

OS DIREITOS SOCIAIS: UM DIAGRAMA DO SEU DESENVOLVIMENTO¹

DIRITTI SOCIALI: UN DIAGRAMMA DEL LORO SVILUPPO

PIETRO COSTA²

RESUMO

[Resumo por Ricardo Sontag] O texto “Os direitos sociais: um diagrama do seu desenvolvimento”, é uma vigorosa síntese sobre a história dos direitos sociais, com foco na caracterização do processo que levou, primeiro, ao surgimento da específica categoria ‘direitos sociais’, e, depois, à inserção de tais direitos nas ordens jurídicas nacionais e internacional da Europa do segundo pós-guerra. A abordagem de Pietro Costa enfoca os sentidos dos direitos sociais no interior de distintas culturas jurídico-políticas, comparando esses direitos também com situações análogas precedentes (medievo e antigo regime), o que implica considerar as diferentes configurações das relações entre direito, poder político e sociedade. Embora o próprio Costa considere a sua abordagem esquemática e generalizante, o texto chama a atenção para a complexidade porque coloca em xeque narrativas evolucionistas e anestésicas, ainda tão comuns sobre esse tema.

PALAVRAS-CHAVE: [Palavras-chave por Ricardo Sontag] História dos direitos sociais. Liberalismo. Socialismo. Liberalismo social. Personalismo. Totalitarismos.

As constituições que no segundo pós-guerra, na Itália e em outros Estados europeus, deram origem às novas democracias, valorizaram uma classe de direitos por muito tempo deixados à margem da cultura jurídica: os direitos que no século XX foram chamados de “sociais”. A nossa constituição, de fato, não se limita a atribuir aos sujeitos os direitos de liberdade e os direitos políticos, mas reconhece a eles pretensões de outro tipo; pretensões de usufruir de prestações públicas capazes de satisfazer algumas exigências vitais, como a educação, a saúde, o trabalho e a seguridade social. O vínculo entre direitos sociais e democracia constitucional é conhecido, e igualmente conhecidos são os problemas que o constitucionalista encontra diante de si na interpretação dos direitos sociais constitucionalmente garantidos³. Porém, não está dentro das minhas competências e das minhas intenções adentrar em uma leitura analítica da carta constitucional. O meu objetivo é somente o de chamar a atenção para as etapas de um processo: um processo que, primeiro, conduziu à tematização

-
- 1 “I diritti sociali: un diagramma del loro sviluppo”. In: *Iuris quidditas* (liber amicorum per Bernardo Santalucia). Napoli: Editoriale scientifica, 2010. Tradução de Ricardo Sontag.
 - 2 Professor emérito de História do direito medieval e moderno, *Università degli studi di Firenze*, Itália.
 - 3 Cf., por exemplo, F. PIZZOLATO, *Finalismo dello Stato e sistema dei diritti nella Costituzione italiana* (Milano, 1999); P. CARETTI, *I diritti fondamentali: libertà e diritti sociali* (Torino, 2004); R. PILIA, *I diritti sociali* (Napoli, 2005); A. ANDREONI, *Lavoro, diritti sociali e sviluppo economico. I percorsi costituzionali* (Torino, 2006); G. CASADIO (a cura di), *I diritti sociali e del lavoro nella Costituzione italiana* (Roma, 2006).

da categoria específica dos direitos que chamamos “direitos sociais”, fazendo desses direitos, depois, um componente importante das hodiernas arquiteturas constitucionais. Não poderei oferecer aqui uma descrição analítica desses acontecimentos e vou me limitar a delinear, através de esquemas e generalizações, o diagrama de uma evolução complexa.

Qual é o momento inicial desse processo? Podemos dar uma resposta muito clara a essa pergunta: é no século XX que os direitos sociais, como categoria conceitualmente unitária e precisamente caracterizada, passam a fazer parte da cultura jurídica e dos ordenamentos europeus. Se isso é verdade, o processo que gostaríamos de reconstruir, ainda que complicado, é bastante breve: a história dos direitos sociais parece caber inteiramente na história do último século. Podemos nos dar por satisfeitos com essa constatação ou convém complicar o quadro e colocar algumas perguntas ulteriores? Partamos desta simples consideração: os direitos sociais são, substancialmente, expectativas que os cidadãos, ou algumas classes de cidadãos, nutrem em relação à comunidade política. Se eu me encontro em sérias dificuldades, eu espero que a comunidade a qual pertença faça alguma coisa: se estou morrendo de fome, que me deem comida; se estou doente e não tenho os meios para me curar, que me assistam; que me garantam a educação, se não posso me permitir um preceptor privado. Eis o horizonte de sentido dentro do qual se colocam os direitos sociais. Como é possível, então, que o ponto de origem deles esteja somente no século XX? Creio que seja conveniente raciocinar partindo de dois pontos: é verdade que somente no século XX os direitos sociais adquirem uma definição precisa e *status* jurídico claro; mas é igualmente verdade que as exigências sócio-políticas às quais esses direitos pretendem dar uma resposta são muito mais antigos. São esses dois pontos que convém aprofundar, e de alguma forma unificar, já que estamos nos interrogando sobre a gênese dos direitos sociais.

