu predecessor, “morto como ideia e como sentimento” (PANUNZIO, 1929, p. 60, 69, 70, 71 72, 211 e 212).

O Estado fascista não é apenas mais forte do que seu antecessor em termos quantitativos, mas também em termos qualitativos e ideais. Hobbes e Jean Bodin, anuncia Panunzio, ficaram para trás. Uma nova função é agregada ao Estado: a corporativa. O governo constitui a força suprema desse Estado. Só ele, sustenta o autor de *O Sentimento do Estado*, é capaz de enfrentar a complexidade e a multiplicidade de forças e organizações do mundo moderno. O parlamento de antanho foi relegado a uma posição marginal pela “revolução copernicana do direito constitucional” fascista. O “Estado parlamentar” foi à bancarrota. Seu sucessor, sentencia Panunzio, é o “Estado fascista, governativo ou hierárquico” (PANUNZIO, 1929, p. 212, 213, 241 e 242).

Esse Estado novo é marcado pelo corporativismo. Na verdade, aduz Panunzio, fascismo e corporativismo constituem um único princípio. Ambos significam arregimentar, reunir, compor e unificar a sociedade, a economia, a política e o direito. A rigor, a corporação constitui, assim como o executivo, o legislativo e o judiciário, uma função do Estado – a mais proeminente dentre todas elas. O Estado fascista pode ser tomado, portanto, por um Estado corporativo. Todas as classes estão sob o seu domínio político e jurídico. Vive-se, nele, uma “Estatocracia” ou uma “ditadura do Estado” – algo, sublinha o jurista italiano, bastante diverso do que se passa na União Soviética, em que se assiste a uma ditadura de classe (PANUNZIO, 1929, p. 207, 208, 209, 213, 214 e 215).

Panunzio parece trabalhar muito mais com o que *deve ser* o “Estado fascista” do que com aquilo que ele *é* – algo que pode ser creditado, nos termos de Fulco Lanchester, às “amplas limitações sistemáticas” (1999, p. 303) de sua obra. Nem sempre é possível diferenciar, em suas linhas, o que são constatações e o que são desejos a respeito de seu objeto de estudo – um Estado

que, ressalta o próprio jurista, estava por se fazer em meio à “tempestade” de uma “revolução” em desenvolvimento. Seus escritos constituem, no fundo, um *blend* de apologia ao fascismo e de análises realistas a propósito do Estado de direito.

3.5.2 Carlo Costamagna e a busca por uma legalidade propriamente fascista

3.5.2.1 Quem foi Carlo Costamagna?

Carlo Costamagna transitou, entre a academia e a política, na “periferia” da ciência jurídica italiana, “em uma zona cinzenta” ocupada por juristas “menores”. Nela circulavam ideias simpáticas a reformas institucionais com um significado de “ruptura cultural revolucionária” – nem sempre, porém, com um figurino cientificamente impecável ou metodologicamente sistemático (MELIS, 2018, p. 267-268).

Deputado, senador, colaborador de Alfredo Rocco e bastante próximo de Giuseppe Bottai, editor da revista *Lo Stato*, onde eram publicados artigos de teóricos como Carl Schmitt, Costamagna também contribuiu para a redação da *Carta del Lavoro*¹⁹⁶ e atuou, entre 1927 e 1941, como professor de Direito Corporativo, de Direito Constitucional e de Princípios de Legislação Fascista em Ferrara, Pisa e em Roma (MELIS, 2018, p. 269), onde certamente divulgou a doutrina do direito público alemão, que o influenciou de modo significativo (LANCHESTER, 1999, p. 303).

Costamagna foi magistrado e alçou, inclusive, um posto na Corte de Cassação. Ele ingressou no movimento fascista em 1920, nele assumindo, invariavelmente, posições bastante intransigentes. No fim da década, antes de, em 1929, ser eleito deputado, ocupou um cargo de relevo no Ministério das Corporações, dirigido por Bottai. Ele integraria, ainda, a Câmara dos *Fasci* e das Corporações e seria nomeado senador em 1943 (CUPELLARO, 1984).

Finda a Segunda Guerra Mundial, afastado da universidade, ele se manteve politicamente ativo, participando, inclusive, da fundação do Movimento Social Italiano. Costamagna faleceu em 1965.

¹⁹⁶ Costamagna atuou, ainda, como secretário-geral da comissão de notáveis encarregada de elaborar um projeto de reforma constitucional em meados da década de 1920 (CUPELLARO, 1984).

3.5.2.2 “O fascismo quis respeitar os requisitos da legalidade formal”

A ideia de Estado sempre teve, segundo Costamagna, um valor sacro, militar ou político. Mas as revoluções liberais alteraram tal quadro: a partir delas “o problema do Estado cai sob o domínio da ciência jurídica” (COSTAMAGNA, 1934, p. 01).

Para Costamagna, a teoria do direito pouco caso faz do valor do Estado, por ela formalmente identificado simplesmente com o direito positivo. Não bastasse isso, o “tecnicismo jurídico” acabou por reduzir o direito a uma série de conceitos dogmáticos e matemáticos. Sob uma roupagem supostamente científica, defende o jurista italiano, dá-se a degradação política do Estado¹⁹⁷ (COSTAMAGNA, 1934, p. 01-03).

Se, assevera Costamagna, o tecnicismo jurídico supera o *jus universale gentium*, ele insiste em propalar como verdades universais e imutáveis do direito os “princípios metajurídicos” que fundaram um “tipo transitório do Estado em uma região mais ou menos vasta da humanidade” – o “Estado moderno” ou “Estado de direito”, um espelho do *homo economicus* da ciência econômica (COSTAMAGNA, 1934, p. 03-04).

A “economia do racionalismo”, afirma Costamagna, foi deduzida da fantástica condição econômica britânica durante os primeiros cinquenta anos do século XIX, quando sua indústria e sua banca dominavam o mundo. Suas “abstrações naturalistas” foram transpostas para a “ciência do Estado enquanto ciência jurídica” e, sob um “esquema filosófico jusnaturalista”, chegaram tanto às declarações de direitos quanto ao Código Napoleão. Para Costamagna, seus fautores propalavam, feito geômetras-jurídicos, o caráter absoluto de seu sistema: absolutamente racional, o direito seria o mesmo em todos os cantos (COSTAMAGNA, 1934, p. 04-05).

O método puro da “doutrina técnico-jurídica”, aduz Costamagna, serve de álibi para evitar o obstáculo dos fatos e para ignorar a necessidade de adequar o direito às exigências da vida. O Estado desses doutrinadores é um “Estado-tipo” que, forjado em um ambiente completamente diferente, já não tinha nada que ver com os primeiros anos do século XX. Tal pureza metodológica leva, no fim das contas, sob o ponto de vista de Costamagna, a uma “radical negação do Estado”. Com isso, conclui o jurista italiano, a ciência jurídica acaba por voltar às posições “mundiais, humanitárias e cósmicas” do jusnaturalismo revolucionário, que autorizam, conceitualmente, “a utopia do comunismo anárquico universal no qual se anula o

¹⁹⁷ Costamagna chega a tal conclusão, inclusive, com uma citação textual de Carl Schmitt.

Estado”. E, para Costamagna, um desses anarco-comunistas era Kelsen (COSTAMAGNA, 1934, p. 04, 05 e 11).

O quadro desenhado é, argui Costamagna, de crise do Estado. Seria preciso, então, alvitra o jurista fascista, reconstruir a ideia de Estado: deixando de lado as interpretações economicistas e jurídicas de outrora, caberia às “forças de conservação da civilização europeia” promover o irracional e o sentimento contra a anarquia intelectual e material do capitalismo e do socialismo, “fenômenos tão conexos e concomitantes”¹⁹⁸ (COSTAMAGNA, 1934, p. 06).

Indispensável, o Estado deve ser entendido, segundo Costamagna, como potência integral de vida. Ecoando Oswald Spengler, o jurista italiano reverbera a importância da raça e da vontade de potência, além de criticar as verdades abstratas, as invenções técnicas e o dinheiro. O mecanicismo filosófico da ciência tradicional suga as energias da civilização. Para Costamagna, uma nova orientação espiritual haveria de surgir (COSTAMAGNA, 1934, p. 06).

Contrapondo-se ao “método abstrato e universal” – ovacionado, sobretudo, pelos juristas –, o “método nacional”, o único capaz de restituir à ciência a vida e o senso de realidade, poderia, sugere Costamagna, dar conta dessa tarefa. Para o jurista italiano, não existem, como propalam a pseudociência e a pseudofilosofia do dito pensamento moderno, verdades morais ou jurídicas absolutas, pois a vida é dinâmica, adapta-se a cada momento e está inserida na história (COSTAMAGNA, 1934, p. 09-13).

Um dos aspectos da cultura, o direito é, argui Costamagna, “a expressão exclusiva do fator político da força”. A antítese entre direito e força não passa de uma invenção racionalista. O espírito e a espada não são antípodas. Sob o prisma dos fascistas, a força é criativa e portadora da dignidade clássica da *virtù* e da dignidade da *passione* romântica (COSTAMAGNA, 1934, p. 14-17).

Para Costamagna, o direito é político e estatal: ele só existe sob a forma de um sistema positivo de certo ordenamento nacional. “A consciência do direito coincide com o ordenamento constituído”, infere o jurista italiano. Não é à natureza que o direito presta contas, mas ao homem. O jusnaturalismo é, portanto, absolutamente rechaçado pelo fascismo. O direito fascista não representa um simples limite para o Estado: ele exprime os objetivos do Estado e define os interesses nacionais, constituindo, assim, “a condição necessária” para a

¹⁹⁸ Para Costamagna, liberalismo e socialismo não podem ser tidos por opostos – tese, inclusive, reiteradamente repetida por Mussolini. Todos os seus conceitos dizem respeito ao dinheiro e à sua circulação. Ambos se baseiam em uma filosofia individualista. É só a utilidade particular, conclui o jurista fascista, que lhes importa (COSTAMAGNA, 1934, p. 59). Rocco também defendeu, no Congresso Nacionalista de 1914, que democracia, bolchevismo e liberalismo tinham estreitas ligações (TARQUINI, 2010, p. 106).

“concretização” do Estado enquanto “expressão do *bem comum* da comunidade particular” (COSTAMAGNA, 1934, p. 14-17).

O direito, ressalta Costamagna, constitui um fenômeno tão político que sua ciência se subordina à ciência do Estado. Para o método político-nacional, tais disciplinas encontram-se entrelaçadas. E é a ter isso em mira que os fascistas haverão de reconstruir a ciência jurídica e elaborar a prática da nova ordem – tarefa que, das mais difíceis, ainda se encontrava, em 1934, segundo Costamagna, em seus primórdios (COSTAMAGNA, 1934, p. 19, 22 e 30).

Em meados da década de 1930, assevera Costamagna, o tipo de Estado propriamente fascista ainda estava a ser bosquejado: à época, ele não passava de um rascunho marcado por destacadas incertezas em sua estrutura e em seus pontos fundamentais. Apesar disso – muito embora a obra estivesse em constituição –, o fascismo dispunha, ressalva o jurista italiano, de “claras e modernas diretivas programáticas” – que deveriam, de modo a fundar a ordem constitucional sobre a realidade, enfrentar o grande obstáculo do “velho material legislativo” e o tecnicismo algébrico da doutrina italiana (COSTAMAGNA, 1934, p. 22 e 30).

Sob a perspectiva de Costamagna, não há e não pode haver separação entre o Estado e a sociedade. Se a vida política é a expressão de uma luta entre o senso de bem comum e de bem privado, o Estado, entidade ética e moral, constitui a “consciência” da supremacia daquele sobre este – a lei da existência, afinal, conclui o jurista italiano, dita o sacrifício do particular ao geral. Os indivíduos estão aí, mas há algo a mais do que os indivíduos. Acima deles, expresso no Estado, está “o homem enquanto espécie” ou o povo, que transcende em potência e em duração cada vida particular. E é o Estado que, ligando o passado ao futuro, transmite o espírito do povo¹⁹⁹. Também é ele, sustenta Costamagna, que, suplantado o limite da breve existência do indivíduo, representa a consciência da nação²⁰⁰ (COSTAMAGNA, 1934, p. 49, 50, 51 e 60).

Os fascistas, assevera Costamagna, batem-se, antes de mais nada, pela renovação do espírito do Estado, por um “tipo historicamente original de Estado” e por um “novo direito público”. Uma ordem nacional deveria dar lugar ao ordenamento individualista da vida tão badalado na Europa e na América (COSTAMAGNA, 1934, p. 24, 28 e 42).

¹⁹⁹ “A reivindicação do Estado em todo o seu valor humano é o postulado central do pensamento de Mussolini” (COSTAMAGNA, 1934, p. 29).

²⁰⁰ “O Estado não é uma simples estrutura lógica e jurídica, tampouco uma indústria ou organização material, inerente ao desempenho dos serviços públicos, como o é para as doutrinas individualistas, sejam essas atomísticas ou mecânico-universais. O Estado se afirma como uma efetiva necessidade de vida na completude dos seus atributos temporais, norma não apenas de coexistência entre os associados, mas também de solidariedade entre as sucessivas gerações de uma comunidade particular. Isso dá concretude à ideia pela qual um povo deixa de ser uma poeira de átomos e passa a ter consciência da própria individualidade histórica” (COSTAMAGNA, 1934, p. 74-75).

Mas se, pondera Costamagna, o Estado italiano sofreu uma mutação depois de outubro de 1922, também é verdade que “o Fascismo quis respeitar os requisitos da legalidade formal”, salvaguardando “alguns institutos expressivos de valores tradicionais, históricos, em consideração ao seu próprio temperamento nacional”²⁰¹. Ademais, “novos conceitos e novos institutos” adotaram os vocábulos de uma nomenclatura pré-constituída – vocábulos que muitas vezes expressam valores nada condizentes com os novos e revolucionários princípios constitucionais fascistas²⁰² (COSTAMAGNA, 1934, p. 26-27).

O fascismo utiliza “critérios de gradualidade” em suas “reformas” do Estado²⁰³, valendo-se, para tanto, dos meios formais da legalidade pré-constituída²⁰⁴. O fascismo quer, com uma nova fórmula política e os “institutos positivos de uma nova constituição em senso material”, renovar a forma do Estado italiano. O princípio constitucional sobre o qual há de se estruturar o Estado fascista é o princípio da legalidade – mas o princípio da legalidade propriamente fascista, que, “metajurídico” e singularmente vinculado à concretude de cada ordenamento jurídico, constitui “a projeção do princípio constitucional político na esfera do direito” (COSTAMAGNA, 1934, p. 24, 25, 125, 126 e 154).

Para Costamagna, o fato de o fascismo optar por respeitar os requisitos da legalidade formal não depõe contra o seu caráter criativo e revolucionário: “o direito positivo criado pelo Fascismo é o resultado de uma afirmação revolucionária, muito embora o estadista não tenha desejado recorrer ao modo da ‘instauração de fato’ e tenha desejado usar os meios formais da legalidade pré-constituída”²⁰⁵ (COSTAMAGNA, 1934, p. 26).

A concepção de legalidade da “doutrina política-nacional” é, porém, ressalva Costamagna, “mais vasta e mais rigorosa” do que a interpretação individualista da legalidade de outrora. O “novo princípio da legalidade” fascista expressa, em detrimento do interesse

²⁰¹ “Il fascismo ha voluto rispettare i requisiti della legalità formale [...] mentre poi esso doveva salvaguardare alcuni istituti espressivi di valori tradizionali, storici, in considerazione del suo stesso temperamento nazionale”.

²⁰² Costamagna afirma que Leibholz também defende essa tese (1934, p. 42).

²⁰³ A atividade legislativa fascista tem início, segundo Costamagna, com as “leis de defesa do Regime”, marcadas por seu “caráter transitório”. A primeira lei de natureza constitucional, a 2263 de 24 de dezembro de 1925, tratava das atribuições e prerrogativas do chefe de governo. Dali em diante, diversas outras normas desse tipo seriam editadas – a exemplo das leis 100 (“Sobre a faculdade do Poder Executivo de emanar normas jurídicas”) e 563 de 1926 (“Sobre a disciplina jurídica das relações coletivas de trabalho”), da *Carta del Lavoro*, de 1927, da lei 2693 de 1928 (“Sobre o Grande Conselho do Fascismo”), da lei 3097, de 1929, da lei 206 de 1930 (“Sobre a reforma do Conselho Nacional das Corporações”) e da lei 163 de 1934 (“Sobre a constituição e função das Corporações”) (COSTAMAGNA, 1934, p. 31).

²⁰⁴ Segundo Jorge Reis Novais, Costamagna toma o Estado fascista como o resultado de uma “depuração do Estado liberal” (2013, p. 130).

²⁰⁵ “Il diritto positivo creato dal Fascismo è poi, nei principii che lo ispirano, il risultato di una affermazione rivoluzionaria, sebbene lo statista non abbia voluto ricorrere al modo dell’‘instaurazione di fatto’ e abbia voluto usare i mezzi formali della legalità precostituita”.

individual, “a preferência pela exigência da organização”. Ele apresenta, ainda, sob um novo ordenamento jurídico e uma renovada interpretação política do Estado e do direito, um comportamento funcional (COSTAMAGNA, 1934, p. 24, 25, 125, 126 e 154).

Segundo Costamagna, a ordem individualista do Estado moderno tem por bases a lei, de natureza excessivamente formal e abstrata, e o contrato privado, demasiadamente concreto. Falta-lhe, contudo, sustenta o jurista italiano, uma ligação funcional entre as atividades jurídicas pública e privada, entre o autoritarismo da lei e a largueza da vontade privada. A natureza solene, geral, imóvel ou dificilmente modificável da lei formal não combina com a complexidade da sociedade contemporânea. Já os pactos privados, singulares e utilitários, nada são senão o instrumento de uma concorrência desenfreada que, sob o capitalismo financeiro, inevitavelmente desemboca em desordens econômicas e sociais: a liberdade ou autonomia da vontade não leva em conta, afinal, as disparidades materiais entre os contratantes (COSTAMAGNA, 1934, p. 126-131).

Promovendo a fusão entre o direito público e o direito privado, um novo tipo de norma é proposto pela doutrina fascista: a lei voluntária particular, lei e contrato ao mesmo tempo. É justamente nesse processo de transformação institucional que, defende Costamagna, assoma a virtude jurídica da revolução fascista. Os núcleos ou grupos de agregação particulares seriam transformados em instituições públicas. O Estado trataria de organizar as atividades individuais por meio de uma nova sistematização das fontes do direito adaptada aos problemas sociais e de produção (COSTAMAGNA, 1934, p. 126-131).

O Estado não é, segundo Costamagna, um meio para a garantia de direitos e liberdade individuais. Ao contrário. Para os fascistas, “o Estado é o fim e o indivíduo é o meio”. O Estado tem um valor absoluto e, fiel ao conceito de organicismo moral-político-econômico da doutrina nacional, deve fazer-se presente em todas as manifestações da atividade prática do homem. Não fosse assim, argumenta Costamagna, ele não poderia ser tido por soberano. Potência integral, o Estado rechaça todo e qualquer limite jurídico em sua esfera interna. Não dispõe de soberania, afinal, aquele que está a serviço de fins que lhe são extrínsecos (COSTAMAGNA, 1934, p. 74-75).

O fim do Estado, aduz Costamagna, transcende o fim temporal do indivíduo. Daí se pode deduzir a potência moral estatal. Compete ao Estado “constituir os termos da moral civil em face do materialismo e do racionalismo da doutrina individualista”. Os interesses e fins do povo são os fins da nação e se concretizam no Estado. O homem não existe kantianamente, como um fim em si mesmo, porque sua natureza, longe de qualquer abstração, é política. Tomar

o indivíduo por “absoluto” não passa de uma ilusão engendrada pela “metafísica jurídica”. Tal concepção, continua Costamagna, representa o esvaziamento da soberania estatal²⁰⁶ (COSTAMAGNA, 1934, p. 73, 74, 112 e 117).

Para um “espírito nacional”, o Estado se coloca fora e sobre o direito, que constitui uma forma limitada de algumas manifestações estatais e o complexo das normas postas justamente pelo Estado. “Fenômeno de atuação prática do Estado”, o direito é funcional e não existe antes do Estado²⁰⁷, defende Costamagna. É a se valer do direito, um meio dele, que o Estado manifesta sua vontade, cuja juridicidade, ressalta o jurista italiano, não depende de seu conteúdo, mas só de sua forma. O ordenamento jurídico é formado por normas técnicas: “a norma jurídica não tem um conteúdo propriamente específico”. Uma norma só é jurídica quando, coativa, pode ser aplicada por meio da força do Estado (COSTAMAGNA, 1934, p. 108-122).

O conceito jurídico de norma está, assim, sob a perspectiva de Costamagna, intimamente ligado ao elemento político do Estado. A teoria da soberania é exclusivamente política: ela não tem relação alguma, argui o jurista italiano, com uma teoria de técnica jurídica. Sob “luzes metajurídicas” e longe de qualquer “reducionismo juridicista”, a soberania da doutrina fascista encontra seu lugar no terreno das “realidades morais” – “as realidades que são apreendidas com o sentimento e com a razão e que constituem as condições indefectíveis para o desenvolvimento do espírito” (COSTAMAGNA, 1934, p. 108-122).

Costamagna não tem, bem se vê, a pretensão de recomeçar tudo a partir do zero: muitos dos conceitos da tradição do Estado de direito são trabalhados em sua obra, ainda que a eles sejam conferidos significados diversos dos usuais. De todo modo, ressalta ele, o fascismo não abriu mão da legalidade formal ao longo do processo de construção de seu Estado – que, ao menos até meados dos anos 1930, não havia se estruturado.

3.5.3 O Estado corporativo: um edifício inacabado

O corporativismo é uma doutrina que, buscando a neutralização dos elementos de conflito, propõe a organização da coletividade por meio de corporações, ou seja, das

²⁰⁶ Apesar das críticas endereçadas ao individualismo liberal, os fascistas, assevera Mussolini, não pretendem um retorno ao mundo que antecedeu a Revolução Francesa de 1789: um Estado apoiado em milhões de indivíduos que o respaldam não mantém nenhum traço das tiranias medievais ou absolutistas. De Maistre não figura entre os profetas dos fascistas. “Não se volta atrás”, esclarece Mussolini. Os privilégios feudais, as castas, o absolutismo – tudo isso é passado (MUSSOLINI, 1979, p. 270, 271 e 273).

²⁰⁷ Panunzio pensa exatamente o contrário: para ele, o direito funda o Estado.

associações representativas dos interesses e das atividades profissionais. Seus teóricos defendem a união entre as classes sociais e o fim das disputas ideológicas. Assim, argumentam, a ordem político-econômica ganharia eficiência (INCISA, 1993, p. 287-288).

É na comuna medieval italiana que o corporativismo procura o seu modelo. Nela, a corporação constitui uma união de profissionais de uma mesma categoria que, organizada a partir de núcleos formados por mestres e aprendizes, detém o monopólio de sua arte ou de seu ofício e, daí, de sua produção e de seus preços, além de gozar de poderes normativos em matéria econômica e, por vezes, atuar na esfera da representação política (INCISA, 1993, p. 287).

Esse modo de organização não agradaria, no século XVIII, aos fautores da economia de mercado, a exemplo de Adam Smith. O dinamismo da Revolução Industrial também não combinaria com as estruturas corporativas, pouco simpáticas, por sinal, às inovações tecnológicas. Tampouco seria do interesse de um Estado cada vez mais centralizador a existência de associações que poderiam fazer as vezes de intermediárias entre ele e os indivíduos (INCISA, 1993, p. 287).

Durante a Revolução Industrial, surgem os sindicatos, associações que, enraizadas no conflito de interesses e na luta de classes, distanciam-se das corporações. Os modelos são opostos: enquanto o corporativismo, otimista, defende a colaboração entre as diferentes categorias econômicas, o sindicalismo, pessimista, realizaria a gestão das inevitáveis tensões da sociedade industrializada, trabalho de um lado e lucro de outro (INCISA, 1993, p. 287).

Politicamente, o corporativismo, na contramão da teoria representativa, “preconiza a realização de uma democracia orgânica, onde o indivíduo não terá valor como entidade numérica, mas como portador de interesses precisos e identificáveis”. Uma sociedade descentralizada, pluralista e baseada em corpos intermediários, propalam seus simpatizantes, acabaria com a solidão do indivíduo, que se sentiria mais integrado à vida política (INCISA, 1993, p. 287-288).

Ao contrário, porém, do corporativismo tradicional, o fascista nada tem de pluralista ou de descentralizador: monístico, atrelado à tradição idealista, ele subordina as corporações ao Estado, cuja missão, para o fascismo, passa, inclusive²⁰⁸, pela unificação de todo o complexo produtivo. Os expoentes fascistas proclamam a subordinação das corporações ao Estado, a quem caberia criá-las, organizá-las, discipliná-las e orientá-las (INCISA, 1993, p. 288 e 290).

²⁰⁸ Luigi Viesti afirma que o “Estado fascista é o Estado unitário por excelência”, “síntese de todas as forças sociais, de todas as atividades, de todas as finalidades nacionais”. E o “cimento” dessa unidade é, segundo ele, o “princípio corporativo” (VIESTI, 1929, p. 29).

Em 1933, Mussolini declarou ao Conselho Nacional das Corporações que as corporações constituíam o “instrumento que, sob a égide do Estado, torna real a disciplina integral, orgânica e unitária das forças produtivas, com vistas ao desenvolvimento da riqueza, do poder político e do bem-estar do povo italiano”. Na mesma ocasião, o *Duce* sustentou que “o corporativismo supera o socialismo e o liberalismo, cria uma nova síntese” (INCISA, 1993, p. 288).

A propaganda fascista prometia que o Estado corporativo constituiria uma terceira via entre o capitalismo e o comunismo, uma nova “civilização política”, um “Estado novo”. Uma terceira via adviria da integração de forças sociais contrapostas e mesmo entre elas e o Estado. O fascismo prometia superar os conflitos de classe e as distinções entre o direito do Estado e o direito dos indivíduos (CASSESE, 2010, p. 136). O Estado corporativo busca a imanência do Estado no indivíduo – “a condição da força, da própria essência do Estado, e da liberdade dos indivíduos” (GENTILE, 1929, p. 50).

A rigor, o corporativismo não constitui um fenômeno propriamente fascista: ele se espalhou por todo o mundo antes da Marcha sobre Roma e depois da queda de Mussolini. O fascismo simplesmente tratou de desenvolvê-lo. Na Itália pré-fascista já havia, inclusive, normas de cunho corporativo. Na verdade, “a experiência corporativa dos anos trinta é a conclusão da parábola de um ramo importante da tradição italiana de economia política” (CASSESE, 2010, p. 95-96).

As relações entre o corporativismo fascista e o sindicalismo são complexas – algo de se esperar, dadas as diferentes bandeiras por eles brandidas. Em 1930, Mussolini tratou do problema ao sustentar que o sindicalismo não poderia constituir um fim em si mesmo e, por isso, deveria se exaurir no socialismo político ou na corporação fascista. Mas, segundo o *Duce*, apenas a corporação seria capaz de promover a unidade econômica entre o capital, o trabalho e a técnica (INCISA, 1993, p. 290).

Se, por um lado, o corporativismo absorveu do sindicalismo sua “função educativa e moralizadora”, ele deveria, segundo Giovanni Gentile, superar a antítese entre Estado e sindicato com a estruturação de um sistema sindical harmonicamente constituído por corporações sujeitas à disciplina estatal e capaz de encarar o indivíduo como uma “força produtiva especializada” a serviço do “organismo econômico unitário” nacional (GENTILE, 1929, p. 49).

Mussolini era dado a frases sintéticas e de efeito. Em 1930, ele proferiu: “o Estado fascista ou é corporativo ou não é fascista”. Dois anos antes, Giuseppe Bottai declarou que “a relação entre o Estado fascista e o Estado corporativo é uma relação de identidade”. Mas, mesmo ao fim do regime capitaneado pelo *Duce*, o edifício corporativo do fascismo encontrava-se inacabado: ele parecia algo provisório (CASSESE, 2010, p. 100).

Três são as fases, segundo Sabino Cassese, do corporativismo da Itália fascista. A primeira delas perdurou até 1930 e se deu, com uma função de “ordem e de polícia”, exclusivamente no âmbito sindical. Nesse período foram assinados, em 1923 e em 1925, dois pactos entre a Confederação Geral da Indústria Italiana e a Confederação Nacional das Corporações Fascistas. Neles, as partes se comprometeram a abandonar as “divergências de interesses” e a envidar esforços para uma colaboração mútua (CASSESE, 2010, p. 101).

Ainda é dessa época, mais precisamente de 1926, a lei 563, que reconheceu juridicamente os sindicatos, regulou os contratos coletivos de trabalho e proibiu a realização de greves e de *lockouts*. No mesmo ano foram criados o Ministério das Corporações e o Conselho Nacional das Corporações, que não saiu do papel antes de 1930. A *Carta del Lavoro*, de 1927, arrolou os princípios dessa primeira etapa do corporativismo – que também não foram colocados em prática²⁰⁹ (CASSESE, 2010, p. 101).

A economia ganhou destaque na segunda das fases do corporativismo, que se estendeu até 1939. O período testemunhou a edição de inúmeras e complexas regras “formalmente harmônicas, mas substancialmente pouco eficientes”. O aparato normativo se estruturou em forma de pirâmide, cuja base era formada por associações sindicais responsáveis pela nomeação de “representantes em corporações” – entre os quais haveriam de figurar nomes do governo e do Partido Nacional Fascista. No ápice, figurava, a princípio, o Conselho Nacional das Corporações, substituído, dada a quantidade gigantesca e disfuncional de membros, pelo Comitê Corporativo Central, criado em 1934 e constituído pelos presidentes das confederações e por representantes governistas e fascistas. Os projetos de normas de natureza econômicas tramitavam, tortuosamente, por essas instâncias antes de serem submetidos à apreciação do chefe de governo (CASSESE, 2010, p. 101-102).

²⁰⁹ “Na realidade, por muitos anos o corporativismo não encontrou nenhuma aplicação, porque suas estruturas de base – as corporações – não foram criadas, apesar da emanção da *Carta del Lavoro*, em 1927, através da qual se enunciavam os princípios fundamentais da doutrina” (TRENTO, 1986, p. 46).

Com a lei 129 de 1939, marco inicial de sua terceira e última fase, o corporativismo fez o seu ingresso no “vértice constitucional do Estado”. Criada por tal norma, a Câmara dos *Fasci* e das Corporações, formada por integrantes do Conselho Nacional do Partido Nacional Fascista e por componentes do Conselho Nacional das Corporações, estaria, segundo os fascistas, continuamente ligada à realidade econômica: nela, o cidadão-eleitor daria lugar ao cidadão-produtor. Essa “constitucionalização” permaneceu, contudo, incompleta – coisa que, segundo Bottai, ministro das Corporações, poderia ser atribuída à inexistência de uma cultura corporativa entre os trabalhadores, seus dirigentes sindicais e mesmo à atuação do Estado, incapaz de substituir as “intervenções e controles tradicionais” por “intervenções e controles corporativos” (CASSESE, 2010, p. 102, 103 e 132).

Muitos sindicatos apoiaram a tomada do poder pelos fascistas. Líderes sindicais como Edmondo Rossoni tiveram destacado papel naquele processo. Mas, já à frente do país, Mussolini se esforçaria para neutralizar a força do sindicalismo, que haveria de ser incorporado às engrenagens estatais. Tudo isso de modo a evitar que o sindicalismo se tornasse um “Estado no Estado”. Privilégios foram dados aos sindicatos, mas a um alto custo: o de seu controle pelo governo, que enfraqueceria sua organização por meio de sucessivos desmembramentos da confederação sindical fascista e da cooptação de seus dirigentes, alçados a cargos na administração. Não à toa, por certo, Bottai declarou, findo o fascismo, que as nomeações vindas de cima “descorporativizaram” a corporação e acabaram com as suas bases (CASSESE, 2010, p. 103, 104, 105 e 109).

Para Angelo Trento, o próprio Mussolini sabotou as corporações, com quem não desejava dividir prestígio e atenção²¹⁰. Mas os empresários também contribuíram para o fracasso do corporativismo ao nele vislumbrarem a possibilidade de limitação de seu poder. Além do mais, muitos membros do Partido Nacional Fascista também tinham a impressão de que o sucesso das corporações os ofuscaria (TRENTO, 1986, p. 46).

3.5.4 O Estado total e o fascismo

As contundentes acusações de Schmitt contra o direito público moderno levam-no a uma “conclusão radical”: “a partir de 1933, não hesita, obcecado como é pelo tema do

²¹⁰ O *Duce* também tratou de esvaziar o Partido Nacional Fascista. Para isso, ele contou com o auxílio de Achille Starace, que, sempre disposto a se submeter às vontades de Mussolini, dirigiu-o entre 1931 e 1939. O tiro saiu pela culatra: ao liquidar politicamente o partido, o chefe do fascismo enfraqueceu o regime (TRENTO, 1986, p. 36).

decisionismo como antítese do normativismo, em declarar que toda política ‘autêntica’ quer ‘um Estado qualitativamente total’, ou seja, absolutamente autoritário”²¹¹ (GOYARD-FABRE, 2002, p. 269).

Em gênese no início do século XX, esse Estado qualitativamente total, dotado de um poder inédito e inaudito, controla as ideias e os pensamentos de seus cidadãos – algo realizado com a utilização de todo o aparato técnico moderno, a exemplo da mídia. O início do século XX testemunha a origem de uma era marcada pela técnica. Não à toa, Schmitt assevera que tal Estado dispunha de novos meios de poder de extraordinária e monstruosa intensidade. Para além do aumento do poderio bélico, é sobretudo por meio da ação sobre a opinião que o poder do Estado expandir-se-á (KERVÉGAN, 2006, p. 67, 68, 69, 72 e 74).

As novas tecnologias midiáticas constituem poderosos instrumentos de persuasão e de manipulação – a ponto de possibilitar àqueles que as instrumentalizassem de modo hábil um considerável controle sobre o curso da política (SCHEUERMAN, 1999, p. 94). O grande desenvolvimento da mídia de massas desempenharia um papel central no desaparecimento da divisão entre o Estado e a sociedade – distinção das mais caras aos liberais. Na era da tecnologia, o “consentimento” plebiscitário deveria ser fabricado, a partir do alto, pelos governantes: para Schmitt, ele já não seria, como fora outrora, o resultado de debates públicos independentes baseados em esquemas de argumentação e de contestação (SCHEUERMAN, 1999, p. 93, 106 e 108).

Domenico Losurdo lembra que, nas primeiras décadas do século XX, a política se inspira na publicidade do consumo – a ponto de Hitler tomar os comerciais de sabonetes como modelo para a propaganda nazista. Mussolini se gaba de ter estudado com afinco *A Psicologia das Multidões*, de Gustave Le Bon, autor igualmente apreciado por Joseph Goebbels, que “estava plenamente convencido da eficácia de uma propaganda baseada no modelo da publicidade comercial, da repetição sistemática e destituída de argumentos racionais”²¹² (LOSURDO, 2004, p. 298-299).

²¹¹ O conceito de Estado total elaborado por Schmitt foi objeto de grandes debates entre 1931 e 1933. Tomaram parte nele, por exemplo, Otto Hintze, Ernst Huber e Gerhard Leibholz, para quem, de fato, a República de Weimar parecia destinada a se transformar em um Estado autoritário. O próprio Hitler usou a expressão Estado total em alguns discursos públicos em 1933. Dali em diante, o conceito caiu nas graças dos nazistas (SCHEUERMAN, 1999, p. 99 e 105).

²¹² “Le Bon já insiste na ‘repetição’ sistemática de uma afirmação, na ausência de qualquer argumentação racional, como instrumento fundamental de propaganda do ‘césar’ ou do ‘herói’ chamado a domesticar o sufrágio universal, do qual também surge” (LOSURDO, 2004, p. 298).

Em um Estado total, com o providencial auxílio das novas técnicas, o Estado e a sociedade se interpenetram (KERVÉGAN, 2006, p. 68). Tem lugar, então, uma socialização do Estado e uma estatização da sociedade (SCHEUERMAN, 1999, p. 89). Esse processo de integração constitui, para Schmitt, a obra de uma democracia que lança por terra todas as despolitizações características do liberal século XIX (HUMMEL, 2005, p. 73). Paradoxalmente, nota Kervégan, o Estado total de tipo plebiscitário representa a concretização do princípio da soberania popular da Revolução Francesa – que os fascistas, não custa lembrar, abominavam²¹³ (2006, p. 67).

Sob essa ordem democrática puramente política em que desaparece a clássica distinção entre o homem e o cidadão²¹⁴, o Estado total imiscui-se em todos os domínios da existência humana – identificando-se, inclusive, com a própria sociedade. Nele, absolutamente tudo é político – uma novidade, pois, até então, “a soberania do Estado (mesmo absolutista) andava

²¹³ “O bolchevismo e o fascismo”, sustenta Schmitt, “são antiliberais, mas não necessariamente antidemocráticos”, já que “a ditadura não é o oposto da democracia” (1996b, p. 16 e 29). Apesar de que, “devido ao significado decisivo atribuído à publicidade, principalmente ao poder da opinião pública no pensamento liberal, o liberalismo e a democracia pareçam idênticos”, o jurista alemão é incisivo: democracia e liberalismo não pertencem ao mesmo mundo intelectual: “o liberalismo e a democracia devem ser separados, para que se reconheça a imagem heterogeneamente montada que constituiu a moderna democracia de massas”. Nas verdadeiras democracias, assevera Schmitt, o igual é tratado igualmente, mas o não igual é, em consequência, inevitavelmente tratado de modo diferente. Daí que “[...] a democracia deve, em primeiro lugar, ter homogeneidade e, em segundo, – se for preciso – eliminar ou aniquilar o heterogêneo” (SCHMITT, 1996b, p. 10 e 36). Para o autor de *Teologia Política*, a interligação entre liberalismo e democracia já se encontra no *Do Contrato Social* de Rousseau: ao mesmo tempo que um contrato confere legitimidade ao Estado – uma “fachada liberal” –, uma vontade geral homogênea denota que a unanimidade passa a predominar – o elemento democrático (SCHMITT, 1996b, p. 14). Para Schmitt, assevera Simone Goyard-Fabre, “o conceito de legitimidade remete ao conceito de soberania, que por sua vez, remete ao conceito de política [...]” (2002, p. 293).

²¹⁴ Para Karl Marx, o *e* situado, no título da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão francesa de 1789, entre os termos *homem* e *cidadão* separa as figuras, diferenciando-as: “os assim chamados *direitos humanos*, os *droits de l’homme*, diferentemente dos *droits du citoyen*, nada mais são do que os direitos do *membro da sociedade burguesa*, isto é, do homem egoísta, do homem separado do homem e da comunidade” (2010, p. 48). Segundo o autor d’*O Capital*, os homens vivem, sob a óptica dos idealizadores da Declaração francesa de 1789, uma verdadeira vida dupla: ao longo da semana de trabalho, em meio a uma competição ensandecida, eles criam, atomizados, uma vida social de discórdia e de conflito privado. Mas, aos fins de semana, em uma espécie de maviosa ágora moderna, tudo isso dá lugar a uma vida que, coletiva, é devotada à atividade política pública na busca do bem comum. Aos sábados e aos domingos, os interesses privados são tidos por mesquinhos e ordinários: eles são, então, supostamente deixados de lado (MARX, 2010, p. 49). Marx não tem, bem se vê, uma visão muito positiva Direitos Humanos – ao menos dos Direitos Humanos enunciados pelos liberais. Além de não serem eternos ou naturais – eles são construções sociais e legais –, os Direitos Humanos não são, defende o pensador alemão, o resultado da razão pública da sociedade, mas da razão do capital. Bobbio discorda de Marx e de seus seguidores: “quais tenham sido as consequências (que considero funestas) dessa interpretação – que confundia uma questão de fato, ou seja, a ocasião histórica da qual nascera a reivindicação desses direitos, que era certamente a luta do Terceiro Estado contra a aristocracia, com uma questão de princípio, e via no homem apenas o cidadão, e no cidadão, apenas o burguês –, esse é um tema sobre o qual, com o discernimento que o passar dos anos nos proporciona, talvez tenhamos idéias mais claras do que nossos pais. Mas ainda estamos demasiadamente imersos na corrente dessa história para sermos capazes de ver onde ela terminará. Parece-me difícil negar que a afirmação dos direitos do homem, *in primis* os de liberdade (ou melhor de liberdades individuais), é um dos pontos firmes do pensamento político universal, do qual não mais se pode voltar atrás” (1992, p. 46).

junto com o reconhecimento da existência de questões não políticas e não estatais” (KERVÉGAN, 2006, p. 67-78).

