



Lei e Estado Social: da legislação operária aos dilemas do *welfare* “sem lei” *

Social Statutes and Social State: from the workers' legislation to the non-statutory welfare dilemmas.

Giovanni Cazzetta **

REFERÊNCIA

CAZZETTA, Giovanni. Lei e Estado Social: da legislação operária aos dilemas do *welfare* “sem lei”. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n. 41, p. 3-37, dez. 2019. DOI: <<https://doi.org/10.22456/0104-6594.99303>>.

RESUMO

Diante do atual debate no cenário europeu acerca da possibilidade de manutenção dos direitos sociais em meio à desregulação estatal, este artigo aborda a construção desses direitos no fim do século XIX e início do século XX, inicialmente garantidos por instituições parcialmente estatais. Por meio da análise de coleções legislativas comentadas, o autor apresenta perspectivas da época acerca do assentamento da legislação social dentro do direito civil italiano, além da posterior expansão da legislação social pela Europa.

PALAVRAS-CHAVE

História do direito. Direitos sociais. Legislação social. Intervenção estatal.

ABSTRACT

In faced of the current European debate on the possibility of maintaining social rights in the midst of state deregulation, this article addresses the construction of such rights in the end of the 19th and the beginning of the 20th century. Those rights were initially guaranteed by partially public institutions. Through the analysis of commented legislative collections, the author presents perspectives of that time concerning the settlement of social legislation within Italian civil law, besides the subsequent expansion of social legislation throughout Europe.

KEYWORDS

Legal history. Social rights. Social legislation. State intervention.

SUMÁRIO

1. Legislação social e Estado social: um binômio inseparável? 2. Além do Estado: os dilemas do *welfare* “sem lei”. 3. O Estado intervencionista entre colaboração e conflitos. 4. Sobre os limites entre Sociedade civil e Estado: os *proviviri* e a “função social” no direito comum civil. 5. Legislação social e “Direito do Estado”: as regras da exceção. 6. O direito comum civil e a “sociedade que trabalha”. 7. Da legislação operária a um novo direito comum? Referências. Dados da publicação.

* Publicação original: CAZZETTA, G. Legge e Stato Sociale. Dalla legislazione operaia ai dilemmi del welfare ‘senza legge’. *Quaderni fiorentini*, Varese, vol. 46, 2017, p. 103-140. Tradução por Guilherme Tumelero Macedo (UFRGS). Revisão por Alfredo de J. Flores (Prof. Permanente, PPGDir-UFRGS).

** Professor de história do direito medieval e moderno na Università degli Studi di Ferrara. Foi pesquisador no Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte e na Università degli Studi di Firenze. Atualmente, dirige os *Quaderni Fiorentini – Per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*.





1 LEGISLAÇÃO SOCIAL E ESTADO SOCIAL: UM BINÔMIO INSEPARÁVEL?

A legislação social caracteriza as origens, a evolução e a plena afirmação do Estado Providência. O vínculo se apresenta profundamente estreito: com referência às leis e às políticas sociais, ao seu aumento em quantidade e qualidade, medimos a descontinuidade com o passado e a origem do Estado Social, identificamos seus diferentes modelos, fixamos progressões e pausas no movimento que marca as suas ascensões e quedas.¹ As razões da intervenção legislativa – paternalista ou autoritária, concedida/imposta de cima ou conquistada de baixo – não alteram a manutenção do vínculo, se não colorindo de forma diversa as políticas sociais, os modos e os tempos de uma sequência causal que permanece inalterada: industrialização, questão social, intervenção estatal/leis sociais-especiais, afirmação do Estado social. Exaltando o interesse num governo totalizante do social, na sua "publicização", é, aliás, a própria expressão "Estado Social" que propõe a centralidade de uma intervenção "especial" que, indo além do direito comum e indiferente a situações sociais particulares, socorre, protege, ajuda, sustenta, endereça, absorve e governa a sociedade.

Entre os séculos XIX e XX, a ação social do Estado tornou cada vez mais difícil distinguir direito comum e especial, privado e público: um instrumento cada vez mais flexível e pervasivo nas mãos do poder político, as leis sociais colocam sob discussão distinções consolidadas, fragmentam a ordem do direito comum civilístico e dão início a novas construções disciplinares. A transformação é evidente – mesmo aos olhos céticos dos juristas mais fechados que contemplam a centralidade oitocentista do direito igualitário e as divisões tradicionais do campo jurídico; com a Primeira Guerra Mundial, a legislação "excepcional" reformula a ordem, penetra em diferentes tradições de intervenção estatal, amplifica o entrelaçamento "entre práticas de coerção e integração" ².

¹ Cf., por exemplo, ALBER J. *Dalla carità allo Stato sociale*. Bologna: il Mulino, 1987; RITTER, G.A. *Storia dello Stato sociale*. Roma; Bari: Laterza, 1996; SILEI, G. *Lo Stato sociale in Italia: Storia e documenti*. V. I-II. Manduria: Lacaita, 2003-2004; CONTI, F.; SILEI, G. *Breve storia dello Stato sociale*. Roma: Carocci, 2005; FERRERA, M. *Modelli di solidarietà: Politica e riforme sociali nelle democrazie*. Bologna: il Mulino, 1993. Com relação à dificuldade/impossibilidade de desvincular a história das leis sociais dos outros estudos de *social policy*, cf. COLLIN, P. State and Perspective of the History of Social Law: A Few Preliminary Remarks. *Rechtsgeschichte*, vol. 24, pp. 365, 2016; *id.* State and Perspective of the History of Social Law in Germany. *Rechtsgeschichte*, vol. 24, pp. 393-401, 2016.

² PROCACCI, G. Le politiche di intervento sociale in Italia tra fine Ottocento e prima guerra mondiale. Alcune considerazioni comparative. *Economia & Lavoro*, a. XLII, pp. 17-43, 2008. p. 19; *Id.* *Warfare-Welfare*. Intervento dello Stato e diritti dei cittadini (1914-1918). Roma: Carocci, 2013. Cf. também PAVAN I. Nelle trincee e sui campi: Guerra, dopoguerra e Stato sociale in Italia (1917-1921). In: CESARI, L (cur.). *Le libertà del lavoro*. Storia, diritto, società. Palermo: Edizioni Sislav-New Digital Frontiers, 2016. pp. 156-190.





A ascensão de direitos sociais nas rígidas constituições do segundo pós-guerra complica enormemente o quadro, mas não afrouxa o vínculo.

A descontinuidade com o passado é clara e afeta a forma de se considerar tanto o Estado como a intervenção social: democratizam-se os processos de decisão, estabelecem-se direitos garantidos mesmo contra as maiorias parlamentares, afirmam-se o pluralismo e a participação. O reconhecimento de direitos (civis, políticos e sociais) põe em causa a visão centrada na legislação e no Estado, tornando difícil uniformizar a representação do social somente sobre a intervenção estatal. Nas democracias constitucionais, o projeto social para o futuro está inscrito na fonte primária que, de um lado, direciona a ação da lei e, de outro, reconhecendo a prioridade da pessoa e da sociedade, confere a transformação do presente também à dinâmica dos conflitos no interior de uma sociedade pluralista.

Se a ligação se complica, ele não se torna, contudo, menos forte. A história do Estado Social é impossível de escrever – especialmente nos "Trinta Anos Gloriosos"* – ignorando o protagonismo da ação legislativa e administrativa, a centralidade "hierárquica" do Estado e da lei. A mesma análise das transformações (e das crises) dos modelos de *welfare state* coloca, além disso, constantemente em primeiro plano a explosão (e declínio) das intervenções públicas, a hipertrofia legislativa e a procura de formas de escapar à centralidade da lei. Em meados dos anos oitenta do século XX, o debate sobre a *deregulation* e a *juridification* aborda diretamente o dilema da lei no *welfare state*, e considera as alterações quantitativas e qualitativas do seu papel e das suas funções, procurando alternativas, novas formas de "autorregulação"³. É evidente que o processo de juridificação não está ligado apenas à lei (não se deve esquecer, de fato, que a principal juridificação do século XX continua a ser a constitucional), entretanto, as formas de escapar aonexo bidirecional Estado-soberano/*welfare* e as alternativas efetivas à "ação política baseada em uma decisão parlamentar e exercida por meio da intervenção do Estado"⁴ não resultam evidentes. E, aliás,

* N.T.: Expressão que designa o período de trinta anos subsequente ao fim da Segunda Guerra Mundial – 1945-1975 – caracterizado pelo intenso crescimento econômico e pela consolidação de uma série de direitos sociais nos países da Europa Ocidental.

³ Cf. TEUBNER, G. *Juridification of social spheres: a comparative analysis in the areas of labour, corporate, antitrust and social welfare law*. Berlin; New York: de Gruyter, 1987; TEUBNER, G. *Dilemmas of law in the Welfare State*. Berlin; New York: de Gruyter, 1986; TEUBNER, G. Das regulatorische Trilemma. Zur Diskussion um post-instrumentale Rechtsmodelle. *Quaderni fiorentini*, vol. 13, pp. 109-149, 1984, sendo p. 122 e ss. referentes à *Selbstregulierung*; TEUBNER, G. Aspetti, limiti, alternative della legificazione. Milano: FrancoAngeli, 1985.

⁴ Chama a atenção para o fenômeno, no debate daquela época, Spiros Simitis, com especial referência ao direito do trabalho como "paradigma clássico da juridificação". (SIMITIS, S. La giuridificazione dei rapporti di lavoro. *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, vol. 30, n. 6, pp. 215-276, 1986. p. 271. Essa é a tradução do trabalho presente em TEUBNER, *Juridification of Social Spheres*, op. cit.).





é precisamente com referência ao declínio, à impotência ou ao esgotamento da intervenção pública diante da "lei" imposta pelo mercado – ou por organismos supranacionais pouco ou nada representativos – que avaliamos nas últimas décadas as reviravoltas e a desconstitucionalização das proteções do *welfare*: não por acaso, a reação à onda neoliberal e à centralidade providencial do mercado é atravessada por impulsos contrastantes, nostálgicos da força da lei (estatal e democrática) e céticos quanto a um *social law* supranacional capaz de se opor efetivamente à *shift from legislation to contract*.⁵

Embora seja difícil imaginar o Estado social sem a lei, o enfoque puro no perfil formal de um casamento indissolúvel não ajuda, contudo, a identificar o perímetro e o conteúdo daquilo que indicamos com um e outro termo, nem a perceber as múltiplas tensões que caracterizam a união. À impossibilidade de guardar todo o “social” na lei (ou, se preferir, à impossibilidade de governar a sociedade apenas com a lei) deve-se acrescentar as reivindicações de autonomia do social, as interpretações dos juristas (da doutrina e da jurisprudência), a tensão dos direitos – a “luta pelos direitos” –, a estender-se para além da lei e da ação do Estado. Considerando esses aspectos, a representação de um papel necessariamente incumbente e fundante da lei no Estado soberano é certamente redimensionada, ainda que a “coisa” passe por atribulações para escapar da jaula imposta pelo seu “nome”.⁶

2 ALÉM DO ESTADO: OS DILEMAS DO *WELFARE* “SEM LEI”

As correntes de pensamento que entre os séculos XIX e XX teorizam o direito social como expressão autônoma da sociedade, do espaço 'intermediário' entre o Estado e os indivíduos, têm uma relação ambígua como as leis sociais, por vezes consideradas uma expressão do 'novo direito', por outras, pelo contrário, uma simples manifestação autoritária e paternalista do Estado. Em todo o caso, a mediação da lei parece inadequada para, sozinha,

⁵ SCIARRA, S. Social law in the wake of the crisis. In: FÉDÉRATION INTERNATIONALE POUR LE DROIT EUROPÉEN (FIDE) CONFERENCE, 26., 2014, Copenhagen. *Working Papers Collection...* Catania: Centre for the Study of European Labour Law "Massimo D'Antona", 2014. p. 3-4 e 17. Cf. SCIARRA, S. *L'Europa e il lavoro*. Solidarietà e conflitti in tempo di crisi. Roma; Bari: Laterza, 2013; GIUBBONI, S. *Diritti e solidarietà in Europa*. I modelli sociali nazionali nello spazio giuridico europeo. Bologna: il Mulino, 2012. Cf. também os trabalhos publicados no *European journal of social law*, vol. 1, n. 1, 2011, em particular, NOGLER, L. European Journal of Social Law: Pleading the cause for a social needs approach, pp. 20-30.

⁶ A respeito da terminologia ‘welfare state’, são fortes as hesitações dos seus ‘pais’, William Beveridge, Thomas Humphrey Marshall e Richard Titmuss, convencidos de que “welfare state phrase tends to evoke images of a mendicant clientele receiving under-served benefits from an overbearing state”. (GARLAND, D. *The Welfare State*. A Very Short Introduction. Oxford: Oxford University Press, 2016. p. 5.)





fechar o fosso entre o Estado e a sociedade: os que exaltam as novas leis as consideram a expressão de um direito nascido dos fatos, da nova sociedade que se impõe ao legislador; os que se opõem veem a intervenção "de cima" como uma simples confirmação do fosso entre o Estado e a sociedade.

Apesar das celebrações retóricas da eliminação do dualismo entre a sociedade e o Estado, o corporativismo fascista não resolve, mas exalta essa ambiguidade. Apresentada como "a mais avançada do mundo" ⁷, a legislação social do fascismo não esconde elementos de continuidade com o intervencionismo social do Estado liberal, mas ao mesmo tempo reivindica uma diferença radical: "a diferença consiste no caráter autoritário e de verdadeira intromissão e coerção próprias da legislação social, em comparação com o caráter de autonomia e liberdade que domina o sistema sindical" ⁸. Inclinada a ir além da "legislação social obscura e equívoca" ⁹, para resolver a crise do Estado moderno fixando a unidade, a política social fascista se torna cada vez mais absorvente, cada vez mais inclinada a prender a sociedade num abraço "total", submetendo-a aos interesses do Estado. Tendo em conta a experiência dos Estados fascistas, Georges Gurvitch propõe novamente a diferença entre um *Droit social* com conteúdos autônomos e a legislação social: a ordem jurídica dos grupos nada tem a ver com a lei social imposta por um Estado preocupado com o bem-estar material dos produtores e dos consumidores "escravizados", com uma lei autoritária que considera os sujeitos fracos e oprimidos apenas como beneficiários passivos das medidas impostas de cima. É a valorização dos direitos sociais – que reivindicam um espaço autônomo com uma história social paralela à do Estado – a marginalizar a intervenção estatal e se opor à política social autoritária: a *Declaração dos Direitos Sociais* de Gurvitch é toda atravessada pela desconfiança e hostilidade em relação à lei social "totalitária" ¹⁰.