O cruzamento entre as necessidades vitais dos sujeitos e a intervenção do poder político é tão antiga quanto difusa – uma espécie de constante histórica – mas são muito diferentes, conforme cada contexto, as formas que esse cruzamento produz, os argumentos e os valores invocados para legitimá-los. A pobreza, inclusive a pobreza extrema, é um fenômeno endêmico, estrutural da Europa medieval e moderna, e um desafio difícil para o poder político. É um sério problema para a cidade medieval, que o enfrenta apostando na sinergia entre Igreja, ordens religiosas e instituições civis⁴ e continua a ser um sério problema para as monarquias dos séculos XVII e XVIII, na França e na Inglaterra⁵: um problema que o soberano, em parte, continua a despejar na periferia, nas cidades, mas, em parte, começa a assumir, dada a sua crescente relevância. A

4 Cf. B. GEREMEK, *La pietà e la forza: storia della miseria e della carità in Europa* (Bari, 1995).

5 P. PIASENZA, *Polizia e città: strategie d'ordine, conflitti e rivolte a Parigi tra Sei e Settecento* (Bologna, 1990); A. SERRANO GONZALEZ, *Como lobo entre ovejas* (Madrid, 1992).

pobreza, de fato, coloca em risco a manutenção da ordem. As massas de vagabundos e de mendicantes que se deslocam de uma cidade para outra em busca de um mínimo vital são um pesadelo recorrente para as cidades e uma crescente preocupação para um soberano que, cada vez mais, faz da ordem, da paz, o seu objetivo prioritário. O soberano deve, em suma, governar os sujeitos, mantê-los controlados, disciplinados: a força, a repressão, o patíbulo, são indispensáveis, mas é necessário também o socorro paterno, a intervenção benéfica que vem ao encontro das necessidades mais imediatas de sobrevivência, e que, ao mesmo tempo, controla o comportamento potencialmente subversivo e conflituoso dos estamentos subalternos.

O soberano deve vir ao encontro, de alguma forma e em alguma medida, das necessidades vitais dos súditos muito antes do século XX. O soberano do antigo regime, não menos do que cada comunidade em particular, não pode deixar de dar alguma resposta às exigências vitais dos sujeitos; mas essa resposta desce do alto, é uma resposta discricionária e unilateral do poder, é uma medida de governo. Ainda é impensável uma precisa conexão entre o governo dos sujeitos e a linguagem dos direitos.

Na verdade, a cultura teológico-jurídica medieval havia falado de um direito: em caso de extrema necessidade – este era o argumento empregado – os pobres podem legitimamente apropriar-se dos bens dos ricos, porque é aplicável, nesses casos, o direito natural, originário, de cada um fazer uso, para sobreviver, dos bens comuns⁶. Esse direito está, sim, presente na cultura medieval, mas não ocupa uma posição central (é muito mais sublinhado o dever do rico de distribuir em esmola o supérfluo), e produz pouco efeito no plano jurídico-institucional, e de qualquer forma praticamente sai de cena na época final do absolutismo.

Devemos, porém, perguntar-nos se com a grande fratura histórica provocada pela revolução francesa e com o triunfo, justo nos anos da revolução, da linguagem dos direitos, se alguma coisa mudou na percepção do antigo fenômeno da pobreza e nas políticas teorizadas e praticadas em relação a ela. O problema é, de fato, bem presente para os homens da revolução, que logo se movem para criar um Comitê de mendicância, uma instituição criada para prestar auxílios aos estratos mais necessitados da população. Não se trata, porém, de uma novidade absoluta: a revolução continua, em boa parte, a política já inaugurada pelo soberano absolutista, ainda que a tenha feito de maneira mais incisiva e sistemática. As novidades mais fortes emergem no terreno do debate político-jurídico.

6 Cf. B. TIERNEY, *L'idea dei diritti naturali. Diritti naturali, legge naturale e diritto canonico 1150-1625* (Bologna, 2002).

Pensemos em Sieyès, um dos protagonistas e uma das mais lúcidas testemunhas do processo revolucionário. Sieyès não é um radical, todavia, ele introduz no debate um termo interessante: o ‘direito ao socorro’. O ‘direito ao socorro’ é a consequência natural de um raciocínio exemplarmente representativo do *ethos* revolucionário: se a comunidade solicita aos seus membros o empenho pela *respublica*, o sacrifício por ela, se necessário inclusive com a vida – esta é a argumentação de Sieyès – ela não pode permanecer cega e surda diante das necessidades dos seus membros mais desafortunados. Se, depois, olharmos para a componente jacobina da revolução, encontramos, ainda, uma tradução constitucional dessa nova solidariedade republicana: a constituição de 1793.

Na constituição de 1793, alguns artigos parecem efetivamente protótipos dos futuros direitos sociais: ela dispõe que a república deve se preocupar com a educação, com o trabalho, com a assistência a ser prestada aos cidadãos necessitados; fala-se do ‘débito sacro’ da comunidade política em relação aos seus membros⁷. De fato, essas expressões são significativas, e não por acaso o republicanismo e o radicalismo francês, durante todo o século XIX, continuarão a mencionar a revolução (e a fase jacobina da revolução) como a sua matriz⁸. É discutível, porém, se existia entre os constituintes a consciência da diferença conceitual que separa o ‘dever’ (da república) do ‘direito’ (do sujeito).

E é preciso ter presente, ainda, que o fenômeno da pobreza se apresenta nos anos da revolução com as características que o conotam há séculos. Será uma outra revolução – a revolução industrial – que decola entre os séculos XVIII e XIX na Grã-Bretanha, e que depois se difunde em tempos e ritmos diversos pelo restante da Europa – que vai mudar pela raiz as características da pobreza e os traços do conflito social. Muda a geografia social da pobreza porque ela não tem mais relação com os marginais e desenraizados, mas ameaça a vida cotidiana do proletariado: a nova classe social que vem se criando com a difusão da manufatura, com a invenção da nova célula produtiva, a fábrica. Adquire uma nova centralidade, em consequência da revolução industrial, o trabalho. Mudam a qualidade, a quantidade, as características estruturais e o impacto social do trabalho produtivo, e mudam os conflitos sociais inerentes a ele: os conflitos não são mais ‘*jacqueries*’ periféricas, improvisadas e efêmeras explosões de violência, mas se traduzem em tentativas e projetos de transformação político-social mais ou menos radical. Emerge, já na primeira metade do século XIX, na Inglaterra, na França, aquilo que os seus contemporâneos começam a chamar de a “questão social”⁹.

7 Cf. M. BORGETTO, *La notion de fraternité en droit public français. Le passé, le présent et l'avenir de la solidarité* (Paris, 1993).