Nos primeiros anos do século XX, o Estado “neutro” do liberalismo dá lugar, segundo Schmitt, a um Estado potencialmente total. Desaparece, assim, nesse “Estado contemporâneo, pós-liberal”, qualquer distinção entre setores estatais-políticos e setores sociais-apolíticos (KERVÉGAN, 2006, p. 67-78). De acordo com o autor d’*O Conceito do Político*, as tradicionais concepções liberais oitocentistas de divisão entre Estado e sociedade são deixadas de lado (o próprio surgimento do *Welfare State* weimariano sugere esse abandono) e o Executivo ganha força, pois é o único poder capaz de lidar com as demandas políticas e sociais dessa nova era (SCHEUERMAN, 1999, p. 86-88).

“Para Schmitt”, afirma William E. Scheuerman, “a ascensão do Estado total demonstra o caráter anacrônico do parlamentarismo liberal e do Estado de direito, assim como as virtudes de um Executivo de bases autoritárias alegadamente melhor equipado para lidar com os ditames de nossa era técnico-econômica”²¹⁵. Sob a perspectiva do autor de *Teologia Política*, as normas gerais aprovadas pelas tradicionais casas legislativas já não dariam conta das complexidades socioeconômicas do século XX: apenas um executivo com poderes amplamente discricionários seria capaz de se encarregar da tarefa (SCHEUERMAN, 1999, p. 94-97).

Schmitt voltava seus olhos para o fascismo italiano ao analisar a gênese do Estado total:

O conceito de Estado *qualitativamente total* foi primeiramente aplicado ao fascismo italiano, cuja influência no pensamento de Schmitt é decisiva a partir do final dos anos de 1920. É isso que se destaca em um artigo de 1929, no qual Schmitt se esforça, com uma simpatia evidente, em extrair os caracteres constitutivos das instituições e da ideologia fascistas: o reforço autoritário do Estado, a substituição do eleitoralismo clássico pelos métodos plebiscitários, a eliminação do parlamentarismo (e da oposição) formariam a primeira resposta política coerente e “ética” aos transtornos ocorridos na economia e na sociedade desde o final do século XIX (KERVÉGAN, 2006, p. 72).

De fato, no fim da década de 1920, Schmitt aproveita para, em uma resenha de *O Ser e o Devir do Estado Fascista*, obra de Erwin von Beckerath, tecer inúmeras considerações a respeito do fascismo, cuja “superioridade” tanto sobre os padrões quanto sobre os empregados

²¹⁵ “For Schmitt, the rise of the total state demonstrates the anachronistic character of liberal parliamentarism and the rule of law, as well as the virtues of an executive-based authoritarian system allegedly better equipped to deal with the dictates of our economic-technical age”.

impõe, de modo “heroico”, “a dignidade do Estado e da unidade nacional frente ao pluralismo dos interesses econômicos” (SCHMITT, 2001, p. 76).

Ao contrário dos países economicamente mais ricos e desenvolvidos – todos aferrados aos esquemas constitucionais herdados das revoluções de 1789 e de 1848 –, a Rússia e a Itália têm, ao fim dos anos 1920, “constituições por demais modernas e econômicas” no que se refere ao “reconhecimento dos novos problemas econômicos e sociais por parte da organização estatal”. Isso não seria possível, sugere Schmitt, nos Estados altamente industrializados. Neles, patrões e empregados, com forças políticas equiparadas, não conseguiriam impor seus projetos particulares sem a deflagração de devastadoras guerras civis. Nessas circunstâncias,

Não é possível tomar decisões sociais nem efetuar mudanças fundamentais na constituição por via legal, e todos os elementos do Estado e governo constituem mais ou menos um terceiro neutro (e não superior, capaz de tomar decisões com base em sua força e autoridade imanentes). Só é possível fazer efetiva a supremacia do Estado frente à economia com a ajuda de uma organização fechada ao estilo de uma congregação. Tanto o fascismo quanto o bolchevismo comunista requerem tal “aparato” para fazer valer sua superioridade sobre a economia (SCHMITT, 2001, p. 78).

A superioridade do Estado fascista seria exercida por meio da instituição das corporações, responsáveis pela tentativa de unificação e harmonização dos patrões e dos trabalhadores. Schmitt prevê, porém, que, no fim das contas, ainda que com algumas “recaídas liberais” do regime de Mussolini, os interesses dos operários seriam privilegiados, pois “só um Estado débil é o servo capitalista da propriedade privada”. Segundo o autor d’*O Conceito do Político*, “todo Estado forte [...] demonstra sua verdadeira força não diante dos débeis mas sim com respeito aos fortes no terreno social e econômico” (SCHMITT, 2001, p. 79-80).

O Estado fascista, anuncia Schmitt, quer, espelhando-se na Antiguidade clássica, “voltar a ser Estado, com autoridades e representantes visíveis, não fachadas e antecâmara de mandatários e patrocinadores invisíveis e irresponsáveis”. As concepções do fascismo a respeito do Estado não devem ser medidas com a régua das ideias alimentadas pela burguesia desde o século XVIII – nem mesmo de modo a contrastá-las –, pois, “odiadas por milhões”, as ideias burguesas pertencem, defende o jurista alemão, a um ambiente de “fraude ideológica”. O liberalismo, argui Schmitt, tem por propósito debilitar o Estado por meio da dissolução de seu caráter político. Por outro lado, defende o autor de *Legalidade e Legitimidade*, os fascistas se desvencilham das abstrações liberais e, ao se baterem contra todas as “despolitizações”, “materializam a realidade existencial concreta” (SCHMITT, 2001, p. 76, 80 e 81).

Segundo Kervégan, “o Estado total é, para Schmitt, a verdade atual do político, e ele o é porque conduz o político a se atualizar plenamente, isto é, totalmente”. Único Estado “autêntico”, só ele faz a afirmação propriamente política do poder (KERVÉGAN, 2006, p. 72, 73, 80 e 95). E o político é, o mais das vezes, tido pelo que não é (ele não é, a título ilustrativo, a economia ou a moral) ou é circularmente equiparado a estatal (o Estado é algo político e o político é algo estatal). Tais definições, porém, afirma Schmitt, não são nada satisfatórias. É que “uma determinação conceitual do político só pode ser obtida mediante a descoberta e identificação das categorias especificamente políticas”: a discriminação entre amigo e inimigo. Amigo e inimigo não são metáforas ou símbolos, mas entes concretos – tanto que seu conceito tem relação “com a possibilidade real de aniquilamento físico”²¹⁶. A própria existência política de um povo depende da afirmação de um inimigo: “se ele não tem mais a capacidade ou a vontade para esta diferenciação, ele cessa de existir politicamente” (SCHMITT, 1992, p. 43, 44, 55, 56, 59 e 76).

O Estado total constitui, para Schmitt, um verdadeiro Estado político – um Estado que, original, afasta-se da tradição do Estado de direito²¹⁷ (KERVÉGAN, 2006, p. 72). O jurista alemão não esconde sua admiração pela Itália fascista e tende a classificá-la como um Estado total. Schmitt afirma que, assim como o bolchevismo, o fascismo “tentou romper com o tradicional clichê constitucional do século XIX e refletir as grandes mudanças na estrutura econômica e social do país também em sua organização estatal e em uma nova constituição escrita” (2001, p. 78).

Se, porém, o fascismo “tentou romper” com a estrutura formal do Estado de direito – evidentemente, “tentou romper” não é o mesmo que “rompeu” –, ele não extirpou do Estatuto Albertino os direitos fundamentais lá estampados e nem abriu mão, ao menos até a “constitucionalização” do Grande Conselho do Fascismo, da tripartição de poderes. Os italianos tampouco assistiram, depois da Marcha sobre Roma, à queda de suas tradicionais instituições.

Também é um exagero defender, como o faz Schmitt, que a Itália ganhou, sob o regime fascista, uma “nova constituição escrita”. Como bem apontado por Sabino Cassese²¹⁸, as

²¹⁶ Para Schmitt, a guerra constitui “[...] o único requisito para a distinção entre amigo e inimigo e para o reconhecimento do político”. Segundo ele, “um mundo no qual estivesse completamente afastada e desaparecida a possibilidade de tal confronto, um globo terrestre finalmente pacificado, seria um mundo sem distinção entre amigo e inimigo e, conseqüentemente, um mundo sem política” (SCHMITT, 1992, p. 61-62).

²¹⁷ Ao tratar da concepção de Schmitt a respeito do Estado total, Kervégan afirma que “[...] nem o aumento do poder nem mesmo a revisão da oposição liberal entre poder e direito bastam para expressar a originalidade da nova configuração mais que ‘a eliminação das forças hostis ao Estado’” (2006, p. 72).

²¹⁸ Conferir, adiante, o tópico “Os fascistas gostam da lei: as reformas dos primeiros anos”.

mudanças no ordenamento italiano foram bastante pontuais e não alteraram as bases de seu edifício. Igualar a União Soviética à Itália é um outro erro: “se”, lembra Pietro Costa, “o bolchevismo age como uma ditadura de classe e um governo arbitrário, o Estado fascista encarna a comunidade nacional e se exprime na forma ‘regular’ do ordenamento jurídico” (1999, p. 87).

Não custa lembrar, ainda, que, em 1929, o “Estado corporativo italiano”, tão festejado pelo autor de *Teologia Política*, não havia saído do papel. O próprio Erwin von Beckerath o afirma no artigo comentado por Schmitt – que, tudo indica, toma por certo o diagnóstico (SCHMITT, 2001, p. 79). De fato, nota Costa, o aparato corporativo fascista só começa a ser estruturado, de modo bastante gradativo, a partir de 1926, praticamente quatro anos depois da Marcha sobre Roma. E seu “efeito de imediata relevância político-constitucional” ocorreria apenas em 1939, com a instituição da Câmara dos *Fasci* e das Corporações (COSTA, 1999, p. 67). A simpatia de Schmitt por Mussolini e por seus asseclas parece levá-lo a torcer pela “revolução” fascista.

Mussolini, lembra Arendt, costumava qualificar a Itália fascista como um Estado totalitário. Mas, sustenta a filósofa alemã, ele não foi tão longe e se contentou com a implantação de uma ditadura unipartidária²¹⁹. Para a autora de *Origens do Totalitarismo*, a Itália não foi, ao menos até 1938, ano em que foram editadas as leis raciais, um Estado totalitário, “mas apenas uma ditadura nacionalista comum, que havia evoluído logicamente a partir de uma democracia multipartidária”. Diferentemente do nazismo e do bolchevismo, movimentos caracterizados pela luta contra o Estado, “o fascismo o aceitou na sua imobilidade estrutural”. Na verdade, o fascismo italiano foi “o único exemplo de um movimento de massa moderno organizado dentro da estrutura de um Estado existente”²²⁰ (ARENDDT, 1989, p. 289).

²¹⁹ A exemplo de Arendt, Heller também toma o Estado fascista por uma ditadura (HELLER, 1987, p. 91). Costa nota, porém, que o jurista alemão “erra” ao classificá-lo dessa forma, pois o Estado fascista “[...] não tem nada que ver com a arbitrariedade de um governo ditatorial precisamente em razão do caráter normativo, regular, juridicamente estruturado da sua ação de governo”. Ainda segundo o teórico italiano, o Estado fascista é frequentemente encarado como um Estado de Direito porque se exprime na forma do direito e, justamente por isso, mantém-se “longe de intervenções irracionais e despóticas” (COSTA, 1999, p. 86).

²²⁰ Ainda segundo Arendt, “o melhor exemplo da diferença entre o movimento fascista e os movimentos totalitários é a sua atitude em relação ao Exército, isto é, em relação à instituição nacional *par excellence*. Ao contrário dos nazistas e dos bolchevistas, que destruíram o espírito do Exército, subordinando-o aos comissários políticos ou às formações totalitárias de elite, os fascistas se utilizavam do Exército, com o qual se identificavam, como se haviam identificado com o Estado. Queriam um Estado fascista e um Exército fascista, mas que ainda fossem um Exército e um Estado; só na Alemanha nazista e na Rússia soviética é que Exército e Estado se tornaram funções subordinadas ao movimento. O ditador fascista – mas não Hitler nem Stálin – era, no sentido da teoria política clássica, o verdadeiro usurpador, e o seu governo unipartidário era, em certo sentido, o único que ainda permanecia intimamente ligado ao sistema multipartidário” (1989, p. 291).

Mesmo Leibholz, para quem tanto o fascismo quanto o nazismo são totalitários, admite, nota Costa, a existência de diferenças específicas entre ambos – entre elas uma maior autonomia individual na Itália, onde a tutela dos direitos e dos interesses dos sujeitos em face das ações governamentais era mais acurada do que na Alemanha (COSTA, 1999, p. 73). É possível que Arendt tenha isso em mente ao ressaltar a quantidade de absolvições proferida pelo Tribunal Especial para a Defesa do Estado:

Uma prova da natureza não-totalitária da ditadura fascista é o número surpreendentemente pequeno de criminosos políticos, e as sentenças relativamente suaves que lhes eram aplicadas. Durante os anos de 1926 a 1932, em que foram particularmente ativos, os tribunais especiais para julgamento dos criminosos políticos pronunciaram sete sentenças de morte, 257 sentenças de dez ou mais anos de prisão, 1.360 de menos de dez anos, e muitos outros mais foram exilados; 12 mil pessoas foram presas e julgadas inocentes, o que seria inconcebível nas condições do terror nazista ou bolchevista²²¹ (1989, p. 358).

Em 1939, Giuseppe Maggiore, penalista ligado ao fascismo, defendia a incompatibilidade entre o Estado totalitário e o “anacrônico” princípio da legalidade – que, conclamava, deveria ser deixado de lado pelo Estado fascista. A negação dos direitos subjetivos constituía, então, a orientação majoritária na doutrina alemã do direito público, mas não na italiana. O “Estado novo” não poderia, segundo Maggiore, autolimitar-se e garantir direitos individuais. O Estado de direito e o Estado totalitário seriam, sob o seu ponto de vista, absolutamente incompatíveis (COSTA, 1999, p. 78-80).

Maggiore fazia parte de uma minoria. Segundo Costa, longe de realizar intervenções despóticas, o Estado fascista, síntese dialética entre teorias e posições contrastantes, era encarado pela maioria da doutrina do direito público ligada ao fascismo como a coroação da história precedente. Muito embora seja frequentemente associado à ideia de revolução e de ruptura drástica – é preciso lembrar, contudo, que há, no interior do movimento, uma disputa retórica em torno dos discursos de revolução ou de continuidade –, a inovação do fascismo se move no interior de uma visão historicista que, em um “processo ascendente”, “resolve diferenças e contrastes” (COSTA, 1999, p. 85-86).

O termo *totalitário* só passa a ser frequente na doutrina italiana do direito público nos anos 1930. Ainda assim, os juristas italianos não trataram de definir diretamente o Estado

²²¹ Tomar a Itália dos anos do fascismo por um Estado totalitário é “forçado”: só com muitas imprecisões conceituais seria possível fazê-lo, afirma Carlo Ghisalberti, cuja opinião, lembra ele mesmo, é a mesma de Alberto Aquarone, Guido Melis e Livio Paladin. O regime de Mussolini foi autoritário, mas não totalitário, pois ele não foi capaz de neutralizar o poder da Igreja, da monarquia e da grande indústria (GHISALBERTI, 1999, p. 248).

totalitário: bastava-lhes que as discussões em torno dele “fizessem sentido” e “produzissem o efeito retórico desejado”. Estava em curso, então, um uso discursivo da expressão por uma elite intelectual vinculada ao mundo do direito (COSTA, 1999, p. 63, 65, 66 e 74).

De todo modo, lembra Neumann, o *Rechtsstaat*, fórmula das mais prestigiadas pelos juristas italianos na virada dos séculos XIX e XX, não tem um compromisso com a democracia:

A essência desse conceito do *Rechtsstaat* consiste na distinção entre a forma legal e a estrutura política do Estado. Essa forma legal isolada, independente da estrutura política, deveria constituir a garantia da liberdade e segurança. Era isso que constituía a diferença fundamental entre a teoria alemã e a inglesa. Na primeira, o *Rechtsstaat* não se desenvolvia em uma específica forma jurídica de democracia, como era o caso da Inglaterra, mas assumia uma atitude neutra com respeito à forma do Estado, atitude indiferente que é claramente demonstrada nos escritos de Friedrich Julius Stahl (NEUMANN, 1969, p. 53).

Aceita “até mesmo explicitamente” por teóricos liberais²²², a fórmula do *Rechtsstaat* de Stahl revela, assim, que “é independente da forma do Estado”²²³. O *Rechtsstaat* alemão se afasta, ao menos nesse ponto, do *Rule of Law* inglês. A classe média inglesa defendeu sua liberdade econômica sentada no parlamento, demonstrando “um interesse essencialmente político na gênese das leis”. O mesmo não ocorreu com a burguesia alemã. Politicamente mais fraca, ela simplesmente tentou manejar em seu favor as leis da forte monarquia germânica. “A teoria alemã é liberalista constitucional, e a inglesa é democrática constitucional” (NEUMANN, 1969, p. 53-54).

O liberalismo alemão deriva, sem dúvida alguma, do francês. Incapaz, contudo, de, em suas fronteiras, fazer frente ao Absolutismo²²⁴, ele elaboraria conteúdos e métodos peculiares que desembocariam em um “liberalismo privatista bem radicado na esfera econômica e civil,

²²² A título ilustrativo, Goyard-Fabre lembra que, para Carré de Malberg, o Estado de direito, “que visa a proporcionar aos cidadãos certas garantias individuais, pode conciliar-se com todas as formas governamentais” (2002, p. 316-317).

²²³ Segundo Hespanha, “é claro que o Estado de direito [o *Rechtsstaat*], assim concebido, não põe grandes exigências no plano da democracia ou da participação política (das liberdades políticas). Nada se diz sobre quem faz a lei ou sobre os limites da lei; apenas se insiste sobre a obrigação de se observar a lei, uma vez promulgada” (2003, p. 1291-1292).

²²⁴ “Em vivo contraste com a França, não tinha a Alemanha uma classe média forte, consciente, politicamente educada, que liderasse a luta contra aquele absolutismo. A nobreza reinava sem oposição [...] A classe média urbana, distribuída em numerosas municipalidades, cada uma com seu próprio governo e seus próprios interesses locais, era impotente para cristalizar e efetuar qualquer oposição séria. Havia conflitos, é certo, entre os nobres dirigentes e as guildas e os artesãos, não atingindo, porém, tais conflitos, em nenhum momento, as proporções de um movimento revolucionário. Os burgueses faziam acompanhar suas petições e queixas de uma prece para que Deus protegesse a Pátria do ‘terror da revolução’” (MARCUSE, 1978, p. 24).

mas acentuadamente autoritário nas suas bases doutrinárias²²⁵ – tudo sem abrir mão, sob o regime bonapartista de Otto von Bismarck, das precisas formulações do Estado de direito e da teoria dos direitos públicos subjetivos²²⁶ (ALLEGRETTI, 1983, p. 57).

Mas o *Rechtsstaat* oitocentista da Alemanha, fruto de uma coalizão das classes governantes, não era, definitivamente, um despotismo. As ações do governo eram previsíveis. A separação de poderes garantia a distribuição do poder político entre os conservadores prussianos e os grandes industriais. E a generalidade das leis e a independência dos juízes mantinham-no afastado do arbítrio (NEUMANN, 1969, p. 56).

²²⁵ Mais simpáticos a Voltaire e a Montesquieu do que a Rousseau – pouco afeitos, portanto, a transformações radicais –, os iluministas italianos preferiam os temas econômicos e administrativos aos políticos. Essa moderação do século XVIII acompanhará toda a “idade liberal” italiana (ALLEGRETTI, 1983, p. 79 e 81).

²²⁶ Em contínuo diálogo com os liberalismos francês e inglês, o liberalismo alemão influenciaria os liberais italianos, que não elaboraram uma doutrina original, mas sim “derivada”, ainda que independente. A Itália nunca deu grandes contribuições teóricas ao liberalismo (ALLEGRETTI, 1983, p. 56, 57 e 63).

4 A ESTRATÉGIA LEGALISTA DO FASCISMO

4.1 A NEUTRALIZAÇÃO DO ESTADO DE DIREITO: DE FRIEDRICH STAHL A HANS Kelsen

A doutrina alemã do Estado de direito dominou a cena jurídica italiana da segunda metade do século XIX: ela foi, na verdade, sua última palavra. Só eram dignos de confiança os *factos* e as leis que, nos moldes das ciências naturais, pudessem ser classificados segundo sua dimensão, seu peso e seu número. Uma lógica formal e um normativismo de pouco conteúdo, praticamente vazio, davam o tom do discurso da maior parte dos juristas²²⁷ (HELLER, 1987, p. 77).

A França e a Inglaterra, de classes médias política e economicamente pujantes, praticamente destruíram o feudalismo nos albores da Idade Moderna. Na Alemanha, porém, a nobreza feudal manteve muitos de seus privilégios – inclusive o sistema feudal de posses e a jurisdição sobre os servos. Era justamente essa rica aristocracia rural, fortalecida com a Restauração, que preenchia os mais altos quadros de governo e do exército (MARCUSE, 1978, p. 326).

Em sua luta contra o Absolutismo, a burguesia alemã conseguiu estabelecer as Dietas Provinciais. Nelas, contudo, o seu espaço era reduzido. Arremedos de representação popular, os membros dessas assembleias não eram senão os proprietários de bens de raiz: “mesmo nas províncias do Reno (as regiões mais industrializadas) 55 representantes da terra se opunham a 25 representantes das cidades. A classe média, por toda parte, era uma minoria desesperançada”²²⁸ (MARCUSE, 1978, p. 327).

As Dietas Provinciais foram instituídas sob o reinado de Frederico Guilherme III. Mas Guilherme IV, seu sucessor no trono, deu de ombros para as expectativas burguesas de avanços nas reformas: “o absolutismo triunfara, seguido da transformação completa do quadro cultural [...] A universidade de Berlim deixara de ser de Hegel e dos Hegelianos, e tornara-se a universidade dos filósofos da Revelação, de Schelling e de Stahl” (MARCUSE, 1978, p. 327).

²²⁷ Apesar de flertar com doutrinas de matiz organicista, o próprio Alfredo Rocco, expoente fascista, era, segundo Heller, um positivista lógico (1987, p. 90).

²²⁸ Karl Marx faz uma interessantíssima análise dos trabalhos da Dieta Renana durante a tessitura, em 1842, da lei referente ao furto de madeira: as disputas ali travadas entre a aristocracia e a burguesia são pontualmente retratadas em uma série de artigos compilados, no Brasil, em *Os Despossuídos*, editado pela Boitempo em 2017.

Stahl foi um dos principais teóricos do Estado de direito alemão do século XIX. Sua filosofia transitava entre os mundos e os interesses da aristocracia e da burguesia. Ele defendia as Dietas Provinciais e subordinava a garantia da liberdade civil à soberania do monarca. A propriedade, sustentava, era adquirida pelo trabalho, mas sua conservação dependia da concessão das autoridades. Stahl tentava conciliar o autoritarismo antirracionalista ao desenvolvimento da classe média:

Ele era antiliberal, contudo não falava somente em nome do passado feudal, mas também no daquele futuro histórico em que a própria classe média se tornaria antiliberal. Seu inimigo supremo não era a classe média mas a revolução que ameaçava esta classe, ao mesmo tempo que ameaçava a nobreza e o estado monárquico. Seu anti-racionalismo servia à causa de uma aristocracia dominante que se atravessava no caminho do progresso racional; e servia também ao interesse de todo domínio que não se pudesse justificar com fundamentos racionais (MARCUSE, 1978, p. 328-329).

Stahl rechaça toda a filosofia racionalista ocidental. Para ele, o Estado não tem por base a vontade dos homens, mas o desejo e os preceitos de Deus. Fortemente presente na teoria do direito natural, o racionalismo moderno, afirma o jurista, é a matriz da revolução e o afastamento do homem da religião (MARCUSE, 1978, p. 329).

Todo o trabalho de Stahl constitui uma refutação do direito natural, por ele considerado o alicerce científico da revolução (NEUMANN, 1969, p. 93). A natureza e a razão do indivíduo não poderiam fundamentar a organização social, pois, sustenta Stahl, foi justamente se valendo delas que as revoluções sempre atacaram os governantes, a ordem histórica e a justa instituição da propriedade²²⁹. Para o jurista alemão, não há direitos para além do direito positivado. A propriedade e a organização política não deveriam ficar à mercê de manobras racionalistas²³⁰ (MARCUSE, 1978, p. 330-332).

Assim como Auguste Comte, Stahl, afirma Herbert Marcuse, “também oferece seus serviços ideológicos aos poderes dominantes”. Para o jurista alemão, não existem direitos naturais acima do direito positivo estabelecido pelo Estado – que, promotor da ordem e da autoridade invocadas por Deus, é um poder anterior e superior ao indivíduo. É a autoridade,

²²⁹ Também para De Maistre e Bonald, “as teorias do Direito Natural e do contrato social representavam tudo o que havia de execrável no mundo. Eram elas as responsáveis pela Revolução Francesa e iam de encontro aos verdadeiros princípios em que repousava e continua a repousar o mundo” (NEUMANN, 1969, p. 92).

²³⁰ “Stahl é particularmente sensível com respeito à justificação da propriedade. ‘Deixaríamos aos Proudhons a pergunta sobre o que seja a propriedade?’ pergunta ele. Se, como o racionalismo o faz, deve a propriedade extrair seu direito somente da vontade do homem, segue-se ‘que o comunismo tem razão contra a filosofia do direito, de Grotius a Hegel... e também contra a sociedade dos nossos dias’” (MARCUSE, 1978, p. 332).

argui Stahl, que promove a ligação das relações sociais e políticas. Os dominados devem se curvar ao pensamento e à vontade dos dominantes. Autoridade, força, dever e obediência: Marcuse vê, em tal discurso, uma antecipação do que viria a ser pregado pelo Estado autoritário moderno. Com Stahl, afirma, “a filosofia liberal foi abandonada mesmo antes que os fundamentos sociais e econômicos do liberalismo se tivessem tornado um fato” (MARCUSE, 1978, p. 330, 332 e 335).

Novais sustenta que, na obra de Stahl, “[...] pela primeira vez em termos da doutrina geral do Estado, a redução formalista do Estado de direito abria o conceito a um qualquer conteúdo e compatibilizava-o com qualquer tipo de Estado, desde que agisse *na forma do direito*” (2013, p. 114).

De fato, um processo de neutralização estava em curso. Em fins do século XIX, o positivismo jurídico, em ascensão, acabou por acentuar tal movimento. Caracterizado pela lógica formal e pelo estudo do direito experimentalmente constatável, ele estimulou o abandono da caracterização do Estado de direito “[...] como Estado limitado pela razão (Kant) e pelos direitos naturais [...] formalisticamente aberto aos conteúdos determinados por qualquer poder constituído desde que vertidos em lei” (NOVAIS, 2013, p. 114-115).

Essa concepção a respeito do direito atinge seu fastígio com Kelsen, para quem Estado e direito não são senão a mesma coisa. Nele, o conceito de Estado é absorvido pelo conceito de ordenamento jurídico e o direito é a forma de todos os possíveis conteúdos. Qualquer Estado pode ser apreendido, assim, como sendo o próprio direito (NOVAIS, 2013, p. 117 e 120).

Para Novais, Kelsen toma o Estado de direito por um Estado de legalidade – um Estado depurado dos valores que, desde as origens, acompanharam o Estado de direito. Se, mesmo que à socapa, o Estado de direito formal ainda sustentava, politicamente, certos valores, o Estado de legalidade não o faz: proclamando-se neutro, ele veicula conteúdos de toda espécie – desde que sigam as pegadas da legalidade:

O primado da lei e o princípio da legalidade transmutam-se, sucessivamente, de meras técnicas formais de realização dos valores liberais (no Estado de direito liberal, em sentido material), em valores autonomizáveis (no Estado de direito formal – onde uma intenção política liberal, de garantia e, nessa medida, ética, lhes estava implícita) e, por último, no Estado de Legalidade, em quadros neutros abertos à realização de quaisquer fins (NOVAIS, 2013, p. 122).

O Estado de direito passou, na verdade, uma vez mais segundo Novais, por um processo de exaustão axiológica. Sob o domínio do Estado de legalidade esboçado pelo positivismo jurídico, essenciais são apenas a certeza e a segurança jurídicas ínsitas ao princípio

da legalidade, tido por absoluto e por um valor em si mesmo. No fundo, a lei acaba por, nessas circunstâncias, ser a fiadora ou a cúmplice da legitimidade do poder instituído ou do *status quo*. De modo parasitário, sustenta Novais, diversos governos com tendências autoritárias se valeram do prestígio da fórmula *Estado de direito* para, em uma ambígua convivência, atingir seus objetivos (NOVAIS, 2013, p. 112, 125 e 126).

Heller defende que nem os fascistas e nem os positivistas de sua época tinham fé em qualquer elemento normativo. Assim como o fascismo, sustenta o jurista alemão, o positivismo considera o direito uma forma que se adapta a qualquer conteúdo e àqueles que estão no poder. Ainda conforme o jurista alemão, ambos, fascismo e positivismo, estão de acordo a respeito da “força normativa do fato” (HELLER, 1987, p. 107).

4.2 A BURGUESIA PERDE A CONFIANÇA EM SUA IDEOLOGIA: A RAZÃO TIRA UM COCHILO

O Código Civil francês de 1804 estampa, afirma Weber, inúmeras normas que não constituem regras, mas “máximas jurídicas”: o próprio Napoleão Bonaparte contribuiu pessoalmente para a “teatralidade epigramática” dessas “disposições jurídicas abstratas” típicas das declarações de direitos do homem e do cidadão dos Estados Unidos da América e da França. Certo direito só seria legítimo se não fosse contrário a tais “sentenças com caráter de postulados”, que fariam as vezes de um “direito do direito” (WEBER, 2015, p. 133-134).

Tais “princípios indestrutíveis por qualquer imposição de direito positivo” constituem, para Weber, o “direito natural” – “o conjunto das normas vigentes independentemente de qualquer direito positivo e que têm preeminência diante deste, normas que não devem sua dignidade a uma promulgação arbitrária, mas, ao contrário, legitimam o poder compromissório desta”. É sobre a natureza e a razão que repousa a legitimidade material do direito natural:

Estas duas e as regras deduzíveis delas – regras gerais do acontecer e normas de vigência geral, portanto – são consideradas coincidentes; os conhecimentos da “razão” humana são considerados idênticos à “natureza da coisa”, à “lógica das coisas”, como se diria hoje em dia; aquilo que se quer que valha é considerado idêntico àquilo que de fato existe, em média, por toda parte; as “normas” obtidas pela elaboração lógica de conceitos, jurídicos ou éticos, fazem parte, no mesmo sentido que as “leis naturais”, daquelas regras universalmente compromissórias que “nem Deus pode mudar” e às quais não deve tentar opor-se nenhuma ordem jurídica (WEBER, 2015, p. 134-136).

Materialmente baseada na razão e na natureza, a legitimidade do direito natural não depende de um legislador legítimo: ele é legítimo por possuir “qualidades puramente imanentes”. Sem revelações religiosas e sem a santidade autoritária da tradição²³¹, o direito natural constitui “a única forma consequente e específica de legitimidade” do direito e “a forma específica de legitimar as ordens *revolucionariamente* criadas”. Recorrer à legitimidade do direito natural foi uma constante entre as classes que se bateram contra a ordem vigente (WEBER, 2015, p. 134-136).

Tratando das teorias contratualistas, Weber lembra que “o contrato racional voluntário [...] veio a ser um dos princípios universais das construções do direito natural”. Os teóricos do contratualismo sustentam que a legitimidade de qualquer direito se ancora em um estatuto cuja existência depende, necessariamente, de um acordo racional. Desse livre pacto haverão de surgir os “direitos de liberdade” que não ofendam “o conceito de uma ordem ditada pela razão”. A liberdade contratual e a propriedade privada são os alicerces desse direito natural. Nenhum estatuto pode, com legitimidade, limitar o direito do indivíduo de dispor de sua propriedade. Se, por um lado, a força de trabalho pode ser vendida, a ninguém é dado, contudo, submeter-se a qualquer forma de escravidão (WEBER, 2015, p. 135-136).

Com o socialismo, defende Weber, muitos teóricos começam a defender que a apropriação legítima passa, obrigatoriamente, pelo trabalho, o fundamento de sua aquisição: tem-se, então, a defesa de um “direito natural ao produto natural do trabalho”. O direito natural se aproxima, assim das massas. Quando isso se dá, porém, os dogmas do direito natural já não exerciam influência no mundo do direito: o “ceticismo positivista e relativista-evolucionista” os destruíra de modo progressivo. Eles caíram em descrédito inclusive entre os teóricos revolucionários²³², que os substituíram, segundo o sociólogo alemão, pela “dogmática evolucionista do marxismo”. A “ciência oficial”, de seu lado, viu-se aniquilada por esquemas comteanos e historicistas (WEBER, 2015, p. 138-140).

²³¹ Na Modernidade, sustenta Weber, o direito natural se baseia tanto no conceito de *natura* da Renascença quanto na ideia inglesa, com origens na Magna Carta de 1215, de que cada membro de determinado povo possui certos direitos nacionais inatos (2009, p. 135).

²³² Kelsen lembra que a doutrina do direito natural foi tradicionalmente utilizada como “um sólido bastião na defesa contra o comunismo”: nela, a propriedade privada é, inclusive, mais relevante do que a própria vida. Mas, ressalva, também por meio dela “se provou que a propriedade privada é contrária à natureza e fonte de todos os males” – como no *Código da natureza ou o verdadeiro espírito de suas leis*, obra publicada em 1755 por “um certo Morelly”, para quem o comunismo é o único sistema econômico ditado pela natureza, que reservou a propriedade dos meios de produção para todos. Sob a perspectiva de Morelly, “o mundo é uma mesa suficientemente farta para todos os convidados, aos quais pertencem os pratos; e pertencem a todos os convidados porque todos têm fome”. Não foram poucas, por sinal, as oportunidades em que Babeuf se valeu de Morelly, cuja influência se estendeu, inclusive, a Fourier (KELSEN, 2001, p. 159-160).

Perdendo a sua força, a axiomática do direito natural “caiu em descrédito, afirma Weber, “em consequência da decomposição e relativização de todos os axiomas metajurídicos, em parte pelo próprio racionalismo, em parte pelo ceticismo do intelectualismo moderno em geral”. Toma o seu lugar, “de maneira irrefreável”, o positivismo jurídico. O direito se desfaz, assim, da “dignidade supra-empírica” de outrora: fica “patente” que ele é, o mais das vezes, o “produto e o meio técnico de um compromisso de interesses”. Os juristas deixam de ter “fé” no direito natural e se colocam ao lado da “ordem” – ou seja, “ao lado dos poderes políticos dominantes, ‘legítimos’ e autoritários”. De modo geral, o ocaso metajurídico do direito fomenta, sob o ponto de vista do sociólogo alemão, “a submissão efetiva à autoridade, avaliada agora somente sob aspectos utilitários” – sobretudo no círculo dos “práticos do direito”, majoritariamente conservadores (WEBER, 2009, p. 140-141).

Franz Neumann traça um retrato do universo jurídico alemão da virada do século XIX para o XX justamente a partir da análise do perfil dos juizes de então:

O juiz desse período exibia todas as características de sua classe de origem: ressentimento contra o trabalhador manual (especialmente quando era sindicalizado e bem pago), reverência para com o trono e o clero, e, ao mesmo tempo, uma completa indiferença pelo capitalismo financeiro e pelo capitalismo monopolizador. Representavam eles a aliança entre a coroa, o exército, a burocracia, os latifundiários e a burguesia. Seus interesses e os que partiam da constelação da camada superior eram os mesmos, e, uma vez que as leis correspondiam a tais interesses, não havia razões para aplicá-las de outra forma que não a literal. Lugar para qualquer espécie de direito natural era algo que também não existia. A burguesia alemã estava satisfeita com suas relações com o Estado. Os juizes e juristas já não precisavam apelar para um sistema de direito natural para lutar contra um sistema de direito positivo que lhes era hostil, e assim foi que desapareceram o direito natural e a Filosofia do Direito²³³ (1969, p. 55).

Com raízes no jusnaturalismo, metafisicamente fundado na razão, o liberalismo, sustenta Leibholz, não possui uma concepção própria de Estado. Apesar disso, ele nasce “em meio a certas relações com a política” e em um ambiente de “valores absolutos”. O liberalismo toma por justo o quadro político metafísico do mundo em que surge: “assim, por exemplo, não por acaso se fala sempre de democracia liberal, mas não de um sistema político do próprio liberalismo, que na realidade não pode existir por si mesmo”. Essa democracia liberal tem por

²³³ Marx também não tinha os juizes em alta conta. Basta conferir a sua análise a respeito do desenvolvimento da Comuna de Paris, de pé entre março e abril de 1871: “Diante da fuga dos juizes do *Tribunal civil do Sena* – que, como outros magistrados, estão sempre prontos a servir sob qualquer tipo de governo –, a Comuna nomeou um advogado para a execução das tarefas mais urgentes até a reorganização dos tribunais com base no sufrágio universal (26 de abril)” (MARX, 2011, p. 118).

fundamentos a liberdade e a igualdade – sem as quais não pode subsistir (LEIBHOLZ, 2007, p. 92, 93 e 106).

Para Leibholz, “[...] originariamente, o liberalismo não foi um racionalismo sem fé”. A exemplo dos movimentos espirituais que o precederam – “o renascimento e a reforma, o iluminismo e o direito natural” –, ele foi, continua o teórico alemão, “portador de uma fé apaixonada, mesmo religiosa, por sua grande missão”²³⁴. Se, porém, o liberalismo mostrou-se “politicamente funcional”, isso só ocorreu pois ele renunciou às radicais consequências de suas próprias teses e à substância, ao conteúdo, de seus compromissos (LEIBHOLZ, 1996, p. 41). Ao tratar dos desafios do escritor oriundo da burguesia, Sartre nota que

a classe dirigente perdeu a confiança em sua ideologia. Ela se colocou em posição de defesa; tenta, até certo ponto, retratar a difusão das novas ideias, mas não pode evitar imbuir-se delas. Compreendeu que seus princípios religiosos e políticos eram os melhores instrumentos para consolidar seu poder, mas justamente porque vê aí apenas instrumentos, deixou de crer inteiramente neles; a verdade *pragmática* substituiu a verdade revelada [...] Essa elite desnorteada se volta para o verdadeiro escritor e lhe pede o impossível: que não a poupe de sua severidade, se faz questão, mas que insuffle ao menos um pouco de liberdade numa ideologia que se estiola²³⁵ (2015, p. 83).

