

José Luís Bolzan de Morais
Emilio Santoro
Anderson Vichinkeski Teixeira
(organizadores)

Direito dos Imigrantes

2015

Sumário

Apresentação

Cap. 1. Entre hospitalidade, inclusão e reconhecimento: quais os fundamentos filosóficos para um Direito dos Imigrantes? *Anderson Vichinkeski Teixeira*

Cap. 2. Migrações e (des)igualdade no século XXI: entre políticas de redistribuição e reconhecimento. *Rafael Köche*

Cap. 3. O direito de voto aos migrantes no ordenamento constitucional italiano. *Emilio Santoro*

Cap. 4. Fronteiras deslocadas: como a surveillance e o big data modificam os fluxos de pessoas. *Elias Jacob de Menezes Neto*

Cap. 5. Os crimes criados para isolar o migrante versus os crimes destinados a punir quem lucra com a condição de irregularidade. *Raffaella Tucci*

Cap. 6. Através do direito: reflexões sobre a detenção transgênero. *Adriana Dias Vieira e Sofia Ciuffoletti*

Cap. 7. A migração como direito diante da continuidade autoritária brasileira: a Lei n. 6815/80 e o novo constitucionalismo. *José Luis Bolzan de Moraes e Flaviane de Magalhães Barros*

O direito de voto aos migrantes no ordenamento constitucional italiano

Emilio Santoro

Introdução

Nestas páginas, proponho a discussão do direito de voto (e mais amplamente dos direitos políticos) dos migrantes a partir de uma nova perspectiva: a do art. 3º, parágrafo segundo da Constituição italiana. Isto não apenas porque, como espero poder demonstrar, a referida norma me pareça dar um suporte para a *atribuição*⁷² de direitos aos migrantes, abrindo uma brecha nas condições de reconhecimento estabelecidas pela comunidade jurídica.⁷³ Meu argumento é que os migrantes que estão no país, em sua grande maioria, são os “trabalhadores” que, como afirma precisamente a norma citada, têm o direito de “efetiva participação [...] na organização política, econômica e social do país.” O que mais me parece relevante é que, se classificarmos os migrantes sob essa qualificação e extrairmos as consequências que o art. 3º obriga-nos a extrair, parecem claramente inconstitucionais as políticas que o Estado italiano adotou nos últimos quinze anos, fundadas na lógica que já estava presente na chamada “Lei Martelli”, de 1990, pois objetivava configurar os imigrantes como *gastarbeiter*.

A definição de *gastarbeiter* (trabalhadores hóspedes), nasce nos anos cinquenta do século passado quando a Alemanha Ocidental, durante o *boom* econômico, recorreu a trabalhadores estrangeiros para enfrentar a escassez de mão de obra disponível para os trabalhos pouco qualificados, em particular na indústria de mineração e automotiva, na construção civil e em outras atividades de alta intensidade de trabalho. É criado um programa de acordos bilaterais com alguns países europeus

· Traduzido do italiano por Anderson Vichinkeski Teixeira e Sidnei da Silva Perfeito.

· Professor Titular de Filosofia do Direito da *Università degli Studi di Firenze* (IT). Fundador e diretor do centro de pesquisas sobre violência e criminalidade *L'altro diritto*. Ph.D em Ciência Política pelo Instituto Universitário Europeu (Fiesole/IT).

⁷² Proponho abolir o horrendo uso da expressão “concessão” de direitos. Este termo veicula, em um segundo momento, uma imagem de bondade paternalista ou de superioridade do “gracioso” concedente. O termo “reconhecer”, tende a veicular, pelo contrário, a ideia jusnaturalista de que os direitos são preexistentes ao direito objetivo. Portanto, proponho utilizar termos como atribuir ou conferir, pois me parecem representativos do fato de que por trás da atribuição de direitos específicos a sujeitos específicos em um contexto histórico não existe nunca uma bondade paternalista ou uma gentileza graciosa, mas uma longa luta feita de fadiga, suor, lágrimas e, frequentemente, sangue de quem reivindica esses direitos.

⁷³ SANTORO, Emilio. *Diritto e diritti: lo stato di diritto nell'era della globalizzazione*. Torino: Giappichelli, 2008, pp. 306-19.

(Itália, Espanha e Iugoslávia, logo seguidos por Grécia, Turquia e Portugal) para o recrutamento de trabalhadores provenientes desses países. A definição se origina do fato de que a Alemanha não pretendia configurar-se como destino de uma migração permanente, que estava associada às migrações de fora da Europa, como aquelas para os EUA, Austrália e Canadá, mas concebia os deslocamentos dos trabalhadores, admitidos com contratos a termo rigidamente regulamentados, tendo caráter temporário.⁷⁴ Os acordos foram alcançados sem deliberações parlamentares e com a garantia aos sindicatos alemães de privilegiar a mão de obra nacional e de assegurar igualdade de salários para todos os trabalhadores. Visavam assegurar uma mão de obra flexível e do tipo conjuntural. O modelo imaginado era o da “rotação” (*Rotationsmodel*), segundo o qual o primeiro fluxo migratório dos países estrangeiros seria reabsorvido nos países de origem depois do tempo necessário, dando lugar a uma rotação da força de trabalho. Isto estruturava tanto a legislação como a percepção difusa na opinião pública. O enquadramento jurídico e a retórica que o acompanhava criaram a ideia de que o imigrado fosse um tipo de *commodity*, ou seja, levou a identificá-lo com sua força de trabalho, que era útil por um determinado período e que seria “restituída” aos países de origem depois que a sociedade alemã tivesse se beneficiado.⁷⁵ Os trabalhadores estrangeiros normalmente chegavam sozinhos, sem conhecer o idioma alemão e sem ter habilidade profissional específica, ficando os empregadores alemães responsáveis por seu bem-estar. Embora concebidos para trabalhar por apenas alguns anos, reconstruir a economia alemã e, em seguida, retornar para suas casas, ocorreu que a maioria desses imigrantes ficou na Alemanha. Nada obstante os esforços do governo alemão, também este fato histórico confirmou, portanto, que, como Georg Simmel escreveu na sua *Soziologie*, em 1908, o migrante não é um viajante ou um nômade, mas “aquele que hoje vem e amanhã permanece”.

É difícil negar que, especialmente após as modificações introduzidas pela Lei n. 189, de 2002 (a famigerada “Bossi-Fini”), com a invenção do “contrato de permanência” (*contratto di soggiorno*), o modelo de trabalhador migrante prefigurado no Texto Único Sobre a Imigração seja aquele do *gastarbeiter*. Tanto quanto difícil parece sustentar que o status destes trabalhadores, assim como é definido pela lei, favorece àquela “efetiva participação [...] na organização política, econômica e social

⁷⁴ AA.VV. *Atlante Universale, I gastarbeiter*. Vol. III, Barcellona, 2003, p. 8.

⁷⁵ FAVARO, Graziella; BORDOGNA, Mara T. *Politiche sociali ed immigrati stranieri*. Roma: La Nuova Italia Scientifica, 1989, p. 116.

do país”, que deveria ser garantida pela República a *todos* os trabalhadores. Do mesmo modo, parece evidente que o primeiro obstáculo que a República italiana deve remover para cumprir sua obrigação constitucional é a lei que ela mesma fez para definir o status destes trabalhadores que, como aqueles que chegaram na Alemanha nos anos cinquenta e sessenta do século passado, que a despeito da vontade do legislador e das regras que regulamentam suas relações, acabam muitas vezes permanecendo por longo período e se tornando parte integrante de nossa comunidade.

1. O debate sobre o direito de voto aos estrangeiros

Há mais de duas décadas se discute a possibilidade de atribuir o direito de voto, ao menos nas eleições locais (ou administrativas, como se pode preferir dizer), aos estrangeiros. Todavia, a discussão sempre esbarrou na tese de que para estender o direito de voto aos não cidadãos, ainda que somente para eleições municipais, é necessário alterar o art. 48 da Constituição italiana.

A força interditiva desta tese manifestou-se pela primeira vez na fase de ratificação da convenção do Conselho da Europa sobre a participação dos estrangeiros na vida pública local, firmada em Estrasburgo, em 5 de fevereiro de 1992, que no capítulo ‘C’ vincula as partes contraentes “a conceder o direito de voto e de elegibilidade nas eleições locais a cada residente estrangeiro, desde que estes satisfaçam às mesmas condições prescritas para os cidadãos e que tenham também residido legal e habitualmente no Estado em questão nos cinco anos que precederem às eleições”. Após ter firmado a Convenção, a Itália decidiu ratificar, com a Lei n. 208, de 08 de março de 1994, somente os capítulos ‘A’ – relativo ao reconhecimento das liberdades de expressão, de reunião e de associação – e ‘B’, sobre os órgãos consultivos voltados a representar os residentes estrangeiros em nível local, enquanto que não ratificou o Capítulo ‘C’ – que trata precisamente do reconhecimento do direito de voto nas eleições locais.⁷⁶

A questão foi reproposta alguns anos mais tarde em sede de projeto de lei do governo sobre a reforma da legislação relativa à imigração (A.C. 3240) que, em seu art. 38, reconhecia ao estrangeiro titular do visto de permanência (*carta di soggiorno*) a possibilidade de votar e ser votado na sua cidade (*comune*) de residência, na forma

⁷⁶ Lei n. 203, de 8 de março de 1994, Art. 1: “1. Il Presidente della Repubblica è autorizzato a ratificare la convenzione sulla partecipazione degli stranieri alla vita pubblica a livello locale, fatta a Strasburgo il 5 febbraio 1992, limitatamente ai capitoli A e B”.

prevista pelo Decreto Legislativo n. 197, de 12 de abril de 1996. Tal decreto, concretizando uma norma do Tratado de Maastricht, havia regulado o voto administrativo dos cidadãos estrangeiros comunitários. Diante das objeções que sustentavam a impossibilidade de conferir o direito de voto mediante lei ordinária, durante o exame em rito ordinário na Comissão de Assuntos Constitucionais da Câmara dos Deputados, o governo retirou o art. 38 do projeto de lei.

