

A Constituição e as suas Normas Programáticas (*)

Antonio D'Atena: Catedrático de direito constitucional na Universidade de Roma, "Tor Vergata".

SUMÁRIO: 1. Premissas. - 2. Marca ideológica (axiológica) dos textos constitucionais contemporâneos e a específica qualidade da legalidade constitucional. - 3. A questão da prescrição das disposições programáticas da Constituição. - 4. A Constituição como sistema de princípios e valores em conflitos recíprocos. O problema das prioridades. - 5. Segue: a alternativa entre legislação e jurisdição. - 6. As exigências de desenvolvimento da disciplina constitucional e a introdução de procedimentos «ad hoc».

1. Premissas

O "gênero literário" Constituição apresenta uma peculiar característica de estilo. Refere-se ao fato que, nos documentos constitucionais, ao lado das disposições "completas" (ou *self-executing*) - ou seja, das disposições imediatamente capazes de produzir todos os efeitos em vista dos quais foram adotadas - figuram com notável frequência disposições não auto-suficientes. Essas últimas, para desdobrar todas as suas potencialidades, necessitam da intermediação do legislador. As normas executivas adotadas pelo legislador possuem, com efeito, a função de completar o conteúdo, face o alcance dos escopos por elas indicados.

Trata-se de uma característica que o constitucionalismo moderno apresenta desde a sua origem. Isto é confirmado através das primeiras constituições históricas: as constituições referentes às colônias norte-americanas anteriores à formação dos Estados Unidos. Aqui os exemplos desta técnica normativa são numerosos. Pode-se citar a recorrente enunciação do princípio da separação dos

* Traduzido por Ana Carolina Marinho Marques

poderes,¹ ou aquela do princípio da frequência das eleições². Considera-se, ainda, as normas que obrigavam o Estado a construir escolas, a regular as sucessões de modo tal a evitar a "perpetuidade"³, a modificar a própria legislação penal para limitar a pena cruenta⁴, a prever cauções e multas de importo não excessivo⁵, ou a adotar uma legislação destinada a promover a virtude e impedir o vício e a imoralidade⁶.

O significado histórico-político de semelhantes enunciações não foge à regra.

Essas pressupõem o modelo de sociedade que os pais da Constituição pretendem realizar, indicando os objetivos a serem alcançados pelo legislador. Nas palavras de um grandíssimo jurista italiano, membro da assembléia constituinte (1946-1947) - Piero Calamandrei - poderia-se dizer que tais enunciações constituem um tipo de "revolução prometida"⁷.

Trata-se, ademais, de disposições, as quais se fundam, normalmente, em escolhas de valores dotadas de uma forte carga ideológica (ou axiológica).

1 Maryland, VI, North Carolina, IV

2 North Carolina, XX.

3 North Carolina, XLIII: "That the future Legislature of this State shall regulate entails, in such a manner as to prevent perpetuities"; Vermont, Section XXXIV: "The future legislature of this State, shall regulate entails, in such manner as to prevent perpetuities"; Pensilvania: Sect. 37: "The future legislature of this state, shall regulate intails in such a manner as to prevent perpetuities".

4 South Carolina, XL: "That the penal laws, as heretofore used, shall be reformed, and punishments made in some cases less sanguinary, and in general more proportionate to the crime".

5 Vermont, Section XXVI: « Excessive bail shall not be exacted forailable offences: and all fines shall be moderate".

6 Vermont, Section XLI: « Laws for the encouragement of virtue and prevention of vice and immorality, shall be made and constantly kept in force".

7 CALAMANDREI, *Cenni introduttivi sulla Costituente e sui suoi lavori*, em *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, dirigido por P. Calamandrei e A. Levi, Firenze, 1950, vol. I, p. XXXV, IDEM, *La Costituzione e le leggi per attuarla*, em AA.VV., *Dieci anni dopo*, Bari, 1955, 215.

2. A marca ideológica (axiológica) dos textos constitucionais contemporâneos e a específica qualidade da legalidade constitucional

Tal marca ideológica (ou axiológica) é particularmente pronunciada nos textos constitucionais do século XX, os quais acolhem no seu corpo, numerosos enunciados deste tipo.

Trata-se, inicialmente, das disposições programáticas em sentido estrito, mediante as quais pressupõem as linhas de desenvolvimento do ordenamento, através da fixação dos objetivos que o legislador é chamado a alcançar.

À categoria pertencem - por exemplo - com relação à Constituição italiana, as disposições que impõem ao Estado a promoção das autonomias locais (art. 5 Const.), a proteção da juventude, da maternidade e da infância (art. 31, inciso 2, Const.), a tutela do sistema de poupança popular (art. 47 Const.), o desenvolvimento do artesanato (art. 45, inciso 2), a tutela da paisagem e do patrimônio histórico e artístico da Nação (art. 9, inciso 2), o direito de defesa da classe desfavorecida (art. 24, inciso 3). E poderia-se continuar ...⁸

Na mesma categoria podem ser, ainda, reconduzidas as disposições mediante as quais o constitucionalismo liberal respondeu à crítica das chamadas liberdades "burguesas", exercida pelo pensamento de inspiração marxista⁹. Refere-se às cláusulas de direitos sociais¹⁰, as quais aparecem, pela

8 Na constituição italiana existem cerca de vinte disposições programáticas. Além daquelas citadas no texto, podem ser lembradas as disposições que, respectivamente, promovem: a igualdade substancial: (art. 3, inciso 2), as condições que tornam efetivo o direito ao trabalho (art. 4, inciso 1), a cultura e a pesquisa (art. 9, inciso 1), a tutela das minorias linguísticas (art. 6), a instrução dos alunos capazes e aplicados (art. 34, incisos 2, 3), a elevação profissional dos trabalhadores (art. 35, inciso 2), o incremento da cooperação em regime de reciprocidade (art. 45, inciso 1), o acesso à poupança popular para aquisição da casa própria (art. 47, inciso 2), a democracia do ordenamento das forças armadas (art. 52, inciso 3), a independência dos componentes do Conselho de Estado, do Tribunal de Contas (Corte dei Conti) (art. 100) e da Corte Constitucional (art. 137, inciso 1), como também dos juízes das jurisdições especiais, do ministério público junto às mesmas, e dos estranhos que participam da administração da justiça (art. 108, inciso 2).

