

JUSTIÇA CIDADANIA



Ministro Carlos Ayres de Brito

**COMPROMISSO
COM A CONSTITUIÇÃO**

SENTIMENTO DE RENOVAÇÃO

Os direitos públicos subjetivos e os direitos de liberdade na experiência constitucional italiana do Pós-Guerra

Des. André Fontes

A afirmação do conceito de direitos subjetivos públicos

A cessação do Segundo Conflito Mundial em 1945 pôs fim ao regime fascista que vigorava na Itália. A ordem jurídica da extinta República Social Italiana, sucessora da Monarquia de Victor Emmanuel III da qual surgiu Benito Mussolini, havia sido quebrada com a vitória dos aliados, que constituíam as forças de ocupação do território peninsular. Os anos que se seguiram foram marcados pelo sentimento de renovação da pátria italiana e pelas dificuldades de reconstrução que o país carecia e exigia. Nas universidades italianas afloravam os anseios de estudos que levassem a superar a desconfiança nas instituições jurídicas tão incutidas no povo. Falava-se na crise do Direito, crise de credibilidade das instituições e na necessidade de modificações sócio-econômicas por meio da alteração imediata das leis vigentes no país.

Emerge nesse período indagações sobre a renovação do Direito. Dúvidas e desconfianças sobre a idoneidade das estruturas normativas que estavam impregnadas de conteúdo ideológico fascista constituíam os fatores mais evidentes da disfunção do sistema jurídico. O estado da questão fascista no

país libertado era mais fisiológico que anatômico nos textos normativos, dado o requinte técnico a que eram submetidas as suas formas de elaboração.

Um ordenamento novo necessitava não apenas de retoques ou ajustes, mas de alterações que traduzissem as aspirações do momento. O quadro normativo haveria de ser remodelado, de tal forma que a pirâmide ideal do sistema jurídico fosse purificada pelos novos horizontes de democracia e pluralismo almejados naqueles tempos.

A reestruturação começa com os direitos subjetivos públicos. Concebidos por Giorg Jellinek no seu "Sistemas de Direitos Subjetivos Públicos" (*System der subjektiven öffentlichen Rechte*), de 1892, põem em luz a natureza e relevo fundamentais para os Estados de democracia pluralista.

Entendidos como situações jurídicas por meio do qual o ordenamento tutela um interesse individual pelo reconhecimento ao titular de um poder de vontade relacionados à relações nas quais prevaleça o Direito Público. São em realidade os interesses protegidos pelos ordenamentos estatais que manifestem algum confronto com o Estado. Em certa medida em um contexto mais amplo, serem afirmados

como interesses constitucionalmente protegidos.

Os direitos subjetivos públicos e a liberdade

O reconhecimento jurídico das liberdades marca a passagem do Estado absoluto ao Estado de Direito porque traduz a autolimitação do Estado e pela conquista da qualidade de cidadão. O mero reconhecimento de algumas liberdades não é suficiente para ter alguma significação se não é acompanhado por uma série de garantias destinadas a estabelecer os limites da atuação do Estado.

O conceito de liberdade pressupõe uma relação no sentido de que é livre no confronto com uma entidade distinta. Conquanto assumam valor jurídico, permanece no plano de fato, da moral, das aspirações, ou seja, em um plano que não é estritamente jurídico. As lutas que um povo qualquer há de ter conduzido, não se confundem com o seu reconhecimento formal, embora tais lutas possam ter sido destinadas a esse tal reconhecimento formal, vale dizer, consagrado em uma norma jurídica, voltada para a disciplina do confronto com o aparelho estatal.

As liberdades e os direitos que as constituem formam as espécies de direitos subjetivos públicos, delineados por Jellinek, que teve o mérito de haver formulado a primeira teoria dos direitos subjetivos públicos em geral, embora o tendo feito quanto aos previstos na Constituição e entre eles, os direitos de liberdade. O esforço de consagração dos direitos de liberdade alcançou tamanho desenvolvimento que, nas constituições democráticas tendem a categoria dos direitos subjetivos públicos a dissolverem-se a um inexorável declínio e serem absorvidos pelas categorias dos direitos fundamentais e dos direitos sociais.