A constitucionalização dos direitos sociais não elimina, no entanto, a tensão entre autonomia social e intervencionismo estatal. Bem presente no breve período de Weimar, em que a mediação estatal, originalmente concebida como uma exceção à autonomia social,

⁷ A frase de Mussolini ("La legislazione sociale del fascismo è la più avanzata del mondo") se destaca no frontispício da revista "Política sociale", que dá início às suas publicações em 1929.

⁸ ZANOBINI, G. La legislazione sociale. *Archivio di studi corporativi*, Pisa, a. II, 1931. p. 197.

⁹ É como diz VOLPICELLI, A. (Política sociale e Stato corporativo. *Le assicurazioni sociali*, a. XI, 1935) apud STOLZI, I. Política sociale e regime fascista. Un'ipotesi di lettura. *Quaderni Fiorentini*, vol. 46, pp. 241-292, 2017, pp. 256, 259-261, 275, 278-280.

¹⁰ GURVITCH, G. *La Dichiarazione dei diritti sociali*. Prefácio de Norberto Bobbio. Milano: Ed. di Comunità, 1949; e nova edição feita por A. Scerbo (Soveria Mannelli: Rubbettino, 2004), p. 70 e ss. A autonomia de conteúdo do direito social se liga, nas reconstruções de Gurvitch, a uma longa e específica "história doutrinal" do conceito. Cf. GURVITCH, G. *Le temps présent e l'idée du droit social*. Paris: Vrin, 1931; GURVITCH, G. *L'idée du droit social*. Notion et système du droit social. Histoire doctrinale depuis le 17e siècle jusqu'à la fin du 19e siècle. Paris: Sirey, 1932.





torna-se cada vez mais relevante,¹¹ essa tensão reaparece nos Estados constitucionais e pluralistas do segundo pós-guerra, que colocam em relação a liberdade e a remoção dos obstáculos econômico-sociais à igualdade, a garantia das liberdades fundamentais negadas pelos Estados fascistas e a afirmação dos direitos sociais. Mais do que a disputa teórica sobre a compatibilidade entre o Estado Social e o Estado de Direito,¹² são as disputas sobre as formas de implementação da Constituição que, no novo contexto, propõem o problema do equilíbrio (ainda que a questão seja frequentemente colocada em termos de alternativa) entre a necessária intervenção da lei e a concretização dos direitos realizada no (e pelo) pluralismo social, colocando os direitos acima da intervenção do Estado, igualando a atuação judicial e legislativa. A questão emerge no constante retorno dos conflitos acerca da qualificação dos direitos sociais como direitos verdadeiros, como direitos fundamentais;¹³ um conflito em que o foco dos lugares-comuns e dos mal-entendidos utilizados para indicar o fosso entre os direitos de liberdade e os direitos do "estatuto difícil" (condicionados, exigentes, dispendiosos, efetivamente acionáveis apenas pelo legislador e pela administração),¹⁴ padece, de qualquer forma, ao eliminar as diferenças, ao tornar eficazes as promessas de *welfare* e ao alargá-las "para além do perímetro específico do Estado Social" ¹⁵.

Com a crise do *welfare state*, o papel hegemônico da "lei social" brilha com a sua ausência e efeitos contrastantes. As reconstruções que visam a contrabalançar o retrocesso da intervenção pública olham cada vez mais para uma sociedade civil capaz de se dotar de um *welfare* sem Estado, redescobrem e recuperam formas de *welfare* comunitário, plural e societário, com foco em fontes reguladoras capazes de promover, além da lei, além do Estado, formas de solidariedade geral. O "*welfare* civil" é acrescentado ao binômio público/privado,

¹¹ Cf. STOLLEIS, M. *Origins of the German Welfare State*. Social Policy in Germany to 1945. Berlin: Springer, 2013. p. 127. Em 1932, Otto Kahn Freund denota que a política social se afirmava "come pura assistenza e non anche come autotutela organizzata degli interessi" e que a tendência a "subordinare le organizzazioni collettive ai fini dello Stato" era cada vez mais forte. KAHN FREUND, O. Il mutamento della funzione del diritto del lavoro. In: ARRIGO, G. (ed.); VARDARO, G. (ed.). *Laboratorio Weimar. Conflitti e diritto del lavoro nella Germania prenazista*. Roma: Ed. lavoro, 1982. p. 221 e ss.

¹² FORSTHOFF, E. Concetto e natura dello Stato sociale e di diritto (1954). In: FORSTHOFF, E. *Stato di diritto in trasformazione*, Milano: Giuffrè, 1973. Cf. ainda GIANNINI, M.S. Stato sociale: una nozione inutile. In: *Aspetti e tendenze del diritto costituzionale*. Scritti in onore di Costantino Mortati. Vol. I. Milano: Giuffrè, 1977. pp. 141-165.

¹³ Cf., finalmente, as diversas abordagens ao tema em "Diritti sociali veri diritti?" (*Ragion pratica*, vol. 14, n. 2, p. 471 e ss., 2016). Cf. em particular FERRERA, M. Teoria empírica della politica e diritti sociali. pp. 475-494; e PINO, G. Diritti sociali. Per una critica di alcuni luoghi comuni. pp. 495-518.

¹⁴ Cf. PINO, *op. cit.*, p. 495 e ss.; BONGIOVANNI, G. Diritti dallo "statuto" difficile. Aspetti del dibattito italiano su diritti sociali nel secondo dopoguerra, *Scienza e Politica*, vol. 24, p. 75 e ss., 2001; CASADEI, T. *I diritti sociali*. Un percorso filosofico-giuridico. Firenze: Firenze University Press, 2012.

¹⁵ RODOTÀ, S. *Solidarietà, un'utopia necessaria*. Roma; Bari: Laterza, 2014. p.117. Sobre promessas mal sucedidas do *welfare* e sobre o retorno da pobreza, cf. SARACENO, C. *Il lavoro non basta*. La povertà in Europa negli anni della crisi. Milano: Feltrinelli, 2015.





Estado/mercado;¹⁶ mais radicalmente, o constitucionalismo social liga, além das formas de *welfare mix*, a autorregulação e a autoconstitucionalização¹⁷ para desestruturar completamente a distinção público-privado e propor sinergias entre solidariedade e igualdade, bens comuns e novos direitos sociais.¹⁸

Em suma, enquanto o *welfare* estatal morre, o *welfare* renasce no coração das relações sociais, para além do Estado, para além (e contra) o "reformismo neoliberal". A lei, é claro, não desaparece,¹⁹ mas é como se fosse movida ao pano de fundo de uma cena que tem em primeiro plano a confrontação-embate entre direito/direitos e mercado, numa sociedade que parece renunciar à visão política do *welfare* "como um conjunto de intervenções públicas" que oferecem proteção²⁰ e, inclusive, em algumas reconstruções, ao papel ordenador e unificador do poder político-constitucional.²¹ Neste contraste frontal, há de se enquadrar a "transformação semântica" do próprio conceito de reforma, que – numa espécie de inversão do caminho normalmente colocado na base da autoafirmação do Estado social – apresenta-se

¹⁶ Cf. ao menos ZAMAGNI, S. Slegare il Terzo settore (Introduzione). In: ZAMAGNI, S (ed.). *Libro bianco del Terzo settore*. Bologna: il Mulino, 2011; ZAMAGNI, S.; BRUNI, L.; *Economia civile*. Efficienza, equità, felicità pubblica. Bologna: il Mulino, 2004; RANCI, C. *Oltre il Welfare State*. Terzo settore, nuove solidarietà e trasformazione del welfare. Bologna: il Mulino, 1999.

¹⁷ Vejam-se as contribuições presentes em *Sociologia e politiche sociali*, vol. 14, n. 2, 2011, ou ainda PRANDINI, R. (ed.); TEUBNER, G. (ed.). *Costituzioni societarie: politica e diritto oltre lo Stato*. Milano: FrancoAngeli, 2011; bem como TEUBNER, G. *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione*. L'emergenza delle costituzioni civili. Roma: Armando, 2005; TEUBNER, G. *Constitutional fragments: societal constitutionalism and globalization*. Oxford: Oxford University Press, 2012; PRANDINI, R. *Culture e processi costituenti della società riflessiva*. Globalizzazione, accelerazione e autoregolazione sociale. Bologna: Bononia University Press, 2012.

¹⁸ Cf. CHIGNOLA, S. (ed.). *Il diritto del comune*. Crisi della sovranità, proprietà e nuovi potericostituenti. Verona: Ombre Corte, 2012; no qual se veja em particular CHIGNOLA, S. Introdução; e TEUBNER, G. Istituzioni in frammenti. Il costituzionalismo sociale al di là dello Stato-nazione.

¹⁹ Nessa perspectiva, de fato, continua também o problema da coerção necessária à sustentação das formas obrigatórias de manutenção do *welfare*, aquelas formas jurídicas fixadas historicamente pelas primeiras leis sociais e pelos seguros sociais – em verdade, “obrigatórias” – para os acidentes, a doença, a velhice, o desemprego; assim como, aliás, segue relevante o papel da lei também na promoção e na organização da solidariedade horizontal.

²⁰ FERRERA, M. *Modelli di solidarietà*. Politica e riforme sociali nelle democrazie. Bologna: il Mulino, 1993. p. 49.

²¹ Veja-se, nesse sentido, a crítica à teorização das “constituições civis”, portadoras do risco de uma fragmentação setorial, do risco de fazer esse mesmo constitucionalismo perder “il suo valore universale e unificante”, promovendo o retorno, em primeiro nível, da lógica econômica e, assim, favorecendo simplesmente direitos compatíveis com “una realtà nella quale la comunità degli affari sta producendo un suo diritto comune”. RODOTÀ, S. *Il diritto di avere diritti*. Roma; Bari: Laterza, 2012. pp. 420-421 e p. 114, a respeito da dificuldade de “una fondazione unitaria del ‘comune’” a partir de uma “ricostruzione delle dinamiche della globalizzazione in termini di ‘costituzioni civili’”. Cf. também CAR, R. Via giuridica e via sociologica al *global constitutionalism*: una critica politico costituzionale. *Giornale di Storia Costituzionale*, vol. 32, pp. 183-204, 2016. No mesmo número, veja-se, com outro entendimento, TEUBNER, G. Autocostruzione esogena: come i sistemi sociali esternalizzano i loro paradossi fondativi nel processo costituzionale, p. 51 e ss.





como uma lei social invertida, como uma "destruição da juridicidade" imposta pela constituição econômica neoliberal.²²

Particularmente indicativo, nesse sentido, é o debate identitário convulsivo no direito do trabalho, um especialismo disciplinar cada vez mais restrito entre a projeção universalista dos direitos e a redução de tutelas imposta pela globalização e pelo direito comum do mercado. O eclipse do direito baseado nos pilares do Estado, da lei e do território, a prevalência da eficácia sobre a abstrata validade, do pluralismo sobre a monolítica hierarquia das fontes,²³ exalta aspectos inscritos no código genético de uma disciplina nascida do social, atenta ao direito vivo, ao direito enraizado numa sociedade que se auto-ordena; ao mesmo tempo, porém, o desaparecimento do "apoio" da lei desorienta, evidenciando contrastes que pareciam superados, questionando as próprias razões do direito do trabalho nascido da crise de igualdade do direito comum oitocentista e protagonista da tensão integral a subordinar – como sustentava Marshall – o mercado à justiça social, a livre negociação à declaração de direitos.²⁴ A ideia de direito do trabalho é assim apresentada em fragmentos, cindida entre leituras opostas da cidadania social, da intervenção da regulação estatal autoritária, da incidência de princípios constitucionais, da projeção universalista das tutelas. Por um lado, a inversão do paradigma constitucional²⁵ aparece promovida pela própria intervenção legislativa, que torna a irrevocabilidade da disciplina legal e coletiva cada vez mais imperceptível, leva a solidariedade à sua queda, reduzindo-a à dimensão de "proximidade" e subordinando o direito do trabalho ao mercado.²⁶ Por outro lado, a eliminação progressiva dos vínculos e das tutelas é vista como restituição aos trabalhadores da prerrogativa essencial da liberdade: a legislação social, a ação sindical e as normas constitucionais têm, nessa perspectiva, a "missão histórica" de emancipar a pessoa da condição de fraqueza contratual no

²² MATTEI, U. *Contro riforme*, Torino, Einaudi, 2013. p. 18, 53, 65 e ss.; uma crítica ao "riformismo neoliberale" que é de se ler nas páginas de Mattei, em estreita conexão ao tema dos bens comuns: « I beni comuni non sono un mero terzo settore fra Stato e mercato ma sono un'intera visione politica, una pratica indispensabile per arginare la deriva estrattiva dell'uno e dell'altro » (p. 100). Cf. também MATTEI, U. *Beni comuni*. Un Manifesto. Roma; Bari: Laterza, 2010.

²³ Cf. GROSSI, P. *Ritorno al diritto*. Roma; Bari: Laterza, 2015; GROSSI, P. *Società, diritto, Stato*. Un recupero per il diritto. Milano: Giuffrè, 2006, e em particular pp. 284-287; GROSSI, P. Globalizzazione e pluralismo giuridico. *Quaderni fiorentini*, vol. 29, 2000, p. 551 e ss.

²⁴ MARSHALL, T.H. *Cittadinanza e classe sociale (1949)*. Roma; Bari: Laterza, 2002.

²⁵ Cf., para todos, PERULLI, A. L'idea di diritto del lavoro, oggi. *Lavoro e diritto*, a. XXX, n. 1, pp. 17-34, 2016. Sobre a "inversão" do valor inclusivo da Constituição, cf. ZAGREBELSKY, G. *Fondata sul lavoro*. La solitudine dell'articolo 1. Torino: Einaudi, 2013.