8 J. A. SCOTT, *Republican Ideas and the Liberal Tradition in France 1870-1914* (New York, 1951); C. NICOLET, *L’Idée républicaine en France* (Paris, 1982).

9 L. STEIN, *Sozialismus und Communismus des heutigen Frankreichs. Ein Beitrag zur*

Como resolver a questão social? As respostas são variadas e incompatíveis entre si, e continuarão a se confrontar, como veremos, durante todo o século XIX. Uma resposta, porém, já na primeira metade do século XIX, parte de uma ligação inédita e provocatória: a conexão entre ‘trabalho’ e ‘direito’, o direito pleno e absoluto de um sujeito, o ‘direito ao trabalho’. É um direito que, mesmo antes de 1848, Fourier, e, depois, Louis Blanc e Flora Tristan reivindicam como único direito verdadeiramente fundamental: um direito decisivo porque é o único capaz de assegurar a vida, de garantir a sobrevivência da massa dos sujeitos não-proprietários. E é justamente a ideia de um ‘direito ao trabalho’ que, a partir das barricadas parisienses dos anos 1830 e 1840, passa aos debates da assembleia constituinte de 1848.

Quando o mercado não basta para garantir o trabalho, o Estado deve intervir assegurando aos sujeitos o pleno emprego: eis a síntese da nova pretensão. Não se invoca somente o ‘débito sacro’ da nação: é muito mais um verdadeiro direito que se pretende atribuir ao sujeito, e da novidade desse direito estão convencidos todos os constituintes (tanto os favoráveis como os contrários à sua introdução).

Qual é o sentido de tal novidade? É justamente o conteúdo do direito ao trabalho que é novo: ao invés de pretender a não ingerência, a não intromissão do Estado na ação individual, o que se demanda é algo perfeitamente oposto, a ingerência do Estado, o empenho do Estado intervindo no processo econômico-social. É compreensível o efeito avassalador dessa pretensão. Toda a retórica antiabsolutista que está na base do constitucionalismo dos séculos XVIII e XIX que agia como uma das suas principais fontes de legitimação é subvertida. O direito do sujeito tem como conteúdo não um espaço vazio, mas uma zona preenchida pela intervenção positiva do Estado.

Por um lado, a liberdade e a propriedade do sujeito: os direitos civis, os ‘velhos’ direitos; por outro lado, um direito novo; novo, mas também incompatível, na opinião da maioria da assembleia, com a liberdade e a propriedade. Aquilo que separava os detratores dos fautores do novo direito era, substancialmente, o papel do Estado: o Estado como guardião da liberdade e da propriedade, de um lado, e, do outro, um Estado intervencionista, um Estado empenhado em tornar iguais, ou mais iguais, os sujeitos, não somente no plano jurídico-formal, mas também no plano da distribuição da riqueza e do poder¹⁰.

Zeitgeschichte (Leipzig, 1848) e L. STEIN, *Geschichte der sozialen Bewegung in Frankreich von 1789 bis auf unsere Tage*, I (Leipzig, 1850). Cf. M. FIORAVANTI, *Giuristi e costituzione politica nell’ottocento tedesco* (Milano, 1979) p. 73 e ss.; F. M. DE SANCTIS, *Crisi e scienza*. Lorenz Stein. *Alle origini della scienza sociale* (Napoli, 1976).

10 Cf. J. DONZELOT, *L’invention du social. Essai sur le déclin des passions politiques* (Paris, 1984); P. CRAVERI, *Genesi di una costituzione. Libertà e socialismo nel dibattito costituzionale del 1848 in Francia* (Napoli, 1985); C. L. DE BONI (a cura di), *Il diritto al lavoro nel 1848* (Milano, 2002).

Portanto, é em torno da função do Estado, e da sua relação com a sociedade, que se polariza o contraste entre velhos e novos direitos, entre os direitos civis e aqueles que serão chamados de direitos sociais. Porém, não está em jogo somente o problema da função (intervencionista ou abstencionista) do Estado em relação à sociedade. Está em questão também outro aspecto, levantado no debate constituinte de 1848, mas destinado a emergir com maior clareza no final do século.

É um aspecto imanente ao próprio conceito de direito do sujeito. Atribuir um direito a um sujeito significa tornar juridicamente forte e inexpugnável a sua pretensão. Se os sujeitos têm direito a uma prestação pública (ao socorro, ao trabalho, à educação, etc.), eles passam a ter um poder inusitado e forte em relação ao soberano. Se eu posso obrigar o soberano a fazer algo por mim, a discricionariedade do seu poder fica comprometida, a plenitude da sua soberania é colocada em questão. Em particular, é redimensionado o poder de governar os sujeitos, de beneficiá-los, e ao mesmo tempo de controlá-los, que constitui um elemento de fundo nas estratégias da soberania, do antigo regime e durante todo o século XIX.

É toda uma estratégia de governo consolidada que é desafiada pela ideia de um sujeito capaz de reclamar, em relação ao soberano, uma precisa intervenção em favor das suas necessidades. Essa estratégia de governo afunda as suas raízes, como eu dizia, nas monarquias do antigo regime, mas não foi interrompida pela revolução francesa. Pelo contrário, ela progressivamente consolidou-se como uma indispensável ação de equilíbrio, que os poderes públicos não podiam deixar de exercitar diante de uma sociedade cada vez mais difícil e complexa.

Certamente, na primeira metade do século XIX, tanto na França como na Inglaterra, bem como no restante da Europa, o nascente liberalismo teorizava a centralidade e inviolabilidade dos direitos, da liberdade e da propriedade, e rejeitava com desdém qualquer dirigismo estatal, denunciando-o como um resíduo arcaico, um obstáculo ao desenvolvimento da propriedade e da civilização. Para o liberalismo mais rigoroso, o indivíduo é o artífice e o responsável pela sua sorte e não pode pedir à comunidade política, ao Estado, uma intervenção em favor das 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, e talvez a beneficência privada poderia vir em socorro dos necessitados, mas não a mão pública.