²³⁴ “Difatti, in verità, originariamente il liberalismo non è stato un razionalismo senza fede. Anzi, in origine, il liberalismo, così come i movimenti spirituali che ne sono i precursori – il rinascimento e la riforma, l’illuminismo e il diritto naturale – fu portato da una fede appassionata, addirittura religiosa, per la sua grande missione”. A propósito, lembra Waldron que, para Locke, “parecia importante que os legisladores acreditassem no direito natural, que deversem considerá-lo seriamente e empreender sua tarefa imbuídos de uma percepção de que há limites para o que podem fazer. Deve ser parte implícita da tarefa do legislador tentar, tão conscienciosamente quanto possível, compreender quais são esses limites e se as suas propostas legislativas vão contra eles. Também parecia importante a Locke que os cidadãos imbuíssem sua deferência para com a autoridade da legislatura de um sentido exatamente similar. Eles deveriam agir e responder aos ditames da legislatura com uma consciência de que não é exigido deles (os cidadãos) que façam *qualquer coisa* que ela diz, mas que têm o direito de desobedecer ou, *in extremis*, rebelar-se quando ela ultrapassa os seus limites. E, portanto, os cidadãos devem tentar, da sua parte, com tanto afínco quanto *eles* conseguirem, compreender quais são esses limites jusnaturalistas e se os estatutos que lhes apresentam vão contra esses limites. Mais ainda, Locke quer encorajar uma cultura política na qual todos os participantes acompanhem essas convicções com uma percepção insistente de que – por mais difícil e controvertido que tudo isso seja –, *ainda assim*, os temas em questão são objetivos e de que eles podem compreender errado e, se o fizerem, serão responsáveis perante Deus pelo seu erro e por qualquer confusão resultante” (WALDRON, 2003, p. 101).

²³⁵ Com os olhos voltados para as primeiras décadas do século XX, o escritor austríaco Stefan Zweig, de uma família de industriais, também fala do esfacelamento de seu mundo: “Em seu idealismo liberal, o século XIX estava sinceramente convencido de que trilhava o caminho mais reto e infalível rumo ao ‘melhor dos mundos’. Olhava-se com desdém para as épocas progressas, com suas guerras, fomes e revoltas, como um tempo em que a humanidade ainda estava na menoridade e era insuficientemente esclarecida. Agora, porém, seria apenas uma questão de poucas décadas até superar os últimos resquícios do mal e da violência, e essa fé no ‘progresso’ ininterrupto e irrefreável tinha, para aquela época, a força de uma verdadeira religião [...] Acreditava-se tão pouco em retrocessos bárbaros, como guerras entre os povos da Europa, quanto em bruxas ou fantasmas. Nossos pais estavam obstinadamente imbuídos da confiança na infalível força aglutinadora da tolerância e da conciliação [...] Hoje, depois que ele foi destruído há muito pela grande intempérie, sabemos que aquele mundo de segurança não passava de um castelo de sonhos” (2014, p. 21-23). Ghisalberti lembra que as quatro ou cinco décadas anteriores à irrupção da Primeira Guerra Mundial ficaram conhecidas como a “bela época” da Europa (1999, p. 124).

Hobsbawm crê que o colapso dos valores liberais e de suas instituições se torna patente no início do século XX:

Esses valores eram a desconfiança da ditadura e do governo absoluto; o compromisso com um governo constitucional com ou sob governos e assembleias representativas livremente eleitos, que garantissem o domínio da lei; e um conjunto aceito de direitos e liberdades dos cidadãos, incluindo a liberdade de expressão, publicação e reunião. O Estado e a sociedade deviam ser informados pelos valores da razão, do debate público, da educação, da ciência e da capacidade de melhoria (embora não necessariamente de perfeição) da condição humana²³⁶ (2005, p. 113-114).

Para Horkheimer, o início do século XX marca o grande ocaso da razão – que, tida por obsoleta, deixou de “determinar os princípios que guiam a nossa vida” e passou a ser tomada por metafísica, especulação ou superstição. No fim das contas, a razão se tornou um instrumento e “se liquidou a si mesma como agente de compreensão ética, moral e religiosa”. Subjetivada, imersa em uma crise, a razão se formalizou e se tornou incapaz de conceber a realidade sob a luz de uma objetividade absoluta (HORKHEIMER, 2002, p. 13, 23 e 26).

Assim, argui Horkheimer, “justiça, igualdade, felicidade, tolerância, todos os conceitos que [...] foram nos séculos precedentes julgados inerentes ou sancionados pela razão perderam as suas raízes intelectuais”. Esses conceitos podem ainda estar estampados nas constituições, mas já não contam com a “confirmação da razão em seu sentido moderno”: é cientificamente inverificável²³⁷ e inútil propugnar que a justiça e a liberdade são melhores do que a injustiça e a opressão – “do mesmo modo que o seria a afirmação de que o vermelho é

²³⁶ Mussolini toma o liberalismo econômico e político por uma religião que, sobrevalorizada pela história, floresceu por não mais do que quinze anos – entre 1830 e 1848. Prova de que a teoria dos liberais não tivera tanta importância seria, segundo o *Duce*, a Alemanha de Otto von Bismarck. Formado por um povo de “alta civilidade” e de “alma essencialmente monárquica”, tal país promoveu sua unidade nacional fora do liberalismo e contra o liberalismo, a “antecâmara histórica e lógica da anarquia”. Foi modesta, ainda, segundo Mussolini, a participação dos liberais na unificação italiana. A decadência do liberalismo, defende o líder fascista, tornou-se evidente com a queda da República de Roma, a publicação do *Manifesto Comunista* e com o “iliberal” golpe de Estado de Napoleão III. Preso a uma miríade de nós górdios, o “século liberal” terminou em uma hecatombe: a Primeira Guerra Mundial. As “portas dos templos do liberalismo” estavam, então, prestes a ser fechadas, “porque os povos perceberam que o seu agnosticismo na economia, a sua indiferença na política e na moral certamente conduziria, como conduziu, à ruína dos Estados”. Não por acaso, argui Mussolini, todas as experiências políticas contemporâneas eram antiliberais. O liberalismo, aliás, não constituía a “última e insuperável palavra da civilização” (MUSSOLINI, 1979, p. 269-270).

²³⁷ O diálogo entre Eugênio Bazárov e Páviel Pietróvitch em *Pais e Filhos*, romance de Ivan Turguêniev, pode, com certa licença literária, ilustrar essa espécie de *cientificismo*:

“– Um bom químico é vinte vês mais útil que qualquer poeta – insinuou Bazárov.

– Ótimo – disse Páviel Pietróvitch, parecendo adormecer e levantando levemente as sobrancelhas. – O senhor então não reconhece o valor da arte?

– A arte de ganhar dinheiro ou de curar hemorróidas? – perguntou Bazárov com um sorriso irônico” (1971, p. 36).

mais belo do que o azul, ou de que um ovo é melhor do que o leite” (HORKHEIMER, 2002, p. 28-29).

No início do século XX, assevera Horkheimer, a civilização vivia dos restos das ideias racional-objetivas, que, “[...] esvaziadas de seu conteúdo objetivo, de sua relação com uma verdade presumivelmente objetiva [...]”, evaporavam:

Esse desterro da razão a uma posição subordinada contrasta agudamente com as idéias dos pioneiros da civilização burguesa, os representantes espirituais e políticos da classe média ascendente, que foram unânimes em assinalar o papel de destaque da razão no comportamento humano, talvez mesmo o papel predominante. Eles definiram uma legislatura sábia como aquela cujas leis estão de acordo com a razão²³⁸ (HORKHEIMER, 2002, p. 15 e 39).

Horkheimer identifica duas espécies de razão. A primeira, a subjetiva, “relaciona-se essencialmente com meios e fins, com a adequação de procedimentos a propósitos mais ou menos tidos como certos e que se presumem auto-explicativos” e “concede pouca importância à indagação de se os propósitos como tais são racionais”, desconhecendo a existência de objetivos racionais por si mesmos (HORKHEIMER, 2002, p. 09-10).

Já a razão objetiva não se atém à regulação entre meios e fins, mas se propõe a compreender e a determinar tais fins: ela “se reconhece na natureza das coisas”. As atitudes humanas serão tidas por corretas se seguirem “certas ideias inatas ou intuições evidentes por si mesmas” (HORKHEIMER, 2002, p. 16, 20 e 21)²³⁹.

A relação entre as razões subjetiva e objetiva não é de simples oposição. Elas sempre estiveram juntas, mas, ao longo da história, a primeira ganhou corpo em face da segunda. A

²³⁸ Marcuse fala do “descrédito da Razão na filosofia positiva”, cujo caráter conservador e avesso ao ideal racionalista típico do Iluminismo “implicava na pronta aceitação dos poderes estabelecidos”. Com isso, sentencia o filósofo alemão, “a razão é suplantada pela submissão” (MARCUSE, 1978, p. 330 e 336).

²³⁹ “Os grandes sistemas filosóficos, tais como os de Platão e Aristóteles, o escolasticismo, e o idealismo alemão, todos foram fundados sobre uma teoria objetiva da razão. Esses filósofos objetivavam desenvolver um sistema abrangente, ou uma hierarquia, de todos os seres, incluindo o homem e seus fins. O grau de racionalidade de uma vida humana podia ser determinado segundo a sua harmonização com essa totalidade. A sua estrutura objetiva, e não apenas o homem e seus propósitos, era o que determinava a avaliação dos pensamentos e das ações individuais. Esse conceito de razão jamais excluiu a razão subjetiva, mas simplesmente considerou-a como a expressão parcial e limitada de uma racionalidade universal, da qual se derivavam os critérios de medida de todos os seres e coisas” (HORKHEIMER, 2002, p. 10). Horkheimer acrescenta que “os sistemas filosóficos de razão objetiva implicam a convicção de que se pode descobrir uma estrutura fundamental ou totalmente abrangente do ser e de que disso se pode derivar uma concepção do destino humano [...] Opõem-se a qualquer epistemologia que reduza a base objetiva do nosso entendimento a um caos de dados não-coordenados e identifique nosso trabalho científico como a mera organização, classificação ou computação de tais dados” (2002, p. 17).

razão objetiva, afirma Max Horkheimer, predominou até o século XVII. Desde então, em um longo processo histórico, tem perdido espaço (HORKHEIMER, 2002, p. 12 e 19)²⁴⁰.

Se, pondera o pensador alemão, a razão subjetiva é verdadeira, o pensamento não pode ajudar a determinar se qualquer objetivo é, em si mesmo, desejável: todas as decisões seriam, assim, uma simples escolha – meras preferências (HORKHEIMER, 2002, p. 13).

O direito não se mostra alheio aos avanços dessa razão a que Horkheimer chama subjetiva. Transmutado, mergulhado na história, ele não poderia ser o mesmo de outrora: a tradição racionalista-metafísica perdia espaço para o empirismo que o positivismo jurídico bradava (NEGRI, 1962, p. 163). O próprio conceito de Estado de direito passa a ser avaliado e desenvolvido sob as luzes do subjetivismo. A forma ganha contornos de conteúdo. Na ciência, a experiência também se afasta do absoluto. De um modo geral, o quadro cultural e filosófico do início do século XX não é outro. Isso não quer dizer que já não havia conteúdo ou que a razão classificada por Horkheimer como objetiva tenha desaparecido. Tampouco significa que as referências ao absoluto deixaram de existir. Trata-se, antes, de um forte movimento na direção de um modo de pensar mais formal.

Antonio Negri nota que, no direito, o formalismo desempenhou um papel importantíssimo: o pensamento jurídico levou-o

[...] a um paradoxal limite de exemplaridade. Precisamente, talvez, por aquela posição especial que nas épocas de crise é reservada ao direito: de ser, pela síntese singular que representa, de abstrato e de concreto, de racionalidade e de historicidade, a pedra do escândalo, o limite de uma crise que não pode ser só especulativa mas é plenamente humana²⁴¹ (1962, p. 02).

É nesse contexto acentuadamente formalista que a legalidade se aproxima, cada vez mais, da legitimidade²⁴². O cumprimento de seus procedimentos de elaboração é suficiente para justificar as regras – independentemente de seu conteúdo²⁴³. A lei é tida, então, no Estado de

²⁴⁰ Heller anota que “na desordem espiritual do pós-guerra [da Primeira Guerra Mundial], todo movimento de oposição ao positivismo e ao naturalismo foi tachado de idealismo” (1987, p. 80).

²⁴¹ [...] ad un paradossale limite di esemplarità. Proprio, forse, per quella speciale posizione che nelle età di crisi è riservata al diritto: di essere per la singolare sintesi che presenta, di astratto e di concreto, di razionalità e di storicità, la pietra dello scandalo, il limite di una crisi che non può essere solo speculativa ma è pienamente umana”.

²⁴² Com a separação conceitual entre lei material e lei formal, o processo legislativo se torna, sob o Estado legiferante, a própria legitimidade: “A adequação das estruturas do Estado legislador-parlamentar às condições dessa época e às representações dominantes dessas condições é tal que a legalidade – que supõe ela mesma o paradigma da lei como norma geral – tornou-se aparentemente, segundo a análise de Max Weber, o tipo predominante da legitimidade política” (KERVÉGAN, 2006, p. 41).

²⁴³ Kervégan afirma que, para Schmitt, “a ‘legalidade’ tem, precisamente, o sentido e a tarefa de denegar e de tornar supérflua a legitimidade (aquela do monarca ou a vontade popular plebiscitária), bem como toda forma de autoridade superior [...]. A legalidade tem, justamente, um significado oposto ao da legitimidade” (KERVÉGAN,

direito legiferante, como a “etiqueta” de uma “palavra vazia” e “puramente formal”²⁴⁴ (SCHMITT, 2007, p. 21). Configura-se, assim, uma função legislativa desprovida de um significado (HELLER, 1987, p. 64). Esse esvaziamento de conteúdo derivado de um “positivismo devastador”, sustenta Heller, tolhe qualquer ponto de referimento não só ao Estado, mas a toda a cultura (1987, p. 57 e 77). Segundo Neumann, com o completo repúdio do direito natural entre a segunda metade do século XIX e o princípio do século XX, o positivismo sagra-se então vitorioso e abraça, sem críticas, um “relativismo excessivo” (1969, p. 55-56).

Ao propalarem, ainda no início do século XIX, que era preciso viver sob o império da lei, os liberais aludiam, defende Heller, ao domínio da razão ética e da justiça. Seu Estado de direito baseava-se, então, sobre um “conteúdo ideal de justiça” (1987, p. 54) – um conceito, tudo indica, mais afinado à razão objetiva do que à razão subjetiva. José Gomes Canotilho afirma que o Estado de direito burguês constituía, então, um Estado de direito material – “ou seja, um Estado que realiza e efetiva os princípios racionais (como eles eram formulados na tradição da doutrina jusracionalista), na comunidade dos homens e para esta mesma comunidade” e que “associava a lei à ideia de justiça material” (1993, p. 353).

O quadro se altera, porém, segundo Heller, a partir da segunda metade do século XIX, quando a burguesia abandona tal ideal: “a concepção dominante se torna positivista e a ideologia do Estado de direito e do domínio da lei se tornam formalistas”. Dali em diante, constituiria um Estado de direito qualquer Estado em que a atividade dos governantes estaria, de alguma forma, limitada pela lei (HELLER, 1987, p. 54):

Esse formalismo jurídico liberal se afirmou com Gerber, Laband, Jellinek para além da Alemanha, sobretudo na França e na Itália. Isso se realizou sobretudo com a contribuição de Kelsen, para o qual todo Estado é um Estado de direito, porque o direito, independentemente do valor e da realidade, dá forma a qualquer conteúdo (HELLER, 1987, p. 55).

2006, p. 41). O problema gira, portanto, em torno do lócus da legitimidade, que é extrajurídico. A legalidade, contudo, pretende, como que a substituí-la e a domesticá-la, encerrá-la dentro de seus próprios domínios: “‘Está previsto na lei e é conforme a lei’ – eis o que exige o princípio da legalidade enquanto norma jurídica; como norma ideológica, ele acrescenta que, pois que assim é, a justiça fica feita” (AUER, 1997, p. 137).

²⁴⁴ A lei acaba, assim, por se desmaterializar e se identificar com a técnica – que, é claro, pode servir a qualquer um: “A crença na técnica, hoje espalhada, baseia sua evidência apenas no fato de que se poderia crer ter encontrado na técnica o solo absoluta e definitivamente neutro. Pois aparentemente não existe nada de mais neutro do que a técnica. Ela serve a qualquer um assim como a rádio, que pode ser usado para notícias de todos os tipos e de qualquer conteúdo, ou assim como o correio, que promove suas remessas sem levar em conta o conteúdo, e da técnica do sistema de correios não se deixa extrair nenhum critério para a valorização e a avaliação das remessas promovidas. Em comparação com as questões teológicas, metafísicas, morais e mesmo econômicas, sobre as quais se pode lutar eternamente, os problemas puramente técnicos possuem algo de agradavelmente objetivo; eles conhecem soluções que parecem evidentes, e se pode compreender que a gente procure salvar-se da problemática inextricável de todas as outras esferas na tecnicidade” (SCHMITT, 1992, p. 115).

Tal tendência geral à formalização, sustenta Novais, seria utilizada como “álibi jurídico ao autoritarismo”. Olvidados os elementos materiais do Estado de direito, pouco importaria o que o Estado poderia querer. Bastaria que seu desejo se realizasse na via do direito (NOVAIS, 2013, p. 112).

4.3 O ESTATUTO ALBERTINO

Editado em 4 de março de 1848 pelo rei Carlo Alberto di Savoia, o Estatuto Albertino foi a lei fundamental da Sardenha. De 17 de março de 1861, data da unificação da Itália, a 1º de janeiro de 1948, dia em que entrou em vigor a atual Constituição italiana, ele foi a carta fundamental da Itália.

O Estatuto Albertino surgiu em um momento em que a Europa contava tanto com monarquias fortes e centralizadoras quanto com regimes parlamentares. Vários foram, naquele ano de revoltas pelo continente, os Estados da península italiana em que os soberanos instituíram novas leis fundamentais para os seus territórios. Os liberais viram em todos aqueles estatutos um passo rumo à consolidação de sua doutrina (GHISALBERTI, 1999, p. 37-48).

A Itália não havia vivido, no fim do século XVIII, revoluções como as ocorridas na França ou nos Estados Unidos da América. A “revolução liberal” italiana não tem um marco pontual: complexa, ela se desenrolou por décadas. A recepção dos princípios revolucionários do liberalismo se deu, entre os italianos, de modo gradual e parcial, inclusive mediante a costura de acordos entre as casas reais e a burguesia, todas apreensivas com a possibilidade de uma revolução social (ZAGREBELSKY, [20--], p. 01 e 03).

Ainda que o Estatuto Albertino tenha sido editado por um rei – uma carta constitucional unilateralmente concedida que não alterou os fundamentos do regime político (ZAGREBELSKY, [20--], p. 02) –, os liberais nele viam a limitação dos poderes de uma monarquia até então absoluta e um passo decisivo rumo à consolidação de sua doutrina²⁴⁵ (GHISALBERTI, 1999, p. 47). Era uma solução pragmática – ou era isso ou era a revolução –

²⁴⁵ O Estatuto Albertino foi uma carta outorgada – aquela que, segundo Paulo Bonavides, “representa na tela do constitucionalismo um largo esboço de limitação da autoridade do governante. O rei, príncipe ou Chefe de Estado enfeixa em suas mãos poderes absolutos, mas consente unilateralmente em desfazer-se de uma parcela de suas prerrogativas ilimitadas, em proveito do povo, que entra assim no gozo de direitos e garantias, tanto jurídicas como políticas, aparentemente por obra apenas e graça da munificência real. Do ponto de vista jurídico, a Constituição outorgada é ato unilateral de uma vontade política soberana – a do outorgante, mas do ponto de vista político, representa quase sempre uma inelutável concessão feita por aquela vontade ao poder popular ascendente, sendo pois o produto de duas forças antagônicas que se medem em termos políticos de conservação ou tomada do poder” (BONAVIDES, 1999, p. 71).

em um período marcado pela decadência do poder da aristocracia (GHISALBERTI, 1999, p. 37-48). O Estatuto Albertino constituiu o “pacto defensivo” estabelecido entre a burguesia moderada e as forças aristocráticas – uma operação “de centro” (ZAGREBELSKY, [20--] p. 03).

Na prática, os soberanos italianos tiveram de lidar, logo depois de 1848, com um processo de “parlamentarização” em seus domínios. Com o tempo, os monarcas haveriam de se conformar com a máxima “o rei reina mas não governa” – algo que, definitivamente, não estava em seus planos (GHISALBERTI, 1999, p. 49).

A título ilustrativo, já nos anos 1850 se consolidara no Reino da Sardenha uma prática que condicionava a permanência de ministros no governo à aprovação da Câmara dos Deputados. Poucos anos depois o rei já não ousaria vetar as leis aprovadas no Parlamento. O Estatuto Albertino representou a superação das formas absolutistas e a instauração de uma monarquia constitucional ou de uma monarquia representativa (ZAGREBELSKY, [20--], p. 03, 05, 09 e 10). Esse protagonismo do Parlamento se acentuou durante o período em que o conde Cavour esteve à frente do Conselho de Ministros sardo (GHISALBERTI, 1999, p. 117).

De pronunciado caráter parlamentar – nele, a Câmara dos Deputados, exercitando o controle sobre o governo, tornou-se o “centro propulsor da vida política” (ZAGREBELSKY, [20--], p. 10) –, o Reino da Sardenha encabeçou o liberalismo e o constitucionalismo italianos, fundamentais na luta pela unificação do país. De fato, o Estatuto Albertino assumiu “um valor quase religioso de símbolo e de guia” para aqueles que aspiravam a um Estado liberal e nacional na Itália (GHISALBERTI, 1999, p. 49 e 113).

Não foi à toa, por certo, que o Estatuto Albertino foi alçado à condição de lei fundamental de toda a Itália.

O segundo dos artigos do Estatuto Albertino previa o exercício do poder legislativo pelo rei, pelo Senado e pela Câmara dos Deputados²⁴⁶. O Executivo, estabelecia o artigo seguinte, estaria sob a batuta real. Seu artigo 68, inscrito no capítulo intitulado “Da Ordem

²⁴⁶ Apenas a Câmara dos Deputados era “eletiva”. Os senadores eram indicados pelo rei (STATUTO ALBERTINO, 2011).

Judicial”²⁴⁷, dispunha que “a Justiça emana do Rei, e é administrada em seu Nome pelos juízes que Ele institui” (ITALIA, 1848)²⁴⁸.

O artigo 24 do Estatuto Albertino estipulava que todos os súditos eram iguais diante da lei e que “todos gozam dos direitos civis e políticos, e são admissíveis nos cargos civis, e militares, salvo as exceções determinadas nas Leis”²⁴⁹. A liberdade individual também era, dizia seu vigésimo sexto artigo, garantida. A imprensa era livre, mas, alertava seu artigo 28, a lei reprimiria os seus abusos. A inviolabilidade de toda espécie de propriedade também estava prevista em seu artigo 29. As reuniões pacíficas eram permitidas, ainda que a lei houvesse de regulá-las, estabelecia seu trigésimo segundo artigo (ITALIA, 1848).

A frequente remissão à lei para limitar os direitos “aparentemente reconhecidos a todos” é um traço marcante do Estatuto Albertino, que se distanciava, assim, do caráter absoluto dos direitos estampados na Declaração francesa de 1789 (ZAGREBELSKY, [20--], p. 04). O Estatuto de Carlo Alberto se inspira nas Cartas francesas de 1814 e 1830 e na belga de 1831. Não se tratava de uma cópia delas, mas de um produto do liberalismo moderado, um movimento histórico-político de dimensões europeias (ZAGREBELSKY, [20--], p. 04).

Os direitos de 1789 eram proclamados em abstrato, para toda a humanidade: as cartas liberais do século XIX eram, por outro lado, a proclamação dos direitos da burguesia vitoriosa. Temia-se que os direitos reconhecidos incondicionalmente a todos pudessem facilitar a subversão social e a instauração do regime democrático (a besta negra dos liberais moderados)²⁵⁰ (ZAGREBELSKY, [20--], p. 04).

Ao, em seu *18 Brumário de Luís Bonaparte*, analisar a Constituição francesa de 1848, Karl Marx nota que nela pululavam vazios jurídicos aptos a serem oportunamente preenchidos com limitações circunstanciais:

o inevitável estado-maior das liberdades de 1848, a liberdade pessoal, as liberdades de imprensa, de palavra, de associação, de reunião, de educação, de religião, etc., receberam um uniforme constitucional que as fez invulneráveis. Com efeito, cada uma dessas liberdades é proclamada como direito *absoluto* do cidadão francês, mas sempre acompanhada da restrição à margem, no sentido de que é ilimitada desde que não

²⁴⁷ O Estatuto Albertino não se refere, portanto, a um *poder* judiciário (GHISALBERTI, 1999, p. 47).

²⁴⁸ “68. La giustizia emana dal Re, ed è amministrata in suo nome dai Giudici che egli istituisce” (ITALIA, 1848, p. 40).

²⁴⁹ “Tutti i regnicoli, qualunque sia il loro titolo o grado, sono eguali dinanzi alla legge. Tutti godono egualmente i diritti civili e politici, e sono ammissibili alle cariche civili e militari, salve le eccezioni determinate dalle leggi”.

²⁵⁰ “I diritti dell’89 erano proclamati in astratto, per tutta l’umanità: le carte liberali dell’Ottocento erano invece la proclamazione dei diritti della vincente borghesia. Si temeva che i diritti riconosciuti incondizionatamente a tutti potessero agevolare la sovversione sociale e l’instaurazione del regime democratico (la bestia nera dei liberali moderati)”.

esteja limitada pelos “direitos iguais dos outros e pela segurança pública” ou por leis destinadas a restabelecer precisamente essa harmonia das liberdades individuais entre si e com a segurança pública (MARX, 1977, p. 30).

Após dispor que “os cidadãos têm o direito de se associar, de reunir-se de modo pacífico e sem armas, de peticionar e expressar as suas opiniões por intermédio da imprensa ou como quer que seja”, a Constituição francesa de 1848 determinava, ressalta Marx, que “o gozo desses direitos não sofrerá nenhuma restrição, a não ser pelos mesmos direitos de outros e pela segurança pública” (1977, p. 30).

Assim, afirma o autor de *O Capital*,

[...] cada parágrafo da Constituição encerra sua própria antítese, sua própria Câmara Alta e Câmara Baixa, isto é, liberdade na frase geral, ab-rogação de liberdade na nota à margem. Assim, desde que o *nome* da liberdade seja respeitado e impedida apenas a sua realização efetiva – de acordo com a lei, naturalmente – a existência constitucional da liberdade permanece intacta, inviolada, por mais mortais que sejam os golpes assestados contra sua existência na *vida real* (MARX, 1977, p. 31).

A Constituição francesa de 1848 também fazia referência a futuras regulamentações legais. Marx cita exemplos disso: “o ensino é livre”, mas “a liberdade de ensinar deve ser *gozada* nas condições fixadas em lei e sob a supervisão do Estado” e “a residência de cada cidadão é inviolável *exceto* nas formas prescritas pela lei” (1977, p. 31).

Segundo Marx,

a Constituição constantemente remete a leis *orgânicas* futuras que devem detalhar aquelas notas marginais e regular o gozo dessas liberdades irrestritas de tal maneira que não entrem em choque umas com as outras nem com a segurança pública. Mais tarde, essas leis orgânicas foram implementadas pelos amigos da ordem e todas aquelas liberdades foram regulamentadas de tal modo que a burguesia, ao gozar delas, não ficasse chocada ao ver as demais classes gozarem dos mesmos direitos. Quando ela proibiu “aos outros” essas liberdades ou lhes permitiu gozá-las sob condições que implicavam outras tantas armadilhas policiais, isso sempre ocorreu apenas no interesse da “*segurança pública*”, isto é, da segurança da burguesia, como prescreve a Constituição. Em consequência, ambos os lados se reportam, posteriormente e com toda razão, à Constituição, tanto os amigos da ordem que suprimiram todas aquelas liberdades quanto os democratas que exigiram o seu cumprimento (1977, p. 31).

Fica fácil perceber que a Constituição francesa de 1848 possibilitaria, ao sabor da conveniência e das circunstâncias, interpretações diversas para um mesmo dispositivo²⁵¹.

²⁵¹ Valendo-se de artifícios que tais, mesmo os “Estados ‘liberais’” puderam negar as liberdades de reunião, de associação e de greve todas as vezes em que “interesses predominantes, identificados com os estatais” supostamente estivessem em jogo (ZAGREBELSKY, [20--], p. 17).

Breve, pouco detalhado, repleto de lacunas, mais preocupado em se contrapor ao Absolutismo do que em regular o que estava por vir, o Estatuto Albertino também deu margens a interpretações variadas sobre suas disposições. Seu caráter genérico e aberto possibilitou sua releitura e sua adaptação às mais diversas circunstâncias, permitindo-lhe sobreviver às investidas e às pressões dos grupos políticos interessados em sua substituição – fossem eles reacionários, democratas ou republicanos (GHISALBERTI, 1999, p. 47, 119, 120 e 126). O Estatuto Albertino foi a única das leis fundamentais editadas durante a “Primavera dos Povos” a não sucumbir, pouco depois dela, à onda restauradora que, de norte a sul, varreu toda a península italiana – o que fez dele a referência entre vários setores patriotas da Itália (STATUTO ALBERTINO, 2011).

Característica das leis fundamentais editadas no século XIX²⁵², a flexibilidade constitui outra das principais marcas do Estatuto Albertino: o procedimento para a sua alteração era o mesmo reservado à aprovação de leis ordinárias, cuja criação ou mudança não dependia, por exemplo, de maiorias parlamentares absolutas. Qualquer lei poderia, portanto, contradizê-lo e modificá-lo. Nele não se previa, ademais, qualquer limitação de ordem material a eventuais reformas de seu texto. A rigidez não interessava nem aos liberais moderados e nem ao monarca:

Uma Constituição rígida teria impedido a possibilidade de limitar os direitos fundamentais, privando, assim, as forças dominantes de um extraordinário instrumento de controle da ordem pública. A lei podia, portanto, comprimir as liberdades, podia, de fato, suspender o Estatuto em situações de emergência. Isso aconteceu nos numerosos casos de “estado de sítio” proclamados em ocasiões de desordens sociais, quando o poder passou para as mãos das autoridades militares²⁵³ (ZAGREBELSKY, [20--], p. 12).

Não foi difícil para os fascistas trabalhar, portanto, juridicamente, dentro dos marcos do Estatuto Albertino²⁵⁴.

²⁵² Bonavides lembra que, segundo a prestigiada classificação de Lord Bryce, as constituições são rígidas ou flexíveis. “Rígidas [são] as que não podem ser modificadas da mesma maneira que as leis ordinárias. Demandam um processo de reforma mais complicado e solene [...] Variável, porém, é o grau de rigidez apresentado. Certos autores chegam até a falar em Constituições rígidas e semi-rígidas. Constituições flexíveis são aquelas que não exigem nenhum requisito especial de reforma. Podem, por conseguinte, ser emendadas ou revistas pelo mesmo processo que se emprega para fazer ou revogar a lei ordinária” (BONAVIDES, 1999, p. 65-66). Apenas no século XX a rigidez das constituições tornar-se-ia regra (ZAGREBELSKY, [20--], p. 12). E é claro: o Estatuto Albertino também não contava com cláusulas pétreas ou imutáveis.

²⁵³ “Una Costituzione rigida avrebbe impedito la possibilità di limitare i diritti fondamentali, privando così le forze dominanti di uno straordinario strumento di controllo dell’ordine pubblico. La legge poteva quindi comprimere le libertà, poteva addirittura sospendere lo Statuto in situazioni di emergenza. Ciò avvenne nei numerosi casi di “stato d’assedio” proclamati in occasione di disordini sociali, quando il potere passò nelle mani delle autorità militari”.

²⁵⁴ A resiliência do Estatuto Albertino era levada tão a sério que a maior parte dos juristas sequer admitiu discutir sua substituição em momentos delicadíssimos da história política italiana. Para a grande maioria dos publicistas,

Antes deles, contudo, diante da forte pressão popular por espaço no parlamento, as próprias classes dirigentes liberais demonstravam, na virada do século XIX para o XX, sua disposição em “contradizer a si mesmas” e a patrocinar uma regressão autoritária, ainda que, no fim das contas, isso representasse seu enfraquecimento político. No fim do século XIX, o “Estado parlamentar” já se transformara em um regime dominado pelo governo, que, dando de ombros para a imparcialidade, “usava a administração para favorecer os amigos e golpear os inimigos”²⁵⁵ (ZAGREBELSKY, [20--], p. 15-16).

Para Gustavo Zagrebelsky, os fascistas puderam se declarar, assim, “os herdeiros e aperfeiçoadores dessa época”²⁵⁶ – aqueles que deram continuidade a uma clara tendência da história italiana. “Os germes do fascismo estão, de fato, na degeneração do Estado ‘liberal’ unitário: o próprio fascismo pode ser definido como sistematização coerente de tal degeneração”²⁵⁷. E arremata o jurista italiano: “prevalência do executivo, absolutização do Estado como organismo onicompreensivo, limitação dos direitos: são três elementos de capital importância que confluíram na construção do Estado fascista”²⁵⁸ (ZAGREBELSKY, [20--], p. 17).

O regime de Mussolini nunca renegou o Estatuto Albertino. Muito pelo contrário: ele se valeu de sua flexibilidade para se estruturar e para se legitimar (GHISALBERTI, 1999, p. 128).

4.4 OS FASCISTAS GOSTAM DA LEI: AS REFORMAS DOS PRIMEIROS ANOS

Entre o fim de 1925 e o início de 1926, vieram à luz as *leis fascistíssimas* – dentre as quais a lei 2.263, que conferia a Mussolini o poder de obstruir qualquer iniciativa de lei proposta

aliás, a lei fundamental editada pelo rei Carlo Alberto não foi violada mesmo durante o regime fascista. Muitos, inclusive, pretendiam se valer do Estatuto Albertino para “constitucionalizar” o fascismo (GHISALBERTI, 1999, p. 127-128).

²⁵⁵ “Il ‘partito di Governo’ usava l’amministrazione per favorire gli amici e colpire i nemici, violando l’imparzialità degli uffici pubblici (è quel che oggi si chiama sottogoverno)”.

²⁵⁶ “I fascisti poterono a buon diritto affermare di essere gli eredi e i perfezionatori di quest’epoca, di essere i continuatori di una tendenza ben visibile della storia nazionale”.

²⁵⁷ “I germi del fascismo sono infatti nelle degenerazioni dello Stato “liberale” unitario: il fascismo stesso può essere definito come sistematizzazione coerente di tali degenerazioni”.

²⁵⁸ “Prevalenza dell’esecutivo, assolutizzazione dello Stato come organismo onnicomprensivo, affievolimento dei diritti: sono tre elementi di capitale importanza che confluiranno nella costruzione dello Stato fascista”.

por qualquer parlamentar²⁵⁹, e a lei 100, que dava ao Executivo o poder de, em situações extraordinárias, editar decretos com força de lei²⁶⁰.

Segundo Carlo Ghisalberti, tais normas dariam sustentação à escalada autoritária de Mussolini e adequariam a estrutura do ordenamento estatal às aspirações do Partido Nacional Fascista e de seu líder (1974, p. 357). Se tais leis promoveram alterações no ordenamento jurídico italiano, elas certamente não o puseram de ponta-cabeça.

Sem conseguir esconder certa simpatia pelo regime comandado por Mussolini, Leibholz sustenta que “o fascismo não renunciou à defesa dos direitos de liberdade”, mas, “ao contrário”, regulou o seu exercício tendo em vista o interesse público e os ditames da ética – tudo, argui o teórico alemão, dentro da “moldura legal” do Estatuto Albertino, que, “base jurídica a ordenamentos os mais diversos e opostos entre si”, nunca foi desrespeitado (LEIBHOLZ, 2007, p. 11, 12 e 33).

Sabino Cassese defende que, em grande medida, o governo fascista se vale, em sua atuação, de instituições pré-fascistas – que, adverte, possuem uma estrutura autoritária e um simples tempero liberal. Muito do corpo normativo da Itália unificada permanece, então, em vigor. Tal legislação não é substituída, mas integrada e, quando necessário, levemente modificada: “ao apresentar à Câmara dos Deputados e ao Senado do reino, entre 1925 e 1928, as leis de defesa do Estado, Alfredo Rocco pôde sempre mostrar a sua ligação com a legislação pré-fascista e ilustrar o elemento da continuidade estatutária”²⁶¹ (CASSESE, 2010, p. 14).

Apesar de ter propalado aos quatro cantos que seria antiliberal e totalitário, o regime fascista manteve as instituições do Estado liberal: o Estatuto Albertino, a Coroa, o Senado –

²⁵⁹ O *caput* do artigo 6º da lei 2263 dispunha que “nenhum projeto pode ser colocado na ordem do dia das duas Câmaras sem a adesão do Chefe de Governo” (“Art. 6. Nessun oggetto puo' essere messo all'ordine del giorno di una delle due Camere, senza l'adesione del Capo del Governo”) (ITÁLIA, 1925).

²⁶⁰ Seu terceiro artigo tinha a seguinte redação: “Com decreto real, mediante prévia deliberação do conselho de ministros, podem ser emanadas normas com força de lei: 1º quando o governo receba delegação para tanto por uma lei e dentro dos limites da delegação; 2º nos casos extraordinários, quando razões de urgente e absoluta necessidade o requeiram. O juízo sobre a necessidade e sobre a urgência não é sujeito a outro controle que não ao político do parlamento. Nos casos indicados no § 2º, o decreto real deve estar munido da cláusula de apresentação ao parlamento para a conversão em lei e ser, sob pena de decadência, apresentado para a sua conversão, a uma das duas câmaras, o mais tardar na terceira sessão após a sua publicação” (“Art. 3. Con decreto Reale, previa deliberazione del Consiglio dei Ministri, possono emanarsi norme aventi forza di legge: 1º quando il Governo sia a cio' delegato da una legge ed entro i limiti della delegazione; 2º nei casi straordinari, nei quali ragioni di urgente ed assoluta necessita' lo richiedano. Il giudizio sulla necessita' e sull'urgenza non e' soggetto ad altro controllo che a quello politico del Parlamento. Nei casi indicati nel numero 2º del precedente comma il decreto Reale deve essere munito della clausola della presentazione al Parlamento per la conversione in legge, ed essere, a pena di decadenza, presentato, agli effetti della conversione stessa, ad una delle due Camere, non oltre la terza seduta dopo la sua pubblicazione”) (ITALIA, 1926).

²⁶¹ “Nel presentare alla Camera dei deputati e al Senato del regno, nel 1925-1928, le leggi di difesa dello Stato, Alfredo Rocco poteva sempre mostrare il loro legame con la legislazione prefascista e illustrare l'elemento della continuità statutaria”.

tudo permaneceu de pé (CASSESE, 2010, p. 13-14). Daí ser difícil definir o Estado fascista, que fincou suas raízes na Itália liberal e que, segundo muitos, inclusive Arendt, não poderia ser tomado por totalitário, mas *apenas* por autoritário (CASSESE, 2010, p. 25).

A legislação fascista dos anos 1920 não substituiu as normas vigentes antes da Marcha sobre Roma: os fascistas as integraram e, quando necessário, modificaram-nas pontualmente. Seus elementos autoritários foram, aqui e acolá, realçados. A imprensa, por exemplo, deixou de ser *livre* e passou a ser simplesmente *reconhecida* (CASSESE, 2010, p. 14-15).

Cassese sustenta que, depois de se apossar do Estado liberal italiano, o fascismo nele promoveu mudanças estratégicas – tarefa que não foi das mais árduas: ainda que temperada por institutos e componentes liberais, a própria estrutura do Estado pré-fascista era autoritária (2010, p. 15 e 31). Mussolini e seus asseclas não atuaram sobre todo o ordenamento jurídico, mas unicamente sobre seus pontos “sensíveis”. Suas ações foram concentradas em algumas áreas – notadamente no âmbito das normas sobre a imprensa, o associativismo político e sindical, as eleições, a autonomia política local, a fidelidade do funcionalismo público e o poder do governo e de seu chefe (CASSESE, 2010, p. 16).