E mais: no curso do debate acerca do que depois se tornaria o Texto Único Sobre a Imigração, o governo reconheceu a legitimidade da tese sobre a necessidade de reforma constitucional. Com efeito, de um lado, em 25 de setembro de 1997, apressou-se em apresentar à Câmara dos Deputados um projeto de lei constitucional (PL n. 4167) que acrescentava um parágrafo ao art. 48 da Constituição com o seguinte teor: “ao estrangeiro é reconhecido, também em execução de tratados e acordos internacionais, o direito de voto nos limites, com os requisitos e segundo a forma estabelecida em lei, com exclusão das eleições das Câmaras e *das eleições regionais*”⁷⁷ (grifo meu). Por outro lado, reconheceu a necessidade de alteração constitucional em sede de aprovação do que hoje é o art. 9º, parágrafo quarto, ‘d’ do Texto Único n. 286, de 25 de julho de 1998, que afirma que o titular do visto de permanência pode “participar da vida pública local, exercitando também o direito de votar e ser votado, quando previsto no ordenamento e em harmonia com as previsões do capítulo ‘C’ da Convenção sobre a participação dos estrangeiros na vida pública em nível local, firmada em Estrasburgo, em 5 de fevereiro de 1992”. De fato, durante a discussão na Câmara, à alegação da oposição de que, tendo sido retirado o art. 38 do PL que atribuía o voto em nível local aos estrangeiros e não tendo sido ratificado o capítulo ‘C’ da Convenção de Estrasburgo, de 1992, a disposição não fazia mais sentido, o Ministro do Interior respondeu que confirmava a necessidade, em virtude do fato de que o Estado italiano ainda deveria ratificar o capítulo ‘C’ da referida Convenção firmada, alterando a ordem constitucional para que o exercício deste direito fosse

⁷⁷ Devemos destacar que a Convenção de Estrasburgo, em seu art. 6, fala genericamente de “eleições locais”. A exclusão das Regiões decorre, por um lado, do Tratado de Maastricht, que, como dito, reconhece o direito de voto aos cidadãos estrangeiros comunitários somente nas eleições municipais, enquanto que, por outro lado, parte da doutrina (LUCIANI, Massimo. *Il diritto di voto agli immigrati: profile costituzionali*. In: AA.VV. *Partecipazione e rappresentanza degli immigrati*. Atti del convegno del 21 giugno 1999. Roma: Dipartimento degli affari sociali, 1999) sustenta que, havendo as Regiões competência legislativa, estão excluídas da possibilidade de atribuir o direito de voto aos migrantes por lei ordinária. Sobre esta última tese retornarei em seguida.

viável.⁷⁸ No entanto, esta obrigação resta hoje como letra morta e o projeto de lei constitucional jamais chegou a ser posto em votação.

A aversão à concessão do voto, ainda que somente administrativo, aos estrangeiros está profundamente enraizada em uma postura que, na melhor das hipóteses, definiria como “desconfiada”, mas que desde há muito é claramente hostil, no que concerne a atribuição de todos os direitos políticos aos não cidadãos. Protótipo da atitude hostil é a posição assumida por Carlo Esposito⁷⁹ nos anos cinquenta. Segundo Esposito, não só não existe fundamento constitucional para a atribuição de direitos de participação política aos estrangeiros, mas “as fórmulas com as quais são atribuídos aos cidadãos os direitos políticos excluem também que as leis ordinárias possam atribuí-los aos estrangeiros.” Para quem, como Paolo Barile⁸⁰, grande expoente da atitude desconfiada acerca desta matéria, fazia notar, timidamente, que “não parece, porque não foi demonstrado que aos estrangeiros valha o princípio geral de sua exclusão das situações ativa e passiva contempladas na Constituição sob o título das ‘relações políticas’”, Esposito⁸¹ respondia categoricamente que “não há nenhum elemento para entender que sobre este ponto a Itália tenha abandonado sua tradição, assim como as fórmulas com as quais são atribuídos aos cidadãos os direitos eleitorais, o direito de petição, o direito de acesso a cargos públicos (para não falar dos deveres de defesa da pátria e lealdade), não só atribuem positivamente tais direitos aos cidadãos, mas também excluem que as leis ordinárias possam conferi-los aos estrangeiros.”⁸²

Em outras palavras, segundo Esposito deve-se ler os artigos 18 e 49 da Constituição, os quais atribuem, ao falar dos cidadãos, o direito de “associar-se livremente” e de “associar-se livremente em partidos”, como disposições que excluem que também os estrangeiros possam associar-se ou fazer parte das associações italianas e que os estrangeiros possam fazer parte dos partidos italianos. O que impede de modo absoluto tal interpretação é “o fato de que a disposição sobre o direito de associar-se em partidos é colocada no título ‘das relações políticas’, onde é

⁷⁸ Para a reconstrução desses episódios, ver CORSI, Cecilia. *Lo Stato e lo straniero*. Padova: Cedam, 2001, pp. 301-3.

⁷⁹ ESPOSITO, Carlo. I partiti nella Costituzione. In: Id. *La Costituzione Italiana. Saggi*. Padova: Cedam, 1954, p. 222.

⁸⁰ BARILE, Paolo. *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*. Padova: Cedam, 1953, p. 53.

⁸¹ ESPOSITO, Carlo. I partiti nella Costituzione, cit., p. 221.

⁸² ESPOSITO, Carlo. I partiti nella Costituzione, cit., p. 221.

disciplinado o exercício da cidadania ativa (*diritto de voto*) próprio dos pertencentes ao Estado, e que confere à participação nos partidos um status de direito político”.

Esta tese encontrou grande aceitação na doutrina⁸³, onde até recentemente sustentou-se que “somente quem pertence a uma comunidade estatal pode exercer os poderes ou cumprir os deveres no interesse comum da nação, e a política nacional não pode sofrer influências que provenham de pessoas estranhas à comunidade nacional”⁸⁴, uma vez que apenas os cidadãos “estão vinculados ao Estado em uma relação duradoura de pertencimento”.⁸⁵

Por trás desta firme posição, que vincula indissolavelmente a atribuição dos direitos políticos à qualidade de cidadão, estão, portanto, de um lado a vontade de “assegurar a imunidade da vida política interna do país da ingerência por parte de países estrangeiros, de tutelar, em suma, a *independência nacional* do condicionamento de interesses estrangeiros; de outro lado, a necessidade de subordinar o exercício destes direitos que incidem diretamente sobre o funcionamento das instituições democráticas e conseqüentemente sobre a vida da comunidade, à existência de uma união particularmente estreita entre o indivíduo e esta mesma comunidade”.⁸⁶ A ampla adesão a essas teses tem influenciado também quem não aprova uma postura muito tímida, para os quais, na época das discussões sobre a ratificação da Convenção de Estrasburgo e sobre a concessão do direito de voto aos estrangeiros, a doutrina mais aberta⁸⁷ encontrava-se parada na posição de desconfiança sustentada quarenta anos antes por Barile. Partindo do dado literal (parcial, como procurarei sustentar) de que os direitos políticos são reconhecidos pela Constituição somente ao cidadão, esta doutrina limitou-se a lamentar que “a

⁸³ Cfr. LAVAGNA, Carlo. *Basi per uno studio delle figure giuridiche soggettive contenute nella costituzione italiana*. Padova: Cedam, 1953, p. 28 e ss.; CELSO, F. Mazziotti di. Sulla soggettività e tutela dello straniero. *Rassegna di diritto pubblico*, n. 1, 1964, p. 124; BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo. Cittadinanza italiana, partiti politici e loro cariche dirigenti. *Diritto e società*, 1979, pp. 707 e ss.; ANZON, A. Le consultazioni dei segretari dei partiti e l'esclusione di Fabre. *Democrazia e diritto*, 1979, pp. 305 e ss.; RIDOLA, Paolo. Partiti Politici. *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXII, 1982, p. 89; CASTORINA, Emilio. *Introduzione allo studio della cittadinanza. Profili ricostruttivi di un diritto*. Milano: Giuffrè, 1997, pp. 193 e ss. E, enfim, um dos maiores conhecedores da temática relativa aos direitos dos estrangeiros: NASCIBENE, Bruno. *Lo straniero nel diritto italiano*. Milano: Giuffrè, 1988, p. 77.

⁸⁴ CELSO, F. Mazziotti di. Sulla soggettività e tutela dello straniero, cit., p. 124.

⁸⁵ ANZON, A. Le consultazioni dei segretari dei partiti e l'esclusione di Fabre, cit., p. 305.

⁸⁶ CUNIBERTI, Marco. *La cittadinanza. Libertà dell'uomo e libertà del cittadino nella costituzione italiana*. Padova: Cedam, 1997, p. 391.

⁸⁷ BARDUSCO, Aldo. *L'ammissione del cittadino ai partiti*. Milano: Istituto Editoriale Cisalpino, 1967, p. 127; ALLEGRETTI, Umberto. Costituzione e diritti cosmopolitici. In: GOZZI, Gustavo (a cura di). *Democrazia, diritti, costituzione. I fondamenti costituzionali delle democrazie contemporanee*. Bologna: il Mulino, 1997, pp. 188-9.

jurisprudência não ajuda a entender se a falta de cobertura constitucional se resolve mesmo na proibição ao legislador ordinário de atribuir aqueles direitos aos não cidadãos (ou simplesmente para os extracomunitários).”⁸⁸

Ambos os motivos a sustentar a limitação aos cidadãos da atribuição dos direitos políticos parecem, no entanto, muito ligados a uma época histórica, a da afirmação e da autonomia do Estado nacional e da soberania de seu povo, agora já ultrapassada. Isto parece hoje, no que chamamos comumente de era da globalização, mais ligado a manifestações ideológicas, por vezes veladas de hipocrisia, ao invés de teses que refletem uma real exigência de autonomia nacional. Vivemos em uma época na qual o problema parece, pelo contrário, o de limitar o poder avassalador dos “mercadores do direito”⁸⁹, i.e., das grandes corporações internacionais que por meio dos *law firms* (grandes escritórios de advocacia) condicionam fortemente a legislação de todos os Estados do mundo, tornando o exercício do poder legislativo por parte dos parlamentares nacionais frequentemente subordinado aos seus interesses. Atribuir direitos políticos aos migrantes, que muitas vezes devem sua condição ao fato de já haver experimentado sobre sua pele como este poder econômico transborda a limitada capacidade de controle dos Estados de Direito⁹⁰, poderia ajudar a reforçar a soberania dos Estados. A nova dimensão assumida pelos fenômenos migratórios, em sua complexa fenomenologia, deveria por outro lado levar a repensar os vínculos entre comunidade e indivíduo que hoje estão mal representados pela atribuição de cidadania, quer pela confusão das normas e por estarem ainda ligadas a concepções do século XIX, quer pela conotação identitário-afetiva da qual este status ainda é ligado e que muitas vezes tem bem pouco a ver com o efetivo desenrolar das vidas das pessoas: pode-se desejar ser cidadão de um país mesmo se, de fato, por décadas ou pela vida inteira de um certo momento em diante, não se possui nenhuma relação concreta com as políticas adotadas neste país?

Creio que a percepção desta profunda mudança da situação político-social global tenha sido a mola que pressionou o Conselho da Europa a propor o percurso que levou à Convenção de Estrasburgo. Parece que o Conselho da Europa, conforme sua vocação de órgão concebido para tutelar os direitos humanos de todos (e não

⁸⁸ LUCIANI, Massimo. Cittadini e stranieri come titolari dei diritti fondamentali. L’esperienza italiana. *Rivista critica del diritto privato*, n. 2, 1992, p. 234

⁸⁹ DEZALAY, Yves. *Marchands de droit: la restructuration de l’ordre juridique international par les multinationales du droit*. Paris: Fayard, 1992.