²⁶ A referência se destina especificamente ao art. 8 da lei italiana n. 158 de 2011 que, em certas condições, consente ao 'contratto di prossimità', ao contrato coletivo empresarial, derogando o contrato coletivo nacional e provocando, também, o decaimento do predicado da inderrogabilidade *in pejus*.





mercado para reconduzi-la ao direito civil;²⁷ a um direito comum "igual" dos contratos que propõe para todos uma plena autonomia negocial que bem recorda as mitologias do direito comum oitocentista e a distinção demasiado clara entre intervenção pública transitória e direito comum civil imutável.

3 O ESTADO INTERVENCIONISTA ENTRE COLABORAÇÃO E CONFLITOS

Em conexão com a tensão para afirmar um *welfare* "além do Estado", cresceu a atenção dos estudos históricos nos confrontos de caminhos colocados lado a lado com a lei, de formas autônomas de solidariedade, de colaborações entre a sociedade civil e o Estado, "hibridizações", entre público e privado.

A presença do Estado não desaparece, mas as leis e as políticas sociais já não estão no centro da representação: a afirmação do monopólio estatal sobre os assuntos sociais é diluída no confronto com a ação de grupos "terceiros", na colaboração entre associações e organismos políticos. Baseado em laços sociais que não podem ser reduzidos nem a um individualismo impiedoso nem à solidariedade "imposta por lei", confrarias religiosas, corporações, associações, mutualismo afirmam "formas de *welfare*" que não podem ser reduzidas à centralização do Estado, constituem uma vasta região intermediária de práticas solidárias (caritativas, assistenciais, mutualistas), que precedem e sucedem o ponto de virada determinado pelas leis sociais.²⁸

O discurso evidencia a continuidade, a persistência de formas associativas autônomas e a afirmação de formas de colaboração com o Estado, mas deixa à margem as descontinuidades e conflitos suscitados pela intervenção autoritária do Estado na sociedade para controlar espaços de autonomia, para absorver a mutualidade e a cooperação. Pensemos, por exemplo, no papel desempenhado na Itália – quanto à alfabetização, formação, assistência e previdência voluntária – das prestações e seguros para casos de doença e desemprego, da

²⁷ ICHINO, P. Il tortuoso percorso del diritto del lavoro tra emancipazione dal diritto civile e ritorno al diritto civile. In: ROPPO, V. (ed.); SIRENA, P. (ed.). *Il diritto civile e gli altri*. Milano: Giuffrè, 2013. pp. 39-89.

²⁸ Cf., por exemplo: ANTONIAZZI, S.; CARCANO, M.; ZANINELLI, S. Il mutualismo. Per il nuovo Stato sociale. Prefácio de T. Treu. Milano: Jaca Book, 2016; ROSSI, E. (ed.); ZAMAGNI, S. (ed.). *Il Terzo settore nell'Unità d'Italia*. Bologna, il Mulino, 2011; STRONATI, M. The History of Social Law in Italy: Some Considerations. *Rechtsgeschichte*, vol. 24, pp. 380-386, 2016; STRONATI, M. Il paradigma del self-help: il rapporto tra capitale e lavoro nell'associazionismo mutualistico dell'Ottocento. In: CESARI, L. (cur.). *Le libertà del lavoro*. Storia, diritto, società. Palermo: Edizioni Sislav-New Digital Frontiers, 2016. pp. 53-73; STRONATI, M. Una strategia della resilienza: la solidarietà nel mutuo soccorso. *Scienza & Politica*, a. XXVI, n. 51, pp. 87-100, 2014; VITTORIA, A. Il Welfare oltre lo Stato. Profili di storia dello Stato sociale in Italia tra istituzioni e democrazia. Torino: Giappichelli, 2014.





tessitura de formas de associação mutualística com inspirações diversas – socialista, católica, mazziniana^{*}; uma rede que muitas vezes apoia ou substitui a atividade de proteção social das organizações religiosas, as obras de caridade, as paróquias e os conventos. O encontro com a "ingerência" do Estado não foi simples, nem sempre se desenrolou em termos de colaboração pacífica²⁹: a regulação legislativa das sociedades de mútuo socorro dividiu o mundo das associações, tanto antes como depois do trabalhoso assentamento da lei de 1886 sobre a sua constituição jurídica;³⁰ as tensões se tornaram mais consideráveis com o crescimento da politização das associações de trabalhadores, com a opção de favorecer a luta de classes, o conflito social e a greve em vez da colaboração com a intervenção governamental sobre a sociedade. Além da ênfase colocada no avanço inevitável da solidariedade, a intervenção estatal criava contrastes, não deixava de ser percebida como prejudicial aos espaços de liberdade da sociedade civil, como um controle autoritário. Com o crescimento da confiança na possibilidade de promover uma transformação social por meio do conflito e da reivindicação de direitos, logo se juntaram a esses receios novas formas de desconfiança em relação a uma intervenção social-especial que parecia ser dirigida ao aumento em vez da redução dos privilégios. No debate parlamentar sobre a lei relativa aos acidentes de trabalho, os socialistas opõem, à "esmola" da indenização oferecida por meio do seguro obrigatório, o ressarcimento integral dos danos alcançáveis de acordo com as novas interpretações jurisprudenciais do risco profissional; contrapõem a expansão do direito comum civilístico à lei especial, seguindo o modelo de seguros sociais alemães apoiado por Carlo Francesco Ferraris, como um abandono do direito civil.³¹ Diferentes modelos de proteção se opunham, entrelaçando questões jurídicas e políticas, distinções entre público e privado, entre "caridade legal" e reivindicação de direitos, com velhas e novas desconfianças em relação ao intervencionismo estatal.

^{*} N.T.: Por influência das ideias de Giuseppe Mazzini, líder do carbonarismo italiano do séc. XIX.

²⁹ O mesmo Luigi Luzzatti, inclinado a juntar *self-help* e intervenção subsidiária do Estado, é crítico em relação aos projetos de lei acerca do reconhecimento da sociedade de mútuo socorro, "tesi a determinare a priori, e dall'alto, i fini del mutualismo". (STRONATI, M. L'idea di giustizia solidale. Il buon giudice Majetti e il caso della giurisprudenza "minorile" nel primo Novecento. *Quaderni fiorentini*, vol. 40, pp. 813-867, 2011. p. 858 e ss.)

³⁰ Em 1862, as sociedades de mútuo socorro eram 443; tornam-se 1447 em 1873; 2091 em 1878; 4896 em 1885. Em 1904 eram 6535, mas apenas um quarto dessas eram legalmente reconhecidas. Cf. TAROZZI, F. Le radici storiche del mutualismo e della cooperazione, In: SALFI, A. (ed.); TAROZZI, F. (ed.). *Dalle società di mutuo soccorso alle conquiste del welfare state*. Roma: Ediesse, 2014. p. 41 e ss.; pp. 47 e 67.

³¹ Cf. CAZZETTA, G. Responsabilità aquiliana e frammentazione del diritto comune civilistico (1865-1914). Milano: Giuffrè, 1991. p. 409 e ss.





A identificação de um "núcleo originário" do Estado social,³² baseado nas convergência e na colaboração entre diferentes formas de solidariedade, corre o risco, em suma, de subestimar as tensões subjacentes à passagem da liberdade à obrigação,³³ de minimizar o impacto da publicização do direito civil comum, reviravolta provocada pela nova forma de ingerência do Estado sobre a sociedade.

Na modernidade, cada Estado é um "Estado intervencionista" porque não cessa de limitar, estimular e reprimir os processos sociais, impondo normas, regulando administrativamente os casos particulares e assegurando "o governo da segurança".³⁴ Com o desenvolvimento industrial e com a emergência da questão social – ligada quase exclusivamente ao novo mercado de trabalho e à questão operária – a ação estatal aumenta, estabelece novas fronteiras entre a sociedade civil e o Estado, retira espaço à autonomia privada, cria novos saberes disciplinares.³⁵ É claro, o passado não se dissolve numa nova estrutura institucional: ao se contemplar além das leis sociais, além da sociedade industrial e da questão operária, podem-se perceber as proteções oferecidas pela trama de comunidades e corporações da sociedade de Antigo Regime, formas de auto-organização capazes de assumir responsabilidades comunitárias, ou se pode compreender a continuidade com o intervencionismo do Estado policial, ou mesmo os legados de formas de cooperação entre associações, corporações, comunidades políticas e o Estado, postos em prática na crescente sobreposição de "novos protagonistas e velhas línguas" que caracteriza o "fim da antiga ordem".³⁶ As raízes distantes, no entanto, não resolvem o problema colocado pelas leis sociais, percebidas em descontinuidade com o passado, consideradas ora com esperança, ora com medo, como devastadoras para a ordem constitucional da sociedade oitocentista, como um momento de início de uma nova ordem institucional do Estado liberal.

³² Cf. BARTOCCI, E. Liberali, socialisti e cattolici nella formazione del núcleo originario dello Stato sociale in italiano: 1898-1919. ZAMAGNI, V. (ed.). *Povertà e innovazioni istituzionali in Italia: dal Medioevo ad oggi*. Bologna: il Mulino, 2000. pp. 671-709.

³³ CHERUBINI, A.; PIVA, I. *Dalla libertà all'obbligo*. La previdenza sociale fra Giolitti e Mussolini. Milano: FrancoAngeli, 1998.

³⁴ Sobre as diversas declinações da segurança na modernidade – desde a segurança hobbesiana, como “pré-condição para a própria existência da sociedade” ao “direito à segurança na segurança dos direitos”, desde a “segurança no e do Estado” à “segurança na sociedade”, ao “governo da população” destacado nos estudos de Michel Foucault, cf. o número dedicado à “Segurança” da revista *Filosofia política* (a. XXIX, n. 3, dez. 2015), no qual se vejam, em particular, os trabalhos de LANZILLO, M. L. Editoriale. Il governo della sicurezza. pp. 385-394 (do qual se retiram as citações reproduzidas acima); DELVECCHIO, A. Assicurare i soggetti. Sicurezza e dispositivi di governo della modernità. pp. 405-420; ZANINI, A. Sicurezza sociale. Un paradigma politico per il Welfare State. pp. 421-432.

³⁵ Essencial a esse ponto, com referência específica ao entrelaçamento entre leis sociais e nascimento da ‘parte general’ no direito administrativo: STOLLEIS, M. Die Entstehung des Interventionsstaates und das öffentliche Recht. *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte*, vol. 11, pp. 129-147, 1989.

³⁶ Cf. MANNORI, L.; SORDI, B. *Storia del diritto amministrativo*. Roma; Bari: Laterza, 2001. p. 138 e ss.





Embora caracterizada por uma expansão tardia e fragmentada, a legislação social italiana no início do século XX se colocava como o motor das mudanças institucionais: ao abandono progressivo do papel do Estado caracterizado unicamente pelo caráter de autoridade, combinavam-se as primeiras formas de coordenação entre sujeitos públicos e privados, intervenções técnicas necessárias à gestão das novas leis sociais (como aconteceu com o Conselho Superior do Trabalho, o Conselho da Previdência e dos Seguros Sociais), até chegar, em seguida – sempre desenvolvendo aberturas presentes na administração das leis sociais do início do século – à confiança de "setores inteiros da nova legislação social a sujeitos que não o Estado"³⁷. As formas de colaboração que redesenham o rosto do Estado liberal e da administração se movem, porém, longe do passado, gravitam dentro da órbita do direito público, que absorve e regula a "gestão social".

A questão dessa mudança foi abordada, nos últimos anos, por uma série de estudos que, utilizando uma categoria conceitual (recente) do direito administrativo alemão, a *regulierte Selbstregulierung*, dissecaram o processo de publicização, identificando uma vasta zona de coordenação entre interesses particulares e interesses comuns, de colaboração entre público e privado, de hibridização entre níveis normativos de origem estatal e não estatal, entre dispositivos de regulação estatal e formas de autorregulação social.³⁸

A autorregulamentação regulada se insere entre a intervenção estatal e a autonomia privada: a coordenação entre os privados interage com os objetivos públicos, fixa e implementa normas e se coloca como autorregulamentação judiciária, desobriga funções públicas em favor de agentes não estatais, a comunidades que agem em prol do bem comum, com ações distintas da estatal e da puramente privada.³⁹ Esta forma de hibridização é sistematicamente afirmada com o Estado intervencionista, que subordina (regula) a autonomia (autorregulamentação) dos grupos à consecução de objetivos bem definidos, ao cumprimento

³⁷ “Lo Stato liberale, che nell’Ottocento si era presentato ai cittadini, nella veste dell’autorità, andò parzialmente caratterizzandosi come garante della corretta applicazione delle leggi sociali e anche — in parte — come soggetto attivo di nuove politiche pubbliche a esse immediatamente o indirettamente collegate”. MELIS, G. Sistemi di tutela: previdenza, assistenza, legislazione sociale. In: DELLA PERUTA, F. (ed.); MISIANI, S. (ed.); PEPE, A. (ed.). *Il sindacalismo federale nella storia d’Italia*. Milano: FrancoAngeli, 2000. p. 22 e ss.

³⁸ COLLIN, P. “Gesellschaftliche Selbstregulierung” und “Regulierte Selbstregulierung”: ertragreiche Analysekatoren für eine (rechts-)historische Perspektive? In: COLLIN, P. (ed.) *et al.* Selbstregulierung im 19. Jahrhundert. Zwischen Autonomie und staatlichen Steuerungsansprüchen. Frankfurt am Main: Klostermann, 2011. pp. 3-31; COLLIN, P.; RUDISCHHAUSER, S. Autorégulation régulée. Analyses historique de structures de régulation hybrides. *Trivium*, vol. 21, 2016 (veja-se este para uma comparação sintética acerca do uso da categoria de “auto-regulamentação regulada” na França e na Alemanha).