Leibholz afirma que o Estatuto Albertino não foi desrespeitado por ocasião da tomada do poder pelos fascistas. Tudo ocorreu, segundo ele, dentro dos parâmetros constitucionais: a nomeação de Mussolini, a formação do ministério e, ainda, os amplos poderes que a Câmara dos Deputados conferiu ao governo para reformar a administração e as finanças do país (2007, p. 09-10). Isso, porém, não depõe, sustenta Leibholz, contra o caráter “revolucionário”²⁶² do fascismo – ainda que, à diferença das Revoluções Francesa e Russa, não tenha ele derramado uma única gota de sangue para se impor (LEIBHOLZ, 2007, p. 11-12).

Se, assevera Carlo Avarna di Gualtieri, a Revolução bolchevique de 1917 introduziu “todo um novo regime jurídico” na Rússia, o ordenamento legal italiano não se transformou de modo significativo com a chegada de Mussolini ao poder: “em Roma, sentado o Fascismo nos lugares dos ministros depostos, excetuada a ostentação cafona dos uniformes e da decoração e

²⁶² Os primeiros anos do governo fascista assistiram, segundo Leibholz, a uma completa transformação da “vida do Estado”. Se tal mudança não foi acompanhada de alterações legislativas que a espelhassem, verificou-se, contudo, à época, uma integração, aos moldes da teoria de Rudolf Smend, entre norma e realidade. É por isso que, argui Leibholz, os manuais de Direito Constitucional fascista discorrem muito mais sobre os princípios histórico-espirituais do fascismo do que sobre aspectos técnico-legais (2007, p. 18). Para ele, a Constituição italiana escrita já não tinha, em 1928, nenhuma relevância: ela não passava de um símbolo “da posição do rei e da consolidação do fascismo” (LEIBHOLZ, 2007, p. 125). É possível que Mussolini pensasse em algo parecido ao, em discurso realizado no Senado em 1928, afirmar o seguinte: “O Estatuto [Albertino] não existe mais, não porque tenha sido renegado, mas porque a Itália de hoje é profundamente diversa da Itália de 1848” (DE FELICE, 2018, p. 47).

a fanfarronice retórica dos novos chefes políticos, nada mudou substancialmente”²⁶³ (DI GUALTIERI, 2017, p. 203).

E “nem poderia ser diferente”, pois a Marcha sobre Roma não foi impulsionada pelo proletariado, “o único que faz as revoluções”, pois só ele “pode desejar transformações radicais na estrutura social”. A maioria do povo aspirou à chegada dos fascistas ao poder para “repristinar a autoridade do Estado e a normalidade de suas funções”. Os italianos não desejavam uma revolução, mas uma restauração – que, “por um erro de cálculo”, acabou se dando por meio de uma insurreição (DI GUALTIERI, 2017, p. 203, 204, 208).

Carlo Avarna di Gualtieri afirma que o fascismo era, em suas origens, claramente revolucionário. Marcha sobre Roma realizada, seus primeiros entusiastas não se contentariam com um “simples golpe de Estado”: eles pretendiam “inserir a revolução no Estado”. Junto deles se encontravam, prontos a pôr fim ao regime parlamentar, os nacionalistas. No poder, porém, os fascistas ensaiaram, nos albores de seu governo, reformas constitucionais. No dia 09 de junho de 1923, Mussolini declarava na tribuna do Senado: “nenhum de nós quer abater ou destruir o Estatuto, que está plantado solidamente sobre vigas mestres. Mas os inquilinos deste edifício de ’48 até hoje mudaram; há outras exigências, outras necessidades, não há mais a Itália piemontesa de 1848”²⁶⁴. Segundo di Gualtieri, a linguagem oficial indicava que “as reformas não deveriam tocar em nenhum caso os princípios da Constituição”²⁶⁵ (DI GUALTIERI, 2017, p. 155, 156 e 163).

O assassinato de Giacomo Matteotti motivou, porém, a mudança desse quadro. Como, a partir dali, as oposições ganharam muita força – coisa inimaginável antes do homicídio –, os extremistas do Partido Nacional Fascista viram a oportunidade para exigir a implementação das promessas revolucionárias do fascismo (DI GUALTIERI, 2017, p. 166).

Na condição de presidente do Conselho de Ministros, Mussolini encarregou uma comissão de estudar e propor reformas no sistema legal italiano. Os seguintes temas haveriam

²⁶³ “A Roma, insediatosi il Fascismo al posto dei ministro decaduti, se si eccettua l’ostentazione cafona di uniformi e decorazioni e la rettorica parolaia dei nuovi *parvenus* giunti dalla provincia, nulla sostanzialmente mutò”.

²⁶⁴ “Nessuno, o signori, nessuno di noi vuole abbattere o distruggere lo Statuto, che è piantato solidamente su muri maestri. Ma gli inquilini di questo edificio dal ’48 a oggi son cambiati; vi sono altre esigenze, altri bisogni, non vi è più l’Italia piemontese del 1848”.

²⁶⁵ Carlo Avarna di Gualtieri defende que, no campo fascista, o Estatuto Albertino sempre foi tido por uma lei modificável – apta, portanto, a ser reformada. Mesmo grandes homens de governo como Cavour e Crispi, à frente da Itália antes do surgimento do fascismo, tinham a mesma opinião. Di Gualtieri crê discutível esse entendimento. O Estatuto realmente seria, argui, passível de mudanças – propalar o contrário seria negar o regime parlamentar –, mas seus princípios fundamentais não poderiam ser postos à prova: não seria possível, negando a sua “essência”, retroceder. Sua alteração só poderia ocorrer para, satisfazendo as exigências políticas trazidas pelo progresso da “Humanidade”, alargar a participação do povo na coisa pública (DI GUALTIERI, 2017, p. 190).

de ser por ela discutidos: a) a relação entre o Legislativo e o Executivo, que, recomendou, não deveria ser permeada por divisões facciosas aptas a promoverem incertezas e discontinuidades; b) o estabelecimento de uma disciplina jurídica específica para a imprensa, que, consciente de sua poderosa função de divulgação do pensamento, não poderia ter licença para atentar contra os interesses da nação ou contra a existência do Estado; c) a busca de soluções para evitar que os bancos, organizados e fortes, atuassem contra os proeminentes interesses da nação ou comprometessem a poupança privada; d) as seitas secretas – de olho, sobretudo, na maçonaria; e) os partidos internacionais e sua atuação contra o Estado nacional; f) os sindicatos, sob os mais diversos aspectos: de seu reconhecimento jurídico ao seu papel na estrutura do Estado e na própria economia (DI GUALTIERI, 2017, p. 168-169).

Debates acalorados ocorreram no âmbito do Grande Conselho do Fascismo após a morte de Matteotti. Mussolini tentou, com o intuito de preservar a unidade do Partido Nacional Fascista, apaziguar os ânimos. Uma nota seria publicada. Sua redação tratava da necessidade de “reafirmar a necessidade de continuar e de potencializar a revolução de outubro de 1922 [...] mediante a transformação dos institutos vigentes e a criação de novos para levar a revolução fascista à completa conquista do Estado [...]”²⁶⁶. De modo a aniquilar o “velho e débil organismo do Estado demo-liberal”, o Grande Conselho do Fascismo convidava “o Governo fascista a subitamente iniciar a obra das legislações revolucionárias, preparando as novas normas jurídicas” por meio das quais os institutos econômicos do fascismo, a exemplo das corporações sindicais e dos conselhos técnicos, que se tornariam as bases do Estado nacional unitário²⁶⁷ (DI GUALTIERI, 2017, p. 166-167).

Esse texto foi, porém, retocado. Suas expressões mais violentas não apareceriam na versão que seria veiculada na Ordem do Dia. Nela, o Grande Conselho do Fascismo anunciou que seu Diretório Nacional reafirmava a necessidade de, em meio ao “velho e exaurido organismo do Estado demo-liberal”, desenvolver a revolução de outubro de 1922” por meio da “inovação da legislação vigente” e da “constituição dos novos institutos” que, já sabiamente antevistos pelo Rei, seriam necessários para o “reforço da vida constitucional do Estado”. Realizar-se-iam, assim, “os escopos da revolução fascista”, com a “aceitação real do fascismo e de seu advento insurrecional”. Carlo Avarna di Gualtieri sustenta que a versão publicada

²⁶⁶ “Il Consiglio nazionale del fascismo, riaffermando la necessità di continuare e di potenziare la rivoluzione dell’ottobre 1922 [...] mediante la trasformazione dei vigenti istituti e la creazione di nuovi per portare la rivoluzione fascista alla completa conquista dello Stato [...]”.

²⁶⁷ “[...] invita il Governo fascista ad iniziare senz’altro l’opera della legislazione rivoluzionaria, con l’apprestamento delle nuove norme giuridiche [...]”.

confirmava, apesar das discussões internas, a “presunção de que os princípios do Estatuto não deveriam ser tocados” (DI GUALTIERI, 2017, p. 167-168).

4.4.1 A liberdade de imprensa

Em 10 de outubro de 1928, Mussolini declarou, em reunião dos “jornalistas do regime”, que a imprensa era um elemento do regime totalitário fascista: ela integrava, afinal, a sua unidade. Toda a imprensa italiana seria, segundo o *Duce*, fascista. Seus profissionais só publicariam o que fosse útil ao regime. “A imprensa mais livre do mundo é a italiana”, asseverou, então, o chefe do fascismo (CASSESE, 2010, p. 48). No fundo, não haveria, na Itália, quaisquer atentados à liberdade de imprensa: existiriam, antes, normas contra o seu suposto abuso (LEIBHOLZ, 2007, p. 33).

O Estatuto Albertino dispunha, em seu artigo 28, que a imprensa era livre, mas uma lei reprimiria seus abusos. Seu artigo 83 reservava ao rei a prerrogativa de regulamentar o tema. Um édito de 5 de abril de 1848 regularia a norma constitucional: ele declarava livre a manifestação de pensamento por meio da imprensa e, dentre outras providências de caráter administrativo²⁶⁸, previa que qualquer cidadão maior de idade e em gozo de seus exercícios políticos poderia publicar um jornal ou um escrito periódico – desde que indicasse um gerente que por ele se responsabilizasse. Publicações que dessem lugar a muitos “abusos”, dispunha o édito, poderiam ser sequestradas pelo Ministério Público. A partir de 1906, com a edição de uma nova lei a respeito da matéria, tais apreensões haveriam de ser autorizadas pelo Poder Judiciário (CASSESE, 2010, p. 48).

Tais disposições permaneceram em vigor tanto ao longo daquilo que Cassese chama de período liberal quanto sob a batuta do fascismo. Mas, segundo o jurista italiano, mesmo os governos pré-fascistas não fizeram bom uso delas: a liberdade de imprensa foi temporariamente suspensa em 1859, 1866, 1894 e 1898 (CASSESE, 2010, p. 49).

Os fascistas promoveram algumas modificações no édito de 1848. A partir de 1923, determinou o decreto-lei real 3.288, o gerente da publicação deveria ser, obrigatoriamente, o diretor ou um de seus principais redatores. Ele deveria, ainda, “obter o reconhecimento do prefeito” para o exercício de sua função. Os prefeitos teriam, dali em diante, o poder de lançar moções de desconfiança sobre os gerentes das publicações. Duas delas levariam ao seu

²⁶⁸ A título de exemplo: o depósito de cada uma de suas publicações na biblioteca pública.

afastamento da função. O desrespeito à ordem levaria ao sequestro, pelos próprios prefeitos, das publicações. A moção de desconfiança seria dirigida às publicações que divulgassem notícias falsas e tendenciosas a respeito das ações diplomáticas do governo, provocassem danos ao crédito nacional interno ou externo, alarmassem de modo injustificado a população ou dessem motivos à turbação da ordem pública, instigassem o ódio de classe ou a desobediência às leis ou ordens das autoridades e vilipendiassem a pátria, o rei, a família real, o papa, a religião do Estado, as instituições estatais ou as potências amigas (CASSESE, 2010, p. 49-50).

Em 1924, o decreto-lei real 1.081, também sobre a liberdade de imprensa, veio a lume. Ele previa o sequestro de publicações mesmo sem qualquer moção de desconfiança. Um ano mais tarde, a lei 2.307 determinaria que o reconhecimento do gerente das publicações haveria de ser conferido pelo procurador geral junto à Corte de Apelação com a ratificação do prefeito (CASSESE, 2010, p. 50).

De acordo com Cassese,

A análise realizada mostra as fragilidades do Estado liberal, cujas instituições se prestaram facilmente a serem adaptadas ao novo regime: de um lado, continham institutos, como aquele do gerente e aquele das declarações, que permitiam uma utilização iliberal. De outro, não continham “barreiras” que impedissem o afirmar-se de princípios contrastantes com os princípios liberais (capital a ausência de uma constituição rígida)²⁶⁹ (2010, p. 51).

Na prática, a imprensa se encontrava, nos anos 1920, nas mãos do Poder Executivo, que, de resto, investiu fortemente em propaganda, notadamente por meio das novas e promissoras tecnologias do rádio e do cinema (CASSESE, 2010, p. 50-51).

O fascismo também tratou de, em 1926, aprovar uma lei que determinava a perda de cidadania e o sequestro e o confisco dos bens dos italianos que, a partir do exterior, cometessem atos que turbassem a ordem pública da Itália ou que maculassem a imagem do país. Em 1931, a lei 1.227 obrigou numerosas categorias de servidores públicos, inclusive a dos professores universitários, a jurar fidelidade ao regime fascista (CASSESE, 2010, p. 59).

²⁶⁹ “L’analisi svolta mostra le debolezze dello Stato liberale, le cui istituzioni si prestarono facilmente a essere adattate al nuovo regime: da un lato, contenevano istituti, come quello del gerente e quello della dichiarazione, che consentivano un’utilizzazione illiberale. Dall’altro, non contenevano ‘barriere’ che impedissero l’affermarsi di principi contrastanti con quelli liberali (capitale l’assenza di una costituzione rigida)”.

4.4.2 A segurança pública e as intervenções de polícia

O período pré-fascista conheceu, a partir dos anos 1860, leis que previam desde a prisão domiciliar e trabalhos forçados até o fuzilamento de malandros, de cidadãos envolvidos em atos de banditismo ou de anarquistas às voltas com materiais explosivos (CASSESE, 2010, p. 60-61).

As normas fascistas de 1926 e de 1931 a respeito da segurança pública também tomaram por base a legislação que, consolidada em 1889, a “Itália liberal” aprovava sobre o tema: o *Duce* e seus asseclas simplesmente a ampliaram e a tornaram ainda mais “rica” (CASSESE, 2010, p. 60 e 63).

Se, outrora, reuniões em lugares públicos poderiam ser realizadas mediante simples comunicação e declaração às autoridades policiais, os fascistas trataram de submetê-las à sua prévia aprovação – o que também ocorreu com os textos dos espetáculos teatrais. Da mesma forma, licenças passaram a ser exigidas para o exercício da tipografia (CASSESE, 2010, p. 60).

Havia, dentre as normas aprovadas pelos fascistas em 1926, disposições que permitiam a comissões governamentais confinar aqueles que cometessem ou manifestassem o intento de promover a subversão violenta dos ordenamentos nacional, social ou econômico e os cidadãos que criassem obstáculos à atuação dos poderes do Estado. A amplitude e a vagueza de tais determinações assomam a olhos vistos (CASSESE, 2010, p. 62).

Ainda em 1926, instituiu-se o Serviço Especial de Investigação Política. No mesmo ano veio a lume a Lei para a Defesa do Estado, que, dentre outras medidas, reintroduzia a pena de morte àqueles que atentassem contra as pessoas que ocupassem altos cargos públicos, previa a reclusão para quem reconstituísse partidos cassados ou os integrasse e criava o Tribunal Especial para a Defesa do Estado, integrado por oficiais do Exército e da Milícia Voluntária para a Segurança Nacional e incumbido do julgamento dos crimes políticos²⁷⁰ (CASSESE, 2010, p. 62-63).

Heller lembra alguns dos julgamentos de tal tribunal. No dia 27 de maio de 1927, o entalhador Manopella recebeu uma pena de três anos de prisão por entalhar *Viva Lenin* nas

²⁷⁰ O avanço do Executivo sobre o Judiciário remonta aos primeiros anos do regime fascista. Em maio de 1923, o governo já providenciara a edição de um decreto real que autorizava o governo a, sem amparo em nenhuma decisão judicial, demitir qualquer juiz da Corte Suprema. Em setembro de 1923, seu presidente foi içado do cargo em um procedimento sumário como um servo infiel. Ele soube de sua exoneração pela imprensa. Em seu lugar se sentou um magistrado fascista. Pouco depois, em março de 1924, Mussolini declararia que “ninguém respeita mais a independência da Justiça do que o governo fascista”. A independência dos juizes e sua inamovibilidade também foram eliminadas com a lei sobre o emprego público de 1925 (HELLER, 1987, p. 130).

hastes de facas. Pouco mais de um mês depois, um certo Picciolini amargou uma condenação de dois anos e meio de cárcere por ter afirmado a um punhado de amigos que gostaria de ver uma revolução. Marino Graziano e Giorgina Rosetti, noivos, foram acusados, perante o Tribunal Especial para a Defesa do Estado, de conspiração, de atentado à Constituição e de incitação à guerra civil – o que teriam feito por meio de sediciosos jornais comunistas. As provas: três policiais garantiram que ambos eram comunistas. O casal foi condenado a dezoito anos de prisão. E a notícia foi publicada pelo *Corriere della Sera* (HELLER, 1987, p. 131).

Antonio Gramsci também foi um dos condenados pelo Tribunal Especial para a Defesa do Estado. Vinte anos, quatro meses e cinco dias de cárcere foram colocados na conta do deputado, considerado, pelos juízes de sua causa, “a mente diretiva do Partido Comunista”, “a alma de todo o movimento”, “aquele que marca e mostra a estrada a ser seguida pelo Partido”. Seu objetivo, consideraram, era instaurar, com o auxílio de um exército revolucionário de operários e camponeses, a “República italiana dos soviets” (D’ORSI, 2018, p. 300).

O Tribunal Especial para a Defesa do Estado condenou ao menos 355 pessoas até junho de 1928. Foram 65 processos que redundaram, no total, em 2086 anos de cárcere. Sentenças de morte também foram proferidas. Com o propósito de instilar medo na população, os jornais davam destaque para as condenações (HELLER, 1987, p. 131-132).

Três anos antes da criação da edição da Lei para a Defesa do Estado foi criada a Milícia Voluntária para a Segurança Nacional, que, como uma espécie de apêndice do Exército, desenvolveria as funções típicas da Polícia. A sobreposição de tarefas públicas era, sob o governo fascista, usual. Competia a Mussolini, de acordo com as circunstâncias, administrar os conflitos daí decorrentes. Quatro anos mais tarde, em 1927, seria criada a Organização para a Vigilância e a Repressão do Antifascismo, uma polícia política (CASESSE, 2010, p. 61).

4.4.3 O associativismo, os sindicatos e os partidos

O Estatuto Albertino reconhecia, em seu artigo 32, o direito de reunião pacífica e sem armas – desde que de acordo com as leis que, considerado o interesse da coisa pública, viessem a regulá-la. Tal disposição não era aplicável, porém, às reuniões em locais públicos, que continuariam a se submeter às leis de polícia (ITÁLIA, 1848).

Se tratava do direito de reunião, o Estatuto Albertino não dizia palavra a propósito da liberdade de associação – supostamente porque o Estado liberal olhava para o associativismo com desconfiança. Ainda assim, entendia-se que alguns princípios e normas consuetudinárias

o garantiam, inclusive sem necessidade de comunicação ou autorização às autoridades públicas (CASSESE, 2010, p. 52-53). Na “Era Liberal”, sindicatos e partidos constituíam simples organizações de fato, sem nenhum reconhecimento por parte da lei. Juristas como Vittorio Emanuele Orlando deles tratavam de modo bastante superficial em seus cursos: pouco importava, sob o aspecto legal, como se constituíam, transformavam ou operavam na vida pública, pois tudo isso se situava, única e exclusivamente, na esfera da política. Foi só em 1920 que o regimento da Câmara passou a reconhecer os grupos políticos: eles foram chamados de *uffici* (CASSESE, 2010, p. 56).

As associações tidas por perigosas poderiam ser dissolvidas se a segurança do Estado o exigisse. Muitas delas foram, de fato, desconstituídas. Em 1899, por exemplo, um decreto real conferiu ao ministro do Interior poderes para pôr fim àquelas destinadas a “subverter o ordenamento social ou a Constituição do Estado” (CASSESE, 2010, p. 53).

A fragilidade do “direito” à liberdade associativa facilitou as investidas legislativas fascistas a respeito do tema. Em 1924, um decreto-lei real colocou sob a vigilância da autoridade política da província as associações mantidas com a contribuição de trabalhadores. A norma permitia que o prefeito nelas realizasse inspeções, revogasse ou anulasse seus atos, dissolvesse seus órgãos administrativos, confiasse sua gestão a comissários de sua predileção ou as liquidasse – tudo se houvesse fundadas suspeitas a propósito de sua confiabilidade pública ou acerca da destinação dos fundos arrecadados para fins que não guardassem relação com a assistência econômica ou moral dos trabalhadores (CASSESE, 2010, p. 53).

No ano seguinte, uma lei obrigaria as associações secretas a comunicarem à autoridade de segurança pública seus atos constitutivos, seus estatutos, o nome de seus sócios e de seus administradores, bem como, se a ordem pública assim o exigisse, notícias de suas atividades. O descumprimento da norma levaria ao confisco de seus bens ou à sua dissolução. Os servidores públicos estavam proibidos de integrar as associações secretas, sob pena, inclusive, de demissão. Em 1926, um decreto real ampliou as hipóteses de constrição do patrimônio das associações secretas e de sua dissolução (CASSESE, 2010, p. 54).

O Código Penal italiano de 1930 previa penas de reclusão aos dirigentes ou organizadores de associações que, subversivas ou antinacionais, colimassem a implantação violenta de uma ditadura de classe, a supressão de determinada classe social, a subversão dos ordenamentos econômico e social ou o enfraquecimento do sentimento nacional. O caráter vago e impreciso de todas essas normas é evidente – o que dava margem a aplicações as mais diversas (CASSESE, 2010, p. 54).

No que diz respeito à regulação dos sindicatos, uma lei de 1926 determinou que os dirigentes sindicais haveriam de dar garantias de sua capacidade, de sua moralidade e de sua absoluta fé na nação italiana. Tal norma previa, ainda, que a nomeação ou a eleição dos presidentes ou secretários sindicais dependeriam de aprovação do governo, que vigiaria os sindicatos e poderia dissolver seus conselhos diretivos. Como tal lei previa, em determinada circunscrição territorial, a existência de um único sindicato por categoria, as agremiações fascistas ganharam com isso. O fascismo mirava o fim do pluralismo sindical. Ao, na Câmara dos Deputados, discorrer a respeito da lei sobre a disciplina jurídica das relações de trabalho, Rocco afirmou que os sindicatos deveriam, como órgãos do Estado, submeter-se ao seu controle e, eventualmente, fornecer-lhe quadros técnicos (CASSESE, 2010, p. 55).

O pluralismo partidário também foi atacado pelos fascistas. A lei 2318, de 1925, deu ao rei poderes para modificar as leis de segurança pública. Pouco depois, o decreto real 1848, de 1926, determinou a dissolução de todos os partidos e organizações que desenvolvessem ações contrárias ao regime – sob os olhos do governo, todos, exceto o Partido Nacional Fascista, que se tornou, então, o único da Itália (CASSESE, 2010, p. 56-57).

Encarando o associativismo antipluralista como uma verdadeira política de Estado, o regime fascista se aproveitou do “[...] vazio jurídico no qual o Estado liberal havia colocado a liberdade de associação em geral e a liberdade de associação sindical e política, em particular, construindo um sistema fechado, monopolístico, governado a partir do alto, por normas estatais”²⁷¹ (CASSESE, 2010, p. 57).

4.5 O IMPÉRIO DA LEI

4.5.1 “Nós queremos governar com a lei e na lei”: Alfredo Rocco, o arquiteto da estratégia legalista do regime fascista

Os escritos de Alfredo Rocco²⁷² sobre o direito público e a teoria do Estado não foram, julga Giuliano Vassalli, “brilhantes e duradouros”²⁷³. Não há dúvidas, porém, de que o jurista

²⁷¹ “Insomma, il regime fascista si mosse nel campo delle associazioni approfittando del vuoto giuridico nel quale lo Stato liberale aveva posto la libertà di associazione in generale e la libertà di associazione sindacale e quella politica, in particolare, costruendo un sistema chiuso, monopolistico, governato dall’alto, retto da norme statali”.

²⁷² Rocco é reconhecido como o maior legislador do regime (VASSALLI, 2005, p. 36). Em 1921, vinculado à Associação Nacionalista Italiana, foi eleito deputado, ocupando a presidência da Câmara de 1924 a 1925, quando assumiu a chefia do Ministério da Justiça, função por ele exercida até 1932. Dois anos mais tarde ele assumiria uma das cadeiras do Senado. Rocco faleceu em 1935, na capital italiana (SPECIALE, 2012).

²⁷³ Rocco se destacou, porém, ressalta Vassalli, como estudioso do direito comercial (2005, p. 16).

e político napolitano desempenhou um papel fundamental tanto na “doutrina jurídica do fascismo” quanto no “sistema jurídico fascista”: ninguém “ajudou” tanto Mussolini quanto ele na construção das fundações legais do novo regime (VASSALLI, 2005, p. 15-16).

Em 1927, afirma Rocco, já se falava com naturalidade de um “Revolução Fascista”. “Universalmente aceita”, a expressão designava o “complexo de fenômenos” que, a partir da criação dos *Fasci di Combattimento*, “transformou o espírito das massas e a própria estrutura do Estado”, cujo ordenamento e cuja “noção”, sustenta, foram “radicalmente modificados”. O fascismo, continua, deu novas coordenadas jurídicas e morais à Itália, revolucionando o país (ROCCO, 1927, p. 05-06).

Para Rocco, uma verdadeira revolução estabelece um “novo sistema de direito público” e um “novo espírito do povo”. Sua meta é criar depois de destruir. E ela terminará quando der origem a uma “nova ordem”. Nem sempre, no entanto, as revoluções atingem os fins a que inicialmente se propuseram: a Revolução bolchevique, por exemplo, não foi capaz de colocar em prática o comunismo ou o marxismo, muito embora tenha dado à Rússia novos rumos (ROCCO, 1927, p. 06).

Não foi esse, aduz Rocco, o destino da Itália. Apesar de fazê-lo com “inevitáveis adaptações impostas pelas necessidades históricas”, o fascismo “realiza” a sua ideologia ao, no campo moral, despertar no povo o sentimento de dever, o hábito da disciplina e a ideia da subordinação do indivíduo à nação, além de, na esfera jurídica, criar, “sobre as ruínas do Estado liberal e democrático”, o “Estado fascista” (ROCCO, 1927, p. 07).

Rocco lança tais considerações sobre o papel em 1927. Naquele ano, ressalva, todas essas transformações estavam em andamento, “longe de serem acabadas” – “antes, apenas no início”. Mas, contemporiza, as novas linhas do “novo edifício” já se encontravam, então, esboçadas, sobretudo depois das mudanças legislativas de 1925 e 1926, que reformaram o “Estado liberal agnóstico e abúlico” italiano – um “Estado democrático dominado pelos egoísmos particularistas” (ROCCO, 1927, p. 07).

Antes disso, em um discurso proferido no Senado em 1925, Rocco afirmou que “novas reformas legislativas” haveriam de ser “iniciadas” para “adequar o ordenamento jurídico italiano à nova realidade política e social”, de modo a “criar nas leis” aquilo que já existia “no costume e na prática: o Estado fascista”. Como, depois da Marcha sobre Roma, um novo regime, com novos métodos de governo, um espírito político diverso e uma concepção diferente de Estado assumiu o comando da Itália, seria preciso “constituir uma nova legalidade para reentrar na legalidade”, pois

a legislação italiana é fruto de quatro décadas de domínio político da democracia, e é toda baseada na concepção de um Estado fraco, à mercê de indivíduos e grupos. A nossa prática cotidiana nos convenceu que governar a Itália com aquela legislação não é possível senão cedendo a cada dia à praça ou violando a lei. E é justamente isso que faziam muitos dos governos que nos precederam: esses, nos momentos mais graves, quando eles tiveram de prover certas necessidades supremas da vida do Estado que são impostas a todos, violavam a lei, expondo-se assim às merecidas críticas de seus adversários. Nós, ao invés, queremos governar com a lei, na lei, e por isso queremos que esta seja suficiente e responda ao seu escopo²⁷⁴ (ROCCO, 2005, p. 246 e 248).

Até 1925, lembra Rocco, os fascistas não governaram a Itália sozinhos, mas por meio de uma coalizão com outros partidos, “detritos do velho mundo político” e propaladores de doutrinas bastante diversas do fascismo – daí a dificuldade, esquivava-se o jurista italiano, para iniciar uma “vigorosa” transformação do Estado. Não bastasse isso, a “opinião pública” italiana, “malgrado o triunfo da marcha sobre Roma”, não estava ainda “madura” para “abandonar” as formas políticas e jurídicas das oito décadas precedentes. Se bem que, pondera Rocco, não deveriam ser desprezadas as reformas “técnicas”²⁷⁵ levadas a cabo pelo governo por meio da plena delegação de poderes a ele conferida pelo Parlamento²⁷⁶ (ROCCO, 1927, p. 08-10).

Vãs seriam, considera Rocco, as tentativas de implementar reformas “políticas” antes de 1925. Elas não teriam sentido se não fossem precedidas pela criação, “nos costumes e no espírito”, do “novo Estado desejado pelo fascismo”, ao qual “depois, mas somente depois”, dar-

²⁷⁴ “La legislazione italiana è frutto di un quarantennio di dominio politico della democrazia, ed è tutta informata alla concezione di uno Stato debole, in piena balia degli individui e dei gruppi. La nostra pratica quotidiana ci ha convinto che governare in Italia con quella legislazione non è possibile se non cedendo ogni giorno alla piazza o violando la legge. Ed è questo appunto che facevano molti dei governi che ci hanno preceduto: essi nei momenti più gravi, quando dovevano provvedere a certe supreme necessità della vita dello Stato che s’impogono a tutti, violavano la legge, esponendosi così alle critiche meritate dai loro avversari. Noi invece vogliamo governare con la legge, nella legge, e perciò vogliamo che questa sia sufficiente e risponda allo scopo”.

²⁷⁵ A principal delas, a do sistema de educação, foi projetada por Giovanni Gentile. Uma escola “agnóstica, desprovida de conteúdo moral, sem ideais, simples enquadradora de noções” do Estado liberal-democrático foi, então, segundo Rocco, substituída, do primário à universidade, por uma escola “educadora”, religiosa e nacional, marcada não só pelo intelecto, mas também pelo “ânimo”. A nova educação haveria de formar “o italiano novo, digno da nova história da Itália, capaz de compreendê-la e de realizá-la”. Também merecem destaque, para Rocco, as reformas financeira e judiciária (ROCCO, 1927, p. 10-11).

²⁷⁶ Diego Nunes trata pontualmente da delegação conferida pelo Legislativo ao Executivo para as mudanças dos códigos penal e de processo penal. O requerimento de Rocco sequer esboçava um desenho das novas leis: “não por acaso a delegação saiu com indicações excessivamente amplas. Eventuais desvios do Executivo não poderiam ser remediados porque a fórmula de delegação imobilizou o controle do parlamento, relegado a realizar apenas um parecer consultivo do trabalho. Durante a tramitação do projeto de delegação, a oposição da Câmara tentou impor balizas mais precisas. De fato, porque esta era a tradição: a delegação é feita, mas o parlamento controla previamente a extensão de tal concessão de poder. Mas a maioria deferiu o pedido de confiança feito pelo ministro Rocco para possuir a mais ampla liberdade de ação, com o objetivo poder realizar as soluções técnicas mais adequadas. Ao fim do ano, no *Senato del Regno*, Rocco se augura de não ter havido ali discordância ao governo nesta casa com relação ao método utilizado, ao contrário da tramitação na outra casa legislativa” (NUNES, 2016, p. 158-159).

se-ia “uma forma legal e uma organização jurídica”. Reformas legais não são bem-sucedidas caso não recebam a chancela da tradição, sentencia Rocco, que, admite, nunca tivera, ele mesmo, um “fetiche reformista” (ROCCO, 1927, p. 11-12).

Depois, contudo, da “reação antinacional” provocada pelo caso Matteotti, Mussolini reputou necessário, assevera Rocco, “abrir a nova fase da revolução”: “aquela da realização do Fascismo e da criação do Estado fascista”. Oportuna, a decisão foi recebida com “unânime consenso”:

na verdade, o anúncio de que, dali em diante, o fascismo implementaria de modo intransigente o seu programa de inovação foi recebido como uma liberação por todos, fascistas e não fascistas. Pelos fascistas, que adquiriram a certeza da realização de sua doutrina. Pelos não fascistas, e quero me referir também aos adversários do Fascismo, que, dali em diante, ver-se-iam por isso sujeitos com maior rigor à disciplina legal do Estado, mas foram colocados, por isso mesmo, a salvo das reações extralegais devidas justamente à insuficiência das sanções jurídicas²⁷⁷ (ROCCO, 1927, p. 09).

A partir de 1925, assevera Rocco, o Estado fascista substituiria o Estado liberal-democrático, cujas origens se encontram, sustenta Rocco, em movimentos políticos e espirituais individualistas e antiestatais de fora da Itália. Mas o liberalismo não poderia servir aos italianos, que, privados de uma consciência nacional, sofreram, por um milênio, com sua desagregação e, por séculos, com a servidão. Diante de tais circunstâncias, afirma o jurista italiano, o colapso do “frágil edifício” do Estado liberal-democrático não poderia surpreender ninguém (ROCCO, 1927, p. 12-13).

Além de ter bases em ideologias estrangeiras, o Estado liberal-democrático não dispõe de um “conteúdo concreto” ou “ideais próprios”: ele está aberto a todos os programas e, justamente por isso, torna-se refém das forças existentes no país, que o dominam. E, sustenta Rocco, esse modelo era defendido, na Itália, por todos os partidos – pelos liberais, pelos populares e até pelos socialistas, cujos discursos não refletiam sua prática. No fundo, o Estado liberal-democrático havia se tornado uma “premissa” (ROCCO, 1927, p. 13).

Esse modelo de Estado rendera bons frutos, é verdade, na Inglaterra e na França, mas não na Itália, historicamente marcada, sustenta Rocco, pela “velha tradição romana” da

²⁷⁷ “L’annuncio infatti che il fascismo avrebbe d’ora innanzi attuato in modo intransigente il suo programma di rinnovazione, fu accolto come una liberazione da tutti, fascisti e non fascisti. Dai fascisti, che acquistavano la certezza della realizzazione delle loro dottrine. Dai non fascisti, e voglio dire anche dagli avversari del Fascismo, che d’ora innanzi si vedevano perciò assoggettati con maggior rigore alla disciplina legale dello Stato, ma erano posti per ciò stesso, al sicuro delle reazioni extralegali dovute appunto alla insufficienza delle sanzioni giuridiche”.

disciplina e da submissão dos indivíduos ao aparato estatal. E a grave crise do fim da década de 1910, com suas “lutas civis”, faria ver que o Estado liberal-democrático, incapaz de dar conta dela, não serviria aos italianos. A Marcha sobre Roma foi a “consagração histórica desse colapso” de um Estado que se transformara na “sombra de si mesmo” (ROCCO, 1927, p. 14-15).

Os regimes não caem, afirma Rocco, por força de seus adversários, mas por suas próprias fraquezas e debilidades. Ainda que o fascismo não fosse forte, ele teria, sugere o influente ministro de Mussolini, triunfado. Aos poucos, “gradual e incessantemente”, “primeiro no fato, depois nas leis”, formar-se-ia, totalmente diverso do Estado liberal, o Estado fascista – aquele que, portador de fins próprios e superiores aos dos indivíduos, realiza, com a máxima potência e coesão, a organização jurídica da sociedade (ROCCO, 1927, p. 15-16).

Ao contrário do “agnóstico” Estado liberal, o Estado fascista, propala Rocco, tem vontade e função próprias, uma missão política e civilizacional ligada à justiça social, que passa pela intervenção na economia e, com seu sistema corporativo, pela eliminação dos conflitos entre as classes. A bem da verdade, “o Estado fascista contém em si elementos de todas as outras concepções do Estado”:

o Estado fascista contém o liberalismo e o supera: contém-no porque se serve da liberdade quando esta é útil; supera-o porque freia a liberdade quando é danosa. O Estado fascista contém a democracia e a supera. Contém-na porque faz participar o povo da vida do Estado quando é necessário; supera-a porque leva em conta a possibilidade de fazer com que os problemas essenciais da vida do Estado sejam decididos por aqueles que têm a possibilidade de entendê-los, colocando-se acima das considerações dos interesses contingentes dos indivíduos. Por último, o Estado fascista contém o socialismo e o supera: contém-no porque quer, como este, realizar a justiça social; supera-o porque não consente que aquela justiça seja feita mediante o grito brutal das forças sociais, nem crê que seja necessário para realizá-la um mastodôntico e complicado sistema de produção coletiva²⁷⁸ (ROCCO, 1927, p. 17-18).

O Estado fascista, continua Rocco, domina todas as forças do país, colocando-as, com os mais potentes meios já conhecidos, sob a sua disciplina. “Juridicamente diferente” do Estado liberal, ele é “verdadeiramente soberano”. Não se trata, nota, da soberania *do povo*, mas *do*

²⁷⁸ “Lo Stato fascista contiene il liberalismo e lo supera: lo contiene perchè raffrena la libertà quando è dannosa. Lo Stato fascista contiene la democrazia e la supera; la contiene perchè fa partecipare il popolo alla vita dello Stato in quanto è necessario; la supera perchè tiene in riserva la possibilità di far decidere i problemi essenziali della vita dello Stato a coloro, che hanno la possibilità di intenderli, sollevandosi sopra la considerazione degli interessi contingenti degli individui. In ultimo lo Stato fascista contiene il socialismo e lo supera: lo contiene perchè vuole, come esso, realizzare la giustizia sociale; lo supera, perchè non consente che questa giustizia sia fatta mediante l'urlo brutale delle forze sociali, nè crede che sia necessario per attuarla un mastodontico e complicato sistema di produzione coletiva”.

Estado. Nisso, aliás, ressalva, o fascismo nada tem de novo: toda a escola do direito público professa, dentro e fora da Itália, tal teoria, contraditoriamente defendida, inclusive, por muitos liberais e democratas, incapazes de notar que “dizer que o Estado é soberano é negar o liberalismo e a democracia, para as quais uma superioridade dos fins do Estado sobre aqueles dos indivíduos não existe, como não existe a soberania do Estado”²⁷⁹. E é justamente da “teoria da soberania do Estado” que “descende logicamente a teoria do Estado fascista” (ROCCO, 1927, p. 18-19).

Restituir ao Estado a sua soberania implica, segundo Rocco, reforçar sua mais genuína expressão, seu órgão essencial e supremo: o poder executivo. O Estado italiano entrara em decadência justamente por ter caído nas mãos do Legislativo, representante constitucional de particularismos muitas vezes contrários aos interesses gerais. Se, como ocorreu na Itália, o parlamento usurpar as funções do governo, a tutela dos “interesses históricos e imanentes da Sociedade” dessorará. O resultado disso é a anulação da soberania estatal, substituída pela “soberania dos indivíduos e dos grupos em perpétua luta entre si” – em suma, “a desordem permanente e a anarquia” (ROCCO, 1927, p. 23-24).