⁹⁰ Permito-me remeter ao que escrevi no meu *Diritto e diritti*, cit., pp. 72-98.

apenas dos cidadãos europeus) quando estes estão ameaçados pelas autoridades dos Estados-membros, percebeu que o fenômeno das migrações impõem rever a relação entre os diversos ânimos e sugestões que convivem no tradicional conceito de cidadania. Este conceito reclama – como escreve T.H. Marshall em um famoso ensaio em que delinea o nexos entre status de cidadania e direitos, em particular direitos sociais⁹¹ – o pleno pertencimento a uma comunidade; uma pertença que é tradicionalmente vinculada à garantia dos direitos civis e à atribuição dos direitos políticos, ou à regulamentação da relação vertical entre indivíduo e autoridade.⁹² A importância da análise de Marshall está em mostrar como a noção de cidadania torna-se fundamento de uma ideologia igualitária que, de início, fez progressivamente prevalecer a efetiva participação na comunidade sobre as diferenças de status, de modo a levar ao sufrágio universal e, sucessivamente, ao progressivo reconhecimento dos direitos sociais como instrumentos capazes de colocar junto à igualdade formal também a igualdade substancial dos membros da comunidade. Há algumas décadas que nos encontramos diante de uma nova tensão maturada na ideia central desta noção, devido ao fato de que sua afirmação é estritamente conexa com aquela do Estado nacional e, portanto, a comunidade que esta noção assume como ponto de referência é exatamente a comunidade nacional, de modo que é determinada uma sobreposição entre a noção de cidadania, entendida como “balaio de direitos” atribuídos ao indivíduo-cidadão, e a noção de cidadania-nacionalidade.

A Convenção do Conselho da Europa tenta romper o vínculo cidadania-nacionalidade/direitos políticos exatamente partindo do nível local, onde, de um lado, é mais difícil negar a participação na vida social dos migrantes residentes e, de outro, parece mais tênue a ligação entre o exercício de direito de voto e a soberania nacional.⁹³ A Convenção buscou, em outras palavras, pôr em movimento um mecanismo pelo qual a efetiva inserção do sujeito na comunidade em que vive

⁹¹ MARSHALL, Thomas H. *Cittadinanza e Classe sociale*. Torino: UTET, 1976.

⁹² Em última análise, a Convenção de Estrasburgo parece sustentar que a noção de cidadania é reconstruída assumindo como base o elemento do efetivo vínculo com a comunidade de origem e construindo a articulação do vínculo vertical cidadão-autoridade com base neste. Sustentarei que este é também o sentido profundo do art. 3, parágrafo segundo, da Constituição que, com referência específica aos trabalhadores, considerados sujeitos frágeis, preocupa-se em garantir sua possibilidade de influenciar o vínculo vertical para que possam efetivamente gozar dos direitos fundamentais e desenvolver plenamente a sua pessoa.

⁹³ Na França, por exemplo, para argumentar em favor da concessão do voto administrativo aos migrantes, uma parte da doutrina sustentou que as municipalidades são as autoridades administrativas, em vez de coletividades políticas, para as quais a atribuição do direito de voto não incidiria no princípio da soberania nacional e da reserva do direito de voto apenas aos franceses. Cfr. DELPÉRÉE, Francis. *Les droits politiques des étrangers en France*. Paris: PUF, 1995, p. 16.

estavelmente seja o parâmetro fundamental a que os legisladores nacionais devam fazer referência para valorar os direitos políticos que lhes devem ser atribuídos a fim de poder influir nas decisões que venham a incidir sobre sua vida.⁹⁴ A Convenção sobre a participação dos estrangeiros na vida pública local parece inspirada pela ideia de que deve existir uma razoável congruência entre o grau de inserção do indivíduo na comunidade de residência e o nível de inserção política que o faz participar ativamente. A Itália deu um pequeníssimo e muito tímido passo nesta direção com a Lei n. 208, de 08 de março de 1994, ao ratificar somente o Capítulo ‘B’ da Convenção, que obriga as partes contraentes a garantir e incentivar a criação de órgãos consultivos voltados a representar os residentes estrangeiros em nível local.⁹⁵

2. *Pars construens*: as sugestões universalistas que emergem da elaboração do art. 3º, parágrafo segundo, da Constituição italiana.

A primeira formulação daquilo que se tornaria o art. 3º da Constituição (no projeto era o art. 7º), foi atribuída aos cuidados da presidência da Primeira Subcomissão, de relatoria de Lelio Basso.⁹⁶ Em seu texto inicial era evidente o eco da proclamação da igualdade natural de todos os homens feita nas primeiras Constituições. O artigo proposto, cujo parágrafo segundo era desejado sobretudo pelos socialistas e comunistas, foi aprovado em 11 de setembro de 1946 com apoio decisivo de Aldo Moro e de Dossetti e seu grupo, nesta formulação que segue:

Os homens, independentemente da diversidade de atitudes, de sexo, de raça, de nacionalidade, de classe, de opinião política e de religião, são iguais perante a lei e têm direito a igual tratamento social.

É, portanto, dever da sociedade e do Estado eliminar os obstáculos de ordem econômico-social que, limitando de fato a liberdade e declarando a igualdade dos indivíduos, impeçam a realização da plena dignidade da pessoa humana e o seu completo desenvolvimento físico, econômico, cultural e espiritual.

⁹⁴ Na Itália, esta tese foi defendida, em especial, por CUNIBERTI, Marco. *La cittadinanza. Libertà dell'uomo e libertà del cittadino nella costituzione italiana*, cit., p. 431, que propõe levar em consideração para os estrangeiros também da existência e da efetividade da vinculação com seu país de origem, i.e., da sua efetiva possibilidade de exercer os direitos políticos no país de origem.

⁹⁵ As partes contraentes se empenham, além disso, em prover os vínculos entre as comunidades locais e os residentes estrangeiros, a fornecer uma instância para o debate e a formulação das opiniões, dos auspícios e das preocupações dos residentes estrangeiros sobre temas da vida política local que os concernem mais proximamente, incluídas as atividades e as responsabilidades da coletividade local interessada; a promover a sua integração geral na vida da coletividade. Esta parece ser efetivamente uma “graciosa concessão” para qual nenhum migrante produziu fadiga e suor.

⁹⁶ Sobre o debate e a aprovação na Primeira Subcomissão, ver A.C. VI, 337-342,

Como se vê, portanto, na primeira formulação do artigo, a igualdade não era limitada aos cidadãos, mas era apresentada, seja na sua versão formal quanto na substancial (consideradas inseparáveis), como um direito universal de todos os indivíduos.

Além de promover a proclamação inicial, de qualquer modo significativa, da igualdade dos homens, a norma tinha uma clara impositiva universalista. O seu eixo de sustentação era a ligação entre igualdade, sua efetividade e o pleno desenvolvimento da dignidade humana. Ao Estado, juntamente com a sociedade, foi confiada a tarefa de remover os obstáculos que, restringindo a liberdade e a igualdade “dos indivíduos” (e não dos cidadãos), impedissem, além da plena concretização da dignidade da pessoa humana, também o seu completo desenvolvimento. Nenhuma menção foi feita aos trabalhadores e sua participação na organização política, econômica e social.

Antes da passagem às discussões finais na Assembleia, todo o projeto de Constituição foi submetido à revisão do Comitê de Redação, que assim reformulou o artigo:

Os cidadãos, sem distinção de sexo, raça e língua, condições sociais, opiniões religiosas e políticas, são iguais perante a lei. É dever da República remover os obstáculos de ordem econômica e social que limitem a liberdade e a igualdade dos indivíduos e que impeçam o completo desenvolvimento da pessoa humana.

Nesta reformulação, sem que o tema fosse discutido de modo explícito, foram desaparecendo os ecos setecentistas relativos à igualdade natural de *todos* os homens: a igualdade formal passa de princípio universal a princípio circunscrito aos cidadãos, enquanto permanece universal a obrigação da República no sentido de, agora sozinha e não mais em conjunto com a sociedade⁹⁷, eliminar os obstáculos que tornem sem efetividade a igualdade e a liberdade dos *indivíduos* enquanto tais. O caráter universal do dever imposto à República deriva do fato disso ter por finalidade criar as condições para o desenvolvimento da “pessoa humana”.

⁹⁷ De fato, soaria imprópria uma norma constitucional que fixasse um dever não para a entidade Estado, mas para a sociedade.

Em 24 de março de 1947, na sessão vespertina, a Assembleia Constituinte aprovou o artigo 7º do projeto e sua realocação como artigo 3º com o seguinte texto:

Os cidadãos, sem distinção de sexo, raça, língua, condições sociais, religião e de opiniões políticas, têm igual dignidade social e são iguais perante a lei.

É dever da República remover os obstáculos de ordem econômica e social, que, limitando de fato a liberdade e a igualdade dos cidadãos, impeçam o completo desenvolvimento da pessoa humana e a efetiva participação de todos os trabalhadores na organização política, econômica e social da Itália.

Nesta formulação, de um lado, como se nota, a atribuição somente aos cidadãos do princípio da igualdade formal, estabelecido no primeiro parágrafo, repercute no segundo e também no âmbito do dever da República, tornando complicado definir os seus exatos limites, dado que o objetivo da disposição parece permanecer aquele intrinsecamente universal: permitir “o completo desenvolvimento da pessoa humana”. De outra sorte, as ocorrências envolvendo o velho artigo 7º do projeto de Constituição se entrelaçam com aquelas da redação do art. 1º e, em particular, com a discussão sobre o papel que deve ser reconhecido nessa sede aos trabalhadores.

Este entrelace não será mais desfeito. O texto coordenado e elaborado no Comitê de Redação antes da votação final na Assembleia e distribuído aos Deputados, em 20 de dezembro de 1947⁹⁸, continha poucas variações, nada além de estilísticas, em relação àquele aprovado, em 24 de março. A mais relevante representou a supressão do adjetivo “social” em referência à “idêntica dignidade” que era reconhecida a todos os cidadãos. Todavia, em 22 de dezembro de 1947, na sessão matutina, o honorável Ruini informou que o Comitê de Redação havia admitido restabelecer, no parágrafo primeiro, a fórmula “igual dignidade social” e, deste modo, o art. 3º assumiu sua forma definitiva.

Para entender a última parte do parágrafo segundo do art. 3º, aquela que trata da “participação efetiva de todos os trabalhadores na organização política, econômica

⁹⁸ “Tutti i cittadini hanno pari dignità e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali. È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l’eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l’effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all’organizzazione politica, economica e sociale del Paese”.

e social do país”, deve-se, então, recordar rapidamente os acontecimentos relativos ao art. 1º. Acontecimentos muito tormentosos.

Em 18 de outubro de 1946, a Primeira Subcomissão da Comissão para a Constituição aprova a seguinte formulação do art. 1º: “O trabalho, e a sua participação concreta nos organismos econômicos, sociais e políticos, é o fundamento da democracia italiana.”

Pouco mais de um mês depois, em 28 de novembro de 1946, a mesma Primeira Subcomissão reformula o artigo deste modo: “O Estado italiano é uma República democrática. Esta tem por fundamento o trabalho e a participação concreta de todos os trabalhadores na organização econômica, social e política do país.”

Ainda poucos dias após, em 3 de dezembro de 1946, a Primeira Subcomissão da Comissão para a Constituição concluiu a sua última reformulação do artigo, abolindo todas as referências ao trabalho e aos trabalhadores: “A soberania do Estado se aplica nos limites do ordenamento jurídico formado pela presente Constituição e pelas outras leis em conformidade com esta. Todos os poderes emanam do povo, que os exerce diretamente ou mediante representantes por este eleitos.”