Essa estratégia era límpida e clara, mas tinha um defeito: o de confiar a paz social somente aos automatismos do mercado e à intervenção repressiva do Estado; duas forças importantes, mas cada vez menos capazes de frear, sozinhas, um conflito político-social cada vez mais profundo. As formas de conflito estavam se modificando. Os movimentos, de variada inspiração socialista, que se

opunham às elites políticas de formação liberal, estavam se organizando, tanto é que, no final do século XIX, primeiro na Alemanha, e depois em outros países europeus, os partidos socialistas tornam-se os primeiros grandes partidos de massa da idade contemporânea.

Começa a prevalecer, então, entre as classes dirigentes, uma estratégia de governo que já tinha sido delineada na primeira metade do século XIX: uma estratégia que, de um lado, defende a ordem proprietária existente dos ataques socialistas, mas, por outro lado, se descola do liberalismo doutrinário e atribui ao Estado tarefas novas e que exigiam empenho: a tarefa de mediar o conflito, de interferir em favor dos sujeitos frágeis, de agir como um potente fator de integração das classes subalternas; dessas classes que, se mantidas excessivamente à margem da sociedade, se deixadas sem qualquer sustento e assistência, podem desencadear conflitos perigosos para a estabilidade de todo o sistema. É nesse contexto que emergem as primeiras imagens de um novo tipo de Estado, o chamado Estado social, que viria a se desenvolver ao longo do século XX¹¹.

É o Estado que coloca ao lado da codificação civil as primeiras leis sociais, que reforça o próprio aparato administrativo e tenta, por essa via, governar os sujeitos; e governar quer dizer, mais uma vez, beneficiar e ao mesmo tempo controlar os sujeitos, na convicção de que somente dessa forma seria possível manter a distribuição do poder existente e deixar intactas as hierarquias sociais existentes. Esse é o esquema aplicado na França, na Inglaterra, na Itália e na Alemanha no final do século XIX, de maneiras diferentes, mas com relevantes convergências. Mas é na Alemanha, talvez, na Alemanha há pouco transformada em novo Estado, na Alemanha do chanceler Bismarck, que essa estratégia governamental encontra os seus maiores faustos.

Os direitos sociais não fazem e não podem fazer parte dessa estratégia: justamente porque os direitos parecem exaltar o protagonismo dos sujeitos em detrimento da iniciativa do governo. Isso não impede, porém, que os direitos sociais venham a fazer parte do debate público do final do século XIX; porém, eles entram nesse debate, por assim dizer, pela janela, e não pela porta principal.

São os partidos socialistas, e em particular a socialdemocracia alemã, que inserem nos seus programas uma longa série de direitos sociais. Enquanto partidos que se pretendem ortodoxamente marxistas, eles seriam induzidos a minimizar a importância dos direitos: não a reivindicação de direitos, mas o conflito econômico-social desembocará no salto revolucionário capaz de criar uma sociedade nova, emancipada da propriedade privada dos meios de produção e do consequente predomínio de uma classe. Então, se os direitos não parecem algo importante olhando para a futura sociedade sem classes, eles se revelam em todo o seu peso no quadro da sociedade existente. Justo por isso

11 Cf. F. EWALD, *L'état providence* (Paris, 1986).

os partidos socialistas combatem uma verdadeira ‘luta por direitos’: querem realizar a democracia, reivindicam direitos políticos, reclamam intervenção do Estado em favor das suas necessidades fundamentais. E estão conscientes de que os direitos sociais são incompatíveis com o reformismo autoritário que Bismarck usa para exorcizar o conflito em curso. Repete-se, em suma, no final do século XIX, com a reivindicação dos direitos sociais, um fenômeno que havia acompanhado todo o discurso dos direitos a partir do século XVIII: a luta pelos direitos parece dificilmente separável da luta por uma ordem alternativa. A luta pelos direitos, inclusive pelos direitos sociais, implica uma projeção na direção do futuro, uma tensão projetual.

A passagem do projeto à realização, ou ao menos uma primeira entrada dos direitos sociais em uma ordem jurídico-positiva, aconteceu na Alemanha, logo depois da primeira guerra mundial, com a constituição de Weimar, de 1919. Com essa constituição, a Alemanha, que saiu derrotada da guerra, tenta tornar-se uma democracia constitucional. Não é uma tarefa fácil, dados os problemas econômicos e a alta conflitualidade política e social. A própria assembleia constituinte é profundamente dividida entre forças de direita, deputados democrata-cristãos, democrata-radicais e socialdemocratas. A constituição produzida por eles será, de fato, insistentemente acusada de ser uma roupa de Arlequim, um mero compromisso entre princípios incompatíveis. Na verdade, a constituição de Weimar não é somente o fruto de compromissos extemporâneos. Transparece nela a exigência de acolher e de dar relevância constitucional às três classes de direitos que até então tinham emergido, os direitos civis, os direitos políticos e os direitos sociais: o seu desafio é conciliar o princípio da autonomia do sujeito com a salvaguarda da sua dimensão social, da sua responsabilidade social.

É exemplar a posição do jurista Naumann, que insiste com sucesso na necessidade de acolher na constituição um amplo leque de direitos. Não é mais possível – sustenta Naumann – fechar-se nos modelos oitocentistas, dispostos a reconhecer somente a liberdade e a propriedade. Não é mais possível porque a sociedade e a economia mudaram profundamente, socializaram-se profundamente, e não é mais possível porque estourou, dois anos antes, a inesperada e histórica revolução soviética e foi feita, na União Soviética em 1918, uma nova constituição onde os direitos sociais têm uma posição de todo respeito. Certamente – continua Naumann – queremos defender a nossa civilização, e, portanto, um componente essencial dela: a liberdade e a propriedade. Devemos, porém, acolher o desafio dos *soviet* e projetar uma ordem onde os velhos direitos, os direitos civis, sejam acompanhados não somente de direitos políticos, mas também de direitos sociais¹².