O fascismo pôs fim a tudo isso ao restabelecer a proeminência do Executivo²⁸⁰. Isso, em tese, não precisaria ser “consagrado na legislação”, pois o regime constitucional italiano desconhecia o “desenfreado regime parlamentar” estruturado nas décadas anteriores à chegada do fascismo ao poder²⁸¹. Cumpriria ao fascismo, porém, deixar clara e explícita, por meio de uma série de leis, a supremacia do Executivo sobre o Legislativo, ao qual é reservada, no sistema de separação de poderes do país, “uma função secundária de colaboração e de controle”²⁸² (ROCCO, 1927, p. 25-26).

²⁷⁹ “In realtà, dire che lo Stato è sovrano è negare il liberalismo e la democrazia, per cui una superiorità dei fini dello Stato su quelli degli individui non esiste, come non esiste la sovranità dello Stato”.

²⁸⁰ Para Rocco, o legislativo e o judiciário possuem funções “determinadas e específicas” – diferentes, portanto, daquelas exercidas pelo executivo, “indeterminadas e genéricas”. Daí a proeminência do executivo, “órgão permanente, sempre operante e sempre vigilante”, sobre os demais poderes (ROCCO, 2005, p. 225).

²⁸¹ Mas, a partir de meados do século XIX, a prática política levou ao avanço do Legislativo sobre o Executivo, que, no Estatuto Albertino, defende Rocco, tem o mais destacado papel no exercício da soberania. O poder do Parlamento se viu em xeque, contudo, quando, em decorrência do sistema eleitoral vigente, a fragmentação política da Câmara passou a colocar o Executivo em maus lençóis. A governabilidade só foi retomada, defende o jurista italiano, quando os fascistas fizeram abolir, com a Lei Acerbo, a representação proporcional (ROCCO, 1927, p. 25-26).

²⁸² A Câmara dos Deputados, assevera Rocco, seria “um dos modos de manifestação das necessidades e dos sentimentos do País, mas não a única e decisiva”, pois, “em um período no qual a vida de um grande povo se tornou sumamente complexa, não é mais possível dar à representação eletiva, baseada sobre o atomismo sufragista, um valor absoluto no Governo da Nação” (“In tal modo la Camera elettiva appare, quello che è, uno dei modi di manifestazione delle necessità e dei sentimenti del Paese, non già l’única e la decisiva. In un periodo, in cui la vita di un grande popolo è divenuta sommamente complessa, non è più possibile dare alla rappresentativa elettiva, basata sull’atomismo suffragistico, un valore assoluto nel Governo della Nazione” (ROCCO, 1927, p. 28).

A lei sobre a faculdade do poder Executivo de emanar normas jurídicas integra essa série de leis²⁸³ que, segundo o Rocco *de 1927*, reforçou o poder do Executivo. Com ela seria dada ao governo a possibilidade de, em casos urgentes, exercer o poder de legislar “no campo normalmente reservado ao Parlamento”, no qual minorias “obstinadas” têm, valendo-se de disposições regimentais, a possibilidade de obstruir votações importantes (ROCCO, 1927, p. 26-27).

Dois anos antes disso, porém, ao defender, na tribuna do Senado, a aprovação do projeto de lei sobre a faculdade do poder Executivo de emanar normas jurídicas, Rocco sustentou algo diferente: na verdade, tal norma “limitaria” os “poderes do Governo” (ROCCO, 2005, p. 257).

De fato, em 14 de dezembro de 1925, Rocco dizia aos senadores que, se aprovada, a lei sobre a faculdade do poder Executivo de emanar normas jurídicas colocaria um freio no governo (ROCCO, 2005, p. 245).

Na verdade, afirmou Rocco, todos os governos italianos das últimas décadas do século XIX e do início do século XX haviam editado muitíssimas normas com força de lei. E, realmente, ressaltou, “não se pode governar sem os decretos-leis, dos quais a cada dia se fez e se faz uso, e pelos nossos predecessores ainda mais do que por nós”²⁸⁴ (ROCCO, 2005, p. 245, 247 e 248).

Os decretos-leis eram fundamentais para a governabilidade do país: as constantes e rápidas transformações econômicas e sociais exigiam, aduziu Rocco em discurso proferido aos deputados em 20 de junho de 1925, frequentes mudanças legislativas – o que exigia o uso frequente de tais normas pelo Executivo, a ponto de o “exercício do poder legislativo por parte do Governo ter, pode-se dizer, tornado-se a regra” (ROCCO, 2005, p. 215 e 218).

Em 1925, asseverou Rocco na tribuna da Câmara dos Deputados, praticamente não havia limites para a atividade legiferante do Executivo: provavam-no a jurisprudência, que reconhecia a legalidade dos decretos-leis, e o Parlamento, que os convalidava regularmente. Seria preciso, portanto, “não tanto aumentar quanto disciplinar as faculdades do poder executivo, e disciplinar significa necessariamente limitar”. O projeto de lei submetido ao Legislativo não pretendia tanto “inovar”, mas “sistematizar” a matéria (ROCCO, 2005, p. 215 e 218).

²⁸³ Também figura entre tais normas a lei sobre a faculdade e a prerrogativa do chefe de governo. Com elas, o governo deixaria, sustenta Rocco, de depender do Legislativo, “reconsagrando o princípio, já contido no Estatuto, mas por longa tradição esquecido, de que o Governo do Rei é emanação do poder régio e não do Parlamento” (ROCCO, 1927, p. 27).

²⁸⁴ “[...] non si può governare senza i decreti-legge, di cui ogni giorno si è fatto e si fa uso, e dai nostri predecessori anche più che da noi”.

Para Rocco, o governo pode, emanando normas jurídicas, “exercitar o poder legislativo”, mesmo nos Estados em que o princípio da divisão dos poderes é seguido à risca. “O problema é”, portanto, “todo de formas e de limites”. E na Itália não era diferente. Todos os seus governos lançaram mão, “por pressão das necessidades práticas”, dos decretos-leis – às vezes abusando deles (ROCCO, 2005, p. 215-216).

Ao contrário, porém, dos bolcheviques, sustentou Rocco na Câmara dos Deputados, o fascismo crê no princípio da divisão de poderes²⁸⁵, ainda que não se possa tomá-lo por “absoluto”, “mecânico” e “sem exceções”. O projeto de lei sobre a faculdade do poder Executivo de emanar normas jurídicas tinha por propósito justamente impedir a “submersão” do princípio da divisão dos poderes, indispensável em um “Estado bem ordenado”. Isso prova, de acordo com Rocco, que os fascistas são as “vestais do direito constitucional”, os “protetores do Estatuto Albertino” e os “defensores dos princípios fundamentais do direito público” italiano (ROCCO, 2005, p. 218, 219 e 224).

Com a aprovação da norma que confere ao Executivo a faculdade de legislar, o Parlamento só se ocuparia das matérias essenciais. O Legislativo deixaria, assim, de investir seu tempo em temas de “importância secundária” e de, às pressas, produzir normas imperfeitas e sujeitas a contínuas emendas. Além disso, excepcionais e extraordinários, os decretos-leis seriam utilizados raramente e de modo muito ponderado – apenas quando a urgência tornasse impossível o recurso aos trâmites ordinários do processo legislativo (ROCCO, 2005, p. 221, 222 e 249).

O tempo mostraria, contudo, que a “faculdade” de emanar decretos-leis viraria um “hábito” do governo e que, ao convertê-los em leis, o Legislativo seria um mero palco para um “rápido rito de homologação” (VASSILLI, 2005, p. 48).

4.5.2 O Estado italiano do período fascista “quis na forma da lei”

Em 1928, com a edição da lei 2693, o Grande Conselho do Fascismo foi “constitucionalizado”. Até então, ele não detinha um caráter propriamente institucional,

²⁸⁵ No mesmo discurso, Rocco afirmou o seguinte: “nós, que não somos democráticos, aceitamos o princípio da separação de poderes, o qual não é um princípio democrático, é um princípio de desenvolvimento do Estado”, que, ao progredir, como qualquer organismo, especifica as suas funções, aperfeiçoando-se. E o bolchevismo, asseverou, não passa, com a confusão entre os seus poderes, de um retorno à organização primitiva tanto da sociedade quanto do Estado (ROCCO, 2005, p. 224).

fazendo as vezes de ponte entre o governo e o Partido Nacional Fascista (DE BERNARDI, 2001, p. 177) – tarefa de que continuou a se ocupar depois de sua institucionalização.

Nos termos do primeiro dos artigos de tal norma, o Grande Conselho do Fascismo se tornou, institucional e formalmente, o “órgão supremo, que coordena e integra todas as atividades do Regime nascido da Revolução de outubro de 1922”²⁸⁶. Competiria a tal Conselho, dentre outras funções, deliberar sobre a lista de deputados que seria submetida aos eleitores italianos e sobre as diretrizes políticas do Partido Nacional Fascista (DE FELICE, 2018, p. 42).

Os fascistas mais “revolucionários” e radicais, a esquerda do Partido, depositavam na lei 2693 de 1928 a esperança de se livrar da “pesada e fúnebre Carta Albertina”. Competia a Mussolini, chefe de governo, convocar o Grande Conselho do Fascismo quando julgasse necessário. Mas, sempre preocupado com a perspectiva de ter de dividir seu poder²⁸⁷, ele não fazia questão de reuni-lo, esvaziando-o, transformando-o em um órgão de fachada e sem substância²⁸⁸ (DE FELICE, 2018, p. 45).

Na verdade, a arquitetura do Estado dirigido pelos fascistas é bastante convencional – a mesma do *tipo ideal* do Estado de direito burguês, com Executivo, Legislativo e Judiciário. O Grande Conselho do Fascismo poderia ser eventualmente encarado como um quarto poder – muito embora a lei 2693 de 1928 o qualifique como um órgão. Sua “constitucionalização” representaria uma novidade: a separação de poderes tripartida teria sido, assim, abandonada. Ou não. Para Giovanni Gentile, o Grande Conselho do Fascismo figuraria ao lado da Câmara e do Senado. Com sua institucionalização, um marco da “constitucionalização da revolução”²⁸⁹, a Itália teria, a partir de então, uma “representação tricameral”²⁹⁰ (GENTILE, 1929, p. 61).

²⁸⁶ “Il Gran Consiglio del Fascismo è l’organo supremo, che coordina e integra tutte le attività del Regime sorto dalla Rivoluzione dell’ottobre 1922”.

²⁸⁷ Integravam o Grande Conselho do Fascismo, dentre outros, quatro dos líderes da Marcha sobre Roma, o secretário do Partido Nacional Fascista, os presidentes do Senado e da Câmara dos Deputados, o presidente do Tribunal Especial para a Defesa do Estado e os presidentes das confederações sindicais fascistas (ITÁLIA, 1928).

²⁸⁸ Fimiani também nota que Mussolini lançou no esquecimento o Grande Conselho do Fascismo e a sua função de “órgão supremo” (2001, p. 128). “Na realidade, aqueles fascistas se deixaram iludir pela aparência revolucionária habilmente criada por Mussolini em torno de um provimento que, ao invés, buscava alcançar justamente o objetivo oposto, representando um meio – também codificado no plano puramente jurídico – para superar cada resíduo dualístico entre partido e governo, entre partido e Estado” (“In realtà, quei fascisti si lasciarono illudere dall’apparenza rivoluzionaria abilmente creata da Mussolini intorno a un provvedimento che invece mirava a raggiungere proprio lo scopo oposto, rappresentando una pietra miliare – codificata anche sul piano prettamente giuridico – sulla via del superamento di ogni residuo dualismo fra partito e governo, fra partito e Stato” (DE FELICE, 2018, p. 45).

²⁸⁹ Com a lei 2693, defende Giovanni Gentile, a “revolução conclui a sua transformação” e “o Partido deixa definitivamente de ser um partido, e manda por isso o seu Secretário ao Conselho de Ministros” (1929, p. 61-64).

²⁹⁰ Para Fimiani, a “constitucionalização” do Grande Conselho do Fascismo só trouxe mais confusão ao quadro institucional italiano (2001, p. 117).

De qualquer forma, na prática, o Grande Conselho do Fascismo não fez sombra ao Executivo, ao Legislativo²⁹¹ e ao Judiciário. Não se deve esquecer, ainda, de que sua institucionalização se deu, respeitados os procedimentos típicos do tradicional Estado de direito, por meio de lei.

Ainda em 1928, o governo de Mussolini fez aprovar, com todos os ritos do processo legislativo seguidos à risca, uma lei eleitoral de tipo plebiscitário: caberia aos eleitores dizer sim ou não a uma lista de candidatos a deputado formada pelo Executivo e pelo Grande Conselho do Fascismo²⁹². Giovanni Giollitti, um dos articuladores, nos primeiros anos da década de 1920, da tentativa de “constitucionalizar” o fascismo, afirmou, na Câmara, que a aprovação de tal norma marcou a ruptura do regime com o Estatuto Albertino (DE FELICE, 2018, p. 46). O velho político liberal parece ter se esquecido, contudo, de que, como o nota Ghisalberti (1999, p. 124), a lei fundamental italiana não detalhava de que modo seriam escolhidos os representantes políticos do país.

Tratava-se, sem dúvida, de um sistema eleitoral inovador. Não é possível, porém, considerar a novidade tão significativa. Se o tipo de votação instituído pela lei 1029 de 1928 é ou não democrático – os plebiscitos ou a aclamação são necessariamente autoritários? –, eis, aí, uma discussão das mais polêmicas. De qualquer modo, o Estado de direito burguês oitocentista não tinha um compromisso com a democracia. O voto censitário só deixaria de dar as cartas nas primeiras décadas do século XX, quando as massas passaram a votar²⁹³.

²⁹¹ Ou, se adotado o entendimento de Giovanni Gentile, da Câmara dos Deputados ou do Senado.

²⁹² As eleições de 1929 ocorreram sob um sistema plebiscitário. E a votação foi um sucesso para o regime fascista – que não esperava uma vitória tão retumbante. Foram mais de oito de milhões de votos a favor da lista e pouco mais de cento e trinta e cinco mil contra (DE BERNARDI, 2001, p. 221). Só uma legenda participou daquele pleito: o Partido Nacional Fascista, o único partido legalmente reconhecido à época. O número de candidatos e o número de cadeiras disponíveis eram exatamente os mesmos: caberia aos eleitores simplesmente aprovar ou rejeitar *o blocco* que lhes era indicado. As paróquias e o clero fizeram campanha aberta pelo fascismo (TRENTO, 1986, p. 32-34).

²⁹³ Sob o Estatuto Albertino, a lei eleitoral do Reino da Sardenha reconhecia “o direito de eleger o maior número de cidadãos que é compatível com as condições de um governo seguramente representativo” – mas não a todos: “o sufrágio universal (que, de resto, nem mesmo a Revolução de [17]89 reconheceu integralmente) era considerado um perigoso portador de tendências revolucionárias ou reacionárias, em qualquer caso incompatível com o caráter moderado do Estatuto” (“Il diritto di eleggere a quel maggior numero di cittadini che è compatibile con le condizioni di un Governo sicuramente rappresentativo”, ma non a tutti. Il suffragio universale (che, del resto neppure la Rivoluzione dell’89 riconobbe integralmente) veniva considerato un pericoloso portatore di tendenze rivoluzionarie o reazionarie, in ogni caso incompatibili con il carattere moderato dello Statuto”). Só votavam, então, os alfabetizados e aqueles que pagavam uma certa quantia de imposto de renda. Quem não lia jornais não integraria a “opinião pública”, afirmava-se. E quem, afinal, sustentavam os entusiastas do regime censitário, nada tinha a perder ou a temer, como os proletários, só poderia agir de modo irresponsável – elegendo, por exemplo, demagogos. Quanto às mulheres, elas só votariam, na Itália, a partir de 1946 (ZAGREBELSKY, [20--], p. 07).

Também foi por meio de uma lei²⁹⁴, a 129, que a Câmara dos Deputados se transformou, em 1939, dezessete longos anos depois da Marcha sobre Roma, em Câmara dos *Fasci* e das Corporações, formada por integrantes do Conselho Nacional do Partido Nacional Fascista e por componentes do Conselho Nacional das Corporações (CASSESE, 2010, p. 133).

Apesar de Sergio Panunzio e Arnaldo Volpicelli propalarem aos quatro cantos o caráter democrático das eleições para essa nova casa legislativa, não há dúvida de que grande parte da população foi excluída do processo eleitoral – afinal, só os filiados ao Partido Nacional Fascista e os trabalhadores sindicalizados concorriam para a escolha dos representantes da Câmara dos *Fasci* e das Corporações (CASSESE, 2010, p. 134). Uma vez mais é necessário lembrar que o Estado de direito não tinha compromisso com a democracia. Outrora, rememore-se, só votava quem tinha os bolsos cheios. E, de todo modo, a Câmara dos *Fasci* e das Corporações não abdicou da ideia de representação²⁹⁵.

O fascismo também não abriu ou não conseguiu abrir mão da legislação da Itália pré-fascista. Em 1940, nota Guido Melis, o presidente da Câmara dos *Fasci* e das Corporações, Dino Grandi, concluía que pouco da legislação do período fascista era propriamente fascista (2018, p. 253). À época, o ordenamento italiano contava com cerca de dez mil leis,

[...] das quais apenas uma parte, por data de emanção, poderia dizer-se puramente “fascista”, isto é, expressão de uma iniciativa fascista para renovar ou revolucionar o ordenamento (muita foi a legislação revisitada pelo legislador fascista, mas frequentemente sem arruinar a estrutura e a “filosofia” originária, quase apenas com o intento de necessária modernização)²⁹⁶ (MELIS, 2018, p. 254).

²⁹⁴ Não custa lembrar que o Estatuto Albertino era flexível – e que, portanto, uma lei ordinária poderia modificá-lo.

²⁹⁵ O caráter eletivo da representação é substituído, sob o fascismo, por um caráter orgânico. Isso significa dizer que a representação já não diz respeito propriamente ao indivíduo: ela leva em consideração o contexto social em que ele vive. Chegara ao fim, para os fascistas, a era eleitoral atomística do liberalismo. O governo representativo privilegiava, em detrimento do cidadão isolado, as ligações entre o Estado e as instituições. Da mesma forma que o Estado representa a nação, o sindicato fala por toda a categoria – ainda que nem todos os trabalhadores o integrem. O partido único, instituição concretamente representativa, também desempenha um papel fundamental na representação e, em conjunto, na auto-organização geral do povo. A Câmara dos Deputados não é, portanto, para o fascismo, a única instância de representação: o caráter representativo do Estado fascista não depende, portanto, dela (COSTA, 1999, p. 97-99). Os velhos mecanismos de representação parlamentar cedem espaço para os plebiscitos. O Estado fascista é um Estado nacional plebiscitário. O regime fascista é marcado pela força do chefe de governo e do Executivo. Sem exibir o protagonismo de outrora, o Legislativo italiano já não tinha relevância (COSTA, 1999, p. 142-143).

²⁹⁶ “10 mila leggi, delle quali solo una parte, per data di emanazione, poteva dirsi prettamente ‘fascista’, cioè espressione di un’iniziativa connotata in senso fascista per la sua volontà di rinnovare o rivoluzionare l’ordinamento (molta era stata la legislazione rivisitata dal legislatore fascista, ma spesso senza sconvolgerne la struttura e la ‘filosofia’ originaria, quase soltanto con un intento di necessaria modernizzazione)”.

Ainda que, segundo Mussolini, o fascismo fosse algo novo – a história, aduzia, jamais havia testemunhado um governo totalitário de um partido –, sua doutrina fora elaborada com certos elementos do socialismo, do liberalismo e da “teoria democrática”:

que uma nova doutrina possa utilizar os elementos ainda vitais de outras doutrinas é perfeitamente lógico. Nenhuma doutrina nasce toda nova, luzente, jamais vista. Nenhuma doutrina pode orgulhar-se de uma “originalidade” absoluta. Se não for ligada às doutrinas do passado, ela o é às doutrinas do futuro. Assim o socialismo científico de Marx é ligado ao socialismo utópico de Fourier, de Owen, de Saint-Simon; assim o liberalismo dos ’800 remete a todo o movimento iluminista dos ’700. Assim as doutrinas democráticas são ligadas à Enciclopédia. Cada doutrina tende a endereçar a atividade dos homens em direção a um determinado objetivo; mas a atividade dos homens reage à doutrina, transforma-a, adapta-a às novas necessidades ou a supera. A doutrina, portanto, deve ser não um exercício de palavras, mas um ato de vida²⁹⁷ (MUSSOLINI, 1979, p. 271).

Mas o *Duce* não foi capaz de levar ao ordenamento legal a doutrina do fascismo²⁹⁸. Exigindo novos institutos jurídicos atrelados aos seus ideais “revolucionários”, inúmeros fascistas lamentaram a distância entre a teoria e a prática fascistas. Limitando-se a realçar o caráter autoritário de normas vigentes antes mesmo de 1922, o regime não estabelecera, muitos anos depois da Marcha sobre Roma, um modelo próprio de legislação (MELIS, 2018, p. 255).

Para Fimiani, a “constituição material” fascista foi marcada por “surpreendentes atributos de continuidade” – tanto que as mais importantes leis fascistas não poderiam ser classificadas como autênticas rupturas do sistema do Estatuto Albertino (2001, p. 148 e 156). Entre o liberalismo e o fascismo há, na verdade, uma sutil trama de continuidades e descontinuidades em que se mantém e continua a circular a fórmula do Estado de direito (COSTA, 1992, p. 81).

Não por acaso, uma série das normas editadas durante o período fascista permaneceu em vigor na República (MELIS, 2018, p. 255). “Como há continuidade entre o Estado liberal-autoritário do pré-fascismo, há continuidade entre o Estado do período fascista e o Estado

²⁹⁷ “Che una nuova dottrina possa utilizzare gli elementi ancora vitali di altre dottrine è perfettamente logico. Nessuna dottrina nacque tutta nuova, lucente, mai vista. Nessuna dottrina può vantare una ‘originalità’ assoluta. Essa è legata, non fosse che storicamente, alle altre dottrine che furono, alle altre dottrine che saranno. Così il socialismo scientifico di Marx è legato al socialismo utopistico dei Fourier, degli Owen, dei Santi-Simon; così il liberalismo dell’ ’800 si riattacca a tutto il movimento illuministico dell’ ’700. Così le dottrine democratiche sono legate all’Enciclopedia. Ogni dottrina tende a indirizzare l’attività degli uomini verso un determinato obiettivo; ma l’attività degli uomini reagisce sulla dottrina, la trasforma, l’adatta alle nuove necessità o la supera. La dottrina, quindi dev’essere essa stessa non un’esercitazione di parole, ma un atto di vita”.

²⁹⁸ E mais: globalmente, as normas de relevo editadas pelos fascistas apresentavam um caráter mais caótico do que coerente, muitas vezes induzindo verdadeiros conflitos internos (FIMIANI, 2001, p. 89).

democrático pós-fascista”²⁹⁹, afirma Cassese³⁰⁰. Para o jurista italiano, “a ideia do fascismo como parêntese, de uma pausa clara entre período fascista e Itália republicana, portanto, é errada”³⁰¹. Longe de ser uma realidade, ela corresponde a um mero desejo dos contemporâneos de se afastarem do fascismo (CASSESE, 2010, p. 23-24).

Em 1954, dois terços das normas de um código de Direito Administrativo italiano remontavam aos anos do fascismo. E não foram poucas as leis da época de Mussolini que permaneceram em vigor décadas após a queda do regime fascista (CASSESE, 2010, p. 23). O atual Código Civil italiano foi aprovado em 1942. E o Código de Processo Civil, elaborado por uma comissão que contou com a controversa participação de Piero Calamandrei³⁰², é de 1940. Ambos não sofreram alterações significativas desde então³⁰³ (CASSESE, 2010, p. 24). Mesmo a lei de Segurança Pública foi mantida³⁰⁴. E o tempo se incumbiria de consumir muitos anos até que as leis raciais fossem revogadas (FIMIANI, 2001, p. 156-157).

Engana-se, assim, quem acredita que, logo após a Marcha sobre Roma, um novo regime tenha substituído o Estado liberal (DE BERNARDI, 2001, p. 156). De modo bastante gradual, algumas instituições do Estado italiano passaram, ao longo do período fascista, sobretudo a partir do fim da década de 1920³⁰⁵, por transformações, ainda que pouco radicais.

²⁹⁹ “Come c’è continuità tra lo Stato liberale-autoritario del prefascismo, c’è continuità tra lo Stato del periodo fascista e lo Stato democratico postfascista”.

³⁰⁰ Depois da década de 1930, as normas editadas na Itália eram, em sua maioria, obra da burocracia ministerial. E Mussolini se gabava, então, de “governar com os diretores gerais” (CASSESE, 2010, p. 24).

³⁰¹ “L’idea del fascismo come parentesi, di una cesura netta tra periodo fascista e Italia repubblicana, dunque, è errata”.

³⁰² Dois outros renomados juristas compuseram tal comissão: Francesco Carnelutti e Enrico Redenti. Se, nota Ernesto De Cristofaro, a presença destes dois juristas na condução dos trabalhos não provoca perplexidade, a de Calamandrei é “mais problemática”, pois ele se tornou, logo depois da queda do fascismo, um “orgulhoso e conspirativo opositor do regime”. Para alguns, essa postura de Calamandrei denunciaria sua ambiguidade frente ao fascismo, pois o Código de Processo Civil teria traços autoritários que certamente não lhe teriam escapado. Outros, ao contrário, sustentam que o Código de Processo Civil seria uma obra da técnica, na medida em que o regime não pretenderia editar uma lei opressiva – algo que demonstraria que Calamandrei não teria se comprometido ideologicamente com o fascismo. Para De Cristofaro, “a posição de Calamandrei é a de um homem perfeitamente advertido do que estava havendo e, ao mesmo tempo, privado da possibilidade de interferir positivamente a não ser buscando, onde pôde, limitar os danos” (DE CRISTOFARO, 2012).

³⁰³ Além de uma série de normas, também permaneceu nos quadros da República a maior parte da alta cúpula burocrática fascista (CASSESE, 2010, p. 24).

³⁰⁴ Referindo-se especificamente à legislação penal fascista, Lachè é categórico: “São inegáveis alguns traços de continuidade entre o fascismo e a idade liberal considerada nos seus elementos ‘mais autoritários’” (2015, p. XVIII) (“Sono innegabili alcuni tratti di continuità tra l fascismo e l’età liberale considerata nei suoi elementi più ‘autoritari’”).

³⁰⁵ Fimiani crê que a “apropriação fascista das organizações estatais” (“appropriazione fascista dell’organizzazione statuali”) se deu em três fases. A primeira delas vai de outubro de 1922 ao fim de 1924. É de tal período o discurso antiparlamentar de Mussolini ao assumir o governo, a delegação de amplos poderes legislativos a ele conferida pela Câmara e, ainda, a reforma eleitoral de 1923. Entre o início de 1925 e o fim de 1928, desenrola-se a segunda fase. Trata-se de uma época de grande produção legislativa. As leis fascistíssimas são editadas nesse período. Nele, ainda, as oposições são esmagadas, o poder parlamentar dessora, o Executivo é exaltado, o mundo do trabalho vê-se dobrado pela lógica iliberal fascista por meio de inúmeras leis e a propaganda do regime atinge grande sucesso.

Foi a continuidade, porém, que, dando-lhe a tônica, marcou a transição entre a Itália liberal e a Itália de Mussolini. Mario Patrono defende que, continuação do sistema político anterior, o fascismo fundava sua legitimidade sobre o exercício da legalidade (2000, p. 68). Sua análise é precisa: todas as mudanças institucionais promovidas pelos fascistas ocorreram sob a forma da lei.

Nos moldes do *Rechtsstaat*, teoria que teve grande ressonância entre os teóricos da Itália, o Estado italiano do período fascista “quis na forma do direito”, ou seja, “quis na forma da lei” – como na doutrina de Stahl³⁰⁶:

O Estado de direito de Stahl, como é conhecido, não é o Estado limitado pelo direito: é o Estado que quer (necessariamente) na forma do direito. O direito não é o limite, mas a forma da vontade do Estado: o seu papel de garantia é indireto e derivado, não primário e final. O Estado de direito assim entendido não exclui as garantias, mas não se concentra sobre estas; chama a atenção não sobre os espaços individuais protegidos através do direito, mas sobre a capacidade ordenadora do Estado, sobre a centralidade (e autoridade) da administração³⁰⁷ (COSTA, 1992, p. 81).

Sob o fascismo, com o uso do Estado de direito “à la Stahl” (COSTA, 1992, p. 82), tudo foi, dentro da tradição formalista herdada do século XIX, orquestrado, na busca por legitimidade, legalmente. Tecnicamente, vivenciou-se o império da lei.

O Estado de direito do período fascista não é, resalte-se, o Estado de direito *material* – aquele cujo “princípio básico” é, nos termos de Goyard-Fabre, “a inalienabilidade dos direitos fundamentais reconhecidos ao homem” (2002, p. 322). Na verdade, não era *esse* Estado de direito *substancial* que dava as cartas por toda a Europa continental na virada do século XIX para o XX, mas o Estado de direito *formal* – o *Rechtsstaat*. A própria concepção de Estado de direito sofre, ao longo dos anos, uma significativa mudança.

Não há dúvida de que o conceito de Estado de direito é politicamente disputado – inclusive discursivamente. Em suas origens, o Estado de direito não passa de um instrumento para a garantia dos direitos individuais naturais, sua razão externa. Mais tarde, ele ganhará

A terceira fase, que se estende de 1930 a 1940, assiste, segundo Fimiani, a uma tensão entre o ordenamento fascista e o Estatuto Albertino, formalmente em vigor: o fascismo tem, ao longo desses anos, dificuldades para estabelecer uma constituição material com as suas próprias digitais. O período é marcado sobretudo pela eliminação da Câmara dos Deputados (FIMIANI, 2001, p. 92-94).

³⁰⁶ Costa lembra que Stahl é “conhecido, traduzido e citado na Itália” do século XIX (1992, p. 80).

³⁰⁷ “Lo Stato di diritto di Stahl, come è noto, non è lo Stato limitato dal diritto: è lo Stato che vuole (necessariamente) nella forma del diritto. Il diritto non è il limite, ma la forma della volontà dello Stato: il suo ruolo di garanzia è indiretto e conseguente, non primario e finale. Lo Stato di diritto così inteso non esclude le garanzie, ma non si concentra su di esse, richiama l’attenzione non sugli spazi individuali protetti attraverso il diritto, ma sulla capacità ordinamentale dello Stato, sulla centralità (e autoritarità) dell’amministrazione”.

autonomia e verá no direito positivo a forma de expressão de sua própria vontade. Aquele Estado de direito setecentista já não contaria, a partir de meados do século XIX, com a simpatia da maioria dos teóricos do direito e das autoridades públicas da Europa.

Os fascistas certamente não se adaptariam a um modelo de Estado de direito pautado pela liberdade natural dos indivíduos – mas, pragmáticos, atuaram confortavelmente nos moldes do *Rechtsstaat*.

4.6 O LEGISLATIVO ITALIANO SE TORNA COADJUVANTE

O princípio da legalidade muito apeteceu aos fascistas. Piero Calamandrei afirma que, durante o governo de Mussolini, as leis eram tantas que caíram em descrédito – algo “natural”, pois o regime acreditava poder regular tudo por lei, desde o modo de caminhar ou de vestir até o jeito de falar ou de cumprimentar. O jurista italiano vê, aí, uma crise da legalidade: as coisas aparentavam ser o que não eram. Muitas das instituições fascistas não passavam, aduz, de nomes (CALAMANDREI, 2013, p. 47-48).

Após a Marcha sobre Roma, a Câmara e o Senado italianos continuaram a reunir-se normalmente. Calamandrei defende, porém, que, a rigor, esse Parlamento se tornou, especialmente a partir de 1925, um instrumento que mascarou a ditadura de uma oligarquia (2013, p. 49). Bastaria dar uma olhada na lei de número 2263, a primeira lei fascista de conteúdo propriamente constitucional. Editada em 24 de dezembro de 1925, ela foi aprovada na Câmara sem nenhuma discussão (SCHWARZENBERG, 1977, p. 45)³⁰⁸. Dentre outras atribuições e prerrogativas a ele concedidas, tal norma conferia ao chefe de governo o poder de obstruir qualquer iniciativa de lei proposta por qualquer congressista³⁰⁹.

Tal tese não leva em conta, porém, que o Legislativo da Itália já vinha abrindo mão de suas atribuições antes mesmo do início do regime fascista. Com a lei 671 de 22 de maio de 1915, poderes extraordinários foram conferidos ao Executivo em caso de guerra. Assim, o

³⁰⁸ No Senado, uma única voz se levantou contra ela – a de Gaetano Mosca (SCHWARZENBERG, 1977, p. 45).

³⁰⁹ Eis a redação do *caput* do artigo 6º da lei 2263: “nenhum projeto pode ser colocado na ordem do dia das duas Câmaras sem a adesão do Chefe de Governo”. A iniciativa das leis competiria, portanto, a partir daí, na prática, a Mussolini, cujo poder não se resumiria às funções executivas (FODERARO, 1939, p. 752 e 754). Segundo Claudio Schwarzenberg, a lei de número 2263 simplesmente deu contornos jurídicos a um estado de fato: Mussolini já concentrava, então, em todas as suas formas, o poder político (SCHWARZENBERG, 1977, p. 45).

Parlamento italiano “espoliou-se” das suas mais fundamentais prerrogativas. Dali em diante, o governo se “autoestruturaria” por simples decretos³¹⁰ (MELIS, 2018, p. 21).

Em uma atitude tipicamente suicida, sustenta Heller, o Parlamento italiano promoveu sua própria anulação, transformando-se, assim, em um atavio, uma máquina de gestão de consenso. E as suas investidas contra as suas próprias funções foram intensificadas, sob o regime fascista, com a edição da norma que submetia ao prévio juízo do chefe de governo a apresentação de qualquer projeto de lei. Antes disso, porém, no dia 30 de dezembro de 1923, o Parlamento delegou ao Executivo a competência para alterar o Código Civil, o Código Comercial e o Ordenamento Processual Civil. Em 1925, a delegação se estendeu para a modificação do Código Penal, do Código de Processo Penal e do Ordenamento Judiciário – na prática, sem quaisquer limites (HELLER, 1987, p. 111, 112, 114, 115, 125 e 126).

A princípio reservados aos casos extraordinários, os decretos-leis fascistas haveriam de ser submetidos ao controle político do Parlamento – que, na prática, agia conforme os ditames de Mussolini. Nos primeiros doze meses do governo fascista, 517 decretos-leis excepcionais vieram a lume. Entre 1915 e 1921, foram editados 2945 deles. Os desencontros a respeito da validade dessas normas provocavam uma enorme incerteza jurídica (HELLER, 1987, p. 111, 112, 125 e 126).

Quatro dias antes da Marcha sobre Roma, Mussolini se referiu ao Parlamento italiano como um brinquedinho. Em 1925, ele afirmou que o Executivo é o poder máximo do povo. É verdade que o *Duce* acrescentou que tal poder tinha no rei o seu chefe supremo. Mas essa afirmação foi puramente tática. A monarquia perdeu muito poder com sua adesão ao fascismo. Ninguém levou Mussolini a sério quando, durante a crise Matteotti, ele afirmou que deixaria o cargo se Vittorio Emanuele III o ordenasse (HELLER, 1987, p. 115, 121, 125, 126 e 127).

O Poder Judiciário também deu de ombros para as investidas de Mussolini sobre o Parlamento quando, em maio de 1924, a Corte de Cassação estabeleceu que “na jurisprudência e na doutrina há pleno acordo sobre o fato de que o Poder Executivo não viola as normas constitucionais emanando decretos em matérias que são reservadas ao Poder Legislativo”. De qualquer forma, uma lei de 1926 retirou dos juízes o poder de controlar os decretos-leis – cujo

³¹⁰ À época, o Executivo e o Legislativo viviam em um estado de penetração e de colaboração sistemática – sem espaço para *checks and balances*. Mas a balança do poder tendia, então, invariavelmente para o governo, cujos projetos de lei eram, de modo a evitar o desencadeamento de crises, quase sempre aprovados. O Parlamento raramente tinha força para aprovar meras emendas às propostas oriundas do Executivo (MELIS, 2018, p. 21).

controle, dali em diante, caberia unicamente ao Parlamento. A partir de então, defende Heller, o Judiciário só fez obedecer aos ditames de Mussolini (HELLER, 1987, p. 129-130).

Durante o regime fascista, o Legislativo desempenhou, sustenta Leibholz, um papel meramente figurativo – o de uma máquina de registro pronta a aprovar os projetos de lei e os decretos do governo, sobretudo depois da reforma eleitoral de 1923, que conferiria privilégios ao partido majoritário. Em 1928, com a lei 1019, as eleições passam a ser um plebiscito a respeito do programa de governo. Dali em diante, os eleitores só teriam a possibilidade de aprovar ou rechaçar uma lista unitária nacional formada pelo Grande Conselho do Fascismo. Em caso de desaprovação – algo praticamente impossível diante do clima de repressão então vivido –, uma nova lista concorrente seria submetida ao voto (LEIBHOLZ, 2007, p. 46-50).

Sob o fascismo, assevera Leibholz, tanto a Câmara dos Deputados quanto o Senado assistiram ao esvaziamento de suas atribuições e competências. O Executivo passou a ter poderes normativos típicos do Legislativo. Os decretos-leis assomavam aos borbotões – o que, a rigor, mesmo em casos nada urgentes, já ocorria antes da Marcha sobre Roma. Para o teórico alemão, o Parlamento fascista era somente uma fachada exterior para fazer o povo crer que as escolhas do fascismo dele dependiam – uma farsa (LEIBHOLZ, 2007, p. 51, 54, 57 e 58).

No dia 09 de junho de 1923, Mussolini declarava o seguinte na tribuna do Senado:

Diz-se que este Governo não ama a Câmara dos Deputados [...] Diz-se que quer abolir o Parlamento e sabotá-lo em todos os seus atributos. Será tempo de dizer que a crise do Parlamento não é desejada por mim ou por aqueles que seguem as minhas ideias. O parlamentarismo foi ferido gravemente por dois fenômenos típicos do nosso tempo: de uma parte pelo sindicalismo, de outra pelo jornalismo³¹¹ (DI GUALTIERI, 2017, p. 164).

Os sindicatos acabam por, na prática, segundo Mussolini, tutelar os interesses de seus filiados, que desejam ficar longe da manifesta incompetência da assembleia política³¹². Já o

³¹¹ “Si dice che questo Governo non ami la Camera dei Deputati [...] Si dice che vogliamo abolire il Parlamento e sabotarlo in tutti i suoi attributi. Sarà tempo di dire che la crisi del Parlamento non è voluta da me o da quelli che seguono le mie idee. Il parlamentarismo è stato ferito gravemente da due fenomeni tipici del nostro tempo: da una parte il sindacalismo, dall'altra il giornalismo”.

³¹² Os fascistas divergiam a respeito das reformas sindicais e da inserção dos sindicatos na estrutura estatal. Guido Pighetti, por exemplo, advogando uma profunda mudança constitucional que levaria a um sistema tricameral, defendia que as corporações deveriam formar uma câmara específica com atribuições legislativas técnico-econômicas. Sua proposta indicava, ainda, a diminuição do número de cadeiras na Câmara dos Deputados e uma alteração no modo de acesso ao Senado. Agostino Lanzillo, jurista influenciado por Georges Sorel e Pierre-Joseph Proudhon, tinha, de outro lado, propósitos diversos. Ele não sustentava a existência de uma casa “sindical” e outra “política”, mas de uma única câmara cujos membros seriam eleitos, por classe profissional, pelos cidadãos sindicalizados. O “Parlamento de primeiro grau”, corporativo, constituiria o espaço da luta política e do conflito de interesses. Sobre ele, acima das disputas, o Senado assomaria como o “depositário da consciência nacional”. Sergio Panunzio via com bons olhos a proposta de Agostino Lanzillo. Em lugar, porém, de uma única Câmara

jornalismo é o “parlamento cotidiano”: nele tomam lugar homens oriundos da universidade, da ciência, da indústria – bem mais eficientes, defende o *Duce*, na busca de soluções para os problemas do país do que os representantes sentados nas cadeiras do Poder Legislativo. Foram tais fenômenos da civilização capitalista, sustenta Mussolini, que diminuíram a enorme importância outrora atribuída ao parlamento (DI GUALTIERI, 2017, p. 164).