³⁹ A autorregulamentação regulada se coloca, assim, como “Koordinierung gesellschaftlichen Interessen in Bezug auf ein gemeinsames Ziel mit (zumindest potentieller) Gemeinwohlrelevanz”. COLLIN, *op. cit.*, p. 9.





de funções "públicas".⁴⁰ No que diz respeito às formas anteriores de colaboração, impregnadas de interesses puramente corporativos, a autorregulamentação regulada já não realiza fins particulares de grupos contra e sem o Estado, mas, pelo contrário, é aplicada no seio do Estado, com e para o Estado.⁴¹ O caminho intermediário é colocado entre uma forma plena de estatalização (do monopólio estatal da norma) e a autonomia privada, assumindo diferentes graus de dependência e liberdade determinados pela proximidade à polaridade estatal ou à puramente privada: a associação, enquanto forma ideal de auto-organização privada, apresenta-se como a forma mais fraca de autorregulação regulada; pelo contrário, na proximidade do polo oposto, situam-se formas de autorregulação quase completamente absorvidas na esfera estatal.⁴²

É particularmente frágil a fronteira com o direito privado "puro"; uma fronteira marcada pelo trabalho da *Gemeinwohlrelevanz* no direito comum dos particulares "apenas" como um limite à sua autonomia, sem, portanto, assumir uma importância direta para o "bem comum", alcançada, de modo mais ou menos intenso, pelas várias formas de autorregulamentação regulada. O foco na rota intermediária minimiza assim a contraposição entre público e privado, mas ao mesmo tempo exacerba a distância entre os polos extremos: a autonomia privada, caracterizada pela pura busca de interesses particularistas (e por um papel absolutamente mínimo da intervenção pública); o polo estatal, caracterizado pela pura imperatividade. A separação das polaridades abre inevitavelmente um amplo espaço de normatividade "híbrida" que pode ser configurado como autorregulamentação regulada, mesmo que o motor da transformação continue a ser a publicização, a extensão da órbita do direito público que atrai espaços de direito civil comum, absorve e subordina a ação privada para o desempenho de funções localizadas numa zona fronteira entre a sociedade civil e o Estado, cada vez mais difíceis de se rastrear até a pura imperatividade. O campo de tensão determinado pela ingerência do Estado no direito civil comum – ponto em que as disputas

⁴⁰ COLLIN, P. (ed.) *et al. Regulierte Selbstregulierung im frühen Interventions- und Sozialstaat*. Frankfurt am Main, Klostermann, 2012. Já com referência em especial a normas de caráter técnico que manifestam "autonomia" em relação à centralidade "monocrática" da lei, cf. VEC, M. *Recht und Normierung in der Industriellen Revolution*. Neue Strukturen der Normsetzung in Völkerrecht, staatlicher Gesetzgebung und gesellschaftlicher Selbstnormierung. Frankfurt am Main: Klostermann, 2006, em particular o cap. III (p. 293 e ss.): "Rationalisierung durch Selbstorganisation: Überbetriebliche technische Normung"; veja-se também VEC, M. *Reinsurance Law as an Autonomous Regulatory Regime? Resistance to Codification and Avoidance of State Jurisdiction in the Twentieth Century*. In: HAUETER, N. V. (ed.); JONES, G. (ed.). *Managing Risk in Reinsurance. From City Fires to Global Warming*. Oxford: Oxford University Press, 2017. pp. 206-229.

⁴¹ COLLIN, P. "Gesellschaftliche Selbstregulierung" und "Regulierte Selbstregulierung": ertragreiche Analysekatoren für eine (rechts-)historische Perspektive? In: COLLIN, P. (ed.) *et al. Selbstregulierung im 19. Jahrhundert. Zwischen Autonomie und staatlichen Steuerungsansprüchen*. Frankfurt am Main: Klostermann, 2011. p. 24 e 26.

⁴² *Ibid.*, p. 15 e ss.





eram as mais fortes no debate jurídico sobre as leis sociais – é temperado, dessa forma, por formas de produção normativa colocadas entre o Estado e a sociedade civil, entre unidade e pluralidade.

Direcionada sobretudo a captar o lado da administração, a perspectiva da pesquisa deixa à margem do discurso os conflitos internos do direito comum civil: mesmo prescindindo as mitologias do *laissez-faire* de um confronto entre particulares sempre orientado para o "bem comum", de todo modo, permanecem na sombra as reivindicações de direitos capazes de se afirmarem sem e contra o Estado, numa esfera considerada "autônoma" no que diz respeito à interferência estatal; permanecem na sombra as interpretações de direito comum civil capazes de promover uma transformação jurisprudencial da lei em vigor *au-delà du Code civil*.

4 SOBRE OS LIMITES ENTRE SOCIEDADE CIVIL E ESTADO: OS “*PROBIVIRI*” E A “FUNÇÃO SOCIAL” NO DIREITO COMUM CIVIL

Além das formas de colaboração colocadas em prática pelo percurso da publicização, a construção administrativa do "Estado que trabalha"⁴³ era confrontada, entre os séculos XIX e XX, com modelos jurídicos de governo do social que continuavam a colidir num espaço em que a crescente "hibridização" não se traduzia em um acordo cordial entre Estado e sociedade, em "funções sociais" convergentes para a afirmação do "bem comum". Um perfil particular por meio do qual se pode considerar a questão é oferecido pelas magistraturas industriais, progressivamente regulamentadas pelos Estados durante o século XIX, mas consideradas como um modelo de construção autônoma do "direito operário"⁴⁴, um modelo de afirmação, na prática, de um direito vivo extralegislativo. O fenômeno – que em muitos aspectos pode ser classificado como "autorregulamentação regulada judiciária" – põe em evidência a

⁴³ Cf. COSTA, P. Alle origini dei diritti sociali: ‘Arbeitender Staat’ e tradizione solidaristica. In: GOZZI, G. (ed.). *Democrazia, diritti, costituzione*. I fondamenti costituzionali delle democrazie contemporanee. Bologna: il Mulino, 1997. p. 277 e ss.

⁴⁴ Cf. COTTEREAU, A. Justice et injustice ordinaire sur les lieux de travail d’après les audiences prud’homal. *Le Mouvement social*, no. 147, pp. 25-59, 1987, p. 25 e ss.; *Id.*, Industrial tribunals and the establishment of a kind of common law of labour in nineteenth-century France. In: STEINMETZ, W. (ed.). *Private law and social inequality in the industrial age*. Oxford: Oxford University Press, 2000. p. 203 e ss. O “droit des ouvriers” afirmado pelos *probiviri* na prática, então, na reconstrução de Cottureau, é desbancado e falseado por um “coup de force dogmatique”, pela criação abstrata da figura do contrato de trabalho. Cf. *Id.*, Droit et bon droit. Un droit des ouvriers instauré, puis évincé par le droit du travail (France XIXe siècle). *Annales HSS*, vol. 57, no. 6, 2002, p. 1521 e ss.





colaboração e os conflitos na zona fronteiriça entre a ação social do Estado e da sociedade civil.

Na Itália, a lei que institui as *Giurie probivirali** chegou tardiamente em 1893. Enrico Redenti, um dos leitores mais atentos da lei, tem a oportunidade, no início do século XX, de considerar a evolução histórica das *Giurie* e a transformação de suas funções, comparando diferentes experiências e apresentando uma primeira avaliação detalhada de suas atividades no *Massimario della giurisprudenza dei probiviri*⁴⁵. O documento faz parte das Investigações e Pesquisas Estatísticas promovidas pela Secretaria do Trabalho dirigida por Giovanni Montemartini, que, imediatamente após a sua nomeação em 1903 como chefe da secretaria, havia dado início a estudos e pesquisas sobre a transformação industrial, sobre a evolução da legislação social, sobre as formas de acordo entre proprietários industriais e trabalhadores, como parte de um projeto geral de gestão ativa do mercado de trabalho que visava ir além do conflito entre opções protecionistas e liberalismo econômico.⁴⁶

Redenti busca entender as funções dos *probiviri* a partir de uma reconstrução histórica: originalmente estabelecidos como "órgãos de pacificação" ligados à estrutura da sociedade do Antigo Regime, certamente os *pru d'hommes* e os árbitros municipais⁴⁷ não eram capazes – escreve – de contrariar a triunfante economia capitalista que, "sob a égide do direito privado", dos princípios individualistas, da propriedade absoluta e da "santidade do contrato", estava levando a cabo uma "transformação da constituição social", exacerbando os conflitos, multiplicando as desigualdades e a pobreza.⁴⁸ Destinada ao fracasso inevitável, a "pobre função" de pacificação muda progressivamente, e aos *probiviri* se atribuem, assim, cada vez mais funções judiciais. A conquista da "competência judicial" deve ser lida no contexto da transformação completa da sociedade e do direito comum, insere-se na "grande obra de renovação" realizada graças à "pressão da classe operária" e à difusão da "consciência da inútil iniquidade de determinadas formas de exploração", liga-se ao fim da repressão do

* N.T.: A *Giuria probivirale* foi uma espécie de júri arbitral responsável pela resolução de questões trabalhistas no final do século XIX e no início do século XX na Itália.

⁴⁵ REDENTI, E. *Massimario della giurisprudenza dei probiviri* [Roma, 1906]. Ed. a cura e con Introduzione di S. Caprioli. Torino: Giappichelli, 1992. Cf. *Id. Il diritto del lavoro ai suoi primordi*. Roma: Accademia Nazionale dei Lincei, 1995.

⁴⁶ GALLOTTA, V. La committenza del Massimario: L'Ufficio del lavoro ed il suo Direttore, Giovanni Montemartini. In: REDENTI, *op. cit.*, p. 81 e ss.

⁴⁷ Refere-se aqui à lei francesa de 1806 e à *Gewerbeordnung* prussiana de 1849 e às medidas sucessivas, mas o quadro comparativo é particularmente amplo e reúne até mesmo as experiências na Austrália e na Nova Zelândia.

⁴⁸ REDENTI, E. *Massimario della giurisprudenza dei probiviri* [Roma, 1906]. Ed. a cura e con Introduzione di S. Caprioli. Torino: Giappichelli, 1992. p. [7] 83. (O número entre colchetes se refere à página da edição de 1906.)





associativismo, à emergência de conflitos coletivos e da "negociação coletiva", às reformas adotadas nos países mais avançados para criar "novas instituições de seguridade social destinadas a reparar certos momentos mais estridentes de miséria operária" ⁴⁹.

A partir desse caminho, é possível abordar as funções atribuídas pela lei de 1893 aos *probiviri*⁵⁰. Redenti não tem dúvidas em classificar as *Giurie* que operam "por processo judicial" como "órgãos do Estado" e a sua função como plenamente estatal.⁵¹ Mais complexa, por outro lado, é a classificação do novo papel assumido pela "primitiva" função de pacificação colocada "nas fronteiras entre a sociedade civil e o Estado".⁵² Os problemas surgem da dificuldade de classificar a intervenção social do Estado: certamente, a função estatal implica o exercício do *imperium*, mas agora está claro (e a referência se faz, entre outros, a Lorenz von Stein) que existem "funções estatais subjetivas sem o exercício do *imperium*". Como classificar, então, a atividade de conciliação que não é o exercício de uma função soberana (em relação às partes, os *probiviri* agem "como se fosse[m] um grupo ou um órgão da sociedade civil") mas que, ao mesmo tempo, é *officium* atribuído pela lei? Redenti valoriza essa atribuição: no exercício da conciliação, os *probiviri* são "a emanção da sociedade civil" com uma "missão" que "o Estado consagrou em lei [...] e assim, de certa forma, atraiu subjetivamente para dentro da sua órbita"⁵³; a "função social" original de "grupos e organismos sociais" é atraída pelo Estado que "interveio no interesse público para promovê-la e regulá-la". Para transformá-la: mesmo que se apresente aparentemente inalterada, tal ação social "já não pertence exclusivamente à sociedade civil, mas passou a ser, outrossim, função do Estado" ⁵⁴.

⁴⁹ REDENTI, E. *Massimario della giurisprudenza dei probiviri* [Roma, 1906]. Ed. a cura e con Introduzione di S. Caprioli. Torino: Giappichelli, 1992. pp. [9-10] 85-86.

⁵⁰ Compostas por juízes representantes do mundo empresarial e do trabalho mediadas por um presidente "togado", as *Giurie* eram chamadas, geralmente, a desempenhar "velhas" funções de conciliação e, na via judiciária (mais restrita em competência), a compor, como tribunais industriais, as controvérsias individuais de trabalho divididas "per l'esercizio delle industrie" entre empresários, operários e aprendizes. O serviço de conciliação (composto por um industrial, um operário e pelo Presidente, nomeado por decreto real segundo proposta do Ministro da Agricultura, Indústria e Comércio, entre os juízes togados e entre aqueles que podiam ser nomeados conciliadores) devia conduzir a tentativa de conciliação também para as controvérsias excedentes à competência dos *probiviri* determinada pelo valor da causa; no caso de frustração da tentativa de conciliação, a *Giuria* (composta por dois empresários, dois operários e pelo Presidente) podia afrontar as controvérsias que não excedessem o valor de duzentas libras, seguindo um "rito especial": o juiz dispunha de amplos poderes de ofício e as sentenças eram imediatamente executivas (apeláveis apenas em caso de incompetência ou abuso de poder).

⁵¹ *Ibid.*, pp. [3] 79 e [20] 96.

⁵² "[...] là dove la distinzione fra organi e funzioni è fatta piuttosto disfumatamente, di accentuazioni, anziché di caratteri tipici differenziali." *Ibid.*, p. [31] 107.

⁵³ *Ibid.*, p. [32] 108.

⁵⁴ *Ibid.*, pp. [32-33] 108-109.





A incerteza classificatória (na qual surge uma utilização ainda dramática da distinção entre direito público e direito privado) é resolvida pela referência à extensão da atividade social do Estado, ao alargamento da órbita do direito público obtida por meio de uma forma de "colaboração" da qual, no entanto, Redenti pretende chegar a consequências relevantes ao nível do direito civil. Com efeito, partindo de uma visão unitária do ordenamento substantivo e processual, ele deriva da modificação introduzida na organização judiciária um "aporte civilístico (de direito substantivo)", "uma influência de mérito sobre o direito substantivo considerado na vida": os *probiviri* podem e devem afetar o direito que "é, deve ser, uma força sempre viva" ⁵⁵. Apesar de terem sido originalmente concebidos para uma função de mera pacificação, as *Giurie* atuam com o direito e sobre o direito, transformam o direito vigente, alargam a órbita do direito escrito, do direito codificado.⁵⁶ Redenti não acredita que o Estado de Direito possa negar a si próprio ao permitir que as *Giurie* apliquem o "direito do futuro", o "direito proletário", o "direito operário", a transformação deve ser feita pela interpretação sistemática do Código e pela resolução dos problemas de qualificação jurídica das leis sociais, obtendo "a natureza dos fatos", a fim de realçar "um complexo de regras intermediárias" entre as linhas traçadas pelo Código e "a variedade de casos concretos" ⁵⁷. Em suma, a plena entrada na atividade jurisdicional permite aos *probiviri* transformarem situações de "mero fato" "na esfera de tutela e de garantia do direito" ⁵⁸. A atração da conciliação entre as funções do Estado ("já não é, exclusivamente, da sociedade civil, mas passou a ser, outrossim, função do Estado") indica, por outro lado, a área em que, após o abandono da política de repressão, o Estado não pode nem deve interferir diretamente, "com atos soberanos" ⁵⁹, a área em que os *probiviri* atuam como mediadores entre sociedade e Estado, no aguardo de uma plena entrada na esfera da jurisdição.