12 F. NAUMANN, Intervento, in *Verhandlungen der verfassungsgebenden Deutschen Nationalversammlung* (Aktenstück n. 391) (Berlin, 1920) p. 179-180. Cf. G. GOZZI, *Democrazia e diritti*. Germania: dallo Stato di diritto alla democrazia costituzionale (Roma-

Naumann defende, no fundo, a ‘terceira via’ (terceira em relação ao liberalismo e ao socialismo) que se tornara no final do século XIX a estrada preferida das classes dirigentes. A novidade decisiva é que a terceira via, agora, é confiada não à intervenção discricionária e autoritária do governo, mas a uma espessa rede de direitos elevados à categoria de direitos constitucionais. A ênfase recai, agora, não nas escolhas discricionárias do governo, mas nas escolhas, juridicamente relevantes, dos sujeitos.

Pela primeira vez, então, os direitos sociais passam a fazer parte a pleno título de um ordenamento positivo, entrando inclusive pela porta solene de uma carta constitucional. Na verdade, porém, essa entrada é menos triunfal do que parece, porque encontra uma linha de fogo na mais aguerrida doutrina. O argumento principal, que terá um notável sucesso, é formulado por Carl Schmitt. É verdade que os direitos sociais alcançaram o *status* de direitos constitucionais, de direitos fundamentais, dotados da mesma relevância que os direitos de liberdade. Os direitos sociais, de fato (ou melhor, os direitos socialistas, como os chama Schmitt), pela sua própria natureza, não são absolutos, mas condicionados: dependem, para a sua efetiva realização, das decisões do soberano, do legislativo e do executivo. Mais uma vez, então, os únicos e verdadeiros direitos fundamentais continuam sendo os direitos civis (a liberdade e a propriedade)¹³.

Como demonstra a posição de Schmitt, a acolhimento dos direitos sociais não é completo, não obstante Weimar. Também é verdade, porém, que depois da constituição de 1919, é difícil simplesmente fazer de conta que nada aconteceu; o problema dos direitos sociais está definitivamente sobre a mesa e não pode ser elidido.

Certamente, essa afirmação pode parecer paradoxal se considerarmos a breve duração da república de Weimar e o triunfo, nos anos 1930, na Alemanha e na Itália, de formas diversas, mas aparentadas, de ‘totalitarismo’. Neles os direitos sociais desaparecem completamente, pelo simples fato de que é o próprio conceito de direito do sujeito que é colocado no banco dos réus (com maior ou menor radicalidade, dependendo do contexto). A autonomia do sujeito e os seus direitos aparecem como o resquício do liberalismo individualista que o novo culto do povo-raça ou da nação expansionista e agressiva rejeitou como algo do passado. Desaparecem os direitos sociais, mas não desaparece absolutamente o intervencionismo do Estado no processo econômico-social. O Estado fascista e nacional-socialista multiplica as intervenções assistenciais e organizativas. E, justo por isso, um orgulhoso crítico do Estado social, o economista austríaco Hayek, sustentará, no seu *The Road to Serfdom*, a tese de uma nefasta continuidade entre a socialdemocracia anterior à guerra e o totalitarismo fascista no

Bari, 1999), p. 77 e ss.

13 C. SCHMITT, *Dottrina della costituzione* (Milano, 1984).

campo do intervencionismo estatal. Na verdade, o principal elemento de continuidade entre o Estado totalitário e os Estados da Europa oitocentista deve ser procurado na ideia de poder governante, capaz de beneficiar e ao mesmo tempo de controlar as massas¹⁴.

É esse, talvez, o fio condutor que, partindo do antigo regime, alcança o Estado social oitocentista e circula no interior do Estado totalitário. Ao lado de tal elemento de continuidade, existem, porém, e são historicamente determinantes, elementos de radical descontinuidade: o intervencionismo social dos regimes totalitários é funcional, antes de mais nada, à salvaguarda da ordem interna, à política de potência e de agressão às quais esses regimes tendem constitutivamente, sendo totalmente indiferente às necessidades (para não dizer aos direitos) do indivíduo.

O totalitarismo fascista e nacional-socialista dá lugar a um Estado social que pressupõe a anulação do indivíduo e dos seus direitos. É compreensível, então, que as filosofias antitotalitárias que começam a se desenvolver nos anos 1930 convirjam, mesmo partindo de pressupostos muito diferentes, na valorização da autonomia da pessoa, na centralidade dos direitos e na necessária complementaridade dos direitos civis, políticos e sociais.

Alguns exemplos. Pense-se no liberal-socialismo de Rosselli, e, depois, de Calogero. A liberdade é essencial, mas ela não coincide com a tutela de um espaço individual protegido e inviolável, ela é também liberdade social, liberdade da necessidade, empenho participativo. A liberdade deve andar junto com a justiça sem se identificar com a defesa do privilégio econômico de uma minoria¹⁵.

Pense-se, ainda, em uma tradição radicalmente diferente: o catolicismo, sobretudo o francês, dos anos 1930 e 1940, ao personalismo de Maritain e Mounier. Colocar a pessoa no centro da ordem: é sobre essa base que Maritain, entre 1936 e 1943, faz uma escolha cada vez mais clara pela democracia. E democracia significa contraposição aos totalitarismos, em razão do primado do sujeito; mas significa, também, distância do liberalismo oitocentista em favor de uma nova concepção de liberdade, socialmente aberta e responsável¹⁶.

São essas as perspectivas e as convergências que, no imediato pós-guerra, permitem que se abra, na Itália, durante a assembleia constituinte, um diálogo construtivo entre forças políticas profundamente diferentes, entre católicos como La Pira, socialistas como Basso, comunistas como Togliatti. O ponto de

14 Cf. M. FOUCAULT, La 'governamentalità', in *Aut Aut* 167-168 (1978), p. 12-29; M. FOUCAULT, Biopolítica e liberalismo (Milano, 2001). Cf. G. BURCHELL, C. GORDON, P. MILLER (a cura di), *Studies in Governmentality, with two lectures by and an interview with Michel Foucault* (London, 1991).