Os senadores ainda ouviram de Mussolini que

Em suma, o Parlamento não pode mais conter toda a vida de uma nação, porque a vida moderna das Nações, excepcionalmente complexa, é difícil. Dizer isto não significa dizer que queremos abolir o Parlamento, antes queremos melhorá-lo, aperfeiçoá-lo, corrigi-lo, fazer dele uma coisa séria, se for possível, uma coisa solene. E, de resto, se eu quisesse abolir o Parlamento eu não teria apresentado uma lei eleitoral (DI GUALTIERI, 2017, p. 164).

Se um parlamento seria eleito em 1924, isso não significaria, contudo, que o governo ajoelhar-se-ia diante dele: “Mas o Governo deve ser rebocado pelo Parlamento? O Governo deve se submeter ao domínio do Parlamento? O Governo deve ser abúlico ou acéfalo frente ao Parlamento? Não posso aceitar a teoria da abulia ou da acefalia do Governo diante do Parlamento”³¹³ – acrescentou Mussolini ao Senado (DI GUALTIERI, 2017, p. 164-165).

Pouco mais de trinta dias depois de falar ao Senado, Mussolini discursou para os deputados. Ele voltou ao tema. Repetiu, então, que não aspirava ao fim do Parlamento – antes de tudo porque os fascistas “não sabiam com que coisa o substituiria”. De fato, acrescentou, os conselhos técnicos ainda engatinhavam. Seria possível, contudo, em um “segundo tempo”, conferir-lhes uma parte do trabalho legislativo. De todo modo, anunciou o *Duce*, o fascismo é “elecionista”. É por meio das eleições que os fascistas conquistam seus mandatos. E eles não desejam, segundo Mussolini, o fim do Parlamento, mas apenas preencher o hiato existente entre ele e o país (DI GUALTIERI, 2017, p. 165).

sindical, centralizada, o autor de *O Sentimento do Estado* acreditava ser necessário estabelecer uma pluralidade de parlamentos profissionais regionais. Para tanto, sugeriu a constituição de uma nova lei fundamental, que lançaria as bases de um verdadeiro Estado sindical. Nele, os sindicatos intermediariam todas as relações, tanto de direito público quanto de direito privado, de todas as classes e profissões. Tais propostas de reformas na estrutura parlamentar provocaram, segundo Carlo Avarna di Gualtieri, preocupações nos ambientes que se colocavam ao lado do governo – os industriais, a banca e os liberais. Contudo, representantes do regime trataram de, por meio de declarações sempre vagas e imprecisas, ressaltar que ninguém colocaria em xeque a Constituição – lembrando, porém, que ela precisaria de pequenos retoques. Se, por um lado, os dirigentes fascistas precisavam acalmar esses setores, também deviam prestar contas aos radicais do Partido Nacional Fascista, cujos ideais revolucionários ainda estavam de pé (DI GUALTIERI, 2017, p. 159-163).

³¹³ “Ma il Governo deve essere rimorchiato dal Parlamento? Il Governo essere in balia del Parlamento? Il Governo? Il Governo deve essere abulico e acéfalo innanzi al Parlamento? Non posso accettare la teoria dell’abulia e dell’acefalia del Governo dinanzi al Parlamento”.

Fimiani defende que, sob o ponto de vista dos fascistas, a liquidação do Parlamento não passava por sua abolição: enchê-lo de aliados seria bem mais interessante³¹⁴ (2001, p. 111). Sem se referir especificamente ao fascismo, Cotta afirma que, “a par da função representativa, o Parlamento desempenha também a função de legitimação”. Para ele, o parlamento, “intermediário do apoio ou dissenso, ajuda a conferir ou a subtrair legitimidade política ao Governo”. E, acrescenta, “nos regimes que limitam fortemente o papel político autônomo do Parlamento, esta função legitimadora constitui a principal justificação para a manutenção das instituições parlamentares” (COTTA, 1993, p. 884).

Calamandrei parece não acreditar em tamanho pragmatismo e, simplório, afirma que faltou coragem ao *Duce* para instituir um novo órgão que correspondesse sinceramente à nova realidade política italiana³¹⁵. Por isso, sustenta, a Câmara e o Senado continuavam lá de modo farsesco³¹⁶. Falava-se em representação, em discussão e em regime parlamentar – mas nada disso realmente existia de fato (CALAMANDREI, 2013, p. 49-50).

O fascismo, defende Calamandrei, “falsifica” a legalidade, já que não a suprime, mas, em sua estratégia, mantém-na oficialmente sobre a fachada. Daí, conclui, a dificuldade de descrever o ordenamento jurídico fascista: “era um pouco difícil, na verdade, dar desse sistema uma definição em termos jurídicos!”³¹⁷. Os professores de Direito Constitucional se deparavam, então, com uma miríade de dúvidas: o regime fascista era ou não revolucionário? A monarquia constitucional continuava de pé? O Estatuto Albertino estava em vigor ou fora suprimido? Os cidadãos eram todos iguais perante a lei ou os filiados ao Partido Nacional Fascista tinham privilégios? Sob o ponto de vista de Calamandrei, o regime fascista constituía uma simulação

³¹⁴ Przeworski alerta para a possibilidade de controle de um poder sobre outro: “com o devido respeito a Madison, os freios e contrapesos não funcionam com eficácia quando diferentes poderes do governo são controlados pelo mesmo partido: como o próprio Madison descobriria quase de imediato, a separação constitucional dos poderes é vulnerável a interesses políticos. Tribunais, sejam constitucionais ou comuns, podem ser configurados segundo interesses partidários, intimidados ou contornados. Mudanças constitucionais indiscriminadas, emendas ou referendos podem superar por meios legítimos obstáculos antes vindos da própria Constituição. Órgãos públicos, incluindo agências de segurança, podem ser instrumentalizados para atender a objetivos partidários. A mídia estatal pode ser aparelhada por órgãos reguladores aliados ao governo, enquanto a mídia privada pode ser intimidada do ponto de vista legal, ou destruída financeiramente. Todas essas medidas são possíveis legalmente” (2020, p. 204-205).

³¹⁵ Para Heller, os fascistas só mantiveram o parlamento em funcionamento de olho na política externa: seria importante mostrar ao mundo ao menos a sua fachada (1987, p. 127).

³¹⁶ “A ridícula incompetência dos deputados: uma reunião de gente medíocre e miserável. Os vanilóquios, nenhum interesse pela discussão, o rebaixamento do nível. Leia as discussões parlamentares. Tudo era preparado de antemão: os deputados eram encarregados de falar, e eram fixados aqueles que deveriam falar, para que o ministro pudesse responder” (CALAMANDREI, 2013, p. 51). (“La ridicola incompetenza dei deputati: una accolta di gente mediocre e miserabile. I vaniloqui, il nessun interesse delle discussioni, l’abbassamento del livello. Leggere le discussioni parlamentari. Tutto era preparato prima: i deputati erano incaricati di parlare, ed era fissato quello che dovevano dire, perché il ministro potesse rispondere” (CALAMANDREI, 2013, p. 51).

³¹⁷ “Era un po’ difficile, in verità, dare di un siffatto sistema una definizione in termine giuridici!”.

da legalidade, uma trapaça, legalmente organizada, à legalidade, um ilegalismo legalizado (CALAMANDREI, 2014, p. 06-08).

Para Calamandrei, o regime de Mussolini atentou contra a liberdade – o que, protesta, a tradição liberal não poderia aceitar, já que o liberalismo trabalha com “uma legalidade que pode modificar todas as leis, menos aquelas postas *a priori* como condições necessárias para o respeito da liberdade”³¹⁸. A lei liberal tem “qualquer coisa a mais”³¹⁹ (CALAMANDREI, 2013, p. 28). Sob a perspectiva de Calamandrei, esclarece Costa, não basta respeitar os procedimentos formais de criação da lei para evitar a degeneração das instituições liberal-democráticas. A legalidade substancial há de ter por base a liberdade que, democraticamente, o povo deve dar a si mesmo (COSTA, 1999, p. 154). Dir-se-ia que Calamandrei vê na legalidade fascista uma máscara sem um rosto.

Depois de fazer menção a Calamandrei, Didier Musiedlak defende que o próprio Mussolini permaneceu fiel à “estratégia legalista” traçada por Alfredo Rocco, seu influente ministro da Justiça³²⁰, até o fim do regime fascista³²¹. Segundo Musiedlak, Rocco não pretendia acabar com a separação de poderes ou com os direitos fundamentais³²². Seu propósito era limitá-los por meio da lei (MUSIEDLAK, 2010, p. 77-81).

A análise das ações de Rocco junto ao Parlamento demonstra que, de fato, o ministro da Justiça de Mussolini sempre respeitou todos os procedimentos legais: sua “estratégia legalista se inscreve, na realidade, na lógica de um sistema que continua a funcionar, depois de

³¹⁸ “[...] una legalità che può modificare tutte le leggi meno quelle poste *a priori* come condizioni necessarie per il rispetto della libertà”.

³¹⁹ “Il liberalismo implica [...] qualcosa di più della legalità”.

³²⁰ À frente do ministério da Justiça – função que assumiu depois de ocupar o cargo de subsecretário da Assistência Militar e após exercer a presidência da Câmara dos Deputados – Rocco desempenhou um papel destacado na edição das leis fascistíssimas: a título ilustrativo, a lei que proibiu as sociedades secretas, a lei que promoveu mudanças na regulação da liberdade de imprensa e a lei que conferiu ao Poder Executivo a faculdade de emanar normas jurídicas sem a participação do Parlamento têm a tinta de sua pena. Foi dele, ainda, o projeto de lei eleitoral que acabou por, em 1928, instituir a aprovação plebiscitária de uma única lista nacional para a escolha dos membros da Câmara dos Deputados. No fim do mesmo ano, o ministro da Justiça de Mussolini apresentou ao Parlamento o texto da norma que, devidamente aprovada, “constitucionalizou” o Grande Conselho do Fascismo (TARQUINI, 2010, p. 106-107).

³²¹ Alessandra Tarquini também defende que Mussolini seguiu a estratégia traçada por Rocco, o arquiteto do “novo Estado fascista” (2010, p. 109). Ao tratar do início do regime, Alberto De Bernardi nota que o seu “processo de construção legal” já estava em curso em 1922 (DE BERNARDI, 2001, p. 177).

³²² Luigi Lacchè defende que o Estado de Alfredo Rocco é nacional, autoritário e estruturado à moda da juspublicística tedesca (2015, p. XI-XII). Em exposição no Congresso Nacionalista de 1914, Rocco sustentou que o fascismo constituía a primeira concepção orgânica e histórica da sociedade que refutava os pressupostos jusnaturalistas do liberalismo: rompendo com o passado e superando a filosofia da Revolução Francesa, ele privilegiava os direitos da sociedade e do Estado em detrimento dos individuais (TARQUINI, 2010, p. 106). Segundo Bobbio, Rocco contrapõe a liberdade dos liberais, que a tomam por um direito, àquela dos fascistas, que a consideram uma simples concessão do Estado (1986, p. 138).

seu início, em concurso com o Parlamento”³²³. Se, sob o fascismo, o Executivo desempenhou um papel de destaque, ele sempre atuou em colaboração com o Legislativo (MUSIEDLAK, 2010, p. 79-80).

E a ascensão do executivo sobre o legislativo não foi, definitivamente, um fenômeno exclusivamente fascista. Não havia, a tal respeito, nada de original na Itália – ainda que o fascismo imaginasse o contrário. A ideia de protagonismo do executivo vinha de longe e se ligava à tradição de crítica à instituição do parlamento – que unia, além de sindicalistas, nacionalistas e antimodernistas, nomes como Gaetano Mosca, Vilfredo Pareto, George Sorel, Max Weber, Maurice Hauriou e Carl Schmitt (FIMIANI, 2001, p. 109).

Schmitt, por exemplo, sustenta que o parlamentarismo estaria em crise em razão do desaparecimento do debate aberto. Para o jurista alemão, o parlamento do Estado burguês de direito constitui, ao menos idealmente, o espaço de discussão pública das mais diversas opiniões políticas. Sua moderação levaria à “verdade razoável” e à “norma justa”, pois as discussões racionais nele realizadas seriam capazes de suavizar todos os contrastes e conflitos imagináveis (SCHMITT, 1996a, p. 303).

No fim da década de 1920, contudo, Schmitt afirma que o parlamento já não seria o local de debates racionais e de convencimentos mútuos. À época, defende o autor de *Teologia Política*, os partidos, representantes de certos segmentos das massas, fixavam de antemão a posição de seus parlamentares frente a determinadas matérias, coagindo-os. As disputas ocorreriam, assim, apenas em torno do número de cadeiras de cada agremiação: ganharia aquela que dispusesse de mais mandatos. As discussões deram lugar, então, sob o ponto de vista de Schmitt, a calculadas negociações – que, de resto, seriam costuradas em comissões a que se daria pouca ou nenhuma publicidade. Muitas vezes, aliás, argui, as decisões políticas seriam tomadas, fora do parlamento, em reuniões entre chefes partidários e em conversas confidenciais com associações de interesses³²⁴ (SCHMITT, 1996a, p. 306-307).

³²³ “La stratégie legaliste d’Alfredo Rocco s’inscrivait en réalité dans la logique d’un système qui continua de fonctionner après son départ avec le concours du Parlement”.

³²⁴ Schmitt parece, aqui, ecoar Weber: “Como é que se trata dos assuntos no Parlamento? Hoje em dia, os discursos de um deputado já não são manifestações pessoais, e menos ainda tentativas de convencer os adversários. São declarações oficiais do partido, dirigidas ao país ‘através da janela’. Depois de os representantes de todos os partidos se terem revezado em falar uma ou duas vezes, o debate no Reichstag está encerrado. Os discursos são apresentados previamente na sessão da fração ou pelo menos combinam-se ali todos os itens essenciais. Do mesmo modo, determina-se ali quem deve falar em nome do partido. Os partidos têm seus especialistas para cada assunto, bem como a burocracia tem seus funcionários competentes. Mas, ao lado de suas abelhas obreiras, têm também seus zangões, oradores ‘de exposição’, aos quais somente se pode recorrer, com muita cautela, para fins representativos. Ainda que não sem exceção, vale em geral o princípio: quem faz o trabalho tem a influência. E este trabalho realiza-se atrás dos bastidores, nas sessões das comissões e frações e, entre os membros intensamente ativos, principalmente em seus escritórios particulares [...] Toda a ampla massa de deputados atua somente como

As desconfianças em face do parlamento não constituem uma empreitada genuinamente fascista. Otto von Bismarck já sugeria que, para governar, seria melhor ignorar o legislativo (ALBANESE, 1996, p. 16). Schmitt, para quem o sistema parlamentar vivia, no início do século XX, seu ocaso, afirma que sua crise já existia antes do surgimento do fascismo e do bolchevismo. E, ressalta, ela perduraria para além deles, pois refletiria “aquele contraste, insuperável em sua profundidade, entre a consciência liberal do homem como indivíduo e a homogeneidade democrática” (SCHMITT, 1996b, p. 17).

Se os fascistas rechaçaram a “soberania sufragista”, defenderam a existência de outros sistemas representativos diversos do parlamentarismo e criticaram as decisões tomadas pelos partidos políticos ao arrepio dos eleitores (CASSESE, 2010, p. 132), eles definitivamente não foram os primeiros a fazê-lo.

Na verdade, sustenta Giorgio Agamben, o Ocidente testemunhou uma expansão dos poderes do executivo com a irrupção da Primeira Guerra Mundial³²⁵. A situação excepcional e emergencial então vivida levou inúmeros governos a, autorizados por seus parlamentos, editarem normas com *força de lei*: não eram propriamente leis, mas dispunham de força de lei. Essa prática, porém, contradizia, nos termos de Agamben, “a hierarquia entre lei e regulamento, que é a base das constituições democráticas, e delegam ao governo um poder legislativo que deveria ser competência exclusiva do Parlamento” (2005, p. 18-19).

Essa “progressiva erosão dos poderes do Legislativos”, sustenta o pensador italiano, estendeu-se desde então, a ponto de se tornar, um “paradigma de governo”: hoje, o parlamento “se limita, com frequência, a ratificar disposições promulgadas pelo executivo sob a forma de

séquito do *leader*, ou dos poucos *leaders*, que formam o gabinete, e lhes obedece cegamente enquanto têm sucesso. Sempre domina as ações políticas o ‘princípio do pequeno’ número, isto é, a superior capacidade de manobra política de pequenos grupos com liderança. Essa tendência ‘cesarista’ é inextinguível (em Estados de massas)” (WEBER, 2009, p. 562-563). Hannah Arendt também trata da reputação dos parlamentos no início do século XX: “Por outro lado, o sistema alemão transformou o Parlamento num campo de batalha mais ou menos útil a interesses e opiniões em conflito, sendo sua principal função a de influenciar o governo, embora sua utilidade prática na condução dos negócios estatais fosse discutível. Na França, os partidos sufocaram o governo; na Alemanha, o governo emasculou os partidos. Desde o fim do século XIX, a reputação desses parlamentos e partidos constitucionais declinara constantemente; para o povo em geral, pareciam instituições caras e desnecessárias. Bastava este motivo para que um grupo que alegasse apresentar alguma coisa acima dos interesses de partidos e de classe, e que surgisse fora do Parlamento, tivesse muita chance de se tornar popular. Esses grupos pareciam mais competentes, mais sinceros e mais interessados nos negócios públicos do que os partidos. Mas isso era assim apenas na aparência, pois o verdadeiro objetivo de todo ‘partido acima dos partidos’ era promover um interesse particular até subjugar todos os outros, e fazer com que um grupo particular se apossasse da máquina do Estado” (1989, p. 289).

³²⁵ William Scheurmann nota que, para Schmitt, a vagueza da lei, incompatível com os imperativos da nova era, inevitavelmente abriria caminho à particularidade dos decretos administrativos, que serviriam muito melhor ao “estado de emergência econômico” testemunhado pelo século XX (1999, p. 94-97).

decretos com força de lei”³²⁶. As democracias parlamentares se tornaram, assim, governamentais (AGAMBEN, 2005, p. 31).

Em 1924, anos após o fim da Primeira Guerra Mundial, o governo chefiado por Raymond Poincaré, às voltas com graves problemas econômicos, solicitou ao Parlamento francês plenos poderes em matéria financeira. A grita da oposição foi grande – se os congressistas atendessem o pleito, estariam renunciando aos poderes constitucionais do Legislativo –, mas, no fim das contas, uma lei conferiu quatro meses de poderes especiais para lidar com os problemas relacionados à instabilidade do franco (AGAMBEN, 2005, p. 26).

Onze anos mais tarde, ainda na França, Pierre Laval conseguiu autorização dos congressistas para emitir mais de cinquenta decretos com força de lei: em jogo estava, mais uma vez, a desvalorização da moeda francesa. A esquerda tachou a prática de “fascista”, mas, dois anos depois, sua Frente Popular também pediria ao Parlamento “plenos poderes para desvalorizar o franco, fixar o controle do câmbio e cobrar novos impostos”. Na verdade, todas as forças políticas passaram a se valer de tais artifícios (AGAMBEN, 2005, p. 26).

Ainda se referindo à França, Agamben lembra que

Em dezembro de 1939, depois que estourou a guerra, o governo obteve a faculdade de tomar, por meio de decreto, todas as medidas necessárias para garantir a defesa da nação. O Parlamento permaneceu reunido (salvo quando foi suspenso por um mês para privar da imunidade os parlamentares comunistas), mas toda a atividade legislativa continuava permanentemente nas mãos do executivo. Quando o marechal Pétain tomou o poder, o Parlamento francês era a sombra de si mesmo (2005, p. 27).

Quanto à Itália, ela já havia se tornado, antes mesmo da chegada dos fascistas ao poder, um grande “laboratório jurídico-político” em que se desenrolou o processo de transformação do decreto-lei em uma fonte ordinária de produção do direito – tanto que, em 1923 e 1924, milhares de decretos-leis editados muito antes do governo de Mussolini foram, de um só golpe, transformados em lei pelo Parlamento italiano (AGAMBEN, 2005, p. 31).

Em 1939, diante do abuso do uso dos decretos de urgência, o próprio regime fascista tratou de limitar seu alcance. Isso não impediu, no entanto, “com singular continuidade”, a aprovação do artigo 77 da Constituição republicana de 1947: tal norma conferia ao governo o poder de “nos casos extraordinários de necessidade e de urgência”, estabelecer “medidas

³²⁶ “Sob a pressão do paradigma do estado de exceção, é toda a vida político-constitucional das sociedades ocidentais que, progressivamente, começa a assumir uma nova forma que, talvez, só hoje tenha atingido seu pleno desenvolvimento” (AGAMBEN, 2005, p. 27).

provisórias com força de lei”, cuja utilização se tornou, desde então, lugar-comum na Itália³²⁷ (AGAMBEN, 2005, p. 32).

Com os olhos voltados para os dias de hoje, Agamben afirma, não sem uma certa dose de exagero, que o executivo absorveu, na prática, o legislativo³²⁸. Os parlamentos, aduz, perderam sua soberania e deixaram de, com exclusividade, “obrigar os cidadãos pela lei”. Ainda segundo o pensador italiano, “a cultura política do Ocidente não se dá conta de haver perdido por inteiro os princípios que a fundam” (AGAMBEN, 2005, p. 33). Na verdade, “a lei [...] perdeu o seu primitivo caráter de raridade e estabilidade e, convertida em forma comum de ação política, se transformou em algo necessariamente particular e mutável” (COTTA, 1993, p. 885).

4.7 O ESTADO DE DIREITO ENTRE O LIBERALISMO E O FASCISMO

O Estado de direito surge, no século XIX, como um “conceito de luta política” da burguesia em face do Antigo Regime e de seu Estado Absoluto. Com ele, tal classe busca garantir um núcleo de direitos fundamentais individuais ligados, basicamente, à propriedade privada e à livre iniciativa (SCHMITT, 1996a, p. 137). O Estado já não poderia atentar contra esses direitos (NOVAIS, 2013, p. 73). A burguesia trata, assim, de se proteger contra eventuais ataques à propriedade privada e à liberdade pessoal – anteriores e superiores ao Estado (NOVAIS, 2013, p. 103), direitos naturais de *todos* os homens –, que só poderiam ser alvo de interferência caso houvesse amparo legal³²⁹. Simples decretos reais já não poderiam, sozinhos, limitá-las (SCHMITT, 1996a, p. 157-158).

Fruto oitocentista da reação ao Absolutismo, o princípio da legalidade aparece como um prolongamento da teoria da soberania popular e da representação parlamentar: em ascensão,

³²⁷ Depois de mencionar que o Código Penal fascista é elaborado pelo Executivo – o Legislativo delega-lhe tal poder –, Ernst Wilhelm Eschmann afirma o seguinte a respeito do quadro político-jurídico italiano do final da década de 1920 e do início da década de 1930: “Desde luego desaparece todo fundamento para la tradicional separación de poderes legislativos, ejecutivo y judicial en el Estado fascista [...]. Aquella división de los poderes ha tenido un gran arraigo en la consciencia de los pueblos europeos, pero de hecho, si es que alguna vez se aplicara con el debido rigor, habia sido infringida por la circunstancia de que el poder legislativo habia avasallado al ejecutivo, lo mismo en Italia que en resto de Europa. En el Italia actual, por el contrario, es el poder ejecutivo el que ha absorbido a los otros dos, resultando de ello un peligroso arbitrio en manos del Gobierno, que no por aplicarse en beneficio de los fines sociales es menos opuesto a la existencia de garantias jurídicas” (1931, p. 94-95-96).

³²⁸ Eis, aí, sustenta Agamben, uma das principais marcas daquilo que ele chama de Exceção: “a abolição provisória da distinção entre poder legislativo, executivo e judiciário” (2005, p. 19).

³²⁹ “A construção protetora, peculiar do Estado de Direito, se baseia na distinção entre regulações legais de caráter geral e a aplicação dessas regras pelo juiz ou por uma autoridade administrativa. A invasão na Liberdade e Propriedade tem lugar, *não por meio de uma lei*, mas sim *de acordo com uma lei*” (SCHMITT, 1996, p. 159).

a burguesia deixa claro que quaisquer ofensas a seus interesses econômicos só seriam possíveis por meio da aprovação de leis votadas em um parlamento constituído por seus próprios representantes (AUER, 1997, p. 125).

Se o que impera é a lei, o poder legislativo certamente há de se destacar: “o ‘império da lei’ traduz-se, a nível político, na soberania do poder legislativo, pois a vontade geral só é soberana quando actua por via geral e abstracta, ou seja, no seu momento legislativo” (NOVAIS, 2013, p. 92). Daí que “[...] de entre os órgãos constitucionais – e das forças sociais que os hegemonizam – será soberano quem detiver a função legislativa” (NOVAIS, 2013, p. 92). Contundente, Schmitt se refere a um “absolutismo do Parlamento” e a um “domínio do Parlamento sobre o Governo” nesse quadro de divisão de poderes³³⁰ (1996, p. 294).

Segundo Novais,

Na medida em que os direitos individuais se sustentavam na lei emanada do Parlamento, a liberdade e propriedade burguesas só estariam juridicamente protegidas quando também a atividade administrativa – eventualmente não hegemonizada pela burguesia – se encontrasse [...] sob reserva e preferência da lei ou, dito de outra forma, só através do (e no) princípio da legalidade da Administração se realizava plenamente o Estado liberal de Direito. O princípio da legalidade da Administração (corolário do “império da lei”) constituir-se-ia, assim, como eixo decisivo do Estado liberal e da específica divisão de poderes que este consagrou, o que proporcionaria a sua ulterior identificação com o próprio conceito de Estado de direito (2013, p. 95).

Mas a ampliação das competências do parlamento faria com que a burguesia se apegasse a um discurso político de democratização. O entrelaçamento entre a lei e a representação popular era o preço a ser pago na batalha contra os fortes governos monárquicos³³¹ (SCHMITT, 1996b, p. 156-157).

A partir do momento, porém, em que, derrotado o Antigo Regime com o providencial auxílio das massas³³², toma a burguesia as rédeas do poder, já não lhe seria mais dado manter um discurso tão material:

³³⁰ “Não há em todo caso nenhuma Constituição do Estado burguês de Direito cuja regulação orgânica não esteja dominada pelo princípio da distinção de poderes” (SCHMITT, 1996, p. 189).

³³¹ Conforme Schmitt, baseado no “império da Lei”³³¹, o Estado burguês de Direito nada é senão um Estado legalitário³³¹ (1996a, p. 149). Com a recusa ao “império dos *homens*”, a simples vontade de indivíduos, de assembleias ou de corporações cede espaço a uma norma geral e igual para todos – inclusive para o legislador, que não pode fazer da faculdade de legislar um meio de dominação arbitrária (1996a, p. 150). Seguindo uma tradição que remonta à filosofia grega, a burguesia acaba por, em sua investida contra o Antigo Regime e contra os teóricos do Absolutismo, tomar a lei por uma “coisa geral-racional” (SCHMITT, 1996a, p. 150).

³³² “Na sua ascensão, a burguesa mobilizou as massas e reiteradamente as traiu e abateu” (MARCUSE, 2011, p. 12). Na Itália do século XIX, afirma Umberto Allegritti, os “imitadores” italianos do liberalismo inglês tinham “medo” da “liberdade racionalista e revolucionária” professada acima do Canal da Mancha, tendo trabalhado para limitá-la e torná-la inócua (1983, p. 83).

[...] na medida em que surgia conotada com uma anterior intenção revolucionária e prospectiva, a caracterização material do Estado de direito era tendencialmente incômoda, pois, proclamando o primado do homem e dos seus direitos como fulcro da organização do Estado, induzia a assunção das reivindicações de liberdade pelo *quarto-estado*, em oposição a uma burguesia já politicamente dominante (NOVAIS, 2013, p. 105).

O Estado de direito burguês se afasta, então, de seus fundamentos jusnaturalistas, que haviam se tornado um “foco de instabilidade” (NOVAIS, 2013, p. 111)³³³. Nos termos de Marcuse, “a generalização e a realização da liberdade não são mais do interesse da burguesia, isso já é ‘socialismo’” (2011, p. 11)³³⁴. O inimigo, continua o pensador alemão, está em todo canto – inclusive “no próprio arraial”: “a classe dominante se mobiliza para liquidar não só o movimento socialista, mas também as suas próprias instituições, que entraram em contradição com o interesse da propriedade e do negócio” (MARCUSE, 2011, p. 11).

De acordo com Angel Latorre,

[...] a escola do direito natural racionalista [...] tinha adquirido um ar militante na medida em que a sua trindade programática (vida, liberdade e propriedade) encarnava a mentalidade e os interesses duma burguesia pujante, para a qual essa ideologia era a grande arma contra as já desfalecidas estruturas feudais, que ainda se mantinham como obstáculo à sua plena expansão. Uma vez triunfante esta classe social, o velho espírito revolucionário converte-se em serenidade conservadora, para a qual nada melhor do que um positivismo que colocara o centro do Direito no Estado, que era então o Estado predominantemente burguês (1978, p. 179-180).

À burguesia apetececia, daí em diante, conferir maior importância aos aspectos formais do Estado de direito por ela idealizado. Um parlamento burguês haveria de se valer dos

³³³ “Várias forças se combinaram, sem dúvida, para amortecer o entusiasmo pelo direito natural; significativa entre essas forças seria, indubitavelmente, a reação contra os excessos do racionalismo da filosofia setecentista do Iluminismo, além do sentimento de que o direito natural era desprovido de qualquer base científica ou empírica e ignorava o papel vital de processos históricos no desenvolvimento do direito. Ademais, a associação de direitos naturais do povo (se não dos indivíduos como tais) à convulsão revolucionária francesa incutiu a essa doutrina o que poderíamos chamar um certo sabor ‘bolchevista’ para o paladar dos círculos governantes reacionários de começos do século XIX” (LOYD OF HAMPSTEAD, 1998, p. 99). Como nota Weber, “o direito natural é [...] a forma específica de legitimar as ordens *revolucionariamente* criadas. A invocação do ‘direito natural’ foi sempre de novo a forma em que as classes que se revoltavam contra a ordem existente conferiam legitimidade à sua reivindicação de criação de direito, desde que não se apoiassem em revelações e normas religiosas positivas” (WEBER, 2009, p. 134).

³³⁴ Sartre encara a questão sob o ponto de vista da literatura: “Em suma, a harmonia miraculosa que unia as exigências próprias da literatura àquela da burguesia oprimida se rompeu a partir do momento em que umas e outras foram atendidas. Enquanto milhões de homens se enfureciam por não poderem expressar seus sentimentos, era belo exigir o direito de escrever livremente e de examinar tudo; mas a partir do momento em que a liberdade de pensamento, a liberdade de religião e a igualdade dos direitos políticos são conquistadas, a defesa da literatura se torna um jogo puramente formal, que já não agrada mais a ninguém” (2015, p. 92).

elementos “formais-instrumentais” do Estado de direito para consolidar o poder da própria burguesia, que, estrategicamente, deixa de se preocupar com os ideais de justiça outrora reverberados aos quatro cantos. Já não se fala propriamente em direitos naturais (NOVAIS, 2013, p. 109-110).

A doutrina do direito público do fim do século XIX conjuga “a ideia do poder absoluto e soberano do Estado com o princípio do primado do direito através da ideia de que é Estado de direito aquele que ‘quer na forma do direito’, ou seja, que quer sob a forma de lei” (HESPANHA, 2003, p. 1.290). Na realidade, “o pensamento jurídico-constitucional do século XIX permitia bem uma ‘transição doce’ entre o princípio do Estado de direito [...] da segunda metade do século, e a nova concepção de Estado total não limitado pelos direitos individuais” (HESPANHA, 2003, p. 1.290)³³⁵.

No fim do século XIX, o modelo jusliberal clássico, “setecentista”, sobre o qual repousava toda a construção do Estado de direito, estava absolutamente arruinado: dali em diante, não seria mais o indivíduo o “dato evidente e indiscutível” a partir do qual se estruturaria o sistema político, mas o próprio Estado. Na Itália, esse fenômeno é perceptível sobretudo a partir de Vittorio Emanuele Orlando, cuja obra, “intransigentemente estatalista”³³⁶, refuta a concepção utilitarista de que o Estado constitui um mero instrumento. Para o influente jurista italiano, o jusliberalismo anglo-francês não passa de uma grande abstração e de pura metafísica³³⁷ (COSTA, 1992, p. 75-76).

Novais afirma que, a partir das últimas décadas do século XIX, o conceito de Estado de direito é cada vez mais identificado com o princípio da legalidade. Para o jurista português,

³³⁵ No mesmo artigo, Hespánha ressalta “a importância da teoria do *Rechtsstaat* na construção do Estado autoritário” (2003, p. 1287). Alguns pesquisadores sustentam, afirma Alessandro Somma, que a transição do Estado liberal para o fascismo constitui uma passagem de uma ditadura para outra – tudo com a leniência da magistratura, acostumada a curvar-se àqueles que estão no poder. Ainda de acordo com ele, “[...] Norberto Bobbio [...] reconheceu que durante as duas décadas do regime fascista o poder político considerou o direito um ‘domínio reservado’ e que isso conduziu a um nível de fascitização dos juristas decisivamente superior em relação ao de outras categorias de intelectuais” (“[...] Norberto Bobbio ha riconosciuto che durante il ventennio il potere politico ha ritenuto il diritto ‘un riservato dominio’ e che questo ha condotto ad un livello di fascistizzazione dei giuristi decisivamente superiore rispetto a quello che ha riguardato altre categorie di intellettuali”) (SOMMA, 2005, p. 31 e 35).

³³⁶ Guido Melis ressalta a grande influência exercida pela doutrina alemã sobre Vittorio Emanuele Orlando (2018, p. 257).

³³⁷ É curioso notar, porém, que, depois de nutrir uma simpatia inicial pelo regime de Mussolini (MELIS, 2018, p. 258), Vittorio Emanuele Orlando o consideraria, mais tarde, a antítese do Estado liberal de direito. Santi Romano e Oreste Ranelletti, seus famosos discípulos, não pensavam o mesmo: para eles, vigorava, então, sob o fascismo, um Estado de Direito administrativo (LANCHESTER, 1999, p. 296-297). Santi Romano, inclusive, integrou uma comissão de dezoito “notáveis” nomeada, em janeiro de 1925, para elaborar uma reforma constitucional. Os projetos por ela apresentados não agradaram ao *Duce* – que os engavetou. A constituição de comissões desse tipo (outra delas tratou de alterações no sistema de representação política, integrada, além de Santi Romano, por Giovanni Gentile) também fez parte da “tática de legalidade” do fascismo (FIMIANI, 2001, p. 96, 97 e 111).

o Estado de direito dá lugar, então, a um Estado de Legalidade que mais se assemelha a uma “casca vazia da legalidade” (NOVAIS, 2013, p. 105). Tal formalismo de caráter “científico” redundava no abandono da razão e dos direitos naturais como elementos do Estado de direito (NOVAIS, 2013, p. 115)³³⁸.

A ascensão e queda da ideia de lei substancial faz parte da história da ascensão e queda do liberalismo. Se, outrora, a burguesia buscava o poder – o que, em sua luta contra o Antigo Regime, dela exigia a elaboração de uma ideia substancial de lei –, o fim do século XIX já assistia à consolidação de seu poder. E, com suas cadeiras no seu parlamento, ela já poderia abandonar suas práticas revolucionárias. As próprias estratégias políticas da burguesia a levaram, assim, a ressignificar seu Estado de direito.

4.8 A ESTRATÉGIA LEGALISTA DO FASCISMO

Em um discurso proferido no dia 24 de outubro de 1922, Mussolini garantiu ao rei que o fascismo não atacaria a Constituição. Em 1924, festejou seu “espírito imortal” e sua “natureza era intocável” (HELLER, 1987, p. 114).

Quatro anos mais tarde, Alfredo Rocco, então à frente da pasta da Justiça, declarou à Câmara dos Deputados que o Estado fascista era um Estado de direito. Ele pode fazê-lo com base no “positivismo jurídico nomocrático”, segundo o qual “todo Estado é um Estado de direito” e “qualquer ordenamento e todos os atos do Estado são atos jurídicos” (HELLER, 1987, p. 115).

Heller se refere a Kelsen ao falar dessa espécie de positivismo. Com palavras duras, ele sustenta que, sob o ponto de vista lógico, a nomocracia formal liberal jamais havia sido colocada em xeque, mas que, politicamente, ela acabara por servir aos interesses de ditaduras³³⁹ (HELLER, 1987, p. 115).

³³⁸ Weber assevera que, no início do século XX, os juristas perderam a fé no direito natural: “na medida em que o estamento dos juristas mostra hoje em dia alguma relação ideológica típica com os poderes sociais, tende ele – em comparação tanto aos juristas da época revolucionária inglesa e francesa quanto à época do Iluminismo em geral, também dentro dos regimes despóticos patrimonial-principescos, dos parlamentos e das corporações comunais, até o ‘parlamento dos juizes de distrito’ dos anos 1860 – muito mais a colocar-se ao lado da ‘ordem’, e isso significa, praticamente: ao lado dos poderes políticos dominantes, ‘legítimos’ e autoritários” (WEBER, 2009, p. 141).

³³⁹ Seguindo a teoria positivista alemã do Estado de Direito, o fascismo defende a soberania do *Estado*: ele deixa de lado, assim, a teoria da soberania do *povo*. Para Heller, a doutrina germânica servira aos propósitos antidemocráticos do “cripto-absolutismo prussiano” e, anos depois, viria a ser útil à ditadura fascista (1987, p. 91).

É famosa a afirmação de Kelsen de que os nazistas tinham um Estado de direito³⁴⁰. O jurista austríaco integra um dos elos de uma longa tradição³⁴¹ que, recepcionada pela doutrina italiana do direito público, conceitua o Estado de direito como o “Estado que ‘quer na forma do direito’, aquele Estado que não pode se exprimir senão dando uma forma juridicamente rigorosa às suas escolhas, firme restando a sua liberdade soberana”³⁴² (COSTA, 1999, p. 75-76).

Mas os teóricos formalistas não deram causa ao nazismo ou ao fascismo: um grupo de juristas sem qualquer cargo político não poderia ditar os rumos de todo um país³⁴³. Ademais, ao contrário do que induz o senso ordinário, os acólitos do *Führer* muitas vezes davam de ombros para a legalidade. Na Alemanha hitlerista, os princípios estavam mais em voga do que as regras³⁴⁴.

O fascismo demonstrou maior apreço pela legalidade procedimental do que o nazismo. As leis fascistas ancoravam a sua legitimidade sobretudo no rito da sua aprovação. E o normativismo então em voga não se destacava, segundo Heller, por sua “densidade de conteúdo” – algo, aliás, que já se via na segunda metade do século XIX por toda a Europa, tomada por um positivismo de matiz naturalista que, no fundo, revelava a “crise da consciência filosófica e ética” pela qual passava o continente (HELLER, 1987, p. 77).

Carla Faralli nota que, durante quase toda a primeira metade do século XIX, a principal referência dos juristas italianos é o positivismo jurídico formalístico alemão. Sustenta ela, ainda, que “o fascismo usou o princípio positivista da supremacia da lei do Estado como

³⁴⁰ Segundo o próprio Kelsen, “por ‘Estado de Direito’ nós não entendemos uma ordem estatal com um conteúdo específico (portanto, não um Estado com certas e determinadas instituições jurídicas, tais como a legislação democrática, a sujeição dos atos executivos do chefe de Estado ao referendo do ministro responsável, a liberdade política e civil dos cidadãos, a independência do poder judicial, a jurisdição contenciosa-administrativa, etc., quer dizer, um Estado de Direito em sentido técnico), mas sim um Estado cujos atos são realizados em sua totalidade sobre a base da ordem jurídica” (1975, p. 120). Novais lembra que, para Kelsen, “todo o Estado, independentemente dos valores em que se funde e dos fins que prossiga, é um Estado de Direito enquanto ordem jurídica” (2013, p. 120). Assim, para o jurista austríaco, qualquer Estado, autocrático ou democrático, “pode ser juridicamente apreendido como sendo o próprio Direito – nada mais, nada menos” (NOVAIS, 2013, p. 121).