9 Sobre o ponto: BATTAGLIA, *Dichiarazioni dei diritti*, em *Encicl. dir.*, XII, Milano 1964, 417 ss.

10 Sobre os problemas que o reconhecimento dos direitos sociais colocam, v., na literatura italiana: MAZZIOTTI DI CELSO, *Diritti sociali*, em *Encicl.dir.*, XII, Milano 1964, 802 ss.;

primeira vez, na Constituição mexicana de 1917 e na Constituição de Weimar de 1919. Através dessas, se reconhecem direitos – como o direito à saúde (art. 32 Const.it.), à retribuição «suficiente» (art. 36 Const. it.), o direito à paridade no tratamento das mulheres trabalhadoras e dos menores (art. 37 Const. it.), à assistência social, na pluralidade de suas manifestações (art. 38 Const. it.), o direito ao trabalho (art. 4 Const. it.) – aos quais não se adapta a configuração eminentemente negativa das clássicas liberdades do século XIX, que integram o catálogo. Com efeito, tais direitos se apresentam como *direitos à prestação*, cujo proveito é subordinado a intervenções positivas, na maioria confiados aos poderes públicos.¹¹.

3.- A questão da prescrição das disposições programáticas da Constituição

O problema preliminar colocado pelas técnicas constitucionais examinado atentamente no parágrafo precedente é um problema de eficácia¹². De fato, questiona-se se as enunciações que utilizam referidas técnicas sejam exclusivamente dirigidas ao legislador, ou se seriam dotadas de uma imediata característica prescritiva.

Em certos casos, o direito positivo se encarrega do problema. Analisemos – por exemplo – o art. 53, inciso 3, da Constituição espanhola vigente, o qual expressamente subordina a aplicação jurisdicional das disposições

BALDASSARRE, *Diritti sociali*, em *Encicl. giur. Treccani*, XI, Roma 1988 (agora em *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino 1997, 123 ss.); PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, II ed., Padova 1990, 59 ss.; LUCIANI, *Sui diritti sociali*, em *Studi in onore di M. Mazziotti di Celso*, Padova 1995, 97 ss.

11 A respeito, verificar, especialmente, GROSSI, *I diritti di libertà ad uso di lezioni*, II. 1, seconda ediz., Torino 1991, 274 ss., como também, MAZZIOTTI DI CELSO, *Diritti sociali*, cit., 804. V., ademais, sobre os intervenções positivos dirigidos a assegurar o pleno exercício dos mesmos direitos de liberdade: PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, cit., 28, nt 1.

12 Para uma síntese do debate sobre o assunto, verificar: NANIA, *Il valore della Costituzione*, Milano 1986, 69 ss.; adde: DOGLIANI, *Interpretazioni della Costituzione*, Torino 1982, 27 ss.

contidas no capítulo terceiro do título segundo da Constituição (referidos «principios rectores de la politica social y economica») ao “desarrollo”, por parte do legislador, das disposições nela contidas¹³. Levando-se em consideração, ainda, o art. 1, inciso 3, da Lei Fundamental Alemã, o qual – adotando a solução oposta – estabelece que os direitos fundamentais contemplados na Constituição (alguns dos quais apresentam natureza de direitos sociais¹⁴) vinculem, «como direito imediatamente eficaz», os três poderes do Estado¹⁵.

Contudo, em geral, os textos constitucionais não oferecem indicações muito claras. Em tais casos, a alternativa enunciada no início do parágrafo apresenta uma enorme relevância.

Se se adota a primera corrente, às disposições programáticas se reconhece a natureza de prescrições com eficácia diferida, as quais, inicialmente podem produzir efeitos juridicamente apreciáveis, no momento de sua aplicação pelo legislador, adotando as necessárias normas de atuação¹⁶. Sob esse aspecto, elas seriam, pois, em última análise, entendidas como meras recomendações

13 Sobre o assunto, v. RODRIGUEZ-ZAPATA, *Teoria y practica del derecho constitucional*, Madrid 1996, 129 (o qual dá notícia do endereço jurisprudencial segundo o qual tais princípios explicariam – mesmo independentemente da sua atuação legislativa – efeitos para fins de interpretação sistemática da Constituição e da interpretação conforme a Constituição das leis ordinárias).

14 ... como o direito à tutela da maternidade (art. 6, inciso 4) e a tutela assegurada aos filhos nascidos fora do casamento (art. 6, inciso 5).

15 “Die nachfolgenden Grundrechte binden Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht”. Em geral, sobre a previsão: STARCK, em MANGOLDT, KLEIN, STARCK (a cargo de), *Das Bonner Grundgesetz. Kommentar*, IV ed, Muenchen 1999, vol. 1, sub Art.1, 123 ss.; com referência, respectivamente, à tutela da maternidade e dos filhos nascidos fora do casamento: ROBBERS, *ibidem*, sub Art. 6, 835, 841.

16 Posteriormente à entrada em vigor da Constituição italiana de 1947, esta corrente foi aceita pela jurisprudência prevalente, a qual, partindo do pressuposto de que as disposições programáticas fossem dirigidas exclusivamente ao legislador, negava que pudessem explicar uma imediata incidência sobre a legislação anterior. Assim, dentre outras: Cass. Pen., 7.2.1948, em *Foro it.*, 1948, II, 57; Cons St., V, 26.5.1948, em *Giur.it.*, 1948, III, 81; App. Brescia, 16.7.1948, em *Corte Bresc.*, 1948, II, 72. Um quadro exaustivo das diversas orientações expressas pela jurisprudência comum relacionadas às singulares disposições da nova Constituição pode-se extrair da *Rassegna di giurisprudenza sulla Costituzione e sugli Statuti regionali (dal 1948 al 1955)*, em *Giur.cost.*, 1956, 272 ss.

dirigidas ao Parlamento, como ambiciosas declarações de boas intenções. Se, por outro lado, se adere à segunda corrente, podem surgir três consequências.

Considera-se, particularmente:

- a) que elas estabeleçam um vínculo jurídico (e não meramente político) a cargo do legislador;
- b) que provoquem a ilegitimidade constitucional das normas hierarquicamente subordinadas com as mesmas incompatíveis;
- c) que concorram com as determinações dos princípios gerais do ordenamento, utilizáveis tanto para o suprimento das lacunas quanto em sede de interpretação sistemática.

Esta última representa a leitura afirmada na Itália para as disposições programáticas da Constituição, depois de um vigoroso debate, que viu o seu maior protagonista em um dos mais significativos constitucionalistas italianos do século XX: Vezio Crisafulli¹⁷. A Corte constitucional, com efeito, desde a sua primeira decisão, (sent. n. 1/1956), considerou a possibilidade de anular leis contrastantes com normas programáticas da Constituição.