15 Cf. M. BOVERO, V. MURA, F. SBARBERI (a cura di), *I dilemmi del liberalsocialismo* (Roma, 1994); F. SBARBERI, *L'utopia della libertà eguale. Il liberalismo sociale da Rosselli a Bobbio* (Torino, 1999).

16 Cf. G. GALEAZZI, *Jacques Maritain: un filosofo per il nostro tempo* (Milano, 1999).

encontro deles é exatamente a centralidade do sujeito e dos direitos, e a convicção de que somente a multiplicação dos direitos (civis, políticos e sociais) é capaz de possibilitar o desenvolvimento pleno da pessoa.

Não se trata, além disso, de uma orientação somente italiana, mas de uma linha de tendência presente em todo o constitucionalismo do segundo pós-guerra, como na Declaração universal dos direitos do homem, elaborada pela Organização das Nações Unidas em 1948. Encontramos nos trabalhos preparatórios da Declaração de 1948 uma tendência análoga, nas suas características de fundo, àquelas das assembleias constituintes nacionais, com exceção das diferenças macroscópicas vinculadas à diversidade de contextos. Na assembleia da ONU, o conflito é forte e são facilmente avistáveis os primeiros sintomas da futura ‘guerra fria’. A ‘clássica’ tensão entre direitos civis e políticos, de um lado, e direitos sociais, de outro, presta-se perfeitamente como prefiguração do jogo de oposição – dominante no debate dos anos 1950 – entre as duas liberdades e as duas democracias (ocidental ou oriental; formal ou substancial). É preciso, porém, evitar simplificar o debate preparatório da Declaração de 1948 atribuindo aos soviéticos o monopólio da defesa dos direitos sociais, e aos ocidentais a exaltação da liberdade e da propriedade. Na verdade, para além do jogo de partido e para além do ritual de acusações recíprocas, o vínculo entre classes diferentes de direitos estava inscrito no próprio clima histórico do qual a Declaração dependia: as quatro liberdades rooseveltianas, a filosofia de guerra antifascista, a esperança renovadora de uma ordem nova. Mais uma vez, o processo constituinte na Europa e a redação da Declaração de 1948 procedem paralelamente e respondem, de maneiras diversas, ao mesmo *input* histórico e à mesma filosofia projetual: construir a ordem nova sobre o primado da pessoa e sobre a multiplicação dos seus direitos.

A mesma inspiração, que sustenta os vários processos constituintes e a formulação da Declaração de 1948, circula entre os documentos que desejam a criação - já nos anos 1930, e depois nos anos da guerra – de uma ordem transnacional, de uma nova arquitetura europeia, com forte inspiração federalista, capaz de conter as tendências despóticas inerentes ao onipotente Estado sete-oitocentista. Para os antifascistas da “*Giustizia e libertà*”, para Rossi, para Spinelli (autor do *Manifesto di Ventotene*), somente o federalismo (externo, mas também interno) seria capaz de garantir os direitos fundamentais dos sujeitos contra as prepotências dos Estados em particular¹⁷; e tais direitos eram, antes de tudo, direitos de liberdade, mas inseparáveis da justiça, conforma a perspectiva liberal-socialista teorizada por Rosselli, e depois por Calogero.

17 C. MALANDRINO, *Socialismo e libertà. Autonomie, federalismo, Europa da Rosselli a Silone* (Milano, 1990); P. GRAGLIA, *Unità europea e federalismo. Da ‘Giustizia e Libertà’ ad Altiero Spinelli* (Bologna 1996).

Faz parte integrante da cultura constituinte e projetual do segundo pós-guerra o princípio que será chamado de indivisibilidade dos direitos: um princípio que continuará a ser declarado e confirmado pelos sucessivos documentos internacionais: basta lembrar da redação, em 1966, de dois tratados internacionais (o *International Covenant on Civil and Political Rights* e o *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*), que entraram em vigor (depois da necessária ratificação do 35º Estado) em 1976. Os pressupostos programáticos da Declaração universal dos direitos do homem sobreviveram ao tempo, e ainda parecem adquirir uma força vinculante maior¹⁸.

É preciso refletir, enfim, sobre um aspecto ulterior: o estatuto que os direitos sociais vieram a assumir nas novas democracias constitucionais, e talvez com clareza ainda maior no quadro do ordenamento internacional. No segundo pós-guerra, no novo ambiente político-cultural, todos os direitos, não somente os direitos civis, mas também os direitos políticos e sociais, são concebidos como ‘direitos humanos’: como direitos atribuíveis ao ser humano enquanto tal; ao mesmo tempo e consequentemente, todos os direitos são considerados fundamentais: como pilares da ordem e condição de legitimidade do Estado. Em relação ao século XIX, não muda somente o ‘catálogo’ dos direitos (que agora compreende, ao lado dos direitos civis, também os direitos políticos e sociais): mudam também o fundamento dos direitos e a relevância deles no ordenamento. No século XIX, uma vez decaído o jusnaturalismo, os direitos se movem na órbita do Estado-nação, o que incidia não somente no seu modo de realização, mas também no seu fundamento. No segundo pós-guerra, ao contrário, é aguda a insatisfação com o juspositivismo oitocentista e é forte a exigência de afirmar a inviolabilidade dos direitos, a indisponibilidade deles pelo poder político: os direitos não dependem do Estado, mas tornam-se o principal critério da sua legitimidade.

Muda, portanto, o estatuto dos direitos e essa mudança envolve os direitos civis e os direitos políticos tanto quanto os direitos sociais: que se tornam, ao mesmo tempo, humanos e fundamentais e, longe de depender das decisões do soberano, pretendem vinculá-lo e direcionar as suas ações.