Das inúmeras classificações elaboradas a partir daquela originalmente concebida por Jellinek acerca dos direitos subjetivos públicos, escapam algumas das noções de direitos de liberdade como ocorre com o direito de defesa (em sentido processual) disciplinado no art. 24, Comma II, da Carta Política Italiana. Com efeito, merecem referência no quadro seguinte alguns desses direitos.

Os direitos de liberdade e a liberdade pessoal

Antes de desenvolver-se considerações mais gerais sobre o tema dos direitos de liberdade, convém descrever os específicos direitos de liberdade, assim como os elenca e os disciplina a Constituição italiana, de maneira que todo e qualquer discurso mais geral que virá sucessivamente tenha o seu fundamento em uma essencial forma de conhecer o objeto sobre que versa.

Prevê a Constituição italiana no art. 13 a liberdade



pessoal, que contrariamente aquilo que o nome poderia fazer crer, a Constituição sob esse nome não considera a liberdade da pessoa humana em geral, mas disciplina uma específica liberdade entre as outras. Como seria difícil, se não impossível garantir a liberdade em geral, a única e verdadeira garantia está no fato de que o ordenamento jurídico põe precisos e intransponíveis limites ao poder coercitivo do Estado a respeito de específicos interesses de todos os indivíduos (como a própria pessoa ou o próprio domicílio). Em outras palavras, a técnica de subdividir e enumerar mais concretamente é possível para a liberdade do indivíduo nos confrontos do Estado e dos outros sujeitos e é mais garantidora de uma técnica que proclame genericamente a inviolabilidade da liberdade dos homens.

Demais disso, a liberdade há de ser entendida não como específica e circunscrita entre as outras liberdades, mas como liberdade em geral de pessoa humana. A liberdade tutelada constitucionalmente é a liberdade pessoal. Ela é histórica e logicamente a condição indispensável de qualquer outra liberdade.

A liberdade pessoal é inviolável, de maneira que não é admitida nenhuma forma de detenção ou qualquer outro modo de restrição da liberdade pessoal, senão por ato motivado de autoridade judiciária, e mesmo assim, nos casos e modos previstos na lei.

Nos casos excepcionais de necessidade e urgência, indicados taxativamente pela lei, a autoridade policial poderá tomar medidas provisórias, que deverão ser, de qualquer modo, em prazo máximo estabelecido em lei (art. 13 da Constituição), comunicados à

André R. C. Fontes é Desembargador do Tribunal Regional Federal da 2ª Região

autoridade judiciária.

Desta forma, constitui objeto da garantia constitucional o direito de liberdade pessoal, e se o objeto da garantia está definido, o conteúdo da garantia será: (a) a reserva legal; (b) pronunciamento da autoridade judiciária e; (c) a necessidade de motivação.

As espécies de liberdades constitucionais que compõe os direitos subjetivos públicos

1- O art. 14 da Constituição italiana prescreve que o domicílio é inviolável. Com efeito, entende-se que não pode haver a penetração no domicílio de um particular senão nos casos e modos estabelecidos pela lei segundo as garantias prescritas para a tutela da liberdade pessoal.

O termo domicílio é usado na Constituição obedece à linguagem comum também usada na Legislação Civil, como ocorre no Brasil. Aqui o termo é usado na sua amplitude, sem referência à Legislação Civil, que tradicionalmente distingue domicílio de residência e de morada.

A equiparação à liberdade pessoal não torna possível em sua inteireza pelos óbvios motivos de sanidade e incolumidade públicas (aqui entendidos como de proteção da integridade física das pessoas e também das coisas) ou a fins econômicos e fiscais, de maneira que podem ser disciplinados por leis especiais, como seria a de atribuir poderes especiais de inspeção e vistoria a uma autoridade administrativa.

Doutro lado, preserva o dispositivo em questão o recesso de vida privada de cada um, que pode ser estendido até mesmo à morada, como ocorreria com um mero quarto de hotel.

2- Além da liberdade de domicílio, outra forma de liberdade de significativa e inicial consideração é a que está prevista no art. 15, que dispõe que "A liberdade e a segurança da correspondência e das outras formas de comunicação são invioláveis". Igualmente limitada por ato motivado de autoridade judiciária com as garantias estabelecidas na lei, constitui a conhecida "liberdade e segurança das comunicações e de correspondência". A comunicação é sempre determinada e individual quanto a que a emite e a recebe, nos meios e instrumentos ordinariamente considerados aptos para tal função. A liberdade é vista como a impossibilidade de ninguém ser impedido de dar e receber a comunicação e a segurança significa que o conteúdo da comunicação não possa ser objeto de conhecimento da parte de outros.