Neste ponto entra em cena a Comissão para a Constituição, que aprova, em 22 de janeiro de 1947, o seguinte texto do artigo 1º: “A Itália é uma República democrática.”

A supressão de todas as referências ao trabalho foi mal digerida pelos comunistas e socialistas. Togliatti repropõe que se dê ao primeiro parágrafo do art. 1º o seguinte teor: “A Itália é uma república democrática dos trabalhadores”, inspirado evidentemente no modelo dos Estados coletivistas. A proposta já tinha sido categoricamente rejeitada pela Comissão em função da recusa declarada de estabelecer um Estado que não fosse pluriclasse, mas em virtude da insistência de comunistas e socialistas, atinge-se um novo compromisso; e dois dias depois, em 24 de janeiro de 1947, a mesma Comissão para a Constituição, em sessão plenária, reformula o artigo, reinserindo a referência ao “trabalho” e aos “trabalhadores”, ainda que se a estes tenha sido atribuída uma função menos caracterizante do que pretendia Togliatti: “A Itália é uma República democrática. Tem por fundamento o trabalho e a participação efetiva de todos os trabalhadores na organização política, econômica e social do país. A soberania emana do povo e se exerce na forma e nos limites da Constituição e das leis.”

Este texto veio a ser reproduzido no texto definitivo do Projeto de Constituição elaborado pela Comissão. No entanto, em 22 de março de 1947, na sessão vespertina, a Assembleia Constituinte, ao aprovar o artigo 1º na sua forma definitiva, conserva a referência ao trabalho, mas elimina aquela aos trabalhadores: “A Itália é uma República democrática fundada no trabalho. A soberania pertence ao povo, que a exerce na forma e nos limites da Constituição.”

A falta de referência aos trabalhadores permanece, entretanto, no contexto de toda a discussão sobre a parte relativa aos *princípios fundamentais*. As duas concepções opostas de Estado conseguiram ser recompostas (pelo menos lexicalmente) mediante uma formulação dos arts. 2º, 3º e 4º, articulada sobre o duplo binário da valorização do indivíduo na sociedade e da centralidade do trabalho e da figura do trabalhador. Esta recomposição foi capaz de satisfazer seja a Democracia Cristã, partido de maioria relativa, que via nesta o reconhecimento da imposição social cristã, seja os partidários da cultura marxista, levados a identificar o cidadão participante com o trabalhador empregado. O compromisso alcançado centrou-se particularmente na retirada do art. 3º do direito a “participação efetiva de todos os trabalhadores na organização política, econômica e social do país” e conseqüentemente em sua transformação em fundamento da República e em objetivo que esta deve perseguir simultaneamente ao pleno desenvolvimento da pessoa humana.⁹⁹ É este o compromisso que levou Piero Calamandrei a emitir o célebre juízo segundo o qual “para compensar as forças de esquerda da revolução *perdida*, as forças de direita não se opuseram em acolher na constituição uma revolução *prometida*”.¹⁰⁰ Como disse algum marxista desiludido com o insucesso na criação de uma República proletária, o parágrafo segundo do art. 3º a substitui com a denúncia do lado perverso da realidade classista e a atribuição à República do dever de removê-lo: isso representava “a nociva consciência do ordenamento e de seus sacerdotes”.¹⁰¹

Esta é a gênese do art. 3º. Desse modo, este dispositivo normativo nasce como artigo que declara a igualdade formal de todos os homens e impõe à República tornar

⁹⁹ Particularmente importante na construção do compromisso foi também o fato – que afastou as instâncias da minúscula patrulha liberal – de que nos *princípios fundamentais* não encontrou espaço nenhuma proclamação explícita da “liberdade” entendida em sentido individualista, cuja consagração surge somente de modo implícito por meio do “reconhecimento” dos “direitos invioláveis do indivíduo”, garantidos pelo art. 2.

¹⁰⁰ CALAMANDREI, Piero. Introduzione storica sulla Costituente. In: Id. e LEVI, A. *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*. Vol. I. Firenze: Barbera, 1960, p. CXXXV.

¹⁰¹ ROMAGNOLI, Umberto. Il principio di uguaglianza sostanziale. In: BRANCA, Giuseppe. *Commentario alla Costituzione*. Vol. I. *Principi fondamentali*. Bologna: Zanichelli, 1975, p. 172.

tal igualdade efetiva para favorecer o pleno desenvolvimento da personalidade humana. Não obstante isto, acaba com uma formulação, aparentemente muito confusa, em que a igualdade formal é aquela proclamada somente aos cidadãos. Portanto, à primeira vista é apenas aos cidadãos que a República está obrigada a garantir também a igualdade substancial¹⁰², ainda que esta seja reconhecida como um traço essencial para o desenvolvimento da pessoa humana, desenvolvimento que o art. 2º impõe à República o dever de assegurar a todos os seres humanos, por meio da garantia dos direitos invioláveis do indivíduo. A esta ambiguidade se acrescenta a controversa frase que obriga a República a remover os obstáculos que impeçam a efetiva participação na organização política, econômica e social do país, não de “todos os cidadãos”, como talvez seria de se esperar, nem de “todos os indivíduos”, coisa que seria objetivamente absurda e impossível, mas de “todos os trabalhadores”.

Portanto, não é surpreendente que uma das principais questões relativas ao art. 3º, em relação a qual a doutrina parece dividida há mais de sessenta anos, desde a entrada em vigor da Constituição, seja aquela relativa à determinação dos beneficiários dos seus conteúdos normativos: são apenas os cidadãos ou todas as pessoas que estão submetidas ao poder soberano do Estado? A isto deve-se acrescentar que, ainda mais na origem, falta consenso na doutrina sobre a determinação dos mesmos conteúdos normativos do segundo parágrafo do art. 3º. A pergunta fundamental ainda é aquela que fez Romagnoli há cerca de quarenta anos: “É possível obter uma qualificação legislativa unívoca dos ‘obstáculos de ordem econômica e social’ a remover? A eliminação destes obstáculos se realiza no interior da clássica distinção entre liberdade como não-impedimento e liberdade como poder, ou a supera?”¹⁰³

Independentemente das posições de quem considerou esta norma, como tantas outras, meramente programática (mas por este parágrafo tal classificação parece mais difícil de ser abolida), quase ninguém atribuiu na doutrina – para não falar da jurisprudência que, acerca de tal ponto, ainda não registrou uma única decisão – valor normativo relativo ao último período, i.e., aquele que trata da participação, acrescido *in extremis* pelos constituintes ao segundo parágrafo.

¹⁰² O art. 3, parágrafo segundo, parece, de fato, indicar quais são os destinatários das atuações públicas de remoção dos obstáculos que “limitam a liberdade e a igualdade”: apenas os cidadãos.

¹⁰³ ROMAGNOLI, Umberto. Il principio di uguaglianza sostanziale, cit., p. 164.

3. A qualificação de “trabalhador” como título privilegiado do direito à efetiva participação política, econômica e social de todos os trabalhadores na organização do país.

Se o significado do art. 3º, parágrafo segundo, é muito debatido, a sua última frase, aquela relativa à efetiva participação de todos os trabalhadores, passou a ser considerada pela doutrina praticamente como um enigma. Três são as perguntas, já formuladas há quarenta anos, para as quais ainda se busca uma resposta viável:

- a) O que significa, no contexto da norma, o termo “trabalhadores”? Existe uma distinção entre “cidadãos” – termo que lá também é usado – e “trabalhadores”?
- b) Em qual acepção é empregado o termo “participação”? O que se pretendeu dizer especificando que esta deve ser “efetiva” e deve se referir à organização política, econômica e social?
- c) Quem são os destinatários da norma, ou seja, os agentes da transformação política, econômica e social?¹⁰⁴

Para esta última questão em particular vale o juízo de Romagnoli que constatava, como “a grande maioria dos operadores jurídicos”, que o art. 3º, parágrafo segundo, “é considerado um péssimo ‘cliente’, uma besta dotada de monstruosa vitalidade, que é bom deixar do lado de fora da porta, sonolenta e nas correntes.”¹⁰⁵ O problema está no fato de que, como reconhecia o mesmo autor, os juristas deveriam ter “a franqueza e a honestidade intelectual de reconhecer a premissa de que as suas respostas – as respostas das quais sejam capazes, utilizando as tábuas nuas da lei – geram tantas dúvidas quanto encerram”.¹⁰⁶ Com um esclarecimento: se for abandonada uma concepção científica, já amplamente implausível do direito, será, logicamente, sempre verdade que cada interpretação abra pelo menos tantas questões quanto são aquelas que pretende responder, mas psicológica e jurisprudencialmente isto é percebido como um problema quando a comunidade dos juristas não consegue desenvolver soluções compartilhadas.¹⁰⁷

Na doutrina têm sido propostas as mais diversas soluções para o problema do significado mais ou menos ampliado que se deve dar ao termo “trabalhadores”: parte-se de todos os cidadãos até todos os “sujeitos colocados nas relações de produção em

¹⁰⁴ ROMAGNOLI, Umberto. Il principio di uguaglianza sostanziale, cit., p. 164.

¹⁰⁵ ROMAGNOLI, Umberto. Il principio di uguaglianza sostanziale, cit., p. 172.

¹⁰⁶ ROMAGNOLI, Umberto. Il principio di uguaglianza sostanziale, cit., p. 164.

¹⁰⁷ Discuti isso no meu *Diritto e diritti: lo stato di diritto nell'era della globalizzazione*, cit.

posição antagônica, contraditória e eventualmente também não coincidente com os sujeitos capazes de tomar para si privadamente o valor excedente criado no processo produtivo”;¹⁰⁸ ou seja, somente os trabalhadores subordinados (empregados) em sentido estrito. Merece ser discutido o significado original e, por vezes, ainda atual (não necessariamente coincidentes) destas propostas.

A tese que identifica os “trabalhadores” com os “cidadãos” *tout court* parece a menos interessante e plausível. Ela assume, efetivamente, como definição forte aquela de “trabalhador”, resolvendo-se na compreensão classista da noção de “cidadão” ou, no mínimo, do status *activae civitatis* que, como lembrado, foi refutado quando proposto na Assembleia Constituinte pelos comunistas e socialistas. Se assumir, ao contrário, como definição “forte” a definição de cidadão, acabaria por eliminar a distinção lexical operada pelo Constituinte, e se apresentaria como uma variante, menos articulada e menos convincente, da terceira tese, aquela sustentada por Esposito, a ser analisada detalhadamente. Há conotações claramente classistas mesmo na tese que especifica os “trabalhadores” como os “sujeitos colocados nas relações de produção em posição antagônica, contraditória e eventualmente também não coincidente com os sujeitos capazes de tomar para si privadamente o valor excedente criado no processo produtivo”. A referência ao “valor excedente” (*plusvalore*) associa imediatamente este argumento a uma conotação ideológica e distante da possibilidade de se configurar como compartilhável por uma pluralidade de posições.