Para avaliar o real alcance de tais soluções pode ser útil um exemplo contido no art.37 da Const. italiana. Referida disposição prevê que as condições de trabalho da mulher trabalhadora devem "consentir o cumprimento da sua essencial função familiar e assegurar à mãe e à criança uma especial e adequada proteção".

Portanto, é evidente que, para realizar por inteiro o escopo indicado pela norma, a intervenção do legislador seja indispensável. Com efeito, somente o legislador, pode prever a licença remunerada para a maternidade¹⁸, benefícios previdenciais para as mães trabalhadoras¹⁹ ou a obrigatória criação dos berçários nos lugares de trabalho. Isto não significa, entretanto, que, na espera de leis

17 Verificar, especialmente, os escritos contidos em CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano 1952, *passim*, cui adde BARILE, *La Costituzione come norma giuridica*, Firenze 1951, especialmente, 55 ss.

18 Sobre o nexo entre indenização diária para a maternidade, prevista pela lei italiana e a proteção constitucional da mãe trabalhadora, v., por exemplo, na jurisprudência constitucional, a sent. n. 132/1991, em *Giur.cost.*, 1991, 1265.

19 Sobre a necessidade de tais benefícios se aplicarem tanto às mães casadas quanto às não casadas: v.: Corte cost., sent. n. 281/2005, em *Giur. cost.*, 2005, 2734.

atuantes, a norma constitucional seja condenada à uma total ineficácia. Ela, na verdade, é idônea a tornar constitucionalmente ilegítimas eventuais normas legislativas que tivessem previsto a rescisão do contrato de trabalho por motivo de maternidade. E justifica, então, o anulamento de tais normas por parte da Corte constitucional²⁰.

Mas, não é suficiente.

Pela presença na Constituição de normas programáticas de eficácia diferida, a jurisprudência pode até deduzir consequências mais intensas. Um exemplo particularmente significativo a respeito na Itália, encontra-se no art. 36 inciso 1, o qual dispõe que aos trabalhadores seja determinada uma retribuição «suficiente» e proporcional à qualidade e quantidade do trabalho prestado.

Que se trata de uma disposição programática, é de plena evidência.

Essa, realmente, indica o caráter geral que a retribuição deve apresentar, mas não quantifica a própria retribuição. Não menciona - por exemplo - qual retribuição seja proporcional à qualidade do trabalho de um tipógrafo e qual à qualidade do trabalho de um enfermeiro ou de um anestesista...

Para que esta norma se torne operante, o art. 39 da Constituição prevê uma especial fonte do direito: o contrato coletivo de direito público, o qual deve ser estipulado pelas delegações compostas por todos os sindicatos "registrados" da categoria a qual o contrato se refere (trata-se dos chamados contratos coletivos *erga omnes*). A tal fonte de direito foi confiado, categoria por categoria, a fixação da relação entre qualidade do trabalho e medida da retribuição.

20 A questão não foi colocada nestes termos à Corte constitucional italiana, mas em termos parcialmente diversos. Tratava-se, na realidade, de uma norma que previa a ineficácia da rescisão do contrato de trabalho durante o período da gestação e de puerpério, até que a criança cumprisse um ano de idade. A Corte declarou a ilegitimidade constitucional da norma, a qual, por ser conforme ao art.37 Const., deveria ter previsto a *nulidade*, mas não a mera *ineficácia* da rescisão ocorrida em tal período. (sent. n. 61/1991, em *Giur.cost.*, 1991, 222, com nota de SCAGLIONE, *È nullo il licenziamento della lavoratrice madre*, *ibidem*, 2405 ss.).

Mas, devido à oposição de muitos sindicatos, o art. 39, sessenta anos após a entrada em vigor da Constituição, não recebeu atuação. O legislador, na verdade, nunca disciplinou o procedimento para o registro dos sindicatos. Surgem, então, duas consequências:

- que os contratos coletivos de trabalho existentes são de direito privado: assinados por cada um dos sindicatos (não registrados) e com eficácia limitada aos trabalhadores neles inscritos;
- que os trabalhadores não inscritos em nenhum dos sindicatos (ou, mais exatamente, não inscritos em sindicatos que tenham assinado o contrato coletivo) são privados de toda e qualquer tutela.

Portanto, é evidente que, se os juízes italianos tivessem acolhido a primeira das duas teses indicadas no início do parágrafo, o art. 36 Const. teria se tornado letra morta. Não foi, todavia, esta a estrada concretamente seguida pela jurisprudência. Esta, com efeito, para tutelar até mesmo os trabalhadores não inscritos em sindicatos, decidiu fazer uma direta aplicação do art. 36 Const. A partir desta norma, a jurisprudência deduziu o próprio poder de individuar o real valor da retribuição. Todavia, para evitar estimativas arbitrárias, decidiu reproduzir a citada medida dos contratos coletivos de trabalho do direito privado.

Sob este ponto de vista, de fato, os contratos coletivos de direito privado, embora não sendo juridicamente eficazes com relação aos trabalhadores não inscritos em sindicatos, forneceria avaliações particularmente compatíveis com a correspondência entre qualidade do trabalho e a medida da retribuição. Desta forma, consentiria aos juízes o poder de "preencher" o art. 36 Const., completando a disciplina colocada pela norma e, conferindo, assim, um concreto conteúdo ao princípio da proporcionalidade da retribuição à "qualidade" do trabalho prestado.

4.- A Constituição como sistema de princípios e valores em conflitos recíprocos. O problema das prioridades

O reconhecimento de que as disposições programáticas podem produzir efeitos anteriores à adoção de normas de atuação não resolve todos os problemas. Os valores que através tais disposições se tornam constitucionalizados, são, geralmente, heterogêneos. Às vezes, são valores em conflitos recíprocos.

A exatidão de tais observações é confirmada pela vigente constituição italiana, a qual - se lida atentamente - deixa transparecer uma estrutura axiológica particularmente articulada e complexa, incluindo valores como: a igualdade (entendida também em sentido substancial)²¹, a dignidade do homem²², a democracia²³, o pluralismo²⁴, a liberdade²⁵, a

21 Art. 3, incisos 1 e 2. Sobre igualdade substancial, verificar: ROMAGNOLI, *Il principio di eguaglianza sostanziale*, em *Comm. cost. Branca, I, Principi fondamentali*, Roma-Bologna 1975, 162 ss.; CARAVITA, *Oltre l'eguaglianza formale*, Padova 1984.