3- O art. 16 preceitua que "todo cidadão pode circular e permanecer livre em qualquer parte do território nacional, salvo as limitações que a lei estabelecer por motivo de sanidade ou segurança. Nenhuma restrição pode ser determinada por razões políticas.". Nesse dispositivo prevê-se a liberdade

de circulação e permanência, que significa que no território italiano, todo nacional é livre para sair e entrar novamente, salvo por aplicação dos deveres impostos por lei. Entende-se que tal dispositivo limita, por lei, em caráter abstrato e genérico, o que significa hipoteticamente e de forma preventiva que fatos objetivos são passíveis de serem considerados aptos e admissíveis à limitações concretas e sempre por fundamento de sanidade ou segurança. A previsão de reenvio à ela deve ser entendida não de forma absoluta, mas nos casos em que se fizer necessária, de modo a exigir um limite substantivo e à autoridade, nenhuma discricionariedade é possível.

4- O art. 17 prevê que "os cidadãos têm direito de reunir-se pacificamente e sem armas.". Do dispositivo extrai-se que a reunião, mesmo em lugar público não exige pré-aviso, salvo nos casos de segurança e incolumidade pública. Trata-se de liberdade instrumental, com a qual se garante o meio por meio do qual os cidadãos entendem os fins que estão livremente prefixados. Distinguem-se em privados e públicos as reuniões porque para as últimas é possível que haja a necessidade de comunicação para as hipóteses antes admitidas.

5- No art. 18 prevê-se que "os cidadãos têm direito de associarem-se livremente, sem autorização, para fins que não são vedados aos particulares pela Lei Penal". São proibidas as associações secretas e aquelas que perseguem, também indiretamente, fins políticos mediante organizações de caráter limitar. Distingue-se a reunião de associações, pois a reunião é um fato físico-material, pontual no tempo, ou seja, o estar junto em um mesmo lugar por um período muito limitado de tempo; a associação é uma relação social e designa o fato de mais pessoas que perseguem o mesmo fim e a que este fim unem as próprias forças, pondo-se em todos parte da própria atividade que os meios materiais necessários à sua consecução.

6- A liberdade religiosa é a primeira liberdade pela qual é contra, a qual grandes massas de homens combateram uma luta secular. Marcadas por tragédias sanguinolentas e persecuções ferozes, e mesmo por esta liberdade religiosa constituir a matriz de todas as outras liberdades do mundo moderno. Dispõe o art. 129 da Constituição italiana que "todos têm direito de professar livremente a própria fé religiosa em qualquer forma, individual ou associada, de lhe fazer propaganda e de exercitar em caráter privado ou em público o culto, desde que não se trate de ritos contrários aos bons costumes". Deve-se ressaltar que o art. 7 da Constituição dispõe que "o Estado e a Igreja Católica, cada um na sua própria ordem, independentes e soberanos".

7- Também previsto (art. 21) que "todos têm direito de manifestar livremente o próprio pensamento

com a palavra, o escrito e qualquer outro meio de difusão. São vedadas as publicações, a imprensa, os espetáculos e todas as outras manifestações contrárias ao bom costume. A lei estabelecerá provimentos adequados a prevenir e a reprimir as violações. As manifestações do pensamento podem exprimir-se (a) como informação à crônica, isto é, atividade voltada a produzir nos outros conhecimento dos fatos; (b) como crítica do existente; (c) como proposta de mudança. Ressalva-se que o art. 21 estabelece só um limite ao conteúdo, que é o bom costume, pelo qual são vedadas as manifestações do pensamento contrário aos bons costumes, que é entendido como o conjunto das políticas e das convenções ligadas à esfera da vida sexual, pelo qual são puníveis aquelas manifestações do pensamento que vão contra aquilo que na comunidade se crê justo e se pratica a respeito de tal esfera.