A tese que a primeira vista parece mais interessante é a que propõe considerar como trabalhadores “todos aqueles que desenvolvem uma função que concorra para o progresso material ou espiritual da sociedade”. Esta tese foi elaborada por Carlo Esposito¹⁰⁹ com a evidente intenção de suprimir da última frase do parágrafo segundo aquela conotação classista que o acordo ajustado na Constituinte havia deixado. Partindo da distinção operada pelo sucessivo art. 4º, que, em seu primeiro parágrafo, reconhece a cada cidadão o direito ao trabalho e, no segundo parágrafo, impõe, ainda a cada cidadão, o dever de desenvolver “uma atividade ou uma função que concorra para o progresso material e espiritual da sociedade”, Esposito argumentou com força que “trabalhador” não é uma palavra a ser entendida “no sentido comum, corrente,

¹⁰⁸ Cfr. CARAVITA, Beniamino. *Oltre l'eguaglianza formale*. Padova: Cedam, 1984, p. 65 e ss.; e D'ALOIA, Antonio. *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale: contributo allo studio delle azioni positive nella prospettiva costituzionale*. Padova: Cedam, 2002, p. 85 e ss.

¹⁰⁹ ESPOSITO, Carlo. I partiti nella Costituzione, cit., p. 63. Em substância, estamos na presença de uma reedição da ideologia corporativa.

político e classista”. Ao seu sentir, o art. 3º, parágrafo segundo, se refere, portanto, a “todos os cidadãos ativos”, i.e., a todos aqueles que desenvolvem uma atividade útil para o país: o termo trabalhador não identifica assim o cidadão *tout court*, mas distingue o cidadão que cumpre o dever imposto no parágrafo segundo do art. 4º daquele que não o cumpre.

Esposito, como mencionado, negava de modo firme e absoluto a possibilidade de atribuir a não cidadãos os direitos políticos. Portanto, ele teria julgado inapropriado deslocar a atenção do art. 4º para o art. 2º, que parece impor à República exigir “o cumprimento dos deveres inderrogáveis de solidariedade política, econômica e social”, e conseqüentemente de ser ativos, i.e., segundo Esposito, “trabalhadores”, não apenas os cidadãos, mas a todos os seres humanos que se encontram sob o poder desta mesma República. A ideia de que a República deva reconhecer e garantir os direitos invioláveis do indivíduo e impor o cumprimento dos deveres de solidariedade a todos que estão sujeitos ao seu poder me parece, porém, a interpretação mais plausível das posições subjetivas¹¹⁰ que possam ser extraídas do art. 2º. Esta interpretação aparece depois reforçada e, de qualquer modo, codificada pela subscrição da Convenção Europeia dos Direitos Humanos com a conseqüente sujeição à jurisdição da Corte Europeia dos Direitos do Homem, que considera a República responsável pelos direitos de todos os seres humanos que se encontram submetidos ao poder dos seus funcionários.

A identificação da expressão “trabalhador” com todos os seres humanos, sujeitos ao poder da República, que devem cumprir os deveres inderrogáveis de solidariedade, parece adequada às ideias de quem, como Andrea Giorgis¹¹¹, apostando na inseparabilidade aparente entre “pleno desenvolvimento da pessoa humana” e “efetiva participação na organização política, econômica e social do país”, considera o segundo parágrafo do art. 3 da Constituição italiana um todo universalista que também toca em posições subjetivas de estrangeiros regularmente residentes, conferindo-lhes tanto o direito – que se tornou consolidado – à igualdade substancial como o direito – mais controverso – à participação. O que faz emerge desta posição compartilhada por diferentes orientações culturais é que, paradoxalmente, por um

¹¹⁰ Isto não quer dizer que do mesmo artigo não se possa também derivar o dever da República de postar-se em tal sentido no âmbito internacional, mas a este dever não corresponde nenhuma posição subjetiva de pretensão ou sujeição. (Ver ROSS, Alf. *Diritto e giustizia*. Torino: Einaudi, 1965, Cap. V).

¹¹¹ GIORGIS, Andrea. Art. 3, 2º co., Cost.. In: BIFULCO, R.; CELOTTO, A.; OLIVETTI, M. (a cura di). *Commentario alla Costituzione*. Vol. I. Artt. 1-54. Torino: UTET, 2006, pp. 88-113.

lado, como mencionado, oblitera a distinção entre cidadãos e trabalhadores, presente no referido parágrafo, enquanto que, por outro lado, termina por condensar os três tipos de participação apenas na participação econômica, cuja titularidade agora quase ninguém nega também competir aos estrangeiros que residam legalmente. Isto, em outras palavras, satisfaz tanto aqueles que querem depurar os princípios fundamentais da Constituição de qualquer conotação classista, como aqueles que, vindo de uma cultura amplamente marxista ou atentos aos problemas locais, querem encontrar neste parágrafo a base dos direitos sociais. De resto, a ideia de que os direitos de participação consagrados nos parágrafos segundo e terceiro têm principalmente uma função de charneira entre os direitos de liberdade e os direitos sociais (educação, saúde, seguridade social) era uma tese cara a Lelio Basso.¹¹²

Esta tese, ainda que aceitável para a parte do parágrafo relativa à igualdade substantiva, parece redutora em relação ao direito à participação. Em particular, não entendo aceitável que ela sacrifique o direito à participação política e elimine o problema, segundo minha opinião, ainda hoje, ou, talvez melhor, *novamente* hoje, que havia levado o constituinte a atribuir direitos de participação à figura do trabalhador, em vez de ao indivíduo ou ao cidadão. Parece-me não ser possível excluir, mesmo prescindindo da sua história, o fato literal para o qual o parágrafo referido identifica duas categorias diferentes de indivíduos: a dos cidadãos, quando garante a igualdade substantiva, e a de “todos os trabalhadores”, quando assegura a participação efetiva.

Para desenvolver minha tese parto de um estudo que hoje pode ser considerado antigo, mas ainda importante, de Lavagna¹¹³ sobre as figuras subjetivas dotadas de importância constitucional. Lavagna salienta que o artigo 3, parágrafo segundo, tem dois núcleos normativos bem distintos, que estão em correlação entre si como círculos concêntricos com diferentes raios. Os âmbitos de aplicação dos dois núcleos normativos estão, em outras palavras, um dentro do outro. Em um primeiro momento, a norma refere-se aos “homens, independentemente de qualquer qualificação”, impondo à República o dever de remover “obstáculos de ordem econômica e social” na medida em que “impedem o pleno desenvolvimento da pessoa humana”, impedindo a efetiva garantia constitucional dos “direitos humanos

¹¹² Cfr. em particular BASSO, Lelio. Per uno sviluppo democratico dell'ordinamento costituzionale italiano. In: A.A.V.V. *Studi per il ventesimo anniversario dell'Assemblea Costituente*. Firenze: Vallecchi, 1969, vol. IV, p. IX-X

¹¹³ LAVAGNA, Carlo. *Basi per uno studio delle figure giuridiche soggettive contenute nella costituzione italiana*. Padova: Cedam, 1953, p. 13.

invioláveis” (art. 2). Este é o círculo maior, aquele com raio mais longo, que traça uma circunferência que inclui todas as pessoas que estão sujeitas ao poder da República. Em seguida, a norma traça um segundo círculo dentro do primeiro, mais estreito, cujo raio é definido pelo termo “trabalhadores”, para os quais, no entanto, atribui à República uma tarefa ulterior e mais específica em relação ao “pleno desenvolvimento da pessoa humana”: a eliminação de “obstáculos de ordem econômica e social” é realizada com o objetivo de garantir a eles, somente a eles, “a participação efetiva (...) na organização política¹¹⁴, econômica e social do país.”¹¹⁵

Esta especificação encontrava a sua *raison d’être* em um problema histórico muito advertido na segunda metade do século XIX e início do século XX, que certamente a legislação corporativa fascista propunha de modo irremediável à atenção dos constituintes (e não somente àqueles de cultura marxista). O problema era o do acesso de “trabalhadores” à gestão da vida pública. É este problema que levou Costantino Mortati – certamente, alguém que não era um expoente da cultura marxista – a argumentar que o termo “trabalhador” no contexto do artigo 3, parágrafo segundo, devia ser entendido como sinônimo de “prestador de trabalho assalariado.”¹¹⁶

No momento em que os constituintes estavam discutindo era forte a consciência de que o mercado por si só, de acordo com os postulados do liberalismo econômico, provou ser incapaz não só de garantir a todos as bases econômicas e culturais para uma existência livre e digna, mas também e acima de tudo de garantir ao longo do tempo os pressupostos de sua própria existência. Naquela época os mesmos Estados que, alguns anos antes, haviam promovido a introdução de uma economia de mercado, culpavam pelos seus fracassos em regular o mercado ao advento de regimes ditatoriais e, em última análise, à eclosão da Segunda Guerra Mundial.¹¹⁷ Eles estavam perfeitamente cientes de que, como Max Weber havia assinalado algumas décadas antes,

¹¹⁴ Detenho-me em sustentar que Lavagna entendesse argumentar em favor da participação política dos trabalhadores estrangeiros. Como dito, quando se ocupou deste tema excluiu a possibilidade de que a Constituição permitisse atribuir a eles tal direito. Digo apenas que este é um desenvolvimento, seguramente não desejado, mas coerente, da sua tese sobre o art. 3, parágrafo segundo, de um efeito colateral seu.

¹¹⁵ É significativo que Lavagna não deduza do art. 3, parágrafo segundo, uma circunferência com raio que envolva “os cidadãos”.

¹¹⁶ MORTATI, Costantino. *Il lavoro nella Costituzione. Diritto del lavoro*, Vol. I, 1954, p. 154-155.

¹¹⁷ POLANY, Karl. *The Great Transformation*, tr. it. *La grande trasformazione*. Torino: Einaudi, 1974, pp. 54 e ss. e *La sussistenza dell’uomo*. Torino: Einaudi, 1983, 75 e ss.

a relação de mercado, como tal, é a mais impessoal relação prática de existência em que duas pessoas podem se unir [...] porque ele é orientado de modo especificamente objetivo (*sachlich*) com base no interesse por bens a serem trocados, e apenas com base nisto. Se o mercado for deixado à sua autonomia própria, leva em conta apenas a dignidade da coisa e não da pessoa, não dos deveres de fraternidade e compaixão, não das primordiais (*urwuechsig*) relações humanas que se baseiam em comunhões pessoais. Todas essas relações constituem obstáculos ao livre desenvolvimento da pura relação de mercado.¹¹⁸

Por trás da redação da Constituição italiana está, portanto, a consciência de que o mercado é uma ameaça à liberdade religiosa, à liberdade criativa do artista, à liberdade de investigação do cientista e, em geral, à liberdade de cada pessoa para seguir suas próprias preferências e sua própria vocação e escolher a vida que preferir: em outras palavras, uma ameaça à liberdade de desenvolver a própria personalidade. O artigo 3, parágrafo segundo, parece representar a expressão do medo de que as relações de mercado possam pôr em perigo as fontes de enriquecimento, material e moral, das pessoas e da sociedade.