22 Tais valores encontram direta enunciação nos arts. 41, inciso 2, art. 33 último inciso, e art. 36, inciso 1, os quais, respectivamente, prescrevem: a) que a iniciativa econômica privada não pode se desenvolver de forma que possa trazer dano à «dignidade humana»; b) que os tratamentos sanitários devem ser praticados com o devido «respeito à pessoa humana»; c) que a retribuição deve assegurar ao trabalhador e à sua família, uma existência «livre e digna». Isto è, ainda, subordinado a todas as normas sobre liberdade (a começar das normas sobre liberdade «pessoal») e a diversas disposições (como aquela que, proibidos os tratamentos «contrários ao senso de humanidade», enuncia o princípio do caráter reeducativo da pena: art. 27, inciso 2). O complexo de tais disposições deixa transparecer uma concepção do homem (*Menschenbild*) fundada, exatamente, na dignidade da pessoa.

23 Como exemplos, citamos o art. 1, inciso 1 (o qual qualifica como «democrática» a República), as normas sobre o direito de voto e sobre o *referendum* (arts. 48, 75, 123, inciso 1, 138), as disposições sobre assembleias representativas (dos diversos níveis territoriais de governo), a previsão que subordina o registro dos sindicatos à subsistência de um ordenamento interno com base democrática (art. 39, inciso 3), a norma que impõe aos partidos o emprego do «método democrático» (art. 49), à disposição em virtude da qual o ordenamento das forças armadas deve ser marcado pelo «espírito democrático» da República (art. 52, último inciso, sobre o qual, neste aspecto: BALDUZZI, *Principio di legalità e spirito democratico nell'ordinamento delle forze armate*, Milano 1988, spec. 156 ss.).

24 Tal valor é derivado do inciso que reconhece essencial função das formações sociais as quais se desenvolve a personalidade do homem (art. 2, inciso 1), do princípio da promoção das autonomias locais (art. 5), das disposições sobre pluralismo religioso, sindical e livre associação em partidos (arts. 8, 39 e 49), do amplo reconhecimento da liberdade de associação, (art. 18), da norma que prevê a tutela das minorias linguísticas (art. 6).

25 Verificar, especialmente, os arts. 2, 13 ss.

paz²⁶, a unidade nacional²⁷, a família²⁸, a maternidade²⁹, o trabalho³⁰, a salubridade do ambiente³¹, a defesa nacional³².

Não é o caso de aprofundar o assunto. A intenção é destacar que a mais significativa característica estrutural dos documentos constitucionais contemporâneos é constituída exatamente pela presença simultânea de princípios e valores heterogêneos, em conflitos recíprocos³³ (Max Weber falava, a respeito, de politeísmo de valores³⁴). Tal fato é consequência direta do caráter compromissório de grande parte das constituições do século XX (a partir da constituição de Weimar). Essas, frequentemente, são frutos do encontro, nas Assembléias constituintes, entre forças políticas portadoras de diversas visões do mundo (e, então: de diversos valores, ou, pelo menos de diversas prioridades

26 Art. 11, o qual consente «limitações de soberania» dirigidas à criação de um ordenamento que assegure a paz e a justiça entre as nações. Sobre o assunto: CHIEFFI, *Il valore costituzionale della pace*, Napoli 1990.

27 ... derivado do princípio de «unidade» e «indivisibilidade» da República, nos termos do art.5, inciso 1, Const.

28 Verificar, além das disposições especificamente dedicadas ao fenômeno (arts. 29-32), existem aquelas que fazem referência indireta, como o art. 36 (que, conforme visto – objetiva, com a retribuição, assegurar uma existência livre e digna ao trabalhador e à sua família), ou o art. 37 (com referência à função familiar da mulher trabalhadora). Sobre o coordenamento sistemático de tais disposições, verificar ESPOSITO, *Famiglia e figli nella Costituzione italiana*, em *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova 1954, 144 ss.

29 Verificar art. 31, último inciso e art. 37, cit.

30 Art. 1, inciso 1 («A Itália é uma República Democrática, baseada no trabalho»), 4 (direito ao trabalho), 35 ss.

31 Verificar, sobretudo, os arts. 9 e 32. Sobre o assunto: SIMONCINI, *Ambiente e protezione della natura*, Padova 1996, 109 ss.

32 ... que o art. 52, inciso 1, qualifica como «sagrado» dever do cidadão.

33 Sobre tal complexidade axiológica, verificar: HÄBERLE, *Die Verfassung des Pluralismus. Studien zur Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*, Königstein/Ts. 1980; ID., *Erziehungsziele und Orientierungswerte im Verfassungsstaat*, Freiburg-München 1981.

34 Verificar, por exemplo: WEBER, *La scienza come professione*, em *Il lavoro intellettuale come professione: due saggi* (Nota introdutiva de D. Cantimori, trad. de A. Giolitti), Torino 1985, 31.

entre os valores)³⁵. Em consequência disto, a legalidade constitucional não é organizada em princípios informadores unitários nem homogêneos, ao contrário, apresenta conflitos axiológicos.

O fenômeno pode ser justificado em termos de particular evidência, mesmo com relação às disposições programáticas. Tais disposições, de fato, são suscetíveis de entrar em rotas de colisões recíprocas, todas as vezes que a plena realização do objetivo em que cada uma delas é predestinada, seja incompatível com os objetivos aos quais são dirigidos normas programáticas diversas.

Levando-se em consideração - por exemplo - os possíveis conflitos entre dois objetivos frequentemente contemplados pelas Constituições: a tutela ambiental e o desenvolvimento econômico. É, de fato, evidente que uma tutela ambiental absoluta não consentiria a criação de qualquer estrutura produtiva suscetível de explicar alguma incidência sobre o ambiente natural. Não permitiria, então, a criação de fábricas ou de centrais para a produção de energia elétrica, colocando, conseqüentemente, um conflito com o objetivo do desenvolvimento econômico. Por outro lado, é igualmente evidente que um desenvolvimento econômico também absoluto não respeitaria o ambiente, que seria sacrificado pelos objetivos da produção.