Podemos dar por adquirido, então, o modelo normativo que emergiu no entusiasmo fundador do segundo pós-guerra? Creio que uma conclusão desse tipo seria excessivamente fácil e esquemática. Na realidade, ainda que o princípio da indivisibilidade dos direitos continue a ser afirmado, assim como continuam a ser sublinhados o vínculo imediato entre os direitos do sujeito e o papel fundante deles para o ordenamento, a relação entre as diversas classes de direi-

18 Cf. G. ALFREDSSON, A. EIDE (a cura di), *The Universal Declaration of Human Rights. A Common Standard of Achievement* (The Hague-Boston-London, 1999); A. CASSESE, *I diritti umani nel mondo contemporaneo* (Roma-Bari, 2004).

tos, e a centralidade e autossuficiência deles em relação à política, eles voltam a se apresentar em mais de uma ocasião em sua face problemática.

É verdade que assistimos, nos últimos sessenta anos, a repetidas formulações, frequentemente enfáticas, nos documentos internacionais, dos mais diversos direitos sociais; mas é igualmente verdadeiro que para eles volta sempre a se colocar a dificuldade principal com a qual se defronta a hodierna linguagem dos direitos humanos: o abismo dramático entre a enunciação dos direitos e a efetivação deles. Atribuir direitos, e proceder à realização deles não é, de fato, realizar um gesto puramente simbólico; mas é, também, incidir sobre a distribuição dos recursos e sobre a repartição do poder. Podemos com alguma facilidade tomar distância em relação ao Estado e à política quando nos ocupamos do fundamento da enunciação dos direitos; mas, no final, devemos novamente prestar contas com o Estado, com a política, com os interesses e com os conflitos quando passamos da formulação para a realização dos direitos sociais.

É compreensível, então, que volte a ser levantada, em relação aos direitos sociais, a objeção formulada já nos anos de Weimar e retomada no segundo pós-guerra: os direitos sociais têm uma relevância ‘condicionada’, dependem do andamento da economia e das escolhas políticas contingentes, e não podem gozar, portanto, do caráter ‘absoluto’ característico dos direitos de liberdade. Tais reservas não parecem ter minado pela raiz, ao menos em linha de princípio, o caráter ‘indivisível’ dos direitos mencionados pelo *International Bill of Rights*, mas adquirem um peso ainda maior na medida em que os ciclos econômicos pioram e na medida em que se torna mais forte a crise do Estado social.

Se observarmos, ainda, a trajetória do desenvolvimento da União Europeia – o outro grande cenário dentro do qual se realiza o modelo democrático-constitucional do segundo pós-guerra – o vínculo de complementaridade entre direitos civis e direitos sociais parece submetido a tensões ainda mais fortes; sobretudo a tensões que não parecem vinculadas somente às contingentes vicissitudes dos fluxos econômicos, mas parecem inscritas no próprio processo de construção da nova ordem. Trata-se de uma ordem que nasce, também, do clima antitotalitário do segundo pós-guerra, alimentando-se da convicção da estrita complementaridade que deve existir entre liberdade e igualdade, entre liberdade e justiça, entre direitos civis e direitos políticos; mas trata-se, ainda, de uma ordem que se realiza de maneira mais cautelosa e tortuosa em relação àquilo que o Spinelli do *Manifesto* teria imaginado, seguindo uma estratégia que encontra no mercado, na livre circulação e na livre concorrência, o seu motor principal. Essa é a tensão (de certa forma) originária que continua presente no atual cenário da União Europeia: por um lado, a Europa do mercado, da polêmica contra qualquer intervenção artificial, tendentemente despótica, do poder político, da negação de qualquer ‘engenharia social’, da ideia do caráter natural e providencial do mercado: em uma palavra, do modelo levado recentemente a uma siste-

mática completude por Friedrich von Hayek; de outro, a ideia – já delineada por Heller nos anos 1930 – de um ‘*sozialer Rechtsstaat*’ [Estado social de direito], a ideia de um Estado de direito fundado na obrigatória sinergia entre direitos civis, políticos e sociais; do princípio, característico da cultura constitucionalista e internacional do final do século XX, da indivisibilidade dos direitos e da necessária complementaridade entre liberdade e direitos sociais; um princípio que continua a dar os seus frutos e a ser traduzido em documentos de indubitável relevância (basta pensar, por exemplo, na Carta de Nice).

Certamente, não faltam sinais de uma difundida aspiração a alcançar pontos de equilíbrio que deixem para trás essas ‘clássicas’ dicotomias. Não podemos, portanto, excluir que a tensão entre direitos civis e direitos sociais, entre liberdade e igualdade, entre liberdade e justiça, consiga compor-se em uma síntese superior, e que a nova Europa consiga recolher a herança, *mutatis mutandis*, do modelo democrático-constitucional construído no segundo pós-guerra¹⁹. Ainda que isso acontecesse, pelo menos uma outra tensão provavelmente manteria a sua dramática atualidade; uma tensão que diria respeito não mais à relação entre direitos, mas à relação entre sujeitos.

Os direitos (civis, políticos e sociais) assumidos como pilar dos ordenamentos democrático-constitucionais são cada vez mais apresentados como direitos humanos, como direitos do ser humano enquanto tal. Isso deveria conduzir, porém, a uma consequência que, politicamente, socialmente e culturalmente, exige muito empenho: fazer coincidir os direitos dos cidadãos com os direitos do homem. Não posso excluir que a Europa, que temerariamente escolheu como próprio hino a mensagem universalista schilleriana-beethoveniana, decida em algum futuro levar à sério as valências universalistas da sua tradição. Por ora, parece-me que a sua política (e mais ainda as políticas dos Estados-membros em particular) esteja adotando e reforçando uma estratégia diferente; uma estratégia fundada na diferenciação dos sujeitos e no enrijecimento das fronteiras²⁰; uma estratégia que insiste na irredutível diversidade entre os cidadãos e os meros residentes; entre o dentro e o fora; entre nós e eles; entre cidadãos e estranhos; uma estratégia que pode até pretender manter de pé o vínculo de complementaridade entre direitos diversos, mas tem maiores dificuldades em aplicar a lógica dos direitos iguais para sujeitos diferentes.