A análise de Weber é muito útil, seja porque exprime com lucidez o modo de pensar de uma época, seja porque, embora vindo de um autor de cultura liberal, i.e., da cultura que é mais estranha à redação do artigo 3, parágrafo segundo, exprime de forma brilhante o substrato cultural desta norma.

Colocando-se em nítido contraste com a tradição liberal, que tende a identificar a relação de mercado como a relação social *par excellence*¹¹⁹, Weber ressalta que a liberdade contratual é radicalmente diferente e potencialmente em conflito com as liberdades civis. A inclusão do direito de contratar entre os “direitos de liberdade”, operada pela tradição liberal, é uma mistura entre direitos radicalmente diferentes e, em certas condições, paradoxais. Os “direitos de liberdade” são um “simples seguro contra determinados gêneros de perturbações por parte de terceiros, especialmente por parte do aparelho estatal, no âmbito da atitude juridicamente lícita (liberdade de circulação, liberdade de consciência, liberdade de dispor da própria coisa etc.).” Algo muito diferente são os “princípios jurídicos permissivos que remetem ao arbítrio dos indivíduos o regulamento, autônomo em certos limites, de

¹¹⁸ WEBER, Max. *Wirtschaft und Gesellschaft*. Tübingen: Mohr, 1922, tr. it. *Economia e società*. Milano: Comunità, 1995, vol. II, p. 314 (tradução por mim revista).

¹¹⁹ Basta recordar que a metáfora central da teoria liberal nos seus primeiros dias é a do “contrato social”.

suas relações por meio de negócios jurídicos.”¹²⁰ A ideologia liberal tende a apresentar o desenvolvimento da liberdade contratual “como uma diminuição de vínculos e um aumento da liberdade individualista”, mas, afirma Weber, “a correção formal” desta operação é relativa. Não se deve “cometer o erro de pensar que a classificação atual de ‘descentralização da produção jurídica [...] – que se realiza nesta forma moderna de autonomia negocial esquematicamente delimitada – se identifique com uma diminuição do grau de *coerção* no âmbito de uma comunidade jurídica.”¹²¹

A antinomia entre a liberdade contratual e a liberdade *tout court* decorre da profunda diferença entre os dois tipos de direitos subjetivos que elas garantem. O direito de contratar livremente oferece “a capacidade de usar a propriedade sem limitações legais em relação aos bens de que se tem a posse, para fazer disto – mediante uma sagaz atuação no mercado – um instrumento de aquisição de poder sobre os outros.” Portanto, isso amplifica um poder já existente, permitindo ao indivíduo traduzir seu poder econômico em um poder jurídico. A atribuição dos “direitos de liberdade” atribui ao indivíduo “uma determinada esfera de liberdade ‘inata’ ou determinada por motivos extra econômicos.” Atribuindo um direito de liberdade, o ordenamento jurídico confere uma “fonte de poder” autônoma: o sujeito não vê reconhecido a si um poder que já tem, mas vê atribuído a si um determinado poder “em virtude da existência do princípio jurídico pertinente”. Um direito de liberdade muitas vezes atribui poder “para aqueles que sem isso seriam completamente impotentes.”¹²² Desta diferença resulta que, quando um ordenamento jurídico reconhece o direito de liberdade, pode-se avaliar o seu efeito sobre a liberdade total em um determinado contexto social¹²³, enquanto que quando se modificam os espaços da liberdade contratual não se pode dizer, somente com base em “formas jurídicas”, se isto “teve basicamente como resultado aumentar a liberdade do indivíduo para determinar as condições de sua existência, ou se, não obstante isso – *ou talvez em parte por causa disso* – se acentuou a tendência a uma esquematização coercitiva da existência.”¹²⁴

¹²⁰ WEBER, Max. *Wirtschaft und Gesellschaft*, tr. it. cit., vol. III, p. 19.

¹²¹ WEBER, Max. *Wirtschaft und Gesellschaft*, tr. it. cit., vol. II, p. 86.

¹²² WEBER, Max. *Wirtschaft und Gesellschaft*, tr. it. cit., vol. II, pp. 18-9.

¹²³ Naturalmente, não é possível sustentar que todo reconhecimento de um direito de liberdade implique em um aumento da liberdade em sentido abrangente naquele dado contexto, uma vez que antes deste direito acabam nascendo deveres em outros sujeitos.

¹²⁴ WEBER, Max. *Wirtschaft und Gesellschaft*, tr. it. cit., vol. III, p. 85 (grifei).

É por esta razão que, em nenhum ordenamento, a liberdade contratual é ilimitada, em nenhum ordenamento o direito deu o seu aval a qualquer estipulação realizada pelas partes independentemente do seu conteúdo. Historicamente, “todo direito poderia ser caracterizado precisamente com base no conteúdo dos contratos a que concede ou nega a garantia coercitiva.”¹²⁵ Todo ordenamento jurídico entendeu libertar do poder econômico e social determinadas “prerrogativas” ou certos “direitos”: o direito fundado na liberdade contratual sempre foi caracterizado como um direito “especial”. As áreas regidas por esse direito especial, os espaços reconhecidos à liberdade de contratar e a sua amplitude, foram historicamente determinados pela estrutura da economia e pela força política de diferentes grupos de interesses. É evidente que os indivíduos mais interessados em um ordenamento jurídico baseado na liberdade de contratar, em vez de nos “direitos de liberdade”, são os sujeitos que detenham uma posição de poder no mercado: é aos seus interesses que “responde principalmente a criação de ‘princípios jurídicos de autorização’ que introduzem esquemas de estipulações válidas, os quais – embora formalmente sejam livres a todos – na verdade [...] favorecem, em última análise, apenas a sua autonomia e sua posição de poder.” São, portanto, os sujeitos economicamente fortes a se interessar na expansão do número de esquemas contratuais admitidos, ou mesmo autorizados “a determinar arbitrariamente o conteúdo de um contrato – independentemente de todos os esquemas oficiais.”¹²⁶ A liberdade de contratar, ainda que seja juridicamente configurada, argumenta Weber, deixa, de fato, sempre “a possibilidade de o mais poderoso no mercado - [...] normalmente, o empreendedor - fixar com base na sua vontade [...] as condições e oferece-las ao trabalhador à procura de emprego para que este as aceite ou as rejeite; o que – dada a normal maior urgência econômica da necessidade de trabalhar para aqueles que buscam um emprego – acaba se traduzindo em uma imposição unilateral.”¹²⁷ Esta “aplica em um modo particularmente consequente o princípio *coactus voluit*, uma vez que se abstém de qualquer forma *autoritária*. Cabe ao ‘livre’ arbítrio das partes interessadas [...] submeter-se ou não às condições do sujeito economicamente mais forte em virtude de suas posses garantidas pelo direito.”¹²⁸

¹²⁵ WEBER, Max. *Wirtschaft und Gesellschaft*, p. 19.

¹²⁶ WEBER, Max. *Wirtschaft und Gesellschaft*, tr. it. cit., vol. III, p. 86.

¹²⁷ WEBER, Max. *Wirtschaft und Gesellschaft*, tr. it. cit., vol. III, p. 85.

¹²⁸ WEBER, Max. *Wirtschaft und Gesellschaft*, tr. it. cit., vol. III, p. 86.

Parece plausível argumentar que, com base em considerações semelhantes, os constituintes sentiram que a necessidade de garantir a cada indivíduo a possibilidade efetiva de levar uma vida livre e digna poderia requerer algo além dos direitos sociais, ou seja, uma legislação em matéria de produção de bens e serviços e relativa à redistribuição de recursos, incluindo uma limitação da autonomia privada e, em particular, uma limitação da liberdade contratual. Sem entrar em uma análise detalhada das regras, essa ideia parece amplamente confirmada pelos artigos 41 a 47 da Constituição italiana. Assim, a importância da “participação de *todos* os trabalhadores na organização *política*, econômica e social do país” adquire um propósito muito claro: a participação política dos trabalhadores, assim como dos assalariados, como sustentava Mortati, era vista como um instrumento fundamental para dar-lhes o poder de agir sobre as leis que deveriam limitar os espaços da liberdade contratual. Era o instrumento por meio do qual as pessoas vulneráveis poderiam contrastar o poder de sujeitos economicamente mais fortes, de modo a fazer que a República se lembrasse de perseguir os seus próprios fins. Em outras palavras, a efetiva participação política de todos os trabalhadores é o instrumento por meio do qual se pensava em colocar todos esses sujeitos, como escreveu Calamandrei, “em posição de serem capazes de aplicar também de fato as liberdades políticas que estão proclamadas como um direito válido para todos.”¹²⁹ Visto desta perspectiva, a última frase do artigo 3, parágrafo segundo, deixa de ser algo de certo modo monstruoso, para inserir-se no longo curso da evolução jurídica que, com a extensão do direito de voto e a transformação em um sentido democrático parlamentar do ambiente institucional, permitiu que os trabalhadores (subordinados) e *os indivíduos mais pobres* pudessem deixar de ser um problema para a ordem social e política, solucionável somente com a sua transformação em instrumentos para a produção de bens, passando a ser considerados como membros de pleno direito da comunidade política, com poderes para fazer valer (também por meio de suas organizações políticas) suas reivindicações a uma existência livre e digna.

Se essa tese estiver correta, então entende-se por que Mortati identificou os “trabalhadores” com os “empregados”: o espírito da norma é assegurar que as categorias de pessoas econômica e socialmente frágeis possam tirar proveito de um poder político privilegiado que lhes permita compensar tal fragilidade. Em outras

¹²⁹ CALAMANDREI, Piero. L'avvenire dei diritti di libertà. Introduzione a RUFFINI, Francesco. *Diritti di libertà*. Firenze: La Nuova Italia, 1975, p. XXVII.

palavras, a classe trabalhadora, para os constituintes e para Weber, é um protótipo histórico dos sujeitos frágeis que precisam de garantias jurídicas especiais, a fim de compensar, por meio da participação na “organização política, econômica e social do país”, a sua fragilidade.

No entanto, o problema não envolve apenas os trabalhadores, mas todas as partes que tenham de enfrentar trocas contratuais a partir de um poder econômico e social marcadamente reduzido ou insignificante. Ao sociólogo alemão, tendo diante de seus olhos as condições dramáticas de trabalhadores do início do século XX, pareceu evidente que “o direito formal de um trabalhador a celebrar um contrato de qualquer conteúdo com qualquer empreendedor não implica praticamente que o trabalhador em busca de ocupação tenha a menor liberdade de determinar as suas condições de trabalho.”¹³⁰ Portanto, também para os trabalhadores o problema parece ser o de adquirir esse status quando ainda é “aspirante a trabalhador”, tendo assim que entrar em um contrato de trabalho, que irá determinar não só o montante do salário ou os turnos de trabalho, mas também as condições em que eles irão trabalhar e muitas outras questões que, como escreveu Weber, pesarão sobre a sua liberdade e, por consequência, sobre a sua capacidade de desenvolver plenamente a sua personalidade. Apenas a sua participação, antes de tudo política, pode compensar esta desvantagem, pelo menos parcialmente.