Contudo, - na realidade - o discurso pode ser feito em termos mais genéricos. O conflito axiológico pode, de fato, revelar-se também entre disposições ou disciplinas diversamente estruturadas. Levando-se em consideração, por exemplo, os conflitos entre a igualdade e a liberdade, sobre a qual se aventura uma inteira dinâmica das democracias liberais contemporâneas: a igualdade - como salientou com exemplar clareza Thomas Mann em um discurso feito na Universidade de Chicago em 1950 - contendo os germes da tirania, e a liberdade das dissoluções

35 Fundamentais, sobre tal aspecto, com relação à Constituição de Weimar, mas em termos suscetíveis de extensão, as considerações de SCHMITT, *Dottrina della Costituzione* (1928), trad. it. a cargo de A. Caracciolo, Milano 1984, 48 ss. Com específico respeito ao pacto que originou a Constituição italiana de 1947, v. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, cit., 30 ss. V., finalmente, em termos genéricos: MORTATI, *Costituzione (dottrine generali)*, em *Encicl. dir.*, XI, Milano, 1962, 184 ss.

anárquicas³⁶. Ainda - para dar um outro exemplo - o conflito entre a unidade e a autonomia (a dialética que marca os ordenamentos federais e regionais)³⁷.

O maior problema que tal complexidade axiológica coloca é o da prioridade, para resolver os conflitos potenciais ou atuais entre valores.

Em muitos casos, o problema é solucionado pela Constituição, a qual procede diretamente ao balanceamento entre valores por ela reconhecidos.

Na Itália, isso acontece - por exemplo - através do conflito entre duas polaridades da democracia liberal ou entre unidade e autonomia, que acabamos de mencionar e as quais encontram a própria composição na específica dosagem entre elementos antagônicos concretamente realizados pela disciplina constitucional.

Não faltam, ainda, outros casos em que o texto constitucional explicita claramente as prioridades sobre a qual a base constrói as próprias prescrições³⁸.

A Constituição italiana, por exemplo, subordina expressamente a liberdade de manifestação do pensamento ao bom costume, vetando "as publicações impressas, os espetáculos e todas as formas de manifestação contrárias ao bom costume", entendido segundo a interpretação corrente, como moral sexual (art. 21, inciso 6). Uma solução análoga é adotada com relação a um outro direito fundamental também garantido pela Constituição: a liberdade religiosa. O

36 MANN, *Meine Zeit*, agora em *Über mich selbst. Autobiographische Schriften*, Frankfurt am Main 1994, 25: "Sie widersprechen einander und können nie zu idealer Vereinigung gelangen, denn Gleichheit trägt in sich die Tyrannei und Freiheit die anarchistischen Auflösung".

37 Relativamente, em atenção ao segundo conflito, verificar as clássicas elaborações de TRIEPEL, *Unitarismus und Föderalismus im Deutschen Reiche. Eine staatsrechtliche und politische Studie*, Tübingen 1907, e de FLEINER, *Unitarismus und Föderalismus in der Schweiz und in den Vereinigten Staaten von Amerika*, Jena 1931. Quanto ao primeiro conflito, entre os escritos mais recentes: D'ATENA, *Il principio democratico nel sistema dei principi costituzionali*, em *Perspectivas constitucionais: nos 20 anos da Constituição de 1976*, organização de Jorge Miranda, Coimbra, 1996, v. 1, 437 ss.; ID, *La liberal-democrazia em Lezioni di diritto costituzionale*, II edição, Torino 2006, 41 ss. ao qual se remete para ulteriores considerações.

38 Sobre este ponto: BALDASSARRE, *Libertà*, cit., 304, 306; CHIEFFI, *Il valore costituzionale della pace*, cit., 96 s.

artigo 19 exclui, de fato, das garantias constitucionais os "ritos contrários ao bom costume".

Prosseguindo com as exemplificações, é importante recordar que a Constituição italiana sempre subordina à sanidade a inviolabilidade do domicílio, prevendo expressamente inspeções domiciliares por motivo de saúde (art. 14, inciso 3), e subordina à incolumidade e à segurança pública a liberdade de reunião, estabelecendo que as reuniões em lugares públicos podem ser vetadas "somente por comprovados motivos de segurança ou de incolumidade pública" (art. 17, inciso 3).

Existem, todavia, casos em que as Constituições não estabelecem claras prioridades; não prevêm uma ordem hierárquica dos valores. Nestas hipóteses, o politeísmo dos valores mencionado por Max Weber caracteriza um Olimpo sem hierarquias.

Constituem conflitos privados de claros critérios de composições: aqueles entre o desenvolvimento econômico e a proteção ambiental³⁹, conforme anteriormente mencionado, ou aqueles entre a tutela da paisagem (art. 9 Const.) e a defesa nacional⁴⁰, entre o direito de greve e os direitos da pessoa, suscetíveis de entrar em colisão com o primeiro⁴¹, entre a *privacy* (nos limites em que é constitucionalmente tutelada⁴²) e o direito de crônica.

39 Tal conflito é frequentemente ressaltado quando se trata das disciplinas colocadas pelos tratados comunitários. Verificar, por exemplo.: BLECKMANN, *Teleologie und dynamische Auslegung des Europäischen Gemeinschaftsrechts*, em *Europarecht*, 1979, 243 ss.; GERARD, *Intervento*, em AA.VV., *L'Europe et ses Régions*, Liège-La Haye 1975, 144.

40 Sobre jurisprudência constitucional a respeito, v. CHIEFFI, *Il valore costituzionale della pace*, cit., 95.

41 Sobre o tema, remete-se a D'ATENA, *La legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali: profili sistematici*, em *Giust. civ.*, 1994 (e em *Studi Galeotti*, I, Milano 1998); IDEM, *Lo sciopero nei servizi pubblici in Italia*, em *Il diritto del lavoro*, 1995; IDEM, *Costituzione e autorità indipendenti. Il caso della Commissione di garanzia per l'attuazione della legge sullo sciopero nei servizi essenziali*, em *Lav. e dir.*, 1996 (publicado também em PREDIERI (a cargo de), *Le autorità indipendenti nei sistemi costituzionali ed economici*, Firenze 1997); IDEM, *Sciopero nei servizi pubblici essenziali*, em *Encicl.dir.*, III aggiornamento, Milano 1999.

42 Sobre os fundamentos e os limites de tal tutela, v. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte speciale*, II ed., Padova 1992, 213 s.; GROSSI, *I diritti di libertà ad uso di lezioni*, cit., 259 s. Adde, com específica atenção à experiência norte-americana: BALDASSARRE, *Privacy e Costituzione. L'esperienza statunitense*, Roma 1974, 361 ss;

5.- Segue: a alternativa entre legislação e jurisdição

Para enfrentar os problemas dos conflitos não solucionados (ou não claramente solucionados), a doutrina indica duas soluções, as quais são, geralmente, apresentadas como alternativas.