³⁴¹ Dela fazem parte teóricos como Stahl, Otto Bähr e Jellinek (COSTA, 1999, p. 75).

³⁴² “[...] è ‘Stato di diritto’ quello Stato che ‘vuole nella forma del diritto’, quello Stato che non può esprimersi se non dando una forma giuridicamente rigorosa alle sue scelte, ferma restando la sua sovrana libertà [...]”.

³⁴³ Kelsen não forjou o nazismo. Ele, aliás, teve de, perseguido por sua origem judia, deixar a Europa. E, lembra Carla Faralli, o pensamento do autor de *Teoria Pura do Direito* só se tornaria influente no debate jurídico-filosófico italiano na década de 1950 (FARALLI, 2012).

³⁴⁴ Sob o regime nazista, assevera Roger Bonnard, a liderança exercida pelo chefe da nação “deve às vezes efetuar-se fora da lei, mediante atos administrativos e até em virtude de atos jurisdicionais”. Na verdade, a lei, “necessariamente posterior ao direito”, dispensa, nele, a própria generalidade (BONNARD, 1950, p. 108, 113, 125 e 126). Segundo Bobbio, “a ideologia jurídica do nazismo era [...] nitidamente contrária ao princípio juspositivista, segundo o qual o juiz deve decidir exclusivamente com base na lei, sustentando, ao contrário, que o juiz devia decidir com base no interesse político do Estado (em particular, em oposição ao princípio *nullum crimen, nullum poena sine lege*, a ideologia nazista sustentava que deveriam ser considerados como delitos todos os atos contrários ao ‘são sentimento popular’ – *gesundes Volksempfinden* – mesmo se não previstos como crimes pela lei” (2006, p. 236).

instrumento para reforçar o poder e para limitar as liberdades individuais”³⁴⁵. Se, continua, não seria correto afirmar que o positivismo jurídico constitui a teoria jurídica do fascismo, não há dúvida de que ele serviu aos fins do movimento de Mussolini (FARALLI, 2012).

De fato, muitos juristas do campo fascista concordariam com o diagnóstico. Widar Cesarini Sforza afirma que “nenhuma revolução jamais respeitou tanto, como a fascista, a legalidade, e nenhuma, nas suas inovações, seguiu um critério mais *gradualista* e quase se diria experimental [...]”³⁴⁶ (*apud* FIMIANI, 2001, p. 155-156).

Na mesma linha, Salvatore Foderaro aduz que, fiel à máxima mussoliniana de que, na Itália, tudo está no Estado, o fascismo tem, “evidentemente, antes de qualquer outro”, um Estado de direito – propenso, inclusive, a, em comparação ao “Estado individualista”, ampliar a esfera de atuação da lei: a fazer suas as palavras do *Duce*, defende ele que, se o regime fascista constitui uma ditadura, ele não é senão uma “ditadura da lei” (1939, p. 757).

Na mesma linha, Francesco D’Alessio sustenta que a existência do Estado de direito demanda que os órgãos que falam pelo Estado devem estar juridicamente ordenados e que o Estado fascista aumentou o número das normas objetivas de organização das funções públicas (1940, p. 499 e 501).

Entusiasta do fascismo – movimento que, argui, promoveu a mais legal e estatal das revoluções vistas até então –, Luigi Viesti é bastante enfático: o “dito” Estado de direito nada tinha de Estado de direito, pois não atingira, em sua organização, “uma sistematização perfeitamente jurídica e legal”. O verdadeiro Estado de direito, o Estado de direito em ato, potencializado, era o Estado fascista, responsável pela “legalização completa da vida”, tarefa de que o liberalismo não se ocupara – tanto que dera de ombros para a regulação das relações coletivas de trabalho³⁴⁷ (VIESTI, 1929, p. 15, 31, 32 e 37).

Fora do campo fascista, Antonio Manuel Hespanha afirma que, a ter em conta sua “fundamental compatibilidade com o autoritarismo estadual”, o “positivismo-legalista” foi “largamente adoptado pelo fascismo, nomeadamente enquanto postulava a sujeição dos órgãos administrativos à lei do Estado” (2003, p. 1.302).

³⁴⁵ “Il fascismo usò il principio positivistico della supremazia della legge dello Stato come strumento per rafforzare il potere e per limitare le libertà individuali”.

³⁴⁶ “Nessuna rivoluzione ha mai tanto rispettato, come quella fascista, la legalità, e nessuna, nelle sua innovazioni, ha seguito un criterio più gradualistico e quasi si direbbe sperimentale”.

³⁴⁷ Competiria ao fascismo, segundo Viesti, “conformar” a antiga legislação da Itália liberal aos novos princípios da “revolução fascista” (1929, p. 35).

Costa nota que, frequentemente, a estratégia argumentativa da juspublicística do fascismo adapta a tradição do Estado liberal de direito ao quadro político-ideológico de então (1999, p. 89), recorrendo aos “princípios de legalidade e de certeza do direito” típicos da fórmula do Estado de direito (2006, p. 185)³⁴⁸ e, orquestrando-as juridicamente, multiplicando as instituições (1999, p. 85-86).

Novais crê em uma “apropriação” da concepção do Estado de direito por Mussolini e por seus asseclas³⁴⁹ (2013, p. 128). Bonnard assevera que, ajustando-o aos seus ideais autoritários, a doutrina fascista incorporava o positivismo jurídico: “o positivismo jurídico concorda, na realidade, muito bem com o poder pessoal e autoritário do *Duce*” – tanto que, sem discuti-lo, inúmeros juristas italianos admitiam-no nas décadas de 1920 e 1930 (1950, p. 18)³⁵⁰. Fassò também se manifesta nesse sentido. Após afirmar que as doutrinas em que se inspiram os Estados totalitários não possuem um “aspecto jurídico” peculiar – ele se refere à Itália, à Alemanha e à União Soviética –, declara que o fascismo italiano aceitou, de maneira tácita, a “doutrina dominante”, “limitando-se a servir-se dela quando ela podia ser-lhe útil” (1996, p. 247).

Muito embora não falem, segundo Costa, “testemunhos nitidamente contrários à sobrevivência da fórmula do Estado de direito na cultura jurídica do regime” – mesmo entre os juristas do fascismo havia conflitos internos a tal respeito (COSTA, 1999, p. 89) –, a “estratégia mais difundida” na Itália fascista não representa uma ruptura com a “tradição juspublicística” centrada no Estado, cuja existência está intimamente vinculada à lei (COSTA, 2006, p. 182-183).

Dentre os juristas alinhados a Mussolini, prevalece, portanto, a estratégia de compatibilização do Estado de direito com o “Estado novo” (COSTA, 1999, p. 81). Na doutrina do direito público fascista, a fórmula do Estado de direito sofre, com a marginalização de sua

³⁴⁸ “Se o nacional-socialismo chega a liquidar rapidamente o Estado de Direito, ao passo que o fascismo tende a conservá-lo como momento interno e ‘inferior’ da absoluta, ética realidade do Estado, ambos, de qualquer modo, devem manejar com cuidado aquela noção tratando de rescindir as múltiplas conexões que a ligam, genética e conceitualmente, à tradição do liberalismo oitocentista” (COSTA, 2006, p. 185).

³⁴⁹ Novais defende que, em razão da desvalorização generalizada dos direitos individuais, a organização político-jurídica fascista, um Estado de Legalidade formalista-positivista, não constitui um Estado de Direito: “a identificação do Estado fascista com o Estado de Direito constitui, então, a expressão mais radical – e, nessa medida, mais elucidativa, das conseqüências que a via da redução formalista do conceito de Estado de Direito inelutavelmente produzia” (2013, p. 139). Para o jurista português, o princípio da legalidade foi, à época das leis fascistíssimas, manejado como instrumento de legitimação jurídica de um regime que atentava contra os “ideais históricos do Estado de Direito” (NOVAIS, 2013, p. 139). Novais nota, porém, que boa parte da doutrina italiana da época tomava o “Estado fascista” por um Estado de Direito (2013, p. 137).

³⁵⁰ Bonnard sustenta que houve, à época, tímidas tentativas de elaboração de uma teoria do Direito e do Estado propriamente adequadas ao fascismo – uma doutrina, argui, que se desvencilhasse dos ideais individualistas típicos da Revolução Francesa (1950, p. 18).

faceta “político-constitucional”, uma “especialização semântica”. Nela ganha destaque absoluto a necessidade da vinculação da administração à lei (COSTA, 1992, p. 82). O fascismo promove, adaptando-a, a recuperação da tradição do Estado de direito e põe em evidência seus elementos compatíveis com o novo regime (COSTA, 1999, p. 84 e 89):

Os nexos com a tradição juspublicística oitocentista são evidentes: o Estado de direito denota o Estado que existe e se realiza através do direito, em uma perspectiva que, partindo da já longínqua filosofia jurídica de Stahl, encontra numerosas reformulações também na cultura jurídica italiana pré-fascista e se resolve, muitas vezes, na afirmação de que o “novo constitucionalismo” deve rejeitar qualquer “concepção atomista do indivíduo” e qualquer absolutização de seus direitos, mas não pode se eximir de dar uma definição jurídica das relações entre o indivíduo e o Estado. A estratégia mais frequente está, portanto, inspirada na tentativa de “desideologizar” o Estado de direito, de livrá-lo das incrustações liberal-constitucionais, de identificá-lo (*à la* Stahl) com o caráter “normatizado”, jurídico, de qualquer manifestação de vontade do Estado³⁵¹ (COSTA, 2006, p. 182-183).

Tal Estado desconhece direitos pré-estatais ou princípios imortais, mas é só por meio da lei que ele poderá, por exemplo, limitar liberdades individuais em favor do interesse público. Não há, nele, espaço para o arbítrio dos governantes (COSTA, 2006, p. 183). A “cultura jurídica fascista” define o Estado de direito como aquele que se expressa na forma do direito, mas que “deixa em aberto os conteúdos das decisões e a extensão da sua intervenção”. Seu apelo à lei o distancia do Estado nacional-socialista alemão (COSTA, 2006, p. 183-184).

De fato, os governos e programas de Mussolini e de Hitler não constituem “experiências homogêneas e intercambiáveis”: “os regimes que, nos anos 1920 e 30, dominam o cenário italiano e alemão fornecem, para a análise histórico-comparada, um quadro complexo e variado de analogias e diferenças”. Sua aversão ao “liberalismo” os une, mas a relação de cada um dos regimes com a fórmula do Estado de direito é diversa (COSTA, 2006, p. 173).

Os italianos tiveram um maior apego à tradicional ideia de legalidade³⁵². Os alemães enveredaram por uma outra senda. O pensamento de Schmitt ilustra bem tais diferenças. Para

³⁵¹ Os fascistas lançam, com frequência, vestes jurídicas formais e legais sobre suas ações. Sua “fé na legalidade da Revolução” é tamanha que o fascismo tende a “juridicizar”, “estruturando-as legalmente” da forma mais completa e veloz possível, “as situações efetivas criadas por uma ação” (LEIBHOLZ, 2007, p. 40). Trata-se, portanto, de um direito que legalizaria o fato – tese também defendida por Enzo Fimiani (2001, p. 89-90).

³⁵² Os juristas italianos estudaram mais e melhor do que os alemães o Estado de Direito “no momento de crise e de ‘superação’ do liberalismo”: o próprio Schmitt o admite em uma referência aos trabalhos de Sergio Panunzio – que não colimava “demolir o Estado de Direito, mas tão-somente limitar o seu alcance, demonstrando a insuficiência deste em esgotar, por si só, todo o fenômeno da estatalidade” (COSTA, 2006, p. 180). Ainda que rebaixado na “hierarquia dos conceitos jurídicos fundamentais”, o Estado de Direito de Panunzio não abria mão da legalidade. Havia, porém, os juristas que, simpáticos ao fascismo, não viam o princípio da legalidade com bons olhos – a exemplo de Giuseppe Maggiore, que, na esteira dos nazistas, encarava o *Führer* como a fonte de todo o direito, inclusive na esfera penal (COSTA, 2006, p. 180-182).

ele, a igualdade já não possuiria, com o nazismo, um caráter simplesmente formal. Ademais, as leis deveriam ser, todas elas, interpretadas, de modo global, sob o prisma dos princípios do nacional-socialismo (COSTA, 2006, p. 176).

Segundo Costa, Schmitt toma por “inadequada” a utilização do Estado de direito pelo regime nazista. Em primeiro lugar, porque o Estado de direito assoma no horizonte político-jurídico como o resultado de uma antropologia, de uma metafísica e de uma política liberais³⁵³. E, em segundo lugar, pois tal concepção ideologicamente forte foi, a partir de Stahl, neutralizada e tornada técnica (COSTA, 2006, p. 176-177).

Sob a perspectiva de Schmitt, o Estado nazista nada tinha que ver com o liberalismo ou com uma técnica normativa indiferente: sua ordem concreta e alicerçada no sangue e no solo guardava distância do relativismo e do agnosticismo de um Estado legislativo marcado pelo formalismo e pela preocupação com a aplicação das normas. Para o jurista alemão, o ceticismo liberal simplesmente se livrou da justiça – que, no Estado de direito, tornou-se mera conformidade à lei (COSTA, 2006, p. 176-178).

O caráter “congenitamente ‘formalista’” do Estado de direito, explica Costa, não satisfazia o Estado do *Führer* – um “Estado de justiça” que faz pouco caso do formalismo. Na esfera penal, os nazistas proclamam: “não há crime sem pena”. Algo diverso do “não há pena sem lei” da tradição liberal. Só a justiça concreta do *Führer* poderia, para Schmitt, salvar a nação, arruinada, argumenta, pelas garantias liberais de um Estado de direito que protegera os culpados de alta traição (COSTA, 2006, p. 178).

Como, para os juristas do nazismo, inclusive Schmitt, Hitler era o juiz máximo e o realizador do direito, já não haveria qualquer sentido em promover estudos aprofundados a respeito do Estado de direito. Discuti-lo seria, de acordo com Costa, inútil “para um regime que não tinha mais interesse em manter de pé uma ponte mesmo frágil com o passado” (COSTA, 2006, p. 179). Para Schmitt, o poder do *Führer* é tão absoluto que lhe permite colocar de ponta-

³⁵³ Com opinião bastante diversa, Leibholz assevera que o pensamento liberal teria influenciado os teóricos do Estado nazista, para os quais o Estado não seria um fim, mas só um meio: “essa concepção do Estado é instrumental e, no que se refere às formas externas, liberal. De fato, também para o liberalismo teórico o Estado surge só como meio para proteger o indivíduo em face da comunidade e manter o ordenamento externo da vida social” (“questa concezione dello Stato è strumentale e, per quanto riguarda le forme esterne, liberale. Infatti, anche al liberalismo teoretico lo Stato parve solo come mezzo per proteggere l’individuo di fronte alla comunità e mantenere l’ordinamento esterno della vita sociale”). Sob o nazismo, o Estado já não é o centro do pensamento político, mas o povo. O mesmo raciocínio não se aplica, porém, ao fascismo, que toma o Estado por central e não tem dele uma concepção instrumental (LEIBHOLZ, 2007, p. 114-116).

cabeça todo o sistema legal: Hitler não se submeteria, por exemplo, à organização judiciária, porque ele mesmo era a justiça suprema³⁵⁴ (HUMMEL, 2005, p. 86).

As concepções jurídicas do nazismo alemão e do fascismo italiano pouco tinham em comum³⁵⁵. Se os alemães davam pouca importância à lei positiva – um juiz poderia deixar de aplicá-la se seu texto contrariasse o espírito e a vontade da comunidade –, os italianos faziam questão de exaltar a norma positiva – tanto que as editavam aos borbotões³⁵⁶. Os fascistas italianos não queimaram as pontes sobre as quais haviam transitado. Ao contrário do nacional-socialismo – que o “liquidou rapidamente” –, o fascismo tendeu a “conservar” o Estado de direito. Ao manejá-lo, o regime de Mussolini reputou essencial “recorrer àqueles princípios de legalidade e de certeza do direito tradicionalmente compreendidos no interior da fórmula do Estado de direito”³⁵⁷ (COSTA, 2006, p. 184-185).

O Estado de direito se mostrou, ao longo de sua história, mais vinculado a um modelo substancial ou “conteudístico” do que ao modelo formal enunciado por Stahl ou desenvolvido por Kelsen. Se, porém, suas relações com o “constitucionalismo liberal” são mais evidentes, a fórmula do Estado de direito também foi relacionada a outras ordens políticas – como, a título ilustrativo, a fascista (COSTA, 2006, p. 193-194). E os teóricos do fascismo sempre se apoiaram na herança estatocêntrica da teoria e da prática da Itália liberal, cujo testamento não falava de um povo soberano, mas de um Estado soberano (COSTA, 1999, p. 78).

³⁵⁴ Sob o ponto de vista Schmitt, uma comunidade simpática ao nazismo deve interpretar seu direito com um olhar nazista (HUMMEL, 2005, p. 86).

³⁵⁵ Mas não só as concepções jurídicas: “os teóricos políticos do nazismo sempre afirmaram enfaticamente que o ‘estado ético’ de Mussolini e o ‘Estado ideológico’ de Hitler não podem ser mencionados no mesmo fôlego. Disse Goebbels acerca da diferença entre o fascismo e o nacional-socialismo: ‘[O fascismo] é (...) completamente diferente do nacional-socialismo. Enquanto este último desce até as raízes, o fascismo é superficial’. ‘[O Duce] não é um revolucionário como o *Führer* ou Stálin. Está tão preso ao povo italiano que lhe faltam as amplas qualidades de um revolucionário em escala mundial’. Himmler expressou a mesma opinião num discurso pronunciado em 1943 numa Conferência de Oficiais Comandantes: ‘O fascismo e o nacional-socialismo são fundamentalmente diferentes, (...) não há absolutamente nenhuma comparação entre eles como movimentos espirituais e ideológicos’” (ARENDETT, 1989, p. 359).

³⁵⁶ Ademais, “à contínua ambiguidade da revolução política e constitucional do fascismo é oposta, em sua extraordinária rapidez de implantação, o regime hitleriano, que prontamente estabelece os fundamentos ideológicos de sua arquitetura político-institucional” (“Alle perdurante ambiguità della rivoluzione politica e costituzionale del fascismo si contrappone, nella sua straordinaria rapidità di impianto, il regime hitleriano che stabilisce da subito le fondamenta ideologiche della sua architettura politico-istituzionale”) (LACCHE, 2015, p. XXX).

³⁵⁷ Para Stephen Skinner, “[...] o Estado fascista considerou de suficiente valia a retenção de uma forma jurídica reconhecível e as aparentes salvaguardas da legalidade como instrumentos do poder totalitário, em vez de subvertê-las ou substituí-las inteiramente, como alguns comentadores jurídicos Fascistas mais extremistas desejavam e como os nazistas conseguiram. Sob essa ótica, embora os fundamentos ideológicos e as intenções do direito fascista e do democrático divergissem, como alguns comentadores indicavam, existem pontos em comum nas formas normativas, nas responsabilidades e nos problemas, que conectam o regime fascista a outros tipos de Estado na Europa dos entreguerras” (2020, p. 214).

A ideologia do Ressurgimento italiano era, acima de tudo, estatalista: nela, o elemento “constitucional” do Estado não desempenhava um papel de destaque (GHISALBERTI, 1999, p. 121 e 126). Ao contrário: autoritária, ela se afastava da tradição jusnaturalista do constitucionalismo do século XVIII e encarava os direitos individuais, enfraquecidos, como uma simples criação do Estado³⁵⁸ (ZAGREBELSKY, [20--], p. 17).

Assim, com tratamentos “cosméticos”, a expressão *Estado de direito* pode ser adotada para caracterizar o “Estado fascista” (COSTA, 1999, p. 89), na medida em que, na linha de Stahl, ele existe e se realiza por meio do direito, legalmente, sem arbitrariedades: “coincidente com o ordenamento jurídico, cume do processo histórico em ato, o Estado fascista pode dizer-se ainda ‘Estado de direito’ por ressaltar o caráter não arbitrário, regulado, previsível da sua ação de governo”³⁵⁹ (COSTA, 1999, p. 84, 85 e 144).

4.9 O QUE VEM DEPOIS?

Segundo Luigi Ferrajoli, o fascismo e o nazismo levaram, no pós-guerra, à “constitucionalização” do direito e da democracia. Dali em diante, todo o ordenamento jurídico, inclusive a produção legislativa, submeter-se-ia a “normas constitucionais rigidamente supraordenadas”. As maiorias parlamentares já não disporiam de poderes virtualmente absolutos – algo que impediria a “inconcebível possibilidade de uma lei que limitasse a lei” (FERRAJOLI, 2011, p. 31).

Depois da Segunda Guerra Mundial, inúmeros Estados europeus aprovaram constituições rígidas. Os direitos fundamentais e as constituições não surgiram, obviamente, depois de 1945. Essas leis fundamentais eram, porém, antes disso, flexíveis – facilmente passíveis de modificação pelo legislador ordinário. Os princípios nelas estampados não vinculavam juridicamente, mas apenas politicamente, os artífices da lei. Para Ferrajoli, os

³⁵⁸ A ideologia do Ressurgimento manifestava tamanho apreço pelo Estado que atribuía a ele um caráter quase religioso, a ponto de considerá-lo “a forma espiritual mais alta do povo italiano”, “a primeira referência da vida pública”. Naquele contexto, apregoava-se a ideia de um Estado com forte significado ético-político (GHISALBERTI, 1999, p. 121 e 126).

³⁵⁹ “Coincidente con l’ordinamento giuridico, culmine del processo storico in atto, lo Stato fascista può dirsi ancora ‘Stato di diritto’ per sottolineare il carattere non arbitrario, regolato, prevedibile della sua azione di governo”. O “caráter não arbitrário” do Estado de direito do período fascista diz respeito à previsibilidade de seus atos. Costa não faz, portanto, um juízo valorativo a respeito da substância de suas ações, mas as analisa sob um ponto de vista formal. Uma norma pode, por exemplo, criminalizar aquele que toma sorvete no inverno – algo realmente absurdo. Se, contudo, for dada aos cidadãos a possibilidade de conhecer previamente tal tipo penal, nenhum deles poderá alegar surpresa caso venha a ser condenado por isso. Uma condenação dessa espécie não seria, assim, formalmente arbitrária.

fascistas se valeram dessa flexibilidade para, com as leis aprovadas por sua maioria parlamentar, sepultar, sem precisar recorrer a um golpe de Estado, a frágil democracia liberal italiana (FERRAJOLI, 2011, p. 31-32).

As constituições rígidas do pós-guerra exigiam que as leis tivessem substância. Sua validade não dependeria unicamente de sua forma. Ficava para trás, assim, o “paradigma paleo-positivista”, e a lei passava a ser, além de “condicionante e disciplinante”, “condicionada e disciplinada” (FERRAJOLI, 2011, p. 32-33). Segundo Ferrajoli,

Este *direito sobre o direito*, este sistema de normas metalegais em que consistem as atuais constituições rígidas não se limita, pois, a regular as *formas* de produção do direito mediante normas procedimentais sobre a formação das leis, mas também vincula seus *conteúdos* mediante normas substanciais sobre a produção, como são, em particular, as que enunciam direitos fundamentais (2011, p. 33).

Todas essas leis substanciais resolveriam, dir-se-ia, os problemas da era fascista. Não exatamente³⁶⁰. É o próprio Ferrajoli que, em 2011, seis décadas depois da promulgação da Constituição italiana de 1948, descreve, com pesar, a situação de seu país. Ele reclama de um “processo de desconstitucionalização do sistema político italiano” e da “construção de um regime antiliberal baseado no consenso” ou na “aquiescência passiva” de uma “parte relevante” da sociedade a uma “ampla série de violações da letra e do espírito da Constituição” (FERRAJOLI, 2011, p. 21).

As queixas de Ferrajoli vão além: a Itália da primeira década dos anos 2000 é, sob seu ponto de vista, uma democracia plebiscitária que neutralizou o sistema de pesos e contrapesos. Marcada pela “desvalorização das regras”, por “ataques à separação de poderes, às instituições de garantias, à oposição parlamentar” e à imprensa livre, ela “não suporta o pluralismo político e constitucional”. Uma democracia pode ser derrubada mesmo sem golpes de Estado, afirma o teórico italiano (FERRAJOLI, 2011, p. 21-22).

O diagnóstico que Ferrajoli faz dessa Itália recente poderia muito bem ser aplicado à Itália dos anos 1920, quando o Executivo avançava sobre o Legislativo, os plebiscitos e referendos eram usuais, as oposições eram esmagadas, a imprensa via-se limitada e a antiga ideia liberal de lei substancial era menoscabada. O simples recurso à *substância* não parece suficiente para lidar com o surgimento ou o desenvolvimento de um Estado de direito autoritário.

³⁶⁰ Como nota Leibholz, não é só com normas jurídicas que se sustenta um “sistema estatal em sentido liberal” (1996, p. 47).

E realmente não é. A ideia de um “retorno” à “substância” pode ser bastante problemática. Na Itália, os fascistas lançavam suas diatribes contra o edifício vazio do Estado forjado sob o signo do liberalismo. Na Alemanha, Schmitt pregava um retorno à substância e disparava sua munição contra o “formalismo desesperado” em que se via mergulhado o Estado de direito burguês. A história mostrou os horrores produzidos pelo nazismo e pelo fascismo.

Apontar os caminhos a serem percorridos para barrar o surgimento de regimes como o de Mussolini seria bastante presunçoso. Mas é possível, por meio de uma análise pontual do que já ocorreu, aprender, sobretudo em um momento de escalada autoritária, uma coisa ou outra a respeito do que pode ser evitado – para que nada disso se repita, nem como farsa e nem como tragédia. Um Estado de direito compatível com uma ordem política efetivamente pautada pela liberdade e pela igualdade não pode abrir mão da matéria em proveito da forma e nem da forma em proveito da matéria.

“Sempre há uma solução simples para todo problema humano – clara, plausível e errada”, ironizou Henry Louis Mencken (1920, p. 158). Simplesmente desmerecer ou achincalhar o Estado de direito, fruto de lutas políticas seculares, não é o caminho. Reconhecer seus problemas, suas limitações e suas inúmeras virtudes é fundamental, pois é a partir dele, de olho na liberdade e na democracia, que se deve avançar – jamais esquecendo que o sono da razão produz monstros.

5 CONCLUSÃO

O pensamento jurídico do Ocidente se estruturou em torno da distinção entre o direito natural, aquele cujas prescrições, válidas em toda parte, seriam objetivamente boas e racionais, e o direito positivo, que, criado pelos homens, haveria de, sob pena de ser desrespeitado, adaptar-se ao direito ditado pela natureza.

Thomas Hobbes tornaria tudo um pouco mais complexo – a ponto de muitos tomarem-no por um jusnaturalista e por um positivista. Para o filósofo inglês, a lei da natureza e a lei civil encontram-se entrelaçadas, a ponto de uma conter a outra. Mas, sustenta, a lei civil pode limitar e restringir a liberdade natural do homem. Os direitos civis nada são senão direitos naturais que perderam em volume mas que ganharam em eficácia (VILLEY, 2009).

Só o Estado pode criar a ordem jurídica: apenas ele postula, por meio da lei civil, o direito. Excepcionadas as leis da natureza, todas as leis hão de ser promulgadas. A lei civil é, para Hobbes, uma forma refundida da lei natural (VILLEY, 2009).

De acordo com o autor d'*O Leviatã*, não é a verdade, mas a autoridade que faz a lei. Apelar às imprecisas leis da razão seria um problema: tanto elas quanto as imutáveis leis naturais não dariam conta das constantes e complexas mutações sociais. Incumbirá ao soberano a promulgação de leis que, adaptadas a cada tempo e lugar, distribuirão as riquezas. Como, sustenta Hobbes, os indivíduos não firmariam um pacto que atentasse contra os seus próprios interesses, tais leis civis não contrariariam a razão (HOBBS, 1979).

Enquanto a maioria dos jusnaturalistas clássicos e medievais encarava o Estado como uma instituição natural, os teóricos do jusnaturalismo moderno o considerariam uma criação contratual dos indivíduos para a tutela de seus direitos naturais. Baseado na oposição entre o estado de natureza e o Estado, o modelo jusnaturalista moderno acompanha, refletindo-o em termos teóricos, o nascimento e o desenvolvimento da sociedade burguesa. A burguesia se valeria justamente das teorias dos jusnaturalistas para, na luta por sua emancipação política, pôr sob o próprio controle o Estado, ainda dominado, argumentavam os burgueses, pela irracionalidade do Antigo Regime e de suas vetustas instituições. E o Iluminismo desempenharia, no século XVIII, um relevante papel nesse processo.

Eclético, o Iluminismo gravita em torno da ciência e da razão, a mesma para todos os indivíduos, todas as nações, todas as épocas e todas as culturas. Mesmo que as ideias, as convicções morais e as religiões sejam diversas, sempre há, por trás delas, um conteúdo firme, imutável e consistente a expressar a essência da razão.

Os iluministas recorriam à ideia da natureza humana *em si* – aquela que, anterior à constituição da civilização, encerraria direitos inerentes à própria dignidade de ser homem, direitos universais, imutáveis e inalienáveis a que a sociedade civil estaria vinculada. Tintas metafísicas eram lançadas sobre os “direitos naturais” à propriedade privada e à liberdade de contrato.

O auge do direito natural coincide, no entanto, com a sua derrocada. De fato, as codificações da virada do século XVIII para o século XIX transformaram as normas do direito natural em normas positivas. Longe de ser arbitrária, tal “positivação” expressaria a razão das leis de uma natureza afinada com os interesses da burguesia, que aceitara as lições da escola do direito natural racionalista – afinal, o jusnaturalismo moderno havia tomado por idealmente racionais as aspirações políticas e econômicas burguesas (FASSÒ, 1993).

Considerar absolutas essas aspirações foi fundamental para que elas viessem a ser, enfim, satisfeitas. Tais crenças foram parar, nos últimos anos do século XVIII, nas Declarações de Direitos norte-americanas e na Declaração francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão (FASSÒ, 1993), por meio das quais as revoluções liberais afirmaram os direitos.

Mas depois dessa afirmação os legisladores continuaram a, com poderes ilimitados, destacar-se como intérpretes da vontade geral. O liberalismo político e jurídico do século XIX trata, assim, de reconduzir a autoridade dos artífices das leis para “dentro do Estado”. Tem-se, ao fim, na base desse Estado liberal de direito, um liberalismo que opõe à revolução a autoridade estatal (FIORAVANTI, 1995). Pouco consistente e coerente, o pensamento político do liberalismo clássico abandonou, aos poucos, seu rigor e sua audácia (HOBSBAWM, 2015).

O direito passa a ser identificado, nesse processo, com o próprio Estado – concepção rechaçada pelos jusnaturalistas, para quem os direitos naturais existiam antes do surgimento do aparato estatal, encarregado de assegurá-los.

De todo modo, o Estado de direito europeu estruturar-se-á sobre três grandes eixos: além dos direitos fundamentais, a separação de poderes e o parlamentarismo constituirão o seu arrimo.

A distinção de poderes encontra-se em todas as constituições do Estado burguês de direito. E, apesar de suas raízes se encontrarem na Antiguidade, sua formulação coerente dar-se-á apenas na Inglaterra do século XVII.

Um de seus sistematizadores foi John Locke. Para ele, nenhuma das agências do Estado é onipotente. Ainda que a função legislativa seja anterior à executiva – o executivo deve seguir as normas estabelecidas pelo legislativo –, os poderes dos parlamentares não poderiam

ser arbitrários ou ilimitados. Ao legislador não é dado, segundo o filósofo inglês, simplesmente fazer o que lhe dá na veneta (LOCKE, 2019; VILE, 2007).

O protagonismo do poder legislativo não é fortuito. No Estado de direito do liberalismo oitocentista, a divisão de poderes não é exatamente equilibrada. É no parlamento, afinal, que a burguesia, assegurando o controle da atividade administrativa por meio do princípio da legalidade, faz valer a sua força.

E foi justamente a força do legislativo que possibilitou o estabelecimento do sistema parlamentarista. Surgia, então, entre 1830 e 1848, o tipo ideal do Estado burguês. Sua posição intermediária reflete um ideal de moderação política. De uma parte, os burgueses se apoiam na monarquia e em um conceito de lei típico do Estado de direito para resguardar a propriedade privada e a liberdade burguesa. De outra, lançam mão da ideia de representação popular democrática contra as pretensões monárquicas.

Se, em 1848, a burguesia já não via com bons olhos o princípio da revolução, ela tampouco aspirava a um retorno ao Antigo Regime. Ela não desejava, então, nada exatamente concreto – nem monarquia, nem ditadura e nem república. No fundo, a única demanda burguesa é, em um ambiente político moderado, a segurança.

A instrução e a propriedade são as bases do sistema parlamentar forjado pela burguesia liberal. Aos poucos, porém, com a supressão do sufrágio atrelado ao tamanho do bolso, o parlamento se afasta de seu caráter ilustrado, incompatível com a política de massas. O delicado equilíbrio entre a monarquia constitucional, de um lado, e a representação popular e o governo, de outro, não duraria para sempre. O legislador popular outrora evocado pela burguesia já não poderia ser domado.

Ao rechaçar o seu próprio mundo espiritual e ao dar de ombros para as suas antigas concepções políticas, a burguesia põe em xeque seu ideal de Estado de direito – um processo de negação e de esvaziamento que já ocorria desde as revoluções europeias de 1848. Dali em diante, uma concepção material do Estado de direito daria lugar a construções técnico-formais. Só teria relevância, então, a previsibilidade da lei – não mais a sua justiça (HELLER, 1987).

O Estado burguês de direito tem por fundamento a ideia de uma lei geral, fixada de antemão e igual para todos, à qual o próprio legislador deve ser submetido. A princípio, uma lei só poderia ser geral caso dispusesse de determinadas propriedades – a exemplo da razoabilidade e da justiça, que, com a derrocada do jusnaturalismo, acabaram por se tornar problemáticas. A generalidade viria a ser, desse modo, a última das características fundamentais da lei do Estado de direito.

A axiomática do direito natural, que havia se tornado um foco de instabilidade, cai em descrédito. A burguesia perde a confiança em sua ideologia, os juristas deixam de ter fé no direito natural e o Estado de direito sofre um processo de exaustão axiológica (WEBER, 2009).

O início do século XX marca o grande ocaso da razão – que, subjetivada, formalizou-se e tornou-se incapaz de conceber a realidade sob a luz de uma objetividade absoluta. Seria absolutamente inútil defender que a justiça e a liberdade são melhores do que a injustiça e a opressão: isso equivaleria a afirmar que o vermelho é mais belo do que o azul. A civilização vivia dos restos das ideias racional-objetivas professadas pelos pioneiros da civilização burguesa, para quem um ordenamento jurídico só seria sábio se suas leis estivessem de acordo com a razão (HORKHEIMER, 2002).

É nesse contexto marcadamente formalista que a legalidade se aproxima, cada vez mais, da legitimidade. O cumprimento dos procedimentos de elaboração da lei é suficiente para justificá-la – independentemente de seu conteúdo. Sob o domínio do positivismo jurídico, essenciais são apenas a certeza e a segurança jurídicas ínsitas ao princípio da legalidade, tido por um valor em si mesmo.

Tal tendência geral à formalização seria usada como um álibi jurídico pelo autoritarismo – inclusive na Itália fascista.

O fascismo surgiu quando conservadorismo, liberalismo e socialismo eram *ismos* clássicos. Em 1920, Benito Mussolini propalava que os fascistas não possuíam vínculos com nenhuma doutrina. É bem verdade que, em 1932, o *Duce* redigira uma *Doutrina do Fascismo*. Mas os tempos eram outros: época de consolidação do regime. A formulação teórica vem depois da conquista do poder – que começou a ganhar forma em 1921.

Naquele ano, com o propósito de reduzir a força da esquerda, Giovanni Giolitti, o presidente do Conselho de Ministros da Itália, convocou eleições. Os liberais e os fascistas se coligaram. Os governistas defendiam a “normalização” do fascismo. Antes, porém, seria preciso usá-lo para enfraquecer a esquerda. Com uma votação surpreendente, os fascistas abocanharam 35 das cadeiras da Câmara dos Deputados. Em uma delas sentaria Mussolini, eleito pela primeira vez.

Os liberais e os conservadores se convenceram de que a defesa da lei e da ordem passava pela tolerância à violência fascista. O fascismo ganhava relevância. Mussolini propalava que, respeitando a monarquia, o exército, o catolicismo e a iniciativa privada, o fascismo restauraria a ordem do país. Os fascistas se legitimavam por meio do *transformismo* – a tradicional incorporação dos partidos desajustados ao sistema.

Em 30 de outubro de 1922, o rei Vittorio Emanuele confiou a Mussolini, chefe de um partido minoritário no Parlamento, a tarefa de formar um novo governo – montado com oportunismo e habilidade dentro da moldura do Estatuto Albertino.

Ao longo da história, o caráter genérico e aberto do Estatuto Albertino possibilitou sua releitura e sua adaptação às mais diversas circunstâncias. Não bastasse isso, sua natureza flexível permitia sua alteração por leis ordinárias. Tudo somado, os fascistas não tiveram dificuldade para trabalhar, juridicamente, dentro dos marcos da Constituição.

O regime de Mussolini não renegou o Estatuto Albertino, mas manejou sua flexibilidade para se estruturar e para se legitimar. Em grande medida, o governo fascista se vale, em sua atuação, de instituições pré-fascistas.

Boa parte do corpo normativo da Itália unificada permanece em vigor sob o fascismo. Tal legislação não é substituída, mas integrada e, quando necessário, levemente modificada. O ordenamento legal italiano não foi significativamente transformado com a chegada de Mussolini ao poder. Conquanto tenha propalado aos quatro cantos que seria antiliberal e totalitário, o regime fascista manteve as instituições do Estado liberal (CASSESE, 2010).

Há quem sustente que, após a Marcha sobre Roma, o Parlamento italiano promoveu sua própria anulação, transformando-se em um atavio, uma máquina de gestão de consenso. Prova disso seria a edição da norma que submetia ao prévio juízo do chefe de governo a apresentação de qualquer projeto de lei.

Tal tese desconsidera, no entanto, que o Legislativo italiano vinha abrindo mão de suas atribuições antes mesmo do início do regime fascista. A Itália já havia se tornado, antes mesmo da chegada dos fascistas ao poder, um grande laboratório jurídico-político em que se desenrolou o processo de transformação do decreto-lei em uma fonte ordinária de produção do direito.

Para os fascistas, encher o Parlamento de aliados prontos a aprovarem as leis de seu interesse seria bem mais interessante do que simplesmente aboli-lo. O princípio da legalidade apeteceu aos fascistas. Mussolini permaneceu fiel à estratégia legalista traçada por Alfredo Rocco até o fim do regime fascista.

Rocco não desejava acabar com a separação de poderes. Nem mesmo com os direitos fundamentais, que ele pretendia limitar por meio da lei. A análise de suas ações junto ao Parlamento demonstra que, de fato, o ministro da Justiça de Mussolini sempre respeitou todos os procedimentos e ritos legais.

Em um discurso proferido em 1922, Mussolini garantiu ao rei que o fascismo não afrontaria a Constituição. Em 1924, festejou seu “espírito imortal” e sua “natureza intocável”.