Este problema tem voltado a se apresentar de maneira dramática com a globalização que permitiu ao poder econômico colocar sob seu mando o poder do Estado, tornando delicadíssimo o desafio de proteger os direitos. Sob a pressão da economia globalizada, as políticas dos Estados tendem a se tornar funcionais aos mercados, os vários institutos jurídicos previstos pelos ordenamentos nacionais estão se colocando de modo funcional às necessidades do mercado: o poder do Leviatã estatal se soma ao poder dos atores econômicos, em vez disso equilibrá-los, como queriam os constituintes. Se, como argumentado por Susan Strange, a globalização consiste na transferência cada vez maior de poderes dos Estados aos mercados¹³¹, a funcionalização das políticas e, especialmente, dos institutos jurídicos, às exigências do mercado, amplifica os efeitos dessa transferência. O poder jurídico que o Estado

¹³⁰ Weber (*Wirtschaft und Gesellschaft*, tr. it. cit., vol. III, p. 85) acrescenta que “a isto faz obstáculo, antes de tudo, a diferenciação da efetiva distribuição da posse, garantida pelo direito”.

¹³¹ STRANGE, Susan. *The Retreat of the State: the diffusion of power in the world economy*. New York: Cambridge University Press, 1996, tr. it *Chi governa l'economia mondiale? Crisi dello stato e dispersione del potere*. Bologna: Il Mulino, 1998, p. 57.

confere por meio da atribuição de direitos aos indivíduos é utilizado para ampliar esses efeitos e eventualmente tornar ainda mais marginalizados os sujeitos prisioneiros dos mecanismos do mercado, ao invés de ser utilizado para compensar os efeitos da distribuição do poder econômico e para proteger os indivíduos.

Naturalmente, os maiores impactos são sentidos no Direito do Trabalho, que vê cada vez mais corroída sua dimensão publicista predisposta durante o século XX para garantir a liberdade do trabalhador também contra si mesmo em estado de necessidade. Hoje, o Direito do Trabalho está se tornando cada vez mais uma parte do Direito Empresarial: como foi escrito, “um *strong commercial law* e um *poor labour law* são apresentados como dois pilares dos projetos da globalização jurídica.”¹³² A força do Direito Comercial transfronteiriço parece exigir necessariamente a fraqueza do Direito do Trabalho:¹³³ razões do primeiro são, de fato, contraditórias com as necessidades de proteção que se comprometeu a tomar o segundo. Aos poucos, o mercado do trabalho vai se tornando um setor como outro qualquer no mercado global. O Direito do Trabalho torna-se parte do direito do mercado global e as garantias que aquele havia preparado (especialmente em países europeus) desaparecem, mesmo porque, estando necessariamente relacionadas com as condições de vida e de produção local, elas terminam por constituir os elementos que tornam os investimentos menos rentáveis. Os trabalhadores se encontram em situação semelhante a do final do século XIX, inspiradoras das reflexões de Weber, em que as condições do seu emprego e, portanto, das suas vidas, eram tratadas como quaisquer outros bens e remetidas à livre negociação entre as partes e, assim, em última análise, à vontade do contratante mais forte.

Esta situação é amplificada por outro fenômeno imponente que caracteriza a globalização: o enorme aumento em número e frequência dos fenômenos migratórios que tem acometido os países mais ricos. Estes, de fato, reagiram constringindo ao estado de *gastarbaiter* os migrantes que chegam em busca de trabalho. Muitos países europeus, e a Itália em particular¹³⁴, deram vida a políticas estatais e a retóricas públicas destinadas a manter o trabalhador migrante em situação de marginalização e

¹³² MONATERI, Pier Giuseppe. Globalizzando il diritto: ‘a bordo di auto potentissime su strade secondarie’. *Biblioteca della libertà*, Vol. XXXIII, n. 146, 1998, p. 37.

¹³³ Cfr. FERRAJOLI, Luigi. *Principia Juris*. Vol. II. Roma-Bari: Laterza, 2007, p. 297.

¹³⁴ Analisei as políticas italianas de regulamentação da imigração sob esta perspectiva em “La regolamentazione dell’immigrazione come questione sociale: dalla cittadinanza inclusiva al neoschiavismo”. In: SANTORO, Emilio (a cura di). *Diritto come questione sociale*. Torino: Giappichelli, 2010.

vulnerabilidade em termos de gozo efetivo dos direitos fundamentais, a fim de facilitar a sua sujeição a condições de trabalho que qualquer um iria considerar desumano. Na Itália, configurou-se um sistema de neoescravidão concentrado em minimizar custos, riscos e obrigações não apenas de empregadores individuais, mas também da sociedade de acolhimento como um todo que tira benefícios desta exploração. A peculiaridade da “neoescravidão” dos migrantes em relação à escravidão clássica está, além do modo de estabelecimento, no fato de que ela se libertou do que Marx já havia considerado o seu ouropel antieconômico: a necessidade de manter o escravo. Dessa necessidade se libertou não só o “patrão”, mas também o “sistema-país”. Às formas de trabalho de tipo escravagista, acrescenta-se não só a imediata “demissão” dos trabalhadores migrantes, uma vez que não são mais úteis, mas também sua retirada do país, sabendo que podem contar, dada a consistência dos fluxos migratórios, com uma restauração fácil da força de trabalho necessária.

Neste sistema a condição de subordinação dos migrantes parece depender mais do quadro jurídico do que das condições de marginalização e pobreza. O sistema “neoescravagista” de integração social depende da criação de um sistema jurídico que dificulte o acesso dos migrantes a todos os direitos e ferramentas sociais que a cultura jurídica europeia tem desenvolvido ao longo de um século e meio para impedir que se criasse uma massa de desempregados em condições miseráveis, ou seja, que se constituiria em um “exército de reserva” de mão-de-obra capaz de desencadear um mecanismo de contínuo *dumping* social. Os mecanismos jurídicos criados não configuram, como na escravidão clássica, uma pessoa proprietária de outra, mas uma pessoa desprovida de direitos e, de fato, impossibilitada de exercer até mesmo os poucos direitos que lhe são formalmente reconhecidos: impossibilitada, por exemplo, de mover-se por sua própria iniciativa, sob pena de uma denúncia de sua existência em solo ao qual não tem mais direitos. Está delineado um quadro jurídico em que o trabalhador, embora não seja de propriedade do “patrão”, é formalmente titular de pouquíssimos direitos e, de fato, desprovido de direitos, ou melhor, da efetiva possibilidade de utilizá-los, como ocorria com o escravo clássico. O poder do “patrão” é expresso na possibilidade de constringir com extrema facilidade à

irregularidade de status o migrante, causando sua expulsão ou, de qualquer modo, forçando-o a uma vida de “clandestino”.¹³⁵

Nesta situação, dado também o interesse contrastante de muitos cidadãos italianos, a estrada para garantir aos migrantes os seus direitos inalienáveis e o pleno desenvolvimento de sua personalidade, depende necessariamente do *empowering* dos estrangeiros *aspirantes* a trabalhadores, ou seja, depende da atribuição a esses indivíduos do direito à participação efetiva no “desenvolvimento político, econômico e social do país”. Portanto, assume uma enorme importância cumprir a obrigação que a Constituição impõe de garantir essa participação, especialmente a política, da qual a econômica é claramente uma condição prévia, a *todos* os trabalhadores, mais ainda, a todos os “aspirantes a trabalhadores”, e não apenas para os nacionais ou comunitários.

4. Levando o artigo 3, parágrafo segundo, a sério: o dever constitucional de conceder direito de voto aos imigrantes e a definição do âmbito de aplicação deste direito.

Conforme relatado, o Conselho da Europa por quase duas décadas, promovendo a redação da Convenção de Estrasburgo, que prevê a atribuição do voto local aos estrangeiros, o primeiro instrumento de participação política na organização de um país consiste na titularidade do eleitorado ativo e passivo. Estamos, portanto, em face da tarefa inevitável de equilibrar por meio da interpretação o artigo 48 da Constituição com o dever que nasce do parágrafo segundo do art. 3, definindo os âmbitos da “efetiva” participação política dos migrantes “aspirantes a trabalhadores”, i.e., as áreas em que a eles *deve* ser dado o direito de voto.

Se a razão da atribuição do direito de voto é a última frase do parágrafo segundo do artigo 3, assim como lido nestas páginas, i.e., para permitir aos “trabalhadores” e aos estrangeiros “aspirantes a trabalhador” equilibrar suas fragilidades econômicas e sociais nas contratações e no desenvolvimento da relação de emprego, então, o *dever* de dar-lhes o direito de voto também deriva da Convenção n. 143, de 24 de junho de 1975, da Organização Internacional do Trabalho, *Sobre as migrações em condições abusivas e sobre a promoção da igualdade de oportunidades e de tratamento dos trabalhadores migrantes*, ratificada em 10 abril de 1981, com a Lei n. 158. De fato, esta Convenção se preocupa, já no próprio título, em garantir a

¹³⁵ Para uma discussão do modelo neoescravagista de integração dos migrantes, permito-me remeter aos meu “La nuova via della schiavitù”, *Iride*, n. 57, 2010.

igualdade entre os trabalhadores estrangeiros e italianos, tanto em relação às oportunidades de emprego como em relação às condições de sua realização. O artigo 10 da referida Convenção estipula que os Estados-membros devem garantir a “igualdade de oportunidades e de tratamento em matéria de emprego e de profissão, de segurança social, de direitos sindicais e culturais e de liberdades individuais e coletivas para aqueles que se encontram legalmente nos seus territórios na qualidade de migrantes ou de familiares destes”. Se a participação *efetiva* dos trabalhadores na organização política, econômica e social do país é uma ferramenta essencial pela qual eles podem definir suas próprias oportunidades de emprego, as condições em que se realiza o trabalho em si e, portanto, como nos ensinou Weber, a sua própria liberdade, o fato de que ela é reservada exclusivamente para os trabalhadores italianos representa uma clara violação das obrigações que assumimos, seja em virtude do estabelecido na Constituição ao dar esse poder a “todos os trabalhadores”, seja pela assinatura e ratificação da referida Convenção.

A identificação do universo de “trabalhadores” e estrangeiros “aspirantes a trabalhadores” aos quais se deve conferir o direito à efetiva participação na organização política, econômica e social do país, não requer um esforço especial porque isto já foi feito ao se determinar o universo de estrangeiros detentores do direito à inscrição obrigatória no S.S.N. (Serviço Sanitário Nacional). De fato, o artigo 34, parágrafo primeiro, do Texto Único da Lei: a imigração, que regula esse direito/dever, não define uma elenco taxativo de autorizações de residência temporária que conferem titularidade, mas estabelece o princípio de que isto deve ser atribuído a todos os estrangeiros residentes que tenham uma atividade laboral ou, como demonstra a atribuição ao indivíduo registrado como desempregado ou como familiares do trabalhador estrangeiro, poderiam vir a ter. Essa previsão levou à atribuição do direito de registro obrigatório no S.S.N. a mais de 95% dos migrantes regularmente presentes na Itália. Continuam efetivamente excluídos apenas os estrangeiros titulares de uma autorização para ficar menos de três meses, os que possuem uma autorização por motivo de estudo e os que têm uma licença para tratamento médico. O aspecto mais importante, também em perspectiva, é que a experiência dos 15 anos, desde a entrada em vigor do Texto Único, nos diz que o princípio, consagrado pelo artigo 34, parágrafo primeiro, tem uma gama includente que provou ser capaz de garantir a assistência, mediante o direito/dever de registro obrigatório no S.S.N., em muitos casos que não se enquadravam nas categorias

estabelecidas naquele momento, sem qualquer necessidade de se alterar a norma. Para satisfazer a *ratio* do artigo 3, parágrafo segundo, da Constituição, seria suficiente, portanto, prever a atribuição de direito de voto a estrangeiros registrados no S.S.N. Essa estimativa incluiria todos aqueles que hoje deveriam ter esse direito e todos os novos tipos de trabalhador, ou aspirantes a trabalhador, que poderiam se apresentar no futuro.