As escolhas do *Massimario* de Redenti foram bem recebidas por Montemartini, que baseou seu projeto de regulamentação jurídica do trabalho em três pilares a serem mantidos

⁵⁵ REDENTI, E. *Massimario della giurisprudenza dei probiviri* [Roma, 1906]. Ed. a cura e con Introduzione di S. Caprioli. Torino: Giappichelli, 1992. p. [26] 102.

⁵⁶ "[Pur] rimanendo tuttora inalterato il loro ordinamento primitivo, essi falliscono il loro compito di pacificazione, ma come organi giurisdizionali (sia in 'via giudiziaria', sia in via di conciliazione *stricto sensu*) funzionano effettivamente e [...] com utili risultati" (*Ibid.*, p. [10] 86); "Pur tutelando il diritto vigente", os tribunais desenvolvem uma "funzione che si esplica nella integrazione del diritto scritto, anzi [...] nel rendere attivo un meccanismo di integrazione del diritto codificato" (*Ibid.*, p. [26] 102).

⁵⁷ Interpretações estas — acrescenta — talvez de se rejeitar, mas, de qualquer forma, derivadas de "un concetto che è del nostro diritto positivo". *Ibid.*, p. [68] 144.

⁵⁸ *Ibid.*, p. [27] 103.

⁵⁹ É a zona cada vez mais extensa de "autorregulamentação" derivada dos conflitos coletivos: aqui, a tarefa dos serviços de conciliação é de realizar uma "azione sociale diretta a facilitare e rendere più rapida la soluzione dei conflitti e cioè la desistenza dallo sciopero o dalla serrata, o la conclusione del contratto o dei contratti o del concordato, oggetto o causa del conflitto". *Ibid.*, pp. [15] 91.





em equilíbrio: negociação, *probivirato*, legislação social.⁶⁰ Posta no centro da tensão entre o alargamento da órbita do direito público e a transformação do direito comum, a forma de colaboração dos *probiviri* não mostrava uma união pacífica entre Estado e sociedade, entre negociação e desenvolvimento racional da legislação social, entre o crescimento das formas de tutela no direito civil e as intervenções de uma administração que, com grande dificuldade, tendia a ir além da função de *imperium*.⁶¹ O equilíbrio buscado por Montemartini e proposto pela Redenti, com sua leitura atenta à conjugação do direito vigente com o direito vivo, levava de volta aos conflitos da sociedade e aos confrontos em torno da possibilidade de governar a questão social mesmo que sem a lei.

As leituras e "redescobertas", no segundo período pós-guerra, da experiência probiviral visavam precisamente, ademais, a valorizar a experiência dos "radiestesistas" do Estado à procura do direito vivo⁶² em contraste, mais do que em colaboração, com a "ingerência" estatal, apresentando os *probiviri* como "instrumento de formação extralegislativa do direito", de formação empírica de regras direcionadas a governar a questão social em "contracorrente" em relação aos pedidos de intervenção da lei da matriz iluminista,⁶³ como expressão de uma "ideia de justiça que cria o direito", "uma produção extralegislativa" que, "ao procurar uma ligação ao sistema positivo das fontes", a encontrava no direito privado, olhando para o Código Civil e se conduzindo para além do direito do Código.⁶⁴

No final do século XIX, a oposição entre a criação jurisprudencial do direito e a intervenção legislativa é mais relevante do que nunca nos confrontos relativos à "teoria do

⁶⁰ GALLOTTA V. La committenza del Massimario: L'Ufficio del lavoro ed il suo Direttore, Giovanni Montemartini. In: REDENTI, E. *Massimario della giurisprudenza dei probiviri* [Roma, 1906]. Ed. a cura e con Introduzione di S. Caprioli. Torino: Giappichelli, 1992. p. 123.

⁶¹ Cf. MANNORI, L.; SORDI, B. *Storia del diritto amministrativo*. Roma; Bari: Laterza, 2001. p. 415 e ss.

* N.T.: O autor fala de "rabdomanti", que pode ser aproximado ao sentido de "radiestesistas", ou seja, daqueles que praticam a radiestesia, que seria a prática pseudocientífica de recepção das energias emitidas por seres vivos e elementos da natureza. Seus praticantes afirmam poder identificar nascentes de água e retículos minerais no subsolo.

⁶² ROMAGNOLI, U. Probiviri, brava gente. In: REDENTI, E. *Il diritto del lavoro ai suoi primordi*. Roma: Accademia Nazionale dei Lincei, 1995. p. 23.

⁶³ GIUGNI, G. La "giurisprudenza industriale" e l'esperienza dei probiviri. In: REDENTI, E. *Il diritto del lavoro ai suoi primordi*. Roma: Accademia Nazionale dei Lincei, 1995. p. 151.

⁶⁴ RESCIGNO, P. Conclusioni. In: REDENTI, E. *Il diritto del lavoro ai suoi primordi*. Roma: Accademia Nazionale dei Lincei, 1995. p. 157-158. Na leitura de Pietro Rescigno e Gino Giugni, a formação extralegislativa do direito e a extensão do direito privado realizada pelos *probiviri*, afinal, deviam ser confrontadas com a ingerência estatal sobre o conflito, e a autonomia coletiva, sobre o "contratar per gruppi". A recuperação daquela página da história entrava em simbiose no segundo pós-guerra com as interpretações de quantos – e Rescigno e Giugnierano estavam entre os principais protagonistas – haviam desejado "restituir" o direito do trabalho ao direito privado após as intervenções autoritárias do corporativismo, realizar a Constituição e os direitos sem a necessária intervenção estatal, "sem a lei".





risco", uma teoria nascida no âmbito do direito privado, mas destinada a tornar-se parte integrante dos sistemas de seguridade social: a criação jurisprudencial, a "transfiguração jurisprudencial" dos princípios do Código representava uma alternativa à lei especial e ao posicionamento da nova teoria externamente ao direito comum. Naturalmente, comentou Raymond Saleilles, pode ser necessária *"une loi sur la responsabilité industrielle. Il y a là un terrain nouveau qui demande une réglementation nouvelle"*; contudo, o caminho da transformação jurisprudencial do direito civil permanece estável:

Mas creio que, esperando pela lei, podemos descobrir no próprio Código Civil não só o princípio, mas a própria aplicação do risco industrial. É pela jurisprudência, que já começou a desenvolver um sistema de interpretação mais ou menos amplo e elástico, por via de interpretação. Estou longe de dizer que isso deveria ser suficiente para tudo, mas gostaria de dizer que, como princípio, é excelente. Venho de uma escola que cada vez mais tende a concordar bastante com a jurisprudência e a esperar muito dela, muito mais que da lei.⁶⁵

5 LEGISLAÇÃO SOCIAL E “DIREITO DO ESTADO”: AS REGRAS DA EXCEÇÃO

A possibilidade de uma completa transformação do direito por meio de uma produção extralegislativa, de uma afirmação "autônoma" do direito capaz de prescindir ou de ir judicialmente "para além" da intervenção legislativa, continua a ser um caminho colocado à margem em relação à centralidade da intervenção social do Estado. As leis sociais se apresentam como um direito do Estado que afirma “exceções” para recompor a ordem por via de mecanismos de exclusão e inclusão, coerção e proteção. A "especialidade" da intervenção, a sua situação externa ao direito comum da nação, à margem do verdadeiro direito, caracteriza durante muito tempo a utilização do termo legislação social, constituindo então um peso nas reconstruções jurídicas do Estado social como dispensador de direitos referentes a "todos".

Em meados do século XX, são recolhidos e comentados, em dois volumes repletos de dados, os *Cento anni di legislazione sociale italiana*: partindo dos Estados pré-unificação, passando pela Itália liberal, pelo fascismo, pela República Social Italiana, pelo governo

⁶⁵ “Mais je crois qu’en attendant la loi, nous pouvons découvrir dans le Code civil lui-même, non seulement le principe, mais l’application même du risque industriel. C’est à la jurisprudence, qui d’ailleurs a déjà commencé à se faire là-dessus un système plus ou moins large et élastique, par voie d’interprétation. Je suis loin de dire que cela doive suffire à tout: mais je tiens que, comme principe, c’est excellent. Je suis d’une école qui tend de plus en plus à accorder beaucoup à la jurisprudence et à attendre beaucoup d’elle, beaucoup plus que la loi.” Cf. SABBIONETI, M. Le metamorfosi dell’illecito civile: interpretazione e creazione giurisprudenziale del diritto nella giurisprudenza della Cour de Cassation tra Ottocento e Novecento. *Quaderni fiorentini*, vol. 40, 2011. p. 397 e ss.; nas páginas 442 e 443 está a citação de Saleilles.





militar aliado, chegamos às primeiras medidas da Itália republicana.⁶⁶ A coleção inclui, sem distinção, intervenções nas questões de tutela do trabalho, de beneficência, assistência, mutualidade, providência e seguros sociais, pensões, emigração, habitação social; a estas, acrescentam-se medidas na área da "seguridade social" entendida no sentido de ordem pública. As intervenções forçadas, a mutualidade e o "socorro" se fundem nas respostas a necessidades de "classes menos abastadas" povoadas por empregados domésticos e operários, por pessoas inativas e desempregadas, por vagabundos e mendigos.⁶⁷

Entendida como um conjunto de medidas destinadas a lidar com a "necessidade humana", a "dor" e o "sofrimento humano", a legislação social nestas páginas tem contornos indefinidos e um caráter permanente: as medidas, como se escreve na breve introdução, "não mudam" porque não muda a necessidade de fornecer respostas à necessidade humana. Em tal continuidade, porém, uma transformação é entendida na "progressiva ascensão desde o nível privado, formado pelas iniciativas dos cidadãos, ao nível associativo, formado por grupos de voluntários, homens que se reúnem seja pelo impulso da sua necessidade seja pela sua vontade, ao nível do direito do Estado, que sustenta a intervenção desta autoridade suprema no interesse comum". Dessa forma, seguindo este movimento, é possível identificar, nos *Cento anni*, uma dupla passagem: nos primeiros cinquenta anos, do nível privado para o nível das sociedades; no segundo, "do nível das sociedades para o nível do Estado"⁶⁸.

Ao abandonar o plano da ação privada e das empresas para se tornar "direito do Estado", a própria redação da legislação social se torna mais específica, orientada ao interesse comum para objetivos específicos. Pobreza, doença, deficiência, velhice e morte "não mudam", mas a evolução das medidas indica um avanço no direito do Estado: do indivíduo às associações, das associações ao Estado, da ação voluntária à ação estatal. A lei orienta, dirige e monopoliza a ação direta a atender às necessidades humanas, para combater a dor e o sofrimento humanos. As observações, na sua maioria descritivas, sobre as diferentes medidas mostram a perda progressiva do valor absolutamente abrangente da "legislação social" e o seu

⁶⁶ ROSELLI, E. *Cento anni di legislazione sociale — 1848-1950*. Vol. I: Titoli legislativi; vol. II: Commenti — Riproduzione atti legislativi. Milano: Bernabò, 1951.

⁶⁷ Particularmente frequentes são as referências às circulares. Assim, por exemplo, faz parte da coleção uma circular do Ministério do Interior de 18 de abril de 1896 acerca da mendicância, segundo a qual os *prefetti* [oficiais do governo central italiano nas capitais das províncias] são enviados, por um lado, a colaborar com a autoridade municipal, os institutos religiosos de caridade e os privados a fim de “promuovere tutte le istituzioni che mitigano le sofferenze delle classi meno abbienti” e, por outro, a fazer valer as medidas penais necessárias, alternando movimentos de coação com assistência, orientação e “aconselhamento ao trabalho”. Cf. *ibid.*, vol. II, pp. 106-107.

⁶⁸ *Ibid.*, vol. I, p. 14.





aperfeiçoamento no sentido moderno,⁶⁹ em relação ao "criar-se" do Estado nacional, independentemente, porém, das diferentes estruturas constitucionais. Impressiona, de fato, a presumível unidade do caminho, a continuidade entre as intervenções díspares colocadas entre os dois "vértices" da República Romana e da Itália republicana, desde a carteira de trabalho às agências de empregos, desde a proteção do trabalho das mulheres e das crianças aos seguros sociais, desde o trabalho industrial às disposições do contrato de partilha, desde a educação moral, religiosa e profissional dos jovens "ociosos" à assistência dos trabalhadores involuntariamente desempregados; uma evolução cujo fio condutor é a absorção, no âmbito do "direito estatal", das proteções anteriormente confiadas ao "plano privado" e à ação voluntária dos grupos.

A evolução legislativa se apresenta ao mesmo tempo como um processo de "descoberta da sociedade" e de diferenciação do direito comum por meio de intervenções limitadas a categorias de sujeitos ora a disciplinar e abordar, ora a tutelar e a proteger: "ociosos e pessoas suspeitas", "refugiados", "famílias indigentes de militares mortos ou deixados incapazes de trabalhar lutando pela sua Pátria", crianças e mulheres trabalhadoras, trabalhadores feridos, doentes, deficientes, desempregados involuntários. O que os une, o que os torna merecedores do apoio da lei, mais do que o seu pertencimento comum à nação, é a sua impossibilidade de serem parte integrante dela, de viverem autonomamente no espaço da sociedade civil, de serem protagonistas dela. A entrada no espaço de proteção garantido pelo "direito do Estado" se apresenta como uma exclusão do espaço do direito comum, como uma exceção ao direito de todos. A impressão é acentuada, naturalmente, pela lista 'sem história' das medidas, pela falta de distinções e contextualizações (das necessidades, dos riscos, das relações sociais, das instituições, das diferentes formas de intervenção estatal e dos tipos de Estado); a continuidade arbitrária sinaliza, no entanto, um caráter fundamental da afirmação do Estado social como um 'direito do Estado' que é perenemente na balança entre coerção e integração, entre controle e proteção, entre a absorção da sociedade e o reconhecimento de direitos.