Quatro anos mais tarde, Rocco declarou à Câmara dos Deputados que o Estado fascista era um Estado de direito. Ele pode fazê-lo com base na concepção de que todo Estado é um Estado de direito e de que todos os atos do Estado são atos jurídicos.

Ao longo de sua história, o Estado de direito esteve mais vinculado a um modelo substancial do que ao modelo formal enunciado por Friedrich Stahl ou desenvolvido por Hans Kelsen. Se, porém, suas relações com o constitucionalismo liberal são mais evidentes, a fórmula do Estado de direito também foi relacionada a outras ordens políticas – como a fascista (COSTA, 2006).

Valendo-se do princípio da legalidade, típico da fórmula do Estado de direito, os juristas do fascismo se apoiaram na herança estatocêntrica da teoria e da prática da Itália liberal, cujo testamento não falava de um povo soberano, mas de um Estado soberano. Muito embora desconheça direitos pré-estatais, é só por meio da lei que ele poderá, por exemplo, limitar liberdades individuais em favor do interesse público. Não há, nele, espaço para o arbítrio dos governantes (COSTA, 1999 e 2006).

Conquanto lancem diatribes as mais variadas contra a doutrina constitucional e administrativa do Estado de direito liberal, tanto Sergio Panunzio quanto Carlo Costamagna, dois dos maiores juristas do fascismo, valem-se dela – aquele com mais críticas aos teóricos alemães do que este.

Ilustra-o muito bem o uso que Costamagna faz do princípio da legalidade.

Para Costamagna, o tipo de Estado propriamente fascista ainda estava a ser bosquejado em meados da década de 1930: batendo-se contra o “velho material legislativo” e o tecnicismo algébrico da doutrina italiana, ele não passava, então, de um rascunho marcado por destacadas incertezas em sua estrutura e em seus pontos fundamentais (COSTAMAGNA, 1934).

Em suas graduais reformas, afirma Costamagna, o fascismo não quis se afastar da legalidade formal. E tal estratégia não depõe contra o caráter criativo e revolucionário do fascismo, pois a concepção de legalidade da doutrina fascista é, aduz, mais vasta e rigorosa do que a interpretação individualista da legalidade de outrora. O “novo princípio da legalidade” fascista expressa, em detrimento do interesse individual, a preferência pela exigência da organização (COSTAMAGNA, 1934).

Costamagna não almeja recomeçar tudo a partir do zero: inúmeros conceitos vinculados à tradição do Estado de direito são trabalhados em sua obra, ainda que a eles sejam conferidos significados diversos. De todo modo, ressalta ele, o fascismo não abriu mão da legalidade formal ao longo do processo de construção de seu Estado.

Panunzio também se bate pela elaboração de uma teoria do Estado e do direito propriamente fascista, mas parece ou finge ignorar que o *Rechtsstaat*, contra o qual dirige acerbas críticas, serviu feito uma luva aos propósitos políticos do fascismo, cuja estratégia legalista muito devia ao formalismo tão elogiado pelos teóricos alemães da segunda metade do século XIX.

No fim dos anos 1920, Panunzio defendia que a “revolução fascista” estava em pleno desenvolvimento. Erigir sua doutrina de Estado seria tanto uma obrigação quanto um privilégio. Juridicamente forte e absolutamente capaz de se impor frente a todos os grupos sociais e sindicais, o Estado novo, tecnicamente jurídico, juridicamente conformado e organizado, toma o lugar do Estado liberal, já morto como ideia e como sentimento (PANUNZIO, 1929).

Panunzio parece trabalhar muito mais com o que *deve ser* o “Estado fascista” do que com aquilo que ele *é*. Nem sempre é possível diferenciar, em seus textos, o que são constatações e o que são desejos a respeito de seu objeto de estudo – um Estado que, considera o próprio jurista italiano, estava por se fazer em meio à tempestade de uma “revolução” em desenvolvimento. Seus escritos constituem, no fundo, uma mescla de apologia ao fascismo e de análises realistas a propósito do Estado de direito.

Tanto para Costamagna quanto para Panunzio o Estado fascista haveria de ser corporativo. E, ao contrário do corporativismo tradicional, o fascista nada tem de pluralista: nele, as corporações estão subordinadas ao Estado, que se encarregaria de criá-las, organizá-las, discipliná-las e orientá-las.

A máquina publicitária fascista prometia que o Estado corporativo constituiria uma terceira via entre o capitalismo e o comunismo, uma nova civilização política, um “Estado novo”. Nele seriam superados os conflitos de classe e as distinções entre o direito do Estado e o direito dos indivíduos. O Estado corporativo buscaria a imanência do Estado no indivíduo.

O corporativismo não constitui, porém, um fenômeno propriamente fascista: ele se espalhou por todo o mundo antes da Marcha sobre Roma e depois da queda de Mussolini. Na Itália pré-fascista já existiam normas de cunho corporativo. Não custa lembrar, ainda, que o edifício corporativo do fascismo nunca foi finalizado – algo admitido, inclusive, por eminentes figuras do regime.

Os fascistas tampouco poderiam afirmar que o “seu” Estado teria sido total ou totalitário. O fascismo não foi tão longe, contentando-se com a implantação de um governo de partido único. O “Estado fascista” constitui, a rigor, a coroação histórica do *Rechtsstaat*.

Convencional era também a arquitetura do Estado dirigido pelos fascistas. Executivo, Legislativo e Judiciário: eram esses os seus poderes – os mesmos do *tipo ideal* do Estado de direito burguês. O Grande Conselho do Fascismo poderia ser eventualmente encarado como um quarto poder – muito embora a lei 2693 de 1928 o qualifique como um órgão. Sua “constitucionalização” representaria uma novidade: a separação de poderes tripartida teria sido, assim, abandonada. De todo modo, na prática, ele não fez sombra ao Executivo, ao Legislativo e ao Judiciário. Não se deve esquecer, ademais, de que sua institucionalização se deu, respeitados os procedimentos típicos do tradicional Estado de direito, por meio de lei.

Ainda em 1928, o governo de Mussolini fez aprovar uma lei eleitoral de tipo plebiscitário: competiria aos eleitores dizer sim ou não a uma lista de candidatos a deputado formada pelo Executivo e pelo Grande Conselho do Fascismo. Não é possível, no entanto, considerar a novidade tão significativa.

Se o tipo de votação instituído pela lei 1029 de 1928 é ou não democrático – os plebiscitos são necessariamente autoritários? –, eis, aí, uma discussão polêmica. Mas o Estado de direito burguês oitocentista não tinha um compromisso com a democracia. O voto censitário só seria deixado de lado nas primeiras décadas do século XX, quando as massas passaram a depositar seus votos nas urnas.

Também foi por meio de uma lei, a 129, que a Câmara dos Deputados se transformou, em 1939, dezessete longos anos depois da Marcha sobre Roma, em Câmara dos *Fasci* e das Corporações, cujos integrantes só poderiam ser escolhidos pelos filiados ao Partido Nacional Fascista e pelos trabalhadores sindicalizados. Uma vez mais é necessário lembrar que o Estado de direito não tinha um compromisso com a democracia. Outrora, rememore-se, ser parlamentar demandava um bolso cheio. E a Câmara dos *Fasci* e das Corporações não abriu mão da ideia de representação.

Entre o liberalismo e o fascismo há, na verdade, uma sutil trama de continuidades e discontinuidades em que se mantém e continua a circular a fórmula do Estado de direito. Não por acaso, muitas das normas editadas durante o período fascista permaneceram em vigor na República.

Equivoca-se quem acredita que, logo depois da Marcha sobre Roma, um novo regime tenha substituído o Estado liberal (DE BERNARDI, 2001). Gradualmente, algumas instituições do Estado italiano passaram, ao longo do período fascista, sobretudo a partir do fim da década de 1920, por transformações, ainda que pouco radicais. Mas foi a continuidade que, dando-lhe a tônica, marcou a transição entre a Itália liberal e a Itália de Mussolini.

Politicamente disputado, o conceito de Estado de direito modifica-se ao longo do tempo. Em suas origens, ele constitui um instrumento para a garantia dos direitos individuais naturais. Mais tarde, ganhará autonomia e verá no direito positivo a forma de expressão de sua própria vontade. O Estado de direito setecentista já não contaria, a partir de meados do século XIX, com a simpatia da maior parte dos teóricos do direito e das autoridades europeias.

Os fascistas certamente não se adaptariam a um modelo de Estado de direito pautado pela liberdade natural dos indivíduos – mas, pragmáticos, atuaram com habilidade dentro da moldura do *Rechtsstaat*. Foi nos moldes dele que o Estado italiano do período fascista “quis na forma do direito”, ou seja, “quis na forma da lei”. Sob o fascismo, tudo foi, dentro da tradição formalista herdada do século XIX, orquestrado, na busca por legitimidade, legalmente.

Apesar das tentativas de arquitetar uma nova forma de Estado – um Estado propriamente fascista –, o fascismo atuou, confirmando a hipótese desta tese, sob a estrutura do *Rechtsstaat* – sob o império da lei. Isso não significa que o Estado de direito *seja* fascista, mas que o seu próprio desenvolvimento permitiu ao fascismo dele se valer para, com uma estratégia legalista, legitimar-se.

Indicar os caminhos a serem trilhados para barrar regimes como o de Mussolini seria bastante presunçoso. Mas é possível, por meio de uma análise pontual do que já ocorreu, aprender, sobretudo em um momento de escalada autoritária, algo a respeito do que pode ser evitado – para que nada disso se repita, nem como farsa e nem como tragédia.

Menoscabar ou achincalhar o Estado de direito, fruto de lutas políticas seculares, não é, definitivamente, o caminho. Reconhecer seus problemas, suas limitações e suas inúmeras virtudes é fundamental, pois é a partir dele, de olho na liberdade e na democracia, que se deve avançar – jamais esquecendo que o sono da razão produz monstros.

REFERÊNCIAS

- AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. São Paulo: Boitempo, 2005.
- AGÊNCIA SENADO. Aprovada no Senado, anulação do decreto das armas espera decisão da Câmara. *Senado Notícias*, 21 jun. 2019. Especial. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/06/21/aprovada-no-senado-anulacao-do-decreto-das-armas-espera-decisao-da-camara> . Acesso em: 13 dez. 2020.
- ALBANESE, Luciano. *I Pensatori Politici: Schmitt*. Bari: Editori Laterza, 1996.
- ALLEGRETTI, Umberto. *Profilo di Storia Costituzionale Italiana*. Lo Stato liberale. Il regime fascista. Cagliari: CUEC Editrice, 1983.
- ALTHUSSER, Louis. *Montesquieu, a Política e a História*. Lisboa: Editorial Presença, 1972.
- ALTINI, Carlo. Individuo, Stato e società in Gentile. In: *Croce e Gentile*. La cultura italiana e l'Europa. Roma: Istituto dell'Enciclopedia Italiana, 2016, p. 560-566.
- AMADO, Guilherme. Ricardo Salles propôs aproveitar foco da imprensa na Covid para 'passar boiada e mudar todo o regramento'. *Época*, 22 mai. 2020. Disponível em: <https://epoca.globo.com/guilherme-amado/ricardo-salles-propos-aproveitar-foco-da-imprensa-na-covid-para-passar-boiada-mudar-todo-regramento-24442057>. Acesso em: 13 dez. 2020.
- ARENDT, Hannah. *Origens do Totalitarismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.
- ARISTÓTELES. *A Política*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.
- AUER, Andreas. O Princípio da Legalidade como Norma Jurídica. In: *Justiça e Litigiosidade: História e Prospectiva*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- BALBACHEVSKY, Elizabeth. Stuart Mill: liberdade e representação. In: WEFFORT, Francisco (org.). *Os Clássicos da Política 2*. São Paulo: Editora Ática, 2001, p. 189-199.
- BILLIER, Jean-Cassien; MARYIOLI, Aglaé. *História da Filosofia do Direito*. São Paulo: Manole, 2005.
- BINETTI, Saffo Testoni. Iluminismo. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco (org.). *Dicionário de Política*. v. I. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1993, p. 605-611.
- BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BOBBIO, Norberto. Direito. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco (org.). *Dicionário de Política*. v. I. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1993, p. 349-353.

BOBBIO, Norberto. Democracia. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco (org.). *Dicionário de Política*. v. I. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1993, p. 319-329.

BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo, Sociedade: Para uma teoria geral da política*. São Paulo: Paz e Terra, 2004.

BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e Democracia*. São Paulo: Brasiliense, 2000.

BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone, 2006.

BOBBIO, Norberto. *Perfil ideológico del Novecento italiano*. Torino: Giulio Einaudi editore, 1986.

BOBBIO, Norberto. Sociedade Civil. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco (org.). *Dicionário de Política*. v. II. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1993, p. 1206-1211.

BOBBIO, Norberto. *Thomas Hobbes*. Rio de Janeiro: Campus, 1991.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1999.

BONNARD, Roger. *El Derecho y el Estado en la Doctrina Nacional-Socialista*. Barcelona: Bosch, 1950.

BOURDIEU, Pierre. *As Regras da Arte*. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

BRANDÃO, Gildo Marçal. Hegel: o Estado como realização histórica da liberdade. In: WEFFORT, Francisco (org.). *Os Clássicos da Política 2*. São Paulo: Editora Ática, 2001, p. 101-148.

BURKE, Edmund. Discurso aos eleitores de Bristol. *Revista de Sociologia e Política* [online]. 2012, v. 20, n. 44, pp. 97-101. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0104-44782012000400008>. Acesso em: 8 jul. 2021.

CALAMANDREI, Piero. *Il fascismo come regime della menzogna*. Roma-Bari: Laterza, 2014.

CALAMANDREI, Piero. *Non c'è libertà senza legalità*. Editori Laterza: Roma-Bari, 2013.

CANOTILHO, José Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993.

CARIELLO, Rafael. A Fronteira: A Hungria, um país da União Europeia, mostra até onde o populismo pode chegar. *Revista Piauí*, n. 127, abril de 2017. Disponível em: <https://piaui.folha.uol.com.br/materia/a-fronteira/>. Acesso em: 09 dez. 2020.

CASSESE, Sabino. *Lo Stato Fascista*. Bologna: Il Mulino, 2010.

CASSIRER, Ernst. *A Filosofia do Iluminismo*. Campinas: Editora da Unicamp, 1992.

CNN. PGR inclui suposto relatório da Abin para Flávio Bolsonaro em investigação. *CNN Brasil*, Brasília, 12 dez. 2020. Política. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/politica/2020/12/12/pgr-inclui-suposto-relatorio-da-abin-para-flavio-bolsonaro-em-investigacao> . Acesso em: 13 dez. 2020.

COSTA, Pietro. Lo “Stato Totalitario”: un campo semantico nella giuspubblicistica del fascismo. *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*. Milano: Giuffrè Editore, 1999, 28.

COSTA, Pietro. Lo “Stato di Diritto” nella Giuspubblicistica dell’Italia Unita. In: Montanari, Bruno (A cura di). *Stato di diritto e trasformazione della politica*. Torino: Giappichelli, 1992.

COSTA, Pietro. *Soberania, Representação, Democracia*: ensaios de história do pensamento jurídico. Curitiba: Juruá, 2010.

COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. *O Estado de direito*: história, teoria, crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

COSTAMAGNA, Carlo. *Elementi di Diritto Pubblico Fascista*. Torino: Unione Tipografico – Editrice Torinese, 1934.

COTTA, Maurizio. Parlamento. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco (org.). *Dicionário de Política*. v. II. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1993, p. 877-888.

CUERVO, Antolín Sanchez. Dos interpretaciones del fascismo: Ortega y Gasset y María Zambrano. *Bajo Palabra*: Revista de Filosofía, Madrid, n. 13, p. 61-75, 2017.

CUPELLARO, Marco. COSTAMAGNA, Carlo. In: *Dizionario Biografico degli Italiani*, v. 30, 1984. Disponível em: https://www.treccani.it/enciclopedia/carlo-costamagna_%28Dizionario-Biografico%29/ Acesso em: 28 jun. 2020.

DAHL, Robert. *Sobre a Democracia*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.

D’ALESSIO, Francesco. Lo Stato fascista come Stato di diritto. In: *Scritti giuridice in onore di Santo Romano*, vol. I. Padova: CEDAM, 1940, p. 495-510.

DE BERNARDI, Alberto. *Una Dittatura Moderna*: il fascismo come problema storico. Milano: Bruno Mondadori, 2001.

DE CRISTOFARO, Ernesto. Giuristi e cultura giuridica dal fascismo alla Repubblica (1940-1948). *Laboratoire italien* [Online], n. 12, p. 63-80, 2012. Disponível em: <http://journals.openedition.org/laboratoireitalien/637> Acesso em: 14 fev. 2021.

DE FELICE, Renzo. *Breve Storia del Fascismo*. Milano: Mondadori, 2018.

DI GUALTIERI, Carlo Avarna. *Il Fascismo*. Roma: Edizioni di Storia e Letteratura, 2017.

DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo Jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006.

D'ORSI, Angelo. *Gramsci. Una nuova biografia*. Milano: Giangiacomo Feltrinelli Editore, 2018.

DOUZINAS, Costas. *O Fim dos Direitos Humanos*. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

DRI, Rubén. A Filosofia do Estado ético. A concepção hegeliana do Estado. In: BORON, Atilio (org.). *Filosofia política moderna: de Hobbes a Marx*. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales; São Paulo: Universidade de São Paulo, 2006, p. 213-245.

DYLAN, Bob. *Ballad of a Thin Man*. New York: Columbia, 1965.

EDMUNDSON, William. *Uma introdução aos direitos*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

ESCHMANN, Ernst Wilhelm. *El Estado Fascista en Italia*. Barcelona: Editorial Labor, 1931.

FARALLI, Carla. *La filosofia del diritto nel secondo Novecento*. In: TRECCANI. Il Contributo italiano alla storia del Pensiero, 2012. Disponível em: https://www.treccani.it/enciclopedia/la-filosofia-del-diritto-nel-secondo-novecento_%28II-Contributo-italiano-alla-storia-del-Pensiero:-Diritto%29/. Acesso em: 1º out. 2019.

FASCISMO. In: TRECCANI (Itália). *Enciclopedia on line*. [S. L.]: Istituto Giovanni Treccani, [20--]. Disponível em: <https://www.treccani.it/enciclopedia/fascismo/#leoriginidelfinitalia-1>. Acesso em: 12 mai. 2021.

FASSÒ, Guido. *Historia de la Filosofía del Derecho 3. Siglos XIX y XX*. Madrid: Pirámide, 1996.

FASSÒ, Guido. Jusnaturalismo. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco (org.). *Dicionário de Política*. v. I. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1993, p. 655-660.

FERRAJOLI, Luigi. *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*. Madrid: Editorial Trotta, 2011.

FIMIANI, Enzo. Fascismo e Regime tra Meccanismi Statutari e “Costituzione Materiale” (1922-1943). In: PALLA, Marco (A cura di). *Lo Stato Fascista*. Milano: La Nuova Italia, 2001.

FIORAVANTI, Maurizio. *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*. Roma-Bari: Laterza, 2009.

FIORAVANTI, Maurizio. Lo Stato di diritto come forma di Stato. Notazioni preliminar sulla tradizione europeo-continentale. In: GHERARDI, Raffaella; GOZZI, Gustavo (coord.). *Storia dei concetti e saperi della borghesia fra Otto e Novecento*. Coordinatori: Bologna: Il Mulino, 1995.

FIORAVANTI, Maurizio. *Stato e Costituzione*. Materiali per una storia delle dottrine costituzionali. Torino: G. Giappichelli Editore, 1993.

FLAUBERT, Gustave. *A Educação Sentimental*. São Paulo: Penguin Classics e Companhia das Letras, 2017.

FLAUBERT, Gustave. *Dicionário das Ideias Feitas*. São Paulo: Nova Alexandria, 2003.

FODERARO, Salvatore. La teoria della divisione dei poteri nel diritto pubblico fascista. *Rivista di diritto pubblico e della pubblica amministrazione in Italia*, n. 31, Roma: Società editrice libraria, 1939, p. 745-759.

FREITAS, Ailton de. *Governo vê contradição no TCU*, jul. 2015. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/513495/noticia.html?sequence=1>. Acesso em: 09 dez. 2020.

G1. Nomeado por Bolsonaro diretor-geral da PF, Alexandre Ramagem está na corporação desde 2005 e é amigo da família do presidente; veja perfil. *G1*, Brasília, 28 abr. 2020. Política. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/04/28/novo-diretor-geral-da-pf-alexandre-ramagem-esta-na-corporacao-desde-2005-e-e-amigo-da-familia-bolsonaro-veja-perfil.ghtml>. Acesso em: 13 dez. 2020.

GENTILE, Giovanni. *I Fondamenti della Filosofia del Diritto*. Firenze: Sansoni, 1937. Disponível em: <https://archive.org/details/GentileFilosofiaDiritto/mode/2up>. Acesso em: 25 jul. 2021.

GENTILE, Giovanni. Intorno all'individualismo etico nel secolo XIX. *In: Saggi Critici*. Napoli: Riccardo Ricciardi Editore, 1921.

GENTILE, Giovanni. *Origini e dottrina del Fascismo*. Roma: Libreria del Littorio, 1929.

GHISALBERTI, Carlo. *Stato Nazione e Costituzione nell'Italia contemporanea*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1999.

GHISALBERTI, Carlo. *Storia Costituzionale D'Italia (1849-1948)*. Roma-Bari: Laterza, 1974.

GIELOW, Igor; FERNANDES, Talita; RANGEL, Sérgio. Bolsonaro diz que foi alvo de fraude e pede mobilização a eleitores. *Folha de São Paulo*, 8 out. 2018. Eleições 2018. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/10/bolsonaro-diz-que-foi-alvo-de-fraude-e-pede-mobilizacao-a-eleitores.shtml>. Acesso em: 13 dez. 2020.

GOYARD-FABRE, Simone. *Filosofia crítica e razão jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

GOYARD-FABRE, Simone. *Os Princípios Filosóficos do Direito Político Moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. O federalista. In: WEFFORT, Francisco C. (Org.) *Jefferson, Federalistas, Paine, Tocqueville*. São Paulo: Abril Cultural, 1979, p. 85-178. (Coleção Os Pensadores).

HAMILTON, Alexander; MADISON, James. Capítulo LI – [Continuação do mesmo assunto] In: WEFFORT, Francisco C. (Org.) *Jefferson, Federalistas, Paine, Tocqueville*. São Paulo: Abril Cultural, 1979, p. 130-133. (Coleção Os Pensadores).

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

HELLER, Hermann. *L'Europa e il Fascismo*. Milano: Giuffrè Editore, 1987.

HESPANHA, António Manuel. Os Modelos Jurídicos do Liberalismo, do Fascismo e do Estado Social. *Análise Social: Revista do Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa*, v. XXXVII, n. 165, 2003.

HOBBS, Thomas. *Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil*. São Paulo: Abril Cultural, 1979. (Coleção Os Pensadores)

HOBBSBAWM, Eric. *A Era das Revoluções: 1789-1848*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2015.

HOBBSBAWM, Eric. *A Era dos Extremos – O Breve século XX – 1914-1991*. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

HORKHEIMER, Max. *Eclipse da Razão*. São Paulo, Centauro, 2002.

HUMMEL, Jacky. *L'irréductible réalité du politique*. Paris: Éditions Michalon, 2005.

IG ÚLTIMO SEGUNDO. *Bolsonaro volta atrás e revoga decreto das armas para evitar nova derrota*. 25 jun. 2019. Último segundo. Disponível em: <https://ultimosegundo.ig.com.br/politica/2019-06-25/bolsonaro-volta-atras-e-revoga-decreto-das-armas-para-evitar-nova-derrota.html> . Acesso em: 13 dez. 2020.

INCISA, Ludovico. Corporativismo. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco (org.). *Dicionário de Política*. v. I. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1993, p. 287-291.

ITÁLIA [COSTITUZIONE ITALIANA]. *Lo Statuto Albertino*. 8 de fevereiro de 1848. Disponível em: http://legislature.camera.it/dati/costituente/documenti/ministerocostituente/p2_Vol1_3.pdf. Acesso em: 04 abr. de 2021.

ITÁLIA. *Legge 24 dicembre 1925, n. 2263*. Attribuzioni e prerogative del Capo del Governo, Primo Ministro Segretario di Stato. Roma: Gazzetta Ufficiale Del Regno D'Italia, anno LXVI, n. 301, 29 dicembre 1925. Disponível em: <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/gu/1925/12/29/301/sg/pdf> Acesso em: 07 jan. 2020.

ITÁLIA. *Legge 31 gennaio 1926, n. 100*. Sulla facoltà del potere esecutivo di emanare norme giuridiche. Roma: Gazzetta Ufficiale Del Regno D'Italia, anno LXVII, n. 10, 14 gennaio 1926. Disponível em: <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/gu/1926/01/14/10/sg/pdf> Acesso em: 30 mar. 2021.

ITÁLIA. *Legge 14 dicembre 1929, n. 2099*. Modifiche alla legge 9 dicembre 1928, n. 2693, sull'ordinamento e le attribuzioni del Gran Consiglio del Fascismo, e norme per l'ordinamento del Partito Nazionale Fascista. Roma: Gazzetta Ufficiale Del Regno D'Italia, anno 70° (VIII), n. 292, 16 dicembre 1929. Disponível em: <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/gu/1929/12/16/292/sg/pdf> Acesso em: 12 fev. 2021.

KELSEN, Hans. *A Democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KELSEN, Hans. *O que é Justiça?* São Paulo: Martins Fontes, 2001.

KELSEN, Hans. *Teoría General del Estado*. México: Editora Nacional, 1975.

KERTZER, David. Hitler, Mussolini e o Papa. *Revista Piauí*, São Paulo, n. 126, mar. 2017. Disponível em: <https://piaui.folha.uol.com.br/materia/hitler-mussolini-e-o-papa/> Acesso em: 06 set. 2017.

KERVÉGAN, Jean-François. *Hegel, Carl Schmitt: o político entre a especulação e a positividade*. Barueri: Manole, 2006.

KOSELLECK, Reinhart. Uma História dos Conceitos: problemas teóricos e práticos. *Revista Estudos Históricos*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 10, 1992, p. 134-146.

LACAMBRA, Luis Legaz. *Filosofía del Derecho*. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1975.

LACCHÈ, Luigi. Tra Giustizia e Repressione: i volti del regime fascista. In LACCHÈ, Luigi. *Il Diritto del Duce – giustizia e repressione nella Italia fascista*. Roma: Donzelli Editore, 2015.

LANCHESTER, Fulco. Sergio Panunzio. In: *Dizionario Biografico degli Italiani*, v. 81, 2014. Disponível em: http://www.treccani.it/enciclopedia/sergio-panunzio_%28Dizionario-Biografico%29/ . Acesso em: 28 jun. 2020.

LANCHESTER, Fulco. La dottrina giuspubblicistica e la costruzione dello Stato Democratico: uma comparazione com il caso tedesco. In: LANCHESTER, Fulco; STAFF, Ilse (org.). *Lo Stato di Diritto Democratico dopo il Fascismo ed il Nazionasocialismo*. Milano: Giuffrè Editore, 1999.

LATORRE, Angel. *Introdução ao Direito*. Coimbra: Livraria Almedina, 1978.

LEIBHOLZ, Gerhard. *Il Diritto Costituzionale Fascista*. Napoli: Guida, 2007.

LEIBHOLZ, Gerhard. *La dissoluzione della democrazia liberale in Germania e la forma di Stato autoritaria*. Milano: Giuffrè Editore, 1996.

LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre o Governo Civil e Outros Escritos*. Petrópolis: Vozes, 2019.

LOSURDO, Domenico. *Democracia ou bonapartismo*. Rio de Janeiro: Editora UFRJ e Editora UNESP, 2004.

LOSURDO, Domenico. *Hegel, Marx e a tradição liberal*. Liberdade, igualdade, Estado. São Paulo: Editora Unesp, 1998.

LOYD OF HAMPSTEAD, Dennis. *A Idéia de Lei*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MADISON, James. Capítulo XLVII - Exame e explicação do princípio da separação dos poderes. In: WEFFORT, Francisco C. (Org.) *Jefferson, Federalistas, Paine, Tocqueville*. São Paulo: Abril Cultural, 1979, p. 124-129. (Coleção Os Pensadores).

MARCUSE, Herbert. Prólogo. In: MARX, Karl. *O 18 de Brumário de Luís Bonaparte*. São Paulo: Boitempo, 2011.

MARCUSE, Herbert. *Razão e Revolução*. Hegel e o advento da teoria social. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1978.

MARX, Karl. *A Guerra Civil na França*. São Paulo: Boitempo, 2011.

MARX, Karl. *18 Brumário e Cartas a Kugelmann*. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra, 1977.

MARX, Karl. *Sobre a Questão Judaica*. São Paulo: Boitempo, 2010.

MARX, Karl. *Os Despossuídos: debates sobre a lei referente ao furto de madeira*. São Paulo: Boitempo, 2017.

MATTEUCCI, Nicola. Direitos Humanos. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco (org.). *Dicionário de Política*. v. I. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1993, p. 353-361.

MATTEUCCI, Nicola. Liberalismo. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco (org.). *Dicionário de Política*. v. II. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1993, p. 686-705.

MELIS, Guido. *La Macchina Imperfetta: immagine e realtà dello Stato Fascista*. Bologna: Il Mulino, 2018.

MENCKEN, Henry Louis. *Prejudices: second series*. New York: Alfred A. Knopf, 1920.

MIGUEL, Luis Felipe. *Democracia e Representação: territórios em disputa*. São Paulo: Editora Unesp, 2014.

MILL, John Stuart. *Considerations on Representative Government*. 10 ed. Project Gutenberg eBook. May, 2004. Disponível em:

http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=3971. Acesso em: 08 jul. 2021.

MILL, John Stuart. *Sobre a Liberdade*. São Paulo: Hedra, 2010.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O Espírito das Leis*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MUSIEDLAK, Didier. *Alfredo Rocco et la question du pouvoir exécutif dans l'État fasciste*. In: GENTILE, Emile; LANCHESTER, Fulco; TARQUINI, Alessandra (A cura di). *Alfredo Rocco: dalla crisi del parlamentarismo alla costruzione dello Stato nuovo*. Roma: Carocci, 2010.

MUSSOLINI, Benito. *Scritti politici di Benito Mussolini*. Introduzione e cura di Enzo Santarelli. Milano: Feltrinelli Editore, 1979.

NEGRI, Antonio. *Alle Origini del Formalismo Giuridico*: studio sul problema della forma in Kant e nei giuristi kantiani tra il 1789 e il 1802. Padova: Cedam, 1962.

NEUMANN, Franz. *Estado Democrático e Estado Autoritário*. Rio de Janeiro: Zahar, 1969.

NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma Teoria do Estado de direito*. Coimbra: Almedina, 2013.

NUNES, Diego. Processo Legislativo para além do Parlamento em Estados Autoritários: uma análise comparada entre os Códigos Penais Italiano de 1930 e Brasileiro de 1940. *Seqüência* [online], 2016, n. 74, p. 153-180. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/seq/a/WcqJVm8zwsCGs7D74nVXnGM/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 16 ago. 2021.

OFFE, Claus. *Três europeus nos Estados Unidos da América*: Tocqueville, Weber e Adorno. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010.

ORWELL, George. *A Revolução dos Bichos*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

ORWELL, George. *O que é o fascismo? E outros ensaios*. São Paulo: Companhia das Letras, 2017.

PAIXÃO, Cristiano. Entre regra e exceção: normas constitucionais e atos institucionais na ditadura militar brasileira (1964-1985). *História do Direito*: Revista do Instituto Brasileiro de História do Direito [online], 2020, v. 1, n. 1, p. 227-241. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/historiadodireito/article/view/78728/43002>. Acesso em: 18 ago. 2021.

PANUNZIO, Sergio. *Il Sentimento dello Stato*. Roma: Libreria del Littorio, 1929.

PANUNZIO, Sergio. *Lo Stato di diritto*. Castello: Il Solco Casa Editrice, 1921.

PAXTON, Robert. *A Anatomia do Fascismo*. São Paulo: Paz e Terra, 2007.

PINKER, Steven. *O novo Iluminismo: em defesa da razão, da ciência e do humanismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

PATRONO, Mario. *Hans Kelsen: storia di tre storie*. Milano: Giuffrè Editore, 2000.

PRZEWORSKI, Adam. *Crises da Democracia*. Rio de Janeiro: Zahar, 2020.

QUIRINO, Célia Galvão. Tocqueville: sobre a liberdade e a igualdade. In: WEFFORT, Francisco (org.). *Os Clássicos da Política 2*. São Paulo: Editora Ática, 2001, p. 149-188.

RANCIÈRE, Jacques. *O Ódio à Democracia*. São Paulo: Boitempo, 2014.

REUTERS. Bolsonaro diz que provará em breve que houve fraude na eleição de 2018. *R7 notícias*. 09 mar. 2020. Eleições 2018. Disponível em: <https://noticias.r7.com/brasil/bolsonaro-diz-que-provara-em-breve-que-houve-fraude-na-eleicao-de-2018-09032020>. Acesso em: 13 dez. 2020.

RIBEIRO, Renato Jeanine. Apresentação. In: MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O Espírito das Leis*. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. XXXI-XXXVIII.

ROCCO, Alfredo. *Discorsi Parlamentari* (a cura dell'Archivio Storico del Senato della Repubblica). Bologna: Il Mulino, 2005.

ROCCO, Alfredo. *La Trasformazione dello Stato: dallo Stato Liberale allo Stato Fascista*. Roma: "La Voce", 1927.

ROSANVALLON, Pierre. *O Liberalismo econômico: história da ideia de mercado*. Bauru: EDUSC, 2002.

ROSANVALLON, Pierre. *Por uma História Conceitual do Político*. Revista Brasileira de História, São Paulo, v. 15, n. 30, 1995, p. 09-22.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social*. São Paulo: Abril Cultural, 1978 (Coleção Os Pensadores).

SARTRE, Jean-Paul. *El Ser y la Nada: ensaio de ontología fenomenológica*. Madrid: Alianza Universidad/Editorial Losada, 1984.

SARTRE, Jean-Paul. *Furacão sobre Cuba*. Rio de Janeiro: Editora do Autor, 1960.

SARTRE, Jean-Paul. *Que é a Literatura?* Petrópolis: Vozes, 2015.

SCHEUERMAN, William E. *Carl Schmitt: The End of Law*. Boston: Rowman & Littlefield Publishers, 1999.

SCHIERA, Pierangelo. *Estado moderno*. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco (org.). *Dicionário de Política*. v. I. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1993, p. 425-431.

SCHMITT, Carl. El Ser y el Devenir del Estado Fascista. In: *Carl Schmitt, Teólogo de la Política*. Prólogo e seleção de textos de Héctor Orestes Aguilar. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 2001.

SCHMITT, Carl. *Legalidade e Legitimidade*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2007.

SCHMITT, Carl. *O Conceito do Político*. Petrópolis: Vozes, 1992.

SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza Editorial, 1996a.

SCHMITT, Carl. Situação Intelectual do Sistema Parlamentar Atual. In: *A Crise da Democracia Parlamentar*. São Paulo: Scritta, 1996b.

SCHWARZENBERG, Claudio. *Diritto e Giustizia nell'Italia Fascista*. Milano: Mursia editore, 1977.

SINGER, André; ARAUJO, Cicero; BELINELLI, Leonardo. *Estado e Democracia: uma introdução ao estudo da política*. Rio de Janeiro: Zahar, 2021.

SKINNER, Stephen. Fascista de nome, fascista por natureza? O código penal italiano de 1930 em comentários acadêmicos (1928-1946). In: DAL RI JR., Arno; NUNES, Diego; SONTAG, Ricardo. *História do Direito Penal: confins entre direito penal e política na modernidade jurídica (Brasil e Europa)*. Florianópolis: Habitus, 2020, p. 183-214.

SOMMA, Alessandro. *I giuristi e l'Asse culturale Roma-Berlino*. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 2005.

SOUZA, Renato. Entre ameaças e palavrões, vídeo reforça suspeita de interferência na PF. *Correio Braziliense*, 23 mai. 2020. Política. Disponível em: https://www.correio braziliense.com.br/app/noticia/politica/2020/05/23/interna_politica,857657/entre-ameacas-e-palavroes-video-reforca-suspeita-de-interferencia-na.shtml. Acesso em: 13 dez. 2020.

SPECIALE, Giuseppe. *Alfredo Rocco*. In: TRECCANI. *Il Contributo italiano alla storia del Pensiero*, 2012. Disponível em: https://www.treccani.it/enciclopedia/alfredo-rocco_%28Il-Contributo-italiano-alla-storia-del-Pensiero:-Diritto%29/. Acesso em: 04 ago. 2021.

STATUTO ALBERTINO. In: TRECCANI. *Dizionario di Storia*, 2011. Disponível em: https://www.treccani.it/enciclopedia/statuto-albertino_%28Dizionario-di-Storia%29/. Acesso em: 04 abr. 2021.

STF. *Ministro Alexandre de Moraes suspende nomeação de Alexandre Ramagem para o comando da PF*, 29 abr. 2020a. Imprensa. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=442298&ori=1>. Acesso em: 13 dez. 2020.

STF. *Ministro extingue mandado de segurança em que suspendeu nomeação de Alexandre Ramagem*. 08 mai. 2020b. Imprensa. Disponível em:

<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=443007&ori=1>. Acesso em: 13 dez. 2020.

TARQUINI, Alessandra. Riflessioni su Stato, nazione e politica di un regime totalitario. In: GENTILE, Emile; LANCHESTER, Fulco; TARQUINI, Alessandra (A cura di). *Alfredo Rocco: dalla crisi del parlamentarismo alla costruzione dello Stato nuovo*. Roma: Carocci, 2010.

TOCQUEVILLE, Alexis. A Democracia na América. In: WEFFORT, Francisco C. (Org.) *Jefferson, Federalistas, Paine, Tocqueville*. São Paulo: Abril Cultural, 1979, p. 179-317. (Coleção Os Pensadores).

TRENTO, Angelo. *Fascismo italiano*. São Paulo: Ática, 1986.

TREVES, Renato. *A proposito della polemica su Stato di diritto e Stati totalitari*. Milano: Giuffrè Editore, 1956.

TURGUÊNIEV, Ivan. *Pais e Filhos*. São Paulo: Abril Cultural, 1971.

VASSALLI, Giuliano. Passione politica di un uomo di legge. In: ROCCO, Alfredo. *Discorsi Parlamentari* (a cura dell'Archivio Storico del Senato della Repubblica). Bologna: Il Mulino, 2005.

VIESTI, Luigi. *Statto e Diritto Fascista*. Perugia-Venezia: La Nuova Italia, 1929.

VILE, Maurice. *Constitucionalismo y Separación de Poderes*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

VILLEY, Michel. *A Formação do Pensamento Jurídico Moderno*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

WALDRON, Jeremy. *A Dignidade da Legislação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WEBER, Max. *Ciência e Política: Duas Vocações*. São Paulo: Martin Claret, 2004.

WEBER, Max. *Economia e Sociedade*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, v. 1, 2015.

WEBER, Max. *Economia e Sociedade*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, v. 2, 2009.

XAVIER, Luiz Gustavo; MIRANDA, Tiago. Ministro anuncia projeto de lei em regime de urgência sobre porte de armas. *Câmara dos Deputados*, 25 jun. 2019. Segurança. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/560784-ministro-anuncia-projeto-de-lei-em-regime-de-urgencia-sobre-porte-de-armas/>. Acesso em: 13 dez. 2020.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *Storia costituzionale italiana*. Mondadori Education, [S.l.], [20--]. Disponível em: https://ime.mondadorieducation.it/extra/978880022577/extra/978880021959_zagrebelky_asc_uoladiritto_5/5_anno/z_menu/01_append_storica/storia_cost.pdf. Acesso em: 03 mar. 2021.

ZWEIG, Stefan. *Autobiografia: o mundo de ontem*. Rio de Janeiro: Zahar, 2014.