A primeira - muito seguida na Alemanha - é aquela da necessária mediação legislativa. Sob esse aspecto, as prioridades deveriam ser estabelecidas pelo legislador, com autônoma decisão política⁴³: uma decisão subtraída do sindicato da jurisdição constitucional.

A segunda corrente é aquela mais seguida na Itália. Com base nessa, a estrutura pluralística dos valores acolhidos pela Constituição demandaria um meta-valor: o da manutenção do equilíbrio entre os próprios valores. Em virtude de tal meta-valor, nenhum valor justificaria o pleno sacrifício dos valores concorrentes. Sob este aspecto, a técnica privilegiada é individuada no balanceamento (ou na harmonização) entre os valores, efetuados pelo juiz, com base em critérios de razoabilidade⁴⁴.

Cada uma das duas teses contém um fundo de verdade.

Em certos casos, a não substituição da intervenção do legislador não pode ser colocada em discussão. A hipótese se refere - por exemplo - aos chamados *direitos de prestação*, os quais, embora podendo produzir efeitos mesmo antes da adoção de normas atuantes, podem se tornar

43 Assim, por exemplo: STARCK, *La légitimité de la justice constitutionnelle et le principe démocratique de majorit*, em AA.VV., *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*, Coimbra 1995, 70 (e referências ali contidas).

44 Verificar, sobretudo ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge, diritti giustizia*, Torino 1992, 11 s. Adde: MODUGNO, *I «nuovi diritti» nella giurisprudenza costituzionale*, Torino 1995, 101: «No balanceamento (o direito singular entendido como valor de referência) poderá ser limitado, em razão da proteção dos valores com ele conflitantes (...) até o ponto de extremo conflito que não produza o seu total sacrifício, que não prejudique a sua não eliminável razão de ser».

plenamente operantes somente graças à tais normas⁴⁵. É, de fato, evidente que somente o legislador pode oferecer à mãe trabalhadora a garantia da licença-maternidade. E é sempre, somente o legislador que, financiando a construção de hospitais públicos, pode dotar o direito à saúde contido no art. 32 da Const. italiana de efetividade que, caso contrário causaria problemas.

O que não se pode admitir é que ao órgão legislativo venha reconhecido um papel privilegiado, objetivando a solução da *totalidade* dos conflitos axiológicos presentes na Constituição. Isso, de fato, é fatalmente levado a resolver os conflitos presentes no texto constitucional, privilegiando um ou outro dos termos em conflito. E, desta forma, alterando, ou mesmo derrubando o equilíbrio contido na Constituição⁴⁶.

É, por exemplo, razoável supor que, devendo fixar os limites ao exercício do direito de greve, uma maioria parlamentar de direita privilegiaria a exigência de produção (comprimindo fortemente o direito de greve), enquanto uma maioria de esquerda reconheceria uma maior amplitude à greve, sacrificando as exigências da produção.

Pode ser, ainda, o caso de acrescentar que, se se admite esta tese, seria reassumida a velha configuração das disposições programáticas como recomendações dirigidas ao legislador, chamado a dar às mesmas continuidade nos modos e nos tempos que considere mais oportunos (e, analisando em

45 Sobre a questão, verificar, p. ex.: PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, cit., 59 ss.; STARCK, *Über Auslegung und Wirkungen der Grundrechte*, em *Praxis der Verfassungsauslegung*, Baden-Baden 1994, 32 ss.; DENNINGER, *Staatliche Hilfe zur Grundrechtsausübung durch Verfahren, Organisation und Finanzierung*, em ISENSEE/KIRCHHOF (a cargo de), *Handbuch des Staatsrechts, V. Allgemeine Grundrechtslehren*, 1992, 315 ss. Sobre a eficácia, embora limitada, que as normas através das quais são reconhecidos tais «direitos» podem explicar anteriormente à adoção das normas de atuação, v. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, cit., 36 ss., 75 ss. Sobre as orientações da Corte Constitucional a respeito, verificar: COLAPIETRO, *La giurisprudenza costituzionale nella crisi dello Stato sociale*, Padova 1996, 370 ss.

46 Seguindo esta linha: CERRI, *Il «principio» come fattore di orientamento interpretativo e come valore «privilegiato»: spunti ed ipotesi per una distinzione*, em *Giur. cost.*, 1987, 1827; D'ATENA, *Autorità di garanzia e qualità della legalità costituzionale*, em AA.VV., *Regolazione e garanzia del pluralismo. Le Autorità amministrative indipendenti (Quaderni della Riv.trim.di dir. e proc.civ., n. 2)*, Milano 1997, 120 s.

termos fundamentalmente indiscutíveis, do ponto de vista da legitimidade constitucional)⁴⁷.

Por tais razões, nesta matéria, são abertos espaços não subestimáveis à jurisdição (e, sobretudo, à jurisdição constitucional). Não é - por outro lado - o caso de que uma das técnicas as quais os órgãos de justiça constitucional fazem enorme uso seja constituída pelo *balancing test* entre os direitos, princípios ou bem protegidos, suscetíveis de serem colocados em conflitos recíprocos⁴⁸.

No que tange à Itália, um exemplo particularmente significativo a respeito, se encontra na sent. n. 171 de 1996 da Corte constitucional, tendo por objeto a chamada greve dos advogados (ou seja, as abstenções coletivas dos advogados nas audiências, visando tutelar interesses da categoria)⁴⁹.

O problema surgiu pelo fato de que a lei sobre a greve nos serviços públicos⁵⁰ não se ocupava do fenômeno. Em consequência disto, surgem duas interpretações opostas:

- poderia-se considerar que tal forma de abstenção coletiva, não configurando greve no senso técnico, fosse vetada;
- por outro lado, poderia-se considerar que a greve, não apenas era admitida, mas poderia ser exercida sem qualquer limite;

47 Consideráveis observações a respeito em: BALDASSARRE, *Diritti sociali*, cit., 136 ss.

48 Com relação à experiência da Corte constitucional italiana, v., BALDASSARRE, *Costituzione e teoria dei valori*, em A.AVV., *Giornate in onore di Angelo Falzea*, Milano 1993, 70 ss.; como também, para um exame analítico, BIN, R., *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano 1992, 9 ss.; adde, como instrumento de comparação: CERRI, *Il «principio» come fattore di orientamento interpretativo e come valore «privilegiato»*, cit., 1806 ss.; CERVATI, *In tema di interpretazione della Costituzione, nuove tecniche argomentative e «bilanciamento» fra valori costituzionali (a proposito di alcune riflessioni della dottrina austriaca e tedesca)*, em *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale (Atti del Seminario organizzato dalla Corte costituzionale nei giorni 13-14.10.1992)*, Milano 1994, 60 ss.; REGASTO, *L'interpretazione costituzionale. Il confronto tra «valori» e «principi» in alcuni ordinamenti costituzionali*, Rimini 1997.