Balanços anteriores desenham de forma mais circunscrita a legislação social, especificando temas e momentos de mudança, mostrando a tensão da exceção a agir como um direito geral, mas a direção geral do movimento não muda. No início do século XX, com referências à sociologia, ao organicismo e ao solidarismo, a Comte e a Fouillée, trinta anos de

⁶⁹ Sobre as alterações de significado de legislação social entre os séculos XIX e XX, cf. STOLLEIS, M. *Origins of the German Welfare State. Social Policy in Germany to 1945*. Berlin: Springer, 2013. pp. 29-30





leis sociais foram lidos como a expressão de um "novo conceito fundamental de direito que se impõe ao legislador": o "direito proporcional" se impõe sobre o "direito da igualdade", o "direito de integração" sobre o "direito da indiferença". A expansão social é guiada pela extensão das competências do Estado até os "limites da mais cínica prepotência", mas é forte a certeza de que "as exigências do tempo" imporão o triunfo de um caminho intermediário entre "socialismo puro" e "individualismo puro": "Há um abismo entre o socialismo e o Estado Social ao qual nos arrasta a evolução" ⁷⁰.

Os cinquenta anos de legislação social considerados por Angiolo Cabrini às vésperas da guerra mundial traçam um caminho circunscrito à "legislação operária", lida em conexão com a ampliação do sufrágio e o processo de democratização. O fio condutor é dado pela passagem inevitável da "ilusão" do seguro espontâneo ao seguro obrigatório: o fracasso da "previdência espontânea" foi marcado pela chegada, em 1898, do seguro obrigatório para acidentes de trabalho, escolha destinada a se tornar modelo também em termos de seguro para invalidez e velhice (a inevitabilidade da chegada é certificada pela "conversão" à obrigatoriedade mesmo por parte do mais intransigente dos adeptos do seguro espontâneo, Luigi Luzzati). Leis e projetos sociais do início do século XX, ⁷¹ apoiados pela criação da administração caracterizada por corpos consultivos, ⁷² pela ação do sindicato, ampliam a ação do Estado, desenvolvem a legislação social. ⁷³ O movimento expansivo tende a ir além do nexo entre legislação social e economia industrial ("costuma-se repetir que aquela segue esta como a sombra segue o corpo"), "além dos limites do proletariado manual", para investir em toda a economia da nação. ⁷⁴ A tendência é típica da "sociedade contemporânea", típica de todos os Estados modernos, e envolve também a Inglaterra e os Estados Unidos sob a pressão dos sindicatos: "É, portanto, todo o mundo moderno que – sob a influência de correntes

⁷⁰ GABBA, B. *Trent'anni di legislazione sociale*. Torino: Bocca, 1901. p. 13 e ss.; 22; 121.

⁷¹ Faz-se referência à sucessão de intervenções e projetos sociais postos em prática entre 1901 e 1913 em questões de acidente de trabalho (texto único de 1904), invalidez e velhice (a "conversão" de Luzzatti é referida à sua intervenção no *VIII Congresso internazionale delle assicurazioni sociali*), desemprego, proteção do trabalho nos arrozais, do trabalho noturno na panificação, repouso semanal e em dias festivos, emigração, contratos e magistratura do trabalho, cooperação e casas populares, medidas "per la terra a chi la lavora" (pequena propriedade rústica, propriedades públicas comunais), agências de emprego, inspeção das condições de trabalho. CABRINI, A. *La legislazione sociale (1859-1913)*. Roma: Bontempelli, 1913. p. 64 e ss., p. 137.

⁷² O Conselho Superior do Trabalho, o Conselho da Previdência e dos Seguros Sociais a Comissão Central das Cooperativas, a Comissão Central para Casas Populares, o Conselho da Emigração, esses são instrumentos de democratização e participação que Cabrini valoriza no rastro dos projetos de Giovanni Montemartini, a quem, ademais, o livro é dedicado. *Ibid.*, p. 137 e ss.; 220 e ss., p. 236.

⁷³ "Quando la beneficenza privata e pubblica si mostra impotente a fronteggiare le miserie sociali, lo Stato — che vede più in là del singolo individuo o del gruppo, e si concede sempre più al processo di democratizzare — lo Stato si ispira a un interesse superiore — quello della collettività — e sviluppa la legislazione del lavoro". *Ibid.*, p. 209 e ss.; pp. 236-241.

⁷⁴ *Ibid.*, pp. 241 e 230.





democráticas e à medida que o Código Civil se afasta das condições da vida real – participa cada vez com maior rapidez na preparação do novo código [...]: o Código do Trabalho"⁷⁵. A legislação social é o avanço de um "Estado social" cujo protagonista é o trabalho,⁷⁶ é o encontro entre o "reformismo cesarista" de Bismarck e a posição daqueles que erroneamente representaram "toda a legislação social como uma conquista mais ou menos direta do proletariado"⁷⁷; é "o terreno da colaboração de classes", o campo das "confluências políticas" que provoca uma lenta transformação constitucional do direito comum, da sociedade do Código.⁷⁸

6 O DIREITO COMUM CIVIL E A “SOCIEDADE QUE TRABALHA”

Na Itália, o processo de construção do direito nacional e de "descoberta da sociedade" é quase contemporâneo: o Código Civil, enquanto expressão do direito finalmente comum a todos os italianos, de uma identidade jurídica nacional entendida como retirada da mesma onnipotência do legislador, logo se depara com uma sociedade diferente da hipotetizada pelos entusiastas do *Risorgimento* e da "sociedade do Código" ⁷⁹. O debate parlamentar e jurídico sobre as leis sociais, desde os anos oitenta, registra fielmente o encontro e o confronto entre as diferentes representações dos direitos e da sociedade, do pertencimento dos sujeitos à nação: o verdadeiro ponto de embate já não diz respeito mais ao dilema da intervenção/não-intervenção, mas sim à incidência jurídica da ação do Estado sobre o direito comum, à possibilidade de transformar com uma “simples lei” o direito da nação. Enquanto mudam os parâmetros de compreensão do sujeito e dos seus direitos – na segunda metade do século XIX "são a sociedade, a solidariedade, a interação entre as partes, a divisão do trabalho, a colaboração, os parâmetros dos quais depende a compreensão do sujeito e dos seus direitos" ⁸⁰

⁷⁵ CABRINI, A. *La legislazione sociale (1859-1913)*. Roma: Bontempelli, 1913. p. 64 e ss., p. 137. p. 235.

⁷⁶ Acerca da estreita conexão entre legislação social e Estado social, cf. GAETA, L.; VISCOMI, A. L'Italia e lo Stato sociale. In: RITTER, G. A. *Storia dello Stato sociale*. Roma; Bari: Laterza, 1996. p.227 e ss.

⁷⁷ “[...] l’esame obiettivo dei fatti ci apprende che, in quasi tutti gli Stati, importantissime leggi sociali hanno preceduto di anni e qualche volta di decenni la formazione di una reale forza politica delle classi lavoratrici”. CABRINI, *op. cit.*, p. 236.

⁷⁸ *Ibid.*, pp. 236, 241.

⁷⁹ Cf. CAZZETTA, G. Codice civile e identità giuridica nazionale. Percorsi e appunti per una storia delle codificazioni moderne. Torino: Giappichelli, 2012; COSTA, P. Un diritto italiano? Il discorso giuridico nella formazione dello Stato nazionale. In: CAZZETTA, G. *Retoriche dei giuristi e costruzione dell’identità nazionale*. Bologna: il Mulino, 2013, pp. 163-200, p. 184 e ss

⁸⁰ COSTA, P. Il discorso sulla cittadinanza in Europa: ipotesi di lettura. In: SORBA, C. *Cittadinanza*. Individui, diritti sociali, collettività nella storia contemporanea. Roma: Libreria dello Stato, 2002. p. 12 e ss.: p. 32.





—, nos escritos dos juristas se abre o confronto entre o direito geral e especial, entre regras comuns ao direito da nação, que se torna Estado, e as "exceções" do social.

Até que ponto o direito estatal pode afetar o direito comum? Será possível derrubar o direito nacional unitário, o direito "de todos", com leis sociais?

As exigências de reforma não oferecem uma resposta unificada: as reações solidárias contra o ponto de virada deixado pela Revolução Industrial e pelo individualismo exasperado da Revolução Francesa, contra o *laissez-faire* colocado "sob a égide do direito privado" e as injustiças ligadas à questão social, dão acesso, por extensão, a uma sociedade caracterizada por uma nova forma de pertencimento entre os indivíduos e a comunidade política nacional, movendo-se, ao mesmo tempo, contra e dentro do direito comum a toda a nação.

No momento em que, coincidindo com uma industrialização tardia, mas acelerada, a questão social se torna clara também na Itália como uma questão operária, a face da legislação social, contudo, muda lentamente, isolando uma "exceção" particularmente perigosa no direito comum nacional. Certamente, sucedem-se invocações de leis sociais para a supressão da loteria, a redução da taxa sobre o sal, a limitação da usura, o aperfeiçoamento do sistema prisional e das leis de segurança pública, a emigração, a melhoria da instrução pública, a revisão das leis financeiras, para disciplinar os ociosos e reduzir o pauperismo, como instrumento de ordem, como "válvula de segurança" contra a rebelião, como educação contra "a ociosidade, a imprevidência, a mansidão"⁸¹, mas é em referência ao trabalho organizado que o termo é esclarecido: a legislação social se torna legislação operária, assim como a questão social se torna questão operária.

Não se trata de estabelecer uma obrigação de cuidar dos pobres como um dever do Estado,⁸² de se questionar sobre o princípio da "caridade legal"⁸³, mas de se confrontar com um "desejo de emancipação" jogado no plano do direito. Em meados da década de 1880, face à "revolução operária", um escrito de Domenico Berti coloca a questão, oscilando entre a necessidade de uma redefinição do direito comum e a especialidade da intervenção:

⁸¹ A ingerência social do Estado é requisitada e negada ao mesmo tempo: "lo Stato — si afferma — non è mai riuscito a guarire la piaga del pauperismo, anzi, ne aggrava le condizioni, perché altro non fa che incoraggiare l'ozio, la improvvidenza, la spensieratezza ». Sobre esse ponto, cf. CAZZETTA, G. *Scienza giuridica e trasformazioni sociali*. Diritto e lavoro in Italia fra Otto e Novecento. Milano: Giuffrè, 2007. p. 83 e ss.

⁸² Previsto, por exemplo, no *Allgemeine Landrecht* (1794). Cf. STOLLEIS, M. *Origins of the German Welfare State*. Social Policy in Germany to 1945. Berlin: Springer, 2013. p. 36; RITTER, G. A. *Storia dello Stato sociale*. Roma; Bari: Laterza, 1996. p.44 e ss.

⁸³ É notável a referência de Cavour (artigo sobre o "Risorgimento" de 17 de março de 1848) à "assoluta necessità di stabilire in tutti i paesi che hanno raggiunto un altogrado di ricchezza, sovra solide e prudenti basi, il principio della carità legale, affinché sia riconosciuto quale uno stretto dovere sociale il non lasciare nessuno esposto a cadere vittima delle estreme miserie". Cf. CABRINI, A. *La legislazione sociale (1859-1913)*. Roma: Bontempelli, 1913. p. 18.





[...] nos trabalhadores começa a ferver um desejo ardente de emancipação. A submissão espontânea às ordens do empresário ou do proprietário está diminuindo dia após dia. O direito é a ideia predominante, e é com ele que a revolução operária se desenrola. Se não for tida em conta essa ideia prevalecente do direito, corre-se o risco de lançar as bases de um edifício que irá ceder à primeira martelada dos trabalhadores em movimento. Não se pode tentar resolver tais questões sem deixarem-se os termos do antigo direito. Não podemos conferir personalidade jurídica às sociedades de mútuo socorro se não lhes aplicarmos a plenitude da liberdade jurídica. Do mesmo modo, não podemos ficar dentro dos limites do direito comum se quisermos sancionar o projeto de lei das greves, o da responsabilidade civil dos empregadores [...], o dos *proibiviri*, o do trabalho das crianças e das mulheres, e tantos outros [...]. A legislação operária não está, nem pode estar, nas formas antigas.⁸⁴

A necessidade de elaborar "medidas legislativas especiais a favor da classe operária"⁸⁵ modifica a ideia de lei social, trazendo à causa o "direito comum", as distinções anteriores, as "formas antigas".

É sobre a possibilidade de "produzir direito" a partir da intervenção social do Estado que o embate se move. A árdua defesa do *laissez-faire* como oposição feroz aos "socialistas da cátedra" e a negação da própria questão social⁸⁶ já parecem distantes. A abertura a uma "ingerência governamental" capaz de prevenir e não apenas de reprimir⁸⁷ é acompanhada, naturalmente, pelo medo do fim da autonomia dos indivíduos e do advento de um sistema dominado por uma autoridade encarregada pela regulação de tudo,⁸⁸ pela convicção – muito viva nas propostas de Berti – de que a presença de um órgão de tutela feito para "prever e prover" anularia o impulso ao racionamento, geraria nas “classes populares falsos conceitos em relação aos deveres do Estado e esperanças e pretensões exageradas”⁸⁹, o distanciamento em relação ao passado parece ser dado, de todo modo, pela relação direta entre lei social-especial e a liberdade oferecida "a todos" pelo direito comum, quebrando o equilíbrio

⁸⁴ Assim afirma Domenico Berti em um manifesto-balanço das propostas de reforma apresentadas como Ministro de Agricultura, Indústria e Comércio do quarto e quinto governo Depretis (1881-1884). BERTI, D. *Le classi lavoratrici e il Parlamento*. Roma: Tip. Voghera, 1885. p. 55 e 74.