19 Cf. S. SCIARRA, *Diritti sociali. Riflessioni sulla carta europea dei diritti fondamentali*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2 (2001) p. 391-412; F. PIZZOLATO, *Il sistema di protezione sociale nel processo di integrazione europea* (Milano, 2002); S. GIUBBONI, *Diritti sociali e mercato. La dimensione sociale dell'integrazione europea* (Bologna, 2003); S. SCIARRA, *I diritti sociali fondamentali nell'ordinamento europeo: storia e prospettive di una controversa costituzionalizzazione*, in D. GAROFALO, M. RICCI (a cura di), *Percorsi di diritto del lavoro* (Bari, 2006) p. 41-54; A. CANTARO, *Il diritto dimenticato. Il lavoro nella costituzione europea* (Torino, 2007).

20 Cf. E. RIGO, *Europa di confine. Trasformazioni della cittadinanza nell'Unione allargata* (Roma, 2007).

REFERÊNCIAS

- A. ANDREONI, *Lavoro, diritti sociali e sviluppo economico. I percorsi costituzionali* (Torino, 2006).
- A. CANTARO, *Il diritto dimenticato. Il lavoro nella costituzione europea* (Torino, 2007).
- A. CASSESE, *I diritti umani nel mondo contemporaneo* (Roma-Bari, 2004).
- A. SERRANO GONZALEZ, *Como lobo entre ovejas* (Madrid, 1992).
- B. GEREMEK, *La pietà e la forza: storia della miseria e della carità in Europa* (Bari, 1995).
- B. TIERNEY, *L'idea dei diritti naturali. Diritti naturali, legge naturale e diritto canonico 1150-1625* (Bologna, 2002).
- C. L. DE BONI (a cura di), *Il diritto al lavoro nel 1848* (Milano, 2002).
- C. MALANDRINO, *Socialismo e libertà. Autonomie, federalismo, Europa da Rosselli a Silone* (Milano, 1990).
- C. NICOLET, *L'Idée républicaine en France* (Paris, 1982).
- C. SCHMITT, *Dottrina della costituzione* (Milano, 1984).
- E. RIGO, *Europa di confine. Trasformazioni della cittadinanza nell'Unione allargata* (Roma, 2007).
- F. EWALD, *L'état providence* (Paris, 1986).
- F. M. DE SANCTIS, *Crisi e scienza. Lorenz Stein. Alle origini della scienza sociale* (Napoli, 1976).
- F. NAUMANN, Intervento, in *Verhandlungen der verfassungsgebenden Deutschen Nationalversammlung* (Aktenstück n. 391) (Berlin, 1920), p. 179-180.
- F. PIZZOLATO, *Finalismo dello Stato e sistema dei diritti nella Costituzione italiana* (Milano, 1999).
- F. PIZZOLATO, *Il sistema di protezione sociale nel processo di integrazione europea* (Milano, 2002).
- F. SBARBERI, *L'utopia della libertà eguale. Il liberalismo sociale da Rosselli a Bobbio* (Torino, 1999).
- G. ALFREDSSON; A. EIDE (a cura di), *The Universal Declaration of Human Rights. A Common Standard of Achievement* (The Hague-Boston-London, 1999).

G. BURCHELL; C. GORDON; P. MILLER (a cura di), *Studies in Governmentality, with two lectures by and an interview with Michel Foucault* (London, 1991).

G. CASADIO (a cura di), *I diritti sociali e del lavoro nella Costituzione italiana* (Roma, 2006).

G. GALEAZZI, *Jacques Maritain: un filosofo per il nostro tempo* (Milano, 1999).

G. GOZZI, *Democrazia e diritti. Germania: dallo Stato di diritto alla democrazia costituzionale* (Roma-Bari, 1999).

J. A. SCOTT, *Republican Ideas and the Liberal Tradition in France 1870-1914* (New York, 1951).

J. DONZELOT, *L'invention du social. Essai sur le déclin des passions politiques* (Paris, 1984).

L. STEIN, *Socialismus und Communismus des heutigen Frankreichs. Ein Beitrag zur Zeitgeschichte* (Leipzig, 1848).

L. STEIN, *Geschichte der sozialen Bewegung in Frankreich von 1789 bis auf unsere Tage, I* (Leipzig, 1850).

M. BORGETTO, *La notion de fraternité en droit public français. Le passé, le présent et l'avenir de la solidarité* (Paris, 1993).

M. BOVERO; V. MURA; F. SBARBERI (a cura di), *I dilemmi del liberalsocialismo* (Roma, 1994).

M. FIORAVANTI, *Giuristi e costituzione politica nell'ottocento tedesco* (Milano, 1979).

M. FOUCAULT, *Biopolitica e liberalismo* (Milano, 2001).

M. FOUCAULT, La "governamentalità", in *Aut Aut* 167-168 (1978), p. 12-29.

P. CARETTI, *I diritti fondamentali: libertà e diritti sociali* (Torino, 2004).

P. CRAVERI, *Genesi di una costituzione. Libertà e socialismo nel dibattito costituzionale del 1848 in Francia* (Napoli, 1985).

P. GRAGLIA, *Unità europea e federalismo. Da "Giustizia e Libertà" ad Altiero Spinelli* (Bologna, 1996).

P. PIASENZA, *Polizia e città: strategie d'ordine, conflitti e rivolte a Parigi tra Sei e Settecento* (Bologna, 1990).

R. PILIA, *I diritti sociali* (Napoli, 2005).

S. GIUBBONI, *Diritti sociali e mercato. La dimensione sociale dell'integrazione europea* (Bologna, 2003).

S. SCIARRA, *Diritti sociali. Riflessioni sulla carta europea dei diritti fondamentali*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2 (2001), p. 391-412.

S. SCIARRA, *I diritti sociali fondamentali nell'ordinamento europeo: storia e prospettive di una controversa costituzionalizzazione*, in D. GAROFALO; M. RICCI (a cura di), *Percorsi di diritto del lavoro* (Bari, 2006), p. 41-54.