O que resta fazer é determinar o alcance da extensão do sufrágio aos imigrantes. Como mencionei, trata-se de equilibrar, com o princípio que encontramos no art. 3, parágrafo segundo da Constituição, a pressuposta e, como vimos, enfraquecida unidade do eleitorado que parece prever o art. 48, parágrafo primeiro, da Constituição, quando estabelece que “são eleitores todos os *cidadãos*, homens e mulheres, que atingiram a maioria.” (grifo nosso)

A mais recente evolução da posição “desconfiada” em matéria de concessão de voto aos estrangeiros foi movida ao longo da linha traçada pela reflexão que se desenvolveu na França sobre a natureza administrativa e não política do voto local, embora reconheça que essa distinção não pode ser reportada no ordenamento italiano, onde as comunidades locais são reconhecidas como comunidades de natureza política e canais por meio dos quais se expressa o princípio da soberania.¹³⁶ Nesta linha, por exemplo, rumou Luciani,¹³⁷ que, enquanto descartou a possibilidade de estender, sem mudanças constitucionais, o direito de voto nas eleições políticas, nos referendos nacionais e nas eleições regionais, porque esses seriam atos de exercício da soberania, expressou-se em favor da atribuição mediante lei ordinária do direito de voto nas eleições locais aos estrangeiros, uma vez que o que está em jogo é a representação para entidades que não são titulares de poder legislativo. Esta definição da extensibilidade dos direitos de voto aos estrangeiros não se move pelo dever constitucional de atribuir a “todos os trabalhadores” o direito à participação política na organização do país, fundando-se apenas na articulação de regras relativas aos direitos de voto e não no seu equilíbrio com o art. 3, parágrafo segundo. Isso parece, no entanto, mais restritivo do que o que foi afirmado pela jurisprudência da Corte Constitucional a partir das mesmas premissas. A Corte, de fato, afirma (sentença 35, de 1981) “que os poderes das assembleias parlamentares ‘são uma expressão do poder político geral’, desenvolvendo-se em ‘grau de soberania’, em contraste com o ‘grau

¹³⁶ CORSI, Cecilia. *Lo Stato e lo straniero*. Padova: Cedam, 2001, p. 320.

¹³⁷ LUCIANI, Massimo. *Il diritto di voto agli immigrati: profile costituzionali*, cit.

de autonomia' em que estão colocados os conselhos regionais, provinciais e municipais (como esta Corte já esclareceu, embora para outros fins, nas sentenças n. 66, de 1964, e n. 110, de 1970)".

A jurisprudência da Corte, portanto, sem recorrer a qualquer ponderação entre os diferentes princípios constitucionais, definitivamente entende que ao menos as eleições regionais estão no âmbito em que o eleitorado ativo e passivo pode ser concedido aos estrangeiros por via ordinária, e fornece uma linha argumentativa que leva a identificar o nível "local", que faz referência ao Capítulo C da Convenção de Estrasburgo, com o "grau de autonomia", que inclui tanto os conselhos municipais como os provinciais (em extinção) e os regionais. A atribuição do voto regional aos migrantes é fundamental, pois afeta significativamente não só a delimitação de seus direitos sociais, a definição concreta do que é confiado à legislação regional, bem como a alocação dos recursos que lhes devem ser efetivos, mas também dos seus direitos civis e da sua situação laboral. O artigo 5 e o artigo 9 do Texto Único Sobre a Imigração subordinam, de fato, a possibilidade de ter, respectivamente, uma autorização para o trabalho e uma autorização de longo prazo aos parâmetros estabelecidos pelas leis regionais sobre residência pública. Em outras palavras, não só a estabilidade do estatuto do trabalhador, mas também a própria possibilidade de estabelecer uma relação de trabalho e, assim, seu poder de barganha na relação de emprego e, especialmente, quando da elaboração do contrato, dependem de estipulações regionais. Se o raciocínio que tenho feito sobre a *ratio* da última frase do parágrafo segundo do artigo 3 é convincente, esta é uma das áreas em que é crucial que os trabalhadores possam participar na definição dos parâmetros regulamentares, ou seja, participar na organização política do país. Um discurso análogo pode ser feito sobre a efetividade de um direito civil, como o de reagrupamento familiar, que o artigo 8 da Convenção inclui entre os direitos fundamentais da pessoa, mesmo quando se trata de um dependente, em última análise, nos termos do artigo 29, parágrafo terceiro, do Texto Único Sobre Imigração, pelos mesmos parâmetros regionais de construção.

Referências bibliográficas

AA.VV. *Atlante Universale, I gastarbeiter*. Vol. III. Barcellona, 2003.

- ALLEGRETTI, Umberto. Costituzione e diritti cosmopolitici. In: GOZZI, Gustavo (a cura di). *Democrazia, diritti, costituzione. I fondamenti costituzionali delle democrazie contemporanee*. Bologna: il Mulino, 1997.
- ANZON, A. Le consultazioni dei segretari dei partiti e l'esclusione di Fabre. *Democrazia e diritto*, 1979, pp. 305 e ss.
- BARDUSCO, Aldo. *L'ammissione del cittadino ai partiti*. Milano: Istituto Editoriale Cisalpino, 1967.
- BARILE, Paolo. *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*. Padova: Cedam, 1953.
- BASSO, Lelio. Per uno sviluppo democratico dell'ordinamento costituzionale italiano. In: A.A.V.V. *Studi per il ventesimo anniversario dell'Assemblea Costituente*. Vol. IV. Firenze: Vallecchi, 1969.
- BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo. Cittadinanza italiana, partiti politici e loro cariche dirigenti. *Diritto e società*, 1979, pp. 707 e ss.
- CALAMANDREI, Piero. L'avvenire dei diritti di libertà. Introduzione a RUFFINI, Francesco. *Diritti di libertà*. Firenze: La Nuova Italia, 1975.
- CALAMANDREI, Piero. Introduzione storica sulla Costituente. In: Id. e LEVI, A. *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*. Vol. I. Firenze: Barbera, 1960.
- CARAVITA, Beniamino. *Oltre l'eguaglianza formale*. Padova: Cedam, 1984.
- CASTORINA, Emilio. *Introduzione allo studio della cittadinanza. Profili ricostruttivi di un diritto*. Milano: Giuffrè, 1997.
- CELSO, F. Mazziotti di. Sulla soggettività e tutela dello straniero. *Rassegna di diritto pubblico*, n. 1, 1964.
- CORSI, Cecilia. *Lo Stato e lo straniero*. Padova: Cedam, 2001.
- CUNIBERTI, Marco. *La cittadinanza. Libertà dell'uomo e libertà del cittadino nella costituzione italiana*. Padova: Cedam, 1997.
- D'ALOIA, Antonio. *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale: contributo allo studio delle azioni positive nella prospettiva costituzionale*. Padova: Cedam, 2002.
- DELPÉRÉE, Francis. *Les droits politiques des étrangers en France*. Paris: PUF, 1995.
- DEZALAY, Yves. *Marchands de droit: la restructuration de l'ordre juridique international par les multinationales du droit*. Paris: Fayard, 1992.
- ESPOSITO, Carlo. *La Costituzione Italiana. Saggi*. Padova: Cedam, 1954.

- FAVARO, Graziella; BORDOGNA, Mara T. *Politiche sociali ed immigrati stranieri*. Roma: La Nuova Italia Scientifica, 1989.
- FERRAJOLI, Luigi. *Principia Juris*. Vol. II. Roma-Bari: Laterza, 2007.
- GIORGIS, Andrea. Art. 3, 2° co., Cost. In: BIFULCO, R.; CELOTTO, A.; OLIVETTI, M. (a cura di). *Commentario alla Costituzione*, Vol. I. Artt. 1-54. Torino: UTET, 2006, pp. 88-113.
- LAVAGNA, Carlo. *Basi per uno studio delle figure giuridiche soggettive contenute nella costituzione italiana*. Padova: Cedam, 1953.
- LUCIANI, Massimo. Il diritto di voto agli immigrati: profile costituzionali. In: AA.VV. *Partecipazione e rappresentanza degli immigrati*. Atti del convegno del 21 giugno 1999. Roma: Dipartimento degli affari sociali, 1999.
- LUCIANI, Massimo. Cittadini e stranieri come titolari dei diritti fondamentali. L'esperienza italiana. *Rivista critica del diritto privato*, n. 2, 1992.
- MARSHALL, Thomas H. *Cittadinanza e Classe sociale*. Torino: UTET, 1976.
- MONATERI, Pier Giuseppe. Globalizzando il diritto: 'a bordo di auto potentissime su strade secondarie'. *Biblioteca della libertà*, Vol. XXXIII, n. 146, 1998.
- MORTATI, Costantino. Il lavoro nella Costituzione. *Diritto del lavoro*, Vol. I, 1954.
- NASCIMBENE, Bruno. *Lo straniero nel diritto italiano*. Milano: Giuffrè, 1988.
- RIDOLA, Paolo. Partiti Politici. *Enciclopedia del diritto*, Vol. XXXII, 1982, p. 64-128.
- ROMAGNOLI, Umberto. Il principio di uguaglianza sostanziale. In: BRANCA, Giuseppe. *Commentario alla Costituzione*. Vol. I. *Principi fondamentali*. Bologna: Zanichelli, 1975.
- POLANY, Karl. *La grande trasformazione*. Torino: Einaudi, 1974.
- POLANY, Karl. *La sussistenza dell'uomo*. Torino: Einaudi, 1983.
- ROSS, Alf. *Diritto e giustizia*. Torino: Einaudi, 1965.
- SANTORO, Emilio. *Diritto e diritti: lo stato di diritto nell'era della globalizzazione*. Torino: Giappichelli, 2008.
- SANTORO, Emilio (a cura di). *Diritto come questione sociale*. Torino: Giappichelli, 2010.
- SANTORO, Emilio. La nuova via della schiavitù. *Iride*, n. 57, Agosto 2010.
- STRANGE, Susan. *The Retreat of the State: the diffusion of power in the world economy*. New York: Cambridge University Press, 1996, tr. it *Chi governa l'economia mondiale? Crisi dello stato e dispersione del potere*. Bologna: Il Mulino, 1998.

WEBER, Max. *Wirtschaft und Gesellschaft*. Tübingen: Mohr, 1922, tr. it. *Economia e società*. Milano: Comunità, 1995.