⁸⁵ *Ibid.*, p. 18. Para uma ampla contextualização do texto, cf. CAZZETTA, G. *Scienza giuridica e trasformazioni sociali*. Diritto e lavoro in Italia fra Otto e Novecento. Milano: Giuffrè, 2007. p. 81 e ss.

⁸⁶ Cf. FERRARA, F. Il germanesimo economico in Italia (“Nuova Antologia” del 1874). In: *Id. Opere complete*. Vol. X. Roma: Istituto Grafico Tiberino, 1972. p. 565 e ss.

⁸⁷ BOCCARDO, G. L’economia politica odierna come scienza e come istituzione (1874). In: *Id. L’economia politica moderna e la sociologia*. Raccolta delle prefazioni e delle introduzioni per la Biblioteca dell’economista. Torino: Ute, 1883. p. 18 e 23.

⁸⁸ BOCCARDO, G. Gli eretici dell’economia e la legislazione sociale (1882). In: *Id., op. cit.*, p. IV e ss.

⁸⁹ São os argumentos postos por Berti a sustentar o “seguro espontâneo”, a “previdência livre, espontânea, fundada na iniciativa privada”, posta em oposição à “previdência forçada”. Argumentos que Cabrini classifica como “lirismo” que acompanha “l’illusione della efficacia della assicurazione spontanea”. CABRINI, A. *La legislazione sociale (1859-1913)*. Roma: Bontempelli, 1913. pp. 34 e 37.





precedente e tranquilizador entre a intervenção coativa e os limites permitidos pelo direito comum, entre beneficência e direito.

A intervenção do Estado, a lei especial, deve medir a "exceção" no direito comum, considerar a questão operária para além das "formas antigas", caracterizadas pelo controle e pela ajuda, pelas intervenções policiais e pela "submissão espontânea", pelos "incentivos aos ociosos". A lei social tem a ver com "o direito", não é alheia à "nova sociedade civil", à ordem econômica do mercado colocada "sob a égide do direito privado". A utopia do *laissez-faire* é forçada a aceitar as contradições da inclusão da "sociedade que trabalha" no direito civil, para além da lógica da intervenção assistencial separada, entendida aqui como aconteceu na reforma da *Poor Law* de 1834, como um incentivo a um trabalho sempre incompatível com a pobreza,⁹⁰ imaginando os desempregados "voluntários" como a única classe separada do resto da sociedade;⁹¹ deve reler a distinção entre o verdadeiro direito, o direito de todos, e o privilégio, a benevolência, a ajuda, utilizada na França, no debate sobre o direito ao trabalho, para contrastar a exigência de uma prestação estatal positiva. Naturalmente, as palavras de Thiers – "não há necessidade de fazer de uma ajuda, de um ato de benevolência, um direito"; "um direito é de todos; quando é um direito de uma única classe, não é um direito"⁹² – ainda marcam a fronteira entre o jurídico e o não-jurídico, entre a igualdade "possível" e a "ordem providencial das desigualdades de fato"⁹³, mas é o confronto no direito comum imposto pela "revolução operária" que coloca a questão em novos termos também na Itália liberal.

Como se perguntou repetidas vezes nos debates parlamentares: o que é esse direito comum oposto por alguns como obstáculo intransponível às reformas?

⁹⁰ A assistência, tornada "menos preferível" que o mais duro dos trabalhos disponível no mercado, liga sustento econômico à pobreza e progresso do mercado de trabalho: o princípio da *less eligibility* na reforma de 1834 da *Poor Law* promove coativamente a "nova sociedade civil" na qual a figura do "trabalhador pobre" se apresenta como um oxímoro (BALANDI, G. G. Mercato del lavoro (tutele nel). In: *Enciclopedia del diritto*. Appendice. No prelo. p. 3 da prova). Sobre a fragilidade do sistema, cf. GARLAND, D. *The Welfare State*. A Very Short Introduction. Oxford: Oxford University Press, 2016. p. 20-25. Sobre a modificação da estrutura das tutelas até a afirmação do seguro social, cf. HENNOCK, E. P. *The Origin of the Welfare State in England and Germany, 1850-1914*. Social Policies Compared. Cambridge: Cambridge University Press, 2007. p.26 e ss; 51 e ss.

⁹¹ A convicção de que o desemprego seria fenômeno "voluntário" desempenha um papel decisivo até a descoberta do desemprego "involuntário" no início do século XX, com a obstaculização de intervenções de assistência desassociadas da referência a uma categoria de pessoas, os pobres, e dirigidas, pelo contrário, a combater "necessidades sociais difusas", para conferir "segurança" a qualquer indivíduo decaído para além de "um standard mínimo nacional de vida civilizada". O argumento se encontra na base da relação de minoria apresentado por Beatrice Webb ao fim dos trabalhos da *Royal Commission on the Poor Law* (1905-1908).

⁹² O discurso de Thiers na Assembleia Nacional em 13 de setembro de 1848 – imediatamente traduzido (Sulla proprietà e sul lavoro, Milano, 1849) – teve vasta difusão na Itália. Sobre o debate francês, cf. COSTA, P. *Civitas*. Storia della cittadinanza in Europa. Vol. II: L'età delle rivoluzioni (1789-1848). Roma; Bari: Laterza, 2000. p. 279 e ss.

⁹³ FIORENTINO, P. *Saggio di un esame critico dei Codici italiani*. Messina: Tip.del commercio, 1869. pp. 13-14.





Mesmo a instância reformista mais cautelosa se choca com a necessidade de demonstrar que a lei social está "dentro dos limites" do direito comum, não reintroduz estatutos privilegiados, não modifica o direito "de todos" em relação a uma classe de pessoas, não vai tão longe, e se mantém seguindo ideais humanitários a ponto de "proteger os fracos e dirigir os fortes"⁹⁴, mas simplesmente se limita a oferecer em vez de impor regras às partes, a garantir providências facultativas e não obrigatórias. A procura de um novo ponto de equilíbrio é dominada, mesmo nessas posições, pela disposição, lado a lado, da questão operária e (a estrutura constitutiva de) o Código Civil,⁹⁵ considerando a estabilidade do modelo do Código ("o Código Civil francês, sobre o qual os outros códigos foram amplamente modelados"), o antagonismo entre o princípio formal da igualdade civil e o "fato claro" da "mais absoluta desigualdade de condições" ⁹⁶.

Se a lei social-especial intervém no direito comum, no entanto, muda toda a lógica do sistema jurídico, que se "expande", levando a ciência jurídica e a jurisprudência a novas tarefas reconstrutivas. Com ênfase, muitas vezes pouco proporcional à relevância das intervenções legislativas, afirma-se que com as leis sociais-especiais vai-se "alargando amplamente a esfera do direito privado" ⁹⁷, finalmente compreendendo situações desconhecidas aos princípios individualistas: os grupos, as associações, os novos sujeitos.⁹⁸ A imagem, particularmente recorrente na civilística "neotérica"⁹⁹, indica uma espécie de processo oposto no que diz respeito ao alargamento do direito público, à perspectiva, indicada por Anton Menger, também muito citado no debate italiano, de um processo histórico

⁹⁴ "È possibile stabilire a priori quali sono i *deboli* da proteggere e i *forti* da dirigere? [...] Lasciamo, adunque, che il dinamismo delle forze economiche determini la vittoria dei più previdenti, istruiti, solidali, senza proclamare sotto il velame di disposizioni di legge più o meno attuabili che gli uni sono deboli e vanno messi sotto tutela e gli altri sono forti e vanno trattenuti, frenati, vincolati nella loro azione." DELLA VOLTA, R. Del contratto di lavoro nella legislazione civile. *La riforma sociale*, IV, vol. VII (15 aprile 1897), no. 4, pp. 326-327 (ênfase no original).

⁹⁵ Cf. GLASSON, E. D. *Le Code civil et la question ouvrière*. Paris: Cotillon, 1886.

⁹⁶ Cuidando sempre, contudo, para não cair na "crítica destrutiva" proposta na "obra abstrusa de um economista e agitador alemão". Assim diz BEVILACQUA, G. *Saggio su la legislazione operaia in Italia*. Torino: Bocca, 1906. As citações foram retiradas das páginas 16-18 e 28. Sobre o valor jurídico-político do "modelo código", cf. CAPPELLINI, P. Codici. In: FIORAVANTI, M. (cur.). *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*. Roma; Bari: Laterza, 2002. p. 102 e ss.

⁹⁷ TORTORI, A. Individualismo e socialismo nella riforma del diritto privato. *La scienza del diritto privato*, a. III, 1895, p. 595.

⁹⁸ CAVAGNARI, C. Leggi civili speciali. *La scienza del diritto privato*, a. I, 1893, p. 95 e ss.

⁹⁹ Cf. GROSSI, P. "La scienza del diritto privato". Una Rivista progetto nella Firenze di fine secolo. 1893-1896. Milano: Giuffrè, 2008. p. 153 e ss.





destinado a "submergir no direito público a propriedade e, consequentemente, o direito privado na sua totalidade"¹⁰⁰.

Na realidade, as duas perspectivas parecem se sobrepor perigosamente: o alargamento do direito comum suscita receios muito mais fortes do que uma intervenção legislativa confinada a uma esfera social e política separada e, por conseguinte, menos perigosa para a unidade do direito. Garantia, previdência, prevenção, normas irrevogáveis parecem para a esmagadora maioria dos juristas como alheias à esfera jurídica: a intervenção do Estado não torna jurídicas as relações sociais, escreve Vittorio Emanuele Orlando para manter firmes as distinções entre direito e política;¹⁰¹ não toca a essência das instituições jurídicas, acrescenta Ludovico Barassi, novamente, no início do século XX, também dedicado a tratar da matéria incandescente do contrato de trabalho.¹⁰² A afirmação de que as leis sociais apresentam "uma transformação impressionante nos conceitos fundamentais do direito privado", que são "expressão jurídica das necessidades sociais", e não "lei de favor", parece ainda herética no início do século XX.¹⁰³

O debate sobre a intervenção "coativa" do Estado, sobre a possibilidade de introduzir normas irrevogáveis, fins sociais, propõe uma imagem estática e contraditória do direito comum; contraditória porque deixa de lado as coações existentes, os vínculos presentes no próprio Código Civil, mesmo que se enfatize, como se fosse dominado por uma "liberdade absoluta". A "coação" imposta pela intervenção social se apresenta, assim, como um retorno ao *status*, um ataque regressivo à liberdade do contrato e à propriedade, como uma transformação obrigatória da caridade em direito, como uma transfiguração do privado em público. Evitar "exceções ao direito comum", negar "privilégios" e sujeições ilimitadas a deveres sociais incompatíveis com a utilidade privada, impedir uma disciplina tirânica das relações privadas, um desmembramento das figuras civilísticas, essas continuam a ser palavras de ordem recorrentes e afortunadas: a lei social-especial é a inversão do movimento

¹⁰⁰ Cf. STOLLEIS, M. Die Entstehung des Interventionsstaates und das öffentliche Recht. *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte*, vol. 11, pp. 129-147, 1989. p. 140.

¹⁰¹ ORLANDO, V. E. Diritto amministrativo e scienza dell'amministrazione (1887). In: *Id. Diritto pubblico generale*. Milano: Giuffrè, 1940. p. 159 e ss. Sobre esse ponto, cf. STOLZI, I. *Le inchieste parlamentari*. Un profilo storico-giuridico (Italia 1861-1900). Milano: Giuffrè, 2015. p. 119 e ss.

¹⁰² BARASSI, L. *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*. Milano: Società Editrice Libreria, 1901. p. 2. Cf. CAZZETTA, G. *Scienza giuridica e trasformazioni sociali*. Diritto e lavoro in Italia fra Otto e Novecento. Milano: Giuffrè, 2007. p. 141 e ss.

¹⁰³ CARNELUTTI, F. *Infortuni sul lavoro*. Studi. Roma: Athenaeum, 1913-1914. 2 v. As citações foram retiradas dos textos "Criterii di interpretazione della legge sugli infortuni" e "Il diritto dei superstiti nella legge sugli infortuni", pp. 20, 31, 154.





do *status* ao contrato, a instauração arbitrária "por lei" de um direito privilegiado para uma classe de pessoas.¹⁰⁴

7 DA LEGISLAÇÃO OPERÁRIA A UM NOVO DIREITO COMUM?

No final do século XIX, Tonio Bödiker anuncia que o sistema de seguros sociais alemão representa, naquele momento, a entrada numa nova época;¹⁰⁵ alguns anos mais tarde, Paul Pic vê na *législation industrielle* "un ordre légal moralement et pratiquement supérieur"¹⁰⁶: as oposições entre liberais e intervencionistas – escreve – desapareceram quase por completo, cada vez mais ampla nos vários países é a convergência em relação a proteções concretas, a substituição das doutrinas abstratas por um "mouvement historique de faits, des idées et des lois", a afirmação de "une sorte de droit commun européen en matière de protection ouvrière"¹⁰⁷. O livro traz, já nas primeiras páginas, uma citação de Léon Bourgeois: "Je crois qu'il y a au dessus de nous, autour de nous, nous enserrant de toutes manières, une solidarité naturelle dont nous ne pouvons nous dégager. Nous naissons tous débiteurs les uns des autres". A *législation ouvrière* – que Pic acompanha com a sua revista "Question pratique de législation ouvrière et d'économie sociale"¹⁰⁸ – avança, na França, em direção a um "Code du travail", a uma "République du travail"¹⁰⁹ e, na Europa, em direção a um direito comum de

¹⁰⁴ Basta pensar no destino de um texto de Albert Venn Dicey escrito em consideração à lei sobre seguro obrigatório para acidentes de trabalho: "This legislation bears all the marked characteristics of collectivism. Workmen are protected against the risks of their employment, not by their own care or foresight, or by contracts made with their employers, but by a system of insurance imposed by law upon employers of labour. The contractual capacity both of workmen and of master is cut down. [...] The rights of workmen in regard to compensation for accidents have become a matter not of contract, but of status" (DICEY, A. V. *Lectures on the relation between law and public opinion in England during the nineteenth century*. London: Macmillan and Co., 1905. pp. 282-283). Para uma crítica ao escrito de Dicey, cf. KAHN-FREUND, O. A note on status and contract in British labour law. *The Modern Law Review*, vol. 30, 1967, p. 635 e ss. A tese da "inversão do movimento" é cada vez mais difusa nos anos da consolidação do *welfare state* para representar a fuga da liberdade do contrato, a afirmação de imunidades e privilégios, um retorno ao *status*, uma fuga "away from individual will", "away from contract", "away from liberty". Cf. CIANFEROTTI, G. *Il concetto di status nella scienza giuridica del Novecento*. Milano: Giuffrè, 2013. p. 147 e ss.