49 Sobre o assunto, o estudo mais aprofundado é o de GIANFRANCESCO, “*Sciopero» degli avvocati e Costituzione*, Milano 2002.

50 L. n. 146/1990.

Para resolver a questão, a Corte efetuou o *balancing test* entre os dois valores constitucionais em conflito: o direito de defesa dos cidadãos e o direito dos advogados de tutelar de forma coletiva os próprios interesses (um direito, segundo a Corte, compreendido na liberdade de associação).

Acolhida a perspectiva do balanceamento, a Corte chegou à seguinte conclusão:

- de um lado, reconheceu aos advogados o direito de se abster de forma coletiva das audiências, para tutelar os interesses da categoria;
- de outro, determinou que tal direito deveria ser exercido dentro dos limites previstos pelo legislador referente à greve nos serviços públicos.

Dentro deste contexto, a Corte declarou inconstitucional a omissão do legislador (que não havia estendido às abstenções coletivas dos advogados à disciplina prevista para o direito de greve).

Pelo exposto, deve-se, de qualquer forma, acrescentar que os recursos da jurisdição sobre a matéria não são ilimitados. Não pode, de fato, esconder que a intervenção do juiz (até mesmo do juiz constitucional) é colocado em perigo e apresenta limites.

O primeiro perigo é representado pela atribuição de um valor prescritivo às enunciações constitucionais que sejam privas de prescrição. A relevância vale - por exemplo - para compromissos «dilatatórios» (ou «impróprios»), os quais - para reproduzir as palavras de Carl Schmitt - encontram expressão em fórmulas constitucionais que, satisfazendo pretensões contraditórias, deixam «indecisos ... os verdadeiros pontos da disputa»⁵¹. Segundo Schmitt, um dos exemplos de compromissos dilatatórios oferecidos pela Constituição de Weimar era representado pela disciplina ditada em matéria de escola. Ao seu juízo, coexistiam três inspirações divergentes entre si: o princípio da escola de Estado, o da escola confessional e o da escola livre.

51 SCHMITT, *La dottrina della costituzione*, cit., 48 ss., 52 ss. Sobre o assunto, v. também BARILE, *La Costituzione come norma giuridica*, cit., 58 ss.

Em casos como este, é duvidoso que da Constituição possa ser deduzido consequências dotadas de um apreciável alcance diretivo, tal a endereçar os desenvolvimentos da legislação e a orientar a atividade do intérprete⁵².

O segundo perigo é representado pela possibilidade que a jurisdição constitucional substitua os cânones comuns interpretativos pela lógica dos valores, acreditando ser sempre chamada a realizar operações de balanceamento entre valores constitucionais.

Os riscos desta tese são, em geral, sublinhados com relação às disposições sobre os direitos fundamentais. Coloca-se em evidência, por exemplo, que, se os direitos de liberdade são resolvidos sem resíduos de valores, é atenuada de forma ampla a garantia das normas que os regula e acaba por confiar a tutela dos valores a operações de balanceamento inevitavelmente opináveis. A evidenciação deste aspecto é mérito de Carl Schmitt⁵³. A ele se deve a demonstração de que a transformação dos direitos em valores seja resolvida na transferência dos próprios direitos em uma escala hierárquica sujeita a contínuas transformações.⁵⁴. Então, para uma paradoxal heterogênesse dos fins, teorias que pretendem valorizar ao máximo a prescrição da Constituição, correm o risco de esvaziá-la.

Contudo, o discurso pode ser mais genérico. É sempre perigoso pretender solucionar cada problema de aplicação da

52 Na doutrina mais recente, o perigo que a jurisdição constitucional, reconhecendo valor diretivo a «vagas proclamações» constitucionais, ligue a ele os desenvolvimentos da normatização subordinada, expropriando o legislador ordinário das decisões políticas que lhe competem, é evidenciado, com particular energia, por STARCK, *La légitimité, de la justice constitutionnelle et le principe démocratique de majorité*, cit., 67 ss. (v. também: *Die Verfassungsauslegung*, em ISENSEE/KIRCHHOF (a cargo de), *Handbuch des Staatsrechts, VII Normativität und Schutz der Verfassung - Internationale Beziehungen*, 1992, 197).

53 SCHMITT, *La tirannia dei valori*, em *Rass. dir. pubbl.*, 1970, 6.

54 Sobre tal aproximação, na jurisprudência constitucional italiana, e sobre a consequente desvalorização do significado das disposições constitucionais sobre direitos, v.: BIN, R., *Diritti e argomenti*, cit., 4 ss.; sobre a cedência que, sob esta perspectiva, acaba por caracterizar os direitos constitucionais: MANGIAMELI, *La «laicità» dello Stato tra neutralizzazione del fattore religioso e «pluralismo confessionale e culturale»*. (A propósito della sentenza che segna la fine del giuramento del teste nel processo civile), em *Dir. e soc.*, 1997, 46; PACE, *Metodi interpretativi e costituzionalismo*, em *Quad. cost.*, 2001, 39 ss.

Constituição com a questão do balanceamento entre valores.⁵⁵

Este modo de proceder, de fato, expõe o órgão de justiça constitucional ao risco de se transformar, passando de juiz a árbitro da constitucionalidade⁵⁶, com a consequente superação dos confins por ele marcados⁵⁷.