8- Finalmente, dispõe o art. 22 que "ninguém pode ser privado, por motivos políticos, da capacidade jurídica, da cidadania e do nome. Tais direitos são compreendidos como direitos da personalidade, que são destinados a garantir o conjunto das qualidades humanas e morais de uma pessoa e a sua identidade pessoal. É talvez a mais significativa reação ao fascismo, pois o regime anterior havia privado muitos cidadãos da capacidade jurídica e da cidadania por motivos políticos, e com tal dispositivo pôs fim

a possível falta de liberdade e civilidade no novo Estado.

Conclusões

Em todo o trabalho há demonstração da afirmação de liberdade dos direitos públicos subjetivos em confronto com o poder e a autoridade estatal. Saídos do regime fascista, os italianos encontram na renovação dos direitos subjetivos públicos a afirmação a nova cidadania e do Estado que se formou após a derrocada do governo de Mussolini.

Verifica-se o restabelecimento do princípio da legalidade a partir da noção de reserva legal, na sua versão formal e material. Os poderes do Estado são exercidos em razão de expressa previsão legal, estando a exigir-se do Estado atitudes específicas e típicas para as medidas de restrição de liberdades. A exigência de autoridade judiciária e de motivação são desdobramentos dessa exigência de legalidade.

Na literatura italiana constata-se que a base desses direitos de liberdade é a Teoria dos Direitos Subjetivos Públicos, na exata configuração de Jellinek, amplamente traduzidos nos variados dispositivos em questão e que na prática resultam e se confundem hoje com os direitos fundamentais. Constituem eles pressupostos lógicos e hipotéticos de todos os direitos deferidos aos cidadãos e base para os modernos estudos dos direitos fundamentais.

Bibliografia

ABBAMONTE, Giuseppe. *Libertà e convivenza*. Napoli: Casa Editrice Dotte, 1954.

ARCIDIACONO, L. CARULLO, A. RIZZA, G. *Istituzioni di Diritto Pubblico*. Bologna: Monduzzi Editore, 1993.

BARILE, Paolo. CHELI, Enzo. GRASSI, Stefano. *Istituzioni di Diritto Pubblico*. 7ª ed. Padova: CEDAM, 1995.

BERTOLISSI, Mario. MENEGHELLI, Ruggero. *Lezioni di Diritto Pubblico Generale*. 2ª ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 1996.

CARETTI, Paolo. SIERVO, Ugo De. *Istituzioni di Diritto Pubblico*. 3ª ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 1996.

CROSA, Emilio. *Diritto Costituzionale*. Torino: UTET, 1937.

CUOCOLO, Fausto. *Principi di Diritto Costituzionale*. Milano: Giuffrè Editore, 1996.

ESPÓSITO, Carlo. *La Costituzione Italiana*. Padova: CEDAM, 1954.

IRELLI, Vincenzo Cerulli. *Corso di Diritto Amministrativo*. Torino: G. Giappichelli Editore, 1997.

JELLINEK, Giorg. *La dottrina generale del diritto dello stato*. Milano: Giuffrè Editore, 1949.

Sistema dei diritti pubblici subbietivi. Milano: Società Editrice Libreria, 1910.

LUCARELLI, Francesco. CIOCIA, Maria Antonia. *Interessi privati e diritti soggettivi pubblici*. Padova: CEDAM, 1997.

MARTINES, Temistocle. *Diritto Costituzionale*. 10ª ed. Milano: Giuffrè Editore, 2000.

MUSSO, Enrico Spagna. *Diritto Costituzionale*. 2ª ed. Padova: CEDAM, 1986.

OSPITALI, Giancarlo. *Istituzioni di diritto pubblico*. 2ª ed. Padova: CEDAM, 1958.

RESCIGNO, Giuseppe Ugo. *Corso de diritto pubblico*. 4ª ed. Bologna: Zanichelli Editore, 1996.

RUFFIA, Paolo Biscaretti di. *Diritto Costituzionale*. Napoli: Jovene Editore, 1974.

SANTI ROMANO, *La teoria dei diritti pubblici soggettivi*, in *Trattato di diritto amministrativo*. Milano: Società Editrice Libreria, 1907.

VIGNOCCHI, Gustavo. GHETTI, Giulio. *Corso di Diritto Pubblico*. 5ª ed. Milano: Giuffrè Editore, 1994.

VIRGA, Pietro. *Libertà giuridica e diritto fondamentali*. Milano: Giuffrè, 1947.

ZAGREBELSKY, G. *Manuale di Diritto Costituzionale* - volume primo. Torino: UTET, 1987.