¹⁰⁵ BÖDIKER, T. *Die Arbeiterversicherung in den Europäischen Staaten*. Leipzig, 1895. pp. III e IV. Sobre o papel relevante desenvolvido pelo alto funcionário na afirmação do sistema de seguros sociais, cf. STOLLEIS, M. *Origins of the German Welfare State*. Social Policy in Germany to 1945. Berlin: Springer, 2013. pp. 64 e 73.

¹⁰⁶ PIC, P. *Traité élémentaire de législation industrielle*. Les lois ouvrières. Paris: A. Rousseau, 1903. p. 11.

¹⁰⁷ *Ibid.*, p. 49.

¹⁰⁸ O objetivo da revista é de acompanhar os progressos e as flutuações incessantes "cette législation nouvelle, dont le but est, non de paralyser, mais de fortifier au contraire l'action individuelle par l'action législative, sage, mesurée et méthodique". Assim consta no "programa", a. I, no. 2, feb. 1900, pp. 41-42.

¹⁰⁹ PIC, P. La législation ouvrière. *Question pratique de législation ouvrière et d'économie sociale*, a. I, no. 2, gen. 1900, pp. 1-18. Pic se importa em sublinhar as diferenças entre a legislação social francesa e o sistema de seguros sociais "obrigatórios" alemães. Sobre o percurso francês, cf. HATZFELD, H. *Du paupérisme à la Sécurité sociale, 1850-1940*. Nancy: Presses Universitaires de Nancy, 1989.





proteção operária. Na Itália, também se convenceu disso – como vimos – Angiolo Cabrini, que, mais generosamente, amplia sua visão para "todo o mundo moderno".

A lei social propõe um direito comum da proteção operária que se estende a todo o mundo, mas é isolada e paralela ao direito de todos; não é, nem pode ser, nas formas antigas, afirmava Domenico Berti, mas continua a ser percebido como se fosse colocado ao lado das velhas formas sem as alterar, sem realmente incidir sobre a ideia de direito, sobre a centralidade da propriedade e do contrato como pedras angulares da ordem constitucional do Estado liberal em crise. Entre os séculos XIX e XX, o interminável debate sobre a natureza jurídica das leis sociais oscila entre polaridades ainda percebidas como contrárias; as normas sociais são ora interpretadas como normas especiais transitórias, ora como a afirmação do "novo direito". O princípio do risco profissional, sua projeção para fora do direito comum, seu posicionamento como fundamento exclusivamente publicístico da tutela, é como se pudesse deter a oscilação identificando uma forma capaz de conter as antinomias, oferecendo assim a ilusão efêmera de uma constituição civilística ainda intacta. Não se pode, repete Carlo Francesco Ferraris, "conciliar o inconciliável": o princípio do risco, o seguro obrigatório, não está, não pode estar, no direito comum.¹¹⁰

Observando precisamente a transição da responsabilidade civilística para o seguro social, a chegada ao *État providence* foi apresentada como um novo paradigma de governo da sociedade introduzido pela "technologie du risque", pela sua "vocation à servir de technique générale de gestion des population": a segurança social reservada aos trabalhadores vinculados por um contrato e derogatória do direito comum das obrigações é progressivamente transformada no direito à Seguridade social: "Ce droit à la Sécurité sociale devient ainsi un droit commun qui si sépare du droit du travail"¹¹¹.

Impulsionado pela política de universalização da "legislação operária" à inevitável passagem, o direito do trabalho assume o peso da "transição" entre dois mundos – entre dois paradigmas de "direito comum", um funcional ante o outro –, mas parece enrascado no direito "de sempre", que continua a fluir paralelamente, inconciliável com o outro, impossível de se transformar, de se "alargar".

¹¹⁰ Cf. CAZZETTA, G. *Responsabilità aquiliana e frammentazione del diritto comune civilistico (1865-1914)*. Milano: Giuffrè, 1991. pp. 423-425.

¹¹¹ EWALD, F. *L'État providence*. Paris: Grasset, 1986. p. 333 e ss.; 389; 399; pp. 372-373: "1880-1910, du début du débat sur les accident du travail à la loi sur les retraites: un espace de trente ans qui voit la naissance et l'institutionnalisation d'une nouvelle rationalité politique et juridique. Le partage libéral des obligations est aboli, et le principe de responsabilité est remplacé par le schéma de l'assurance comme diagramme de régulation sociale. [...] Au rêve politique libéral et à son rapport à la nature en succède un autre, où la société devient à elle-même sa propre fin".





O caminho de transformação interna do direito (e do direito do trabalho, que também se afirmava "além" da legislação operária, movendo-se dentro e contra o direito comum) e de afirmação do direito vivo permanece, na realidade, aberto. Um caminho percorrido na crise do Estado moderno do início do século XX, sobretudo pela "negociação coletiva", pela "luta pelos direitos", pelas instâncias pluralistas destinadas a afirmar um direito originário dos fatos, pela nova sociedade capaz de produzir "o seu" direito, de ir além da lei do Estado.

O solidarismo do final do século XIX e as orientações pluralistas do início do século XX não conseguiram libertar-se da centralidade do Estado, para ir "além do Estado" ¹¹², mas iniciaram a transformação do direito para além da constituição civilística. Nas Constituições do segundo pós-guerra, esse caminho foi reaberto colocando, diante do Estado, a sociedade, a pessoa e a sua dignidade, os direitos: um novo direito comum chamado hoje a sanar as separações e a sustentar, cada vez mais sozinho, sem os protagonistas sociais de ontem, um "Estado social" cada vez mais frágil.

REFERÊNCIAS

- BALANDI, G. G. Mercato del lavoro (tutele nel). In: *Enciclopedia del diritto*. Appendice. No prelo.
- BARASSI, L. *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*. Milano: Società Editrice Libreria, 1901.
- BERTI, D. *Le classi lavoratrici e il Parlamento*. Roma: Tip. Voghera, 1885.
- BEVILACQUA, G. *Saggio su la legislazione operaia in Italia*. Torino: Bocca, 1906.
- BOCCARDO, G. *L'economia politica moderna e la sociologia*. Raccolta delle prefazioni edite per la Biblioteca dell'economista. Torino: Ute, 1883.
- BÖDIKER, T. *Die Arbeiterversicherung in den Europäischen Staaten*. Leipzig, 1895.
- CABRINI, A. *La legislazione sociale (1859-1913)*. Roma: Bontempelli, 1913.
- CARNELUTTI, F. *Infortuni sul lavoro*. Studi. Roma: Athenaeum, 1913-1914. 2 v.
- CHERUBINI, A.; PIVA, I. *Dalla libertà all'obbligo*. La previdenza sociale fra Giolitti e Mussolini. Milano, FrancoAngeli, 1998.

¹¹² COSTA, P. 'Oltre lo Stato': teorie 'pluralistiche' del primo Novecento. *Sociologia e politiche sociali*, vol. 5, n. 1, 2002, pp. 11-35, p. 17 e ss.: também nos escritos de Santi Romano o Estado conserva sua centralidade inequívoca como "polo di attrazione di una pluralità di enti che si coordinano e si dispongono in rapporto ad esso".





COLLIN, P. “Gesellschaftliche Selbstregulierung” und “Regulierte Selbstregulierung”: ertragreiche Analysekategorien für eine (rechts-)historische Perspektive? In: COLLIN, P. (ed.) *et al. Selbstregulierung im 19. Jahrhundert. Zwischen Autonomie und staatlichen Steuerungsansprüchen*. Frankfurt am Main: Klostermann, 2011.

COSTA, P. ‘Oltre lo Stato’: teorie ‘pluralistiche’ del primo Novecento. *Sociologia e politiche sociali*, vol. 5, n. 1, 2002.

DELLA VOLTA, R. Del contratto di lavoro nella legislazione civile. *La riforma sociale*, IV, vol. VII (15 aprile 1897), no. 4,

DICEY, A. V. *Lectures on the relation between law and public opinion in England during the nineteenth century*. London: Macmillan and Co., 1905.

EWALD, F. *L’État providence*. Paris: Grasset, 1986.

FIORENTINO, P. *Saggio di un esame critico dei Codici italiani*. Messina: Tip. del commercio, 1869.

FORSTHOFF, E. Concetto e natura dello Stato sociale e di diritto (1954). In: FORSTHOFF, E. *Stato di diritto in trasformazione*, Milano: Giuffrè, 1973

GABBA, B. *Trent’anni di legislazione sociale*. Torino: Bocca, 1901

GARLAND, D. *The Welfare State. A Very Short Introduction*. Oxford: Oxford University Press, 2016.

GIUGNI, G. La “giurisprudenza industriale” e l’esperienza dei probiviri. In: REDENTI, E. *Il diritto del lavoro ai suoi primordi*. Roma: Accademia Nazionale dei Lincei, 1995. p. 151.

GURVITCH, G. *La Dichiarazione dei diritti sociali*. Prefácio de Norberto Bobbio. Milano: Ed. di Comunità, 1949.

GURVITCH, G.; SCERBO, A. (cur.). *La Dichiarazione dei diritti sociali*. Soveria Mannelli: Rubbettino, 2004.

KAHN-FREUND, O. Il mutamento della funzione del diritto del lavoro. In: ARRIGO, G. (ed.); VARDARO, G. (ed.). *Laboratorio Weimar. Conflitti e diritto del lavoro nella Germania pré-nazista*. Roma: Ed. lavoro, 1982.

ICHINO, P. Il tortuoso percorso del diritto del lavoro tra emancipazione dal diritto civile e ritorno al diritto civile. In: ROPPO, V. (ed.); SIRENA, P. (ed.). *Il diritto civile e gli altri*. Milano: Giuffrè, 2013.

LANZILLO, M. L. Editoriale. Il governo della sicurezza. *Filosofia politica*, a. XXIX, n. 3, pp. 385-394, dez. 2015.

MANNORI, L.; SORDI, B. *Storia del diritto amministrativo*. Roma; Bari: Laterza, 2001.





MARSHALL, T.H. *Cittadinanza e classe sociale* (1949). Roma; Bari: Laterza, 2002.

MATTEI, U. *Contro riforme*, Torino, Einaudi, 2013.

MELIS, G. Sistemi di tutela: previdenza, assistenza, legislazione sociale. In: DELLA PERUTA, F. (ed.); MISIANI, S. (ed.); PEPE, A. (ed.). *Il sindacalismo federale nella storia d'Italia*. Milano: FrancoAngeli, 2000.

ORLANDO, V. E. Diritto amministrativo e scienza dell'amministrazione (1887). In: ORLANDO, V. E. *Diritto pubblico generale*. Milano: Giuffrè, 1940.

PIC, P. La législation ouvrière. *Question pratique de législation ouvrière et d'économie sociale*, a. I, no. 2, gen. 1900, pp. 1-18

PIC, P. Programme. *Question pratique de législation ouvrière et d'économie sociale*, a. I, no. 2, feb. 1900, pp. 41-42.

PIC, P. *Traité élémentaire de législation industrielle*. Les lois ouvrières. Paris: A. Rousseau, 1903.

PROCACCI, G. Le politiche di intervento sociale in Italia tra fine Ottocento e prima guerra mondiale. Alcune considerazioni comparative. *Economia & Lavoro*, a. XLII, pp. 17-43, 2008.

PROCACCI, G. *Warfare-Welfare*. Intervento dello Stato e diritti dei cittadini (1914-1918). Roma: Carocci, 2013.

REDENTI, E. *Massimario della giurisprudenza dei probiviri* [Roma, 1906]. Ed. a cura e con Introduzione di S. Caprioli. Torino: Giappichelli, 1992.

RITTER, G. A. *Storia dello Stato sociale*. Roma; Bari: Laterza, 1996.

RODOTÀ, S. *Solidarietà, un'utopia necessaria*. Roma; Bari: Laterza, 2014.

RODOTÀ, S. *Il diritto di avere diritti*. Roma; Bari: Laterza, 2012.

SABBIONETI, M. Le metamorfosi dell'illecito civile: interpretazione e creazione giurisprudenziale del diritto nella giurisprudenza della Cour de Cassation tra Ottocento e Novecento. *Quaderni fiorentini*, vol. 40, 2011.

SCIARRA, S. Social law in the wake of the crisis. In: FÉDÉRATION INTERNATIONALE POUR LE DROIT EUROPÉEN (FIDE) CONFERENCE, 26., 2014, Copenhagen. *Working Papers Collection...* Catania: Centre for the Study of European Labour Law "Massimo D'Antona", 2014.

SORBA, C. *Cittadinanza*. Individui, diritti sociali, collettività nella storia contemporanea. Roma: Libreria dello Stato, 2002.





- STOLLEIS, M. Die Entstehung des Interventionsstaates und das öffentliches Recht. *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte*, vol. 11, pp. 129-147, 1989.
- STOLLEIS, M. *Origins of the German Welfare State*. Social Policy in Germany to 1945. Berlin: Springer, 2013.
- STOLZI, I. Política social e regime fascista. Un'ipotesi di lettura. *Quaderni Fiorentini*, vol. 46, pp. 241-292, 2017. pp. 256, 259-261, 275, 278-280.
- STRONATI, M. L'idea di giustizia solidale. Il buon giudice Majetti e il caso della giurisprudenza "minorile" nel primo Novecento. *Quaderni fiorentini*, vol. 40, pp. 813-867, 2011.
- TAROZZI, F. Le radici storiche del mutualismo e della cooperazione, In: SALFI, A. (ed.); TAROZZI, F. (ed.). *Dalle società di mutuo soccorso alle conquiste del welfare state*. Roma: Ediesse, 2014.
- TORTORI, A. Individualismo e socialismo nella riforma del diritto privato. *La scienza del diritto privato*, a. III, 1895, p. 595.

DADOS DA PUBLICAÇÃO

Categoria: artigo de autor convidado.

Recebido em: 10/01/2019.

Aceito em: 11/01/2019.