6.- As exigências de desenvolvimento da disciplina constitucional e a introdução de procedimentos «ad hoc»

Existe, finalmente, um último ponto que se deve considerar. Em alguns casos, a harmonização entre os valores constitucionais em conflito recíproco - embora pedido pela Constituição - necessita de procedimentos de desenvolvimento da disciplina posta por ela, os quais consentem às exigências antagônicas de sair ao descoberto, e - se é permitido dizer assim - de se confrontar⁵⁸,

55 Sobre o assunto, v. FOIS, *Principi e regole normative nell'opera di Vezio Crisafulli*, em AA.VV., *Il contributo di Vezio Crisafulli alla scienza del diritto costituzionale*, Padova 1994, 249 ss.; ID., «Ragionevolezza» e «valori». *Interrogazioni progressive verso le concezioni sulla forma di Stato e sul diritto*, em *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, cit., 103 ss., o qual evidencia o caráter fundamentalmente não liberal de tal modo a proceder; PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, cit., 116, que coloca em proteção contra o perigo «que a Constituição e as leis se reduzem... a um dado ignorável ou manipulável ao arbítrio»; adde: MANGIAMELI, *La «laicità» dello Stato*, cit., 42 s., 54, nt. 103; POGGI, *Il sistema giurisdizionale tra «attuazione» e «adeguamento» della Costituzione*, Torino 1995, 296 ss., especialmente 300 ss. Em sentido contrário, todavia: MEZZANOTTE, *Le fonti tra legittimazione e legalità*, em *Queste istituzioni* 1991, 50 ss., criticado, com argumentações compartilhadas, por PACE, *La causa della rigidità costituzionale. Una rilettura di Bryce, dello Statuto albertino e di qualche altra costituzione*, agora em *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, Padova 1997, 94 ss., nt. 193.

56 RIMOLI, *Costituzione rigida, potere di revisione e interpretazione per valori*, em *Giur.cost.*, 1992, 3776 s.

57 Sob esta linha, verificar BALDASSARRE, *Intervento*, em OCCHIOCUPO (a cargo de), *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale. Bilancio di vent'anni di attività*, Bologna 1978, 121 ss., que denuncia o uso difundido do critério da razoabilidade por parte da Corte constitucional.

58 A exigência de soluções procedimentais que promovem o «leal» confronto entre valores é evidenciada por ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., 11 s., 168 s. Sobre a concretização procedimental dos princípios: BARTOLE, *Principi del diritto (diritto costituzionale)*, em *Encicl.dir.*, XXXV, Milano 1986, 532.

subtraindo, desta forma, a solução dos conflitos a impalpáveis intuições do intérprete⁵⁹.

Esta estrada encontra alguns exemplos, na Itália, na experiência madura em tema de Autoridades administrativas independentes.

Algumas de tais Autoridades, de fato, são chamadas a participar de procedimentos pelos quais os sujeitos levados às instâncias em conflito estejam em condições de dar lugar às exigências das quais se tornam intérpretes, contribuindo, assim, para fundar o *balancing test* sobre os elementos, apreciáveis e avaliáveis ao máximo possível.

O exemplo mais significativo a respeito é constituído pela Autoridade de garantia prevista pela lei da greve nos serviços públicos essenciais (lei a qual já nos referimos oportunamente a propósito da chamada greve dos advogados).

Referida lei move entre os pressupostos:

- primeiro: que o direito de greve, garantido pelo art. 40 da Const., possa entrar em rota de colisão com outros direitos constitucionais (como o direito à saúde ou à liberdade de circulação);
- segundo: que a total garantia do primeiro comportaria o total sacrifício do segundo;
- terceiro: que a total garantia destes últimos comportaria a supressão do direito de greve nos setores correspondentes.

Para consentir a coexistência dos direitos em conflito, a lei acolheu o princípio da harmonização: dispondo que entre tais direitos deve-se conquistar um aceitável equilíbrio. Esta, em particular, estabeleceu que, durante a greve o serviço não pode ser suspenso por inteiro, devendo ser fornecidas algumas prestações, dirigidas a garantir o conteúdo essencial dos direitos dos usuários dos serviços públicos.

Cumprido ressaltar que a lei não pretendeu individuar diretamente o ponto de equilíbrio entre direitos em potenciais conflitos, mas, para atingir tal objetivo,

59 A expressão é de M. MAZZIOTTI DI CELSO, *Principi supremi dell'ordinamento costituzionali e forma di Stato*, em *Dir. e soc.*, 1996, 321.

previu um procedimento que envolve todos os atores interessados: as empresas prestadoras de serviços públicos, os sindicatos dos trabalhadores e as associações dos usuários dos serviços. Deste modo, criou condições para um tipo de confronto sincero, no curso do qual os diversos interessados envolvidos podem se manifestar. Desta forma, ofereceu à Autoridade de garantia, a quem compete a última palavra, todos os elementos necessários à sua avaliação.

O desfecho é de notável interesse. Esta, de fato, demonstra que a solução dos conflitos entre valores constitucionais não pode ser sempre e exclusivamente confiada ao legislador ou à jurisdição. Com efeito, existem casos em que acontece de providenciar mecanismos diversos, os quais colocam os mesmos valores em condições de se manifestarem e se confrontarem, subtraíndo, assim, o *balancing test* do risco de arbitrariedade.

Desta exigência, deveriam se encarregar os legisladores constitucionais, prevendo tais mecanismos na Constituição, o que, geralmente, não acontece

Esta linha foi seguida - por exemplo - pelo legislador constitucional italiano, na XIV legislatura, em uma lei de reforma da Constituição, que não entrou em vigor, tendo em vista que não foi aprovada pelo corpo eleitoral em sede de *referendum*. Referida reforma era, em muitos aspectos, posta em discussão. A disciplina sobre as Autoridades independentes contidas nesta lei era, ao contrário, uma disciplina apreciável. Este o teor da disposição correspondente⁶⁰: "[1] Para o desenvolvimento de atividade de garantia ou vigilância em matéria de direitos de liberdade garantidos pela Constituição... a lei pode instituir oportunamente Autoridades independentes, estabelecendo a duração do mandato, os requisitos de elegibilidade e as condições de independência. [2] As Autoridades comunicam às Camaras os resultados das atividades desenvolvidas".

Almeja-se, então, que em uma futura revisão constitucional, um conteúdo correspondente venha "recuperado" e que, em tal modo, venha adequada a parte organizativa com a parte

60 Art. 35, que previa a introdução, na Constituição, do art. 98 bis, cujo teor é mencionado no texto.



substancial da Constituição, para dar à complexidade axiológica da segunda, as possibilidades de saída que os três clássicos poderes do Estado não são sempre capazes de assegurar. Deste modo, ainda, se dotaria de base constitucional o fenômeno das Autoridades independentes, que pelas suas características substanciais, deveriam encontrar na Constituição, a própria disciplina.