

UNIVERSIDADE DE COIMBRA

FACULDADE DE DIREITO



**INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO E
DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Alan Bohnenberger

DOCTORAMENTO EM DIREITO

Prof. Doutor Jónatas Machado

Ciências Jurídico-Políticas

Direito Constitucional

Coimbra, maio de 2010

ÍNDICE

| | |
|---|----|
| INTRODUÇÃO | 6 |
| 1 CONSTITUIÇÃO | 17 |
| 1.1 Conceito | 17 |
| 1.2 Direitos fundamentais | 22 |
| 1.3 Supremacia | 32 |
| 1.3.1 <i>Rigidez constitucional</i> | 34 |
| 1.3.2 <i>Fiscalização judicial da constitucionalidade</i> | 38 |
| 1.3.2.1 Noções | 38 |
| 1.3.2.2 Modelos de controle | 41 |
| 1.3.2.2.1 <i>Controle difuso</i> | 41 |
| 1.3.2.2.2 <i>Controle concentrado</i> | 43 |
| 2 VAZIOS NORMATIVOS: OMISSÕES E LACUNAS | 52 |
| 2.1 Princípios e regras | 52 |
| 2.2 Normas constitucionais e enunciados normativos | 56 |
| 2.2.1 <i>A classificação de Jorge Miranda</i> | 57 |
| 2.2.2 <i>A classificação de Gomes Canotilho</i> | 59 |
| 2.2.3 <i>A classificação de José Afonso da Silva</i> | 60 |
| 2.3 Omissão legislativa: conceito | 62 |
| 2.4 Omissão legislativa: momento de configuração | 68 |
| 2.5 Omissão legislativa: categorias | 70 |
| 2.5.1 <i>Omissões formais e omissões materiais</i> | 70 |
| 2.5.2 <i>Omissões totais e omissões parciais</i> | 71 |
| 2.6 Omissões legislativas e lacunas legais | 80 |
| 2.6.1 <i>Critério distintivo</i> | 80 |
| 2.6.2 <i>Atuação judicial em concreto</i> | 81 |
| 2.6.3 <i>Atuação judicial em abstrato</i> | 85 |
| 2.7 Inconstitucionalidade por omissão de normas constitucionais? | 89 |

| | |
|---|-----|
| 3 DIREITOS DE DEFESA E DIREITOS A PRESTAÇÕES | 98 |
| 3.1 Dignidade da pessoa humana | 98 |
| 3.2 Direitos de defesa | 103 |
| 3.2.1 Conceito e extensão..... | 103 |
| 3.2.2 Aplicabilidade direta..... | 105 |
| 3.3 Direitos a prestações | 109 |
| 3.3.1 Conceito e extensão..... | 109 |
| 3.3.2 Normas de feição programática..... | 111 |
| 3.4 Direitos fundamentais internacionais | 118 |
| 3.4.1 Colocação do problema..... | 118 |
| 3.4.2 Declaração Universal dos Direitos do Homem..... | 121 |
| 3.4.3 Convenção Europeia dos Direitos do Homem..... | 124 |
| 3.4.4 Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia..... | 126 |
| 3.5 Direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas | 131 |
| 3.5.1 Posicionamento da questão..... | 131 |
| 3.5.2 Superação do silêncio legislativo por atos normativos privados..... | 136 |
| 4 INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO | 142 |
| 4.1 A fiscalização abstrata | 142 |
| 4.1.1 Antecedentes históricos..... | 142 |
| 4.1.2 Contornos jurídico-constitucionais..... | 144 |
| 4.1.3 Legitimidade ativa..... | 148 |
| 4.1.4 Procedimento..... | 149 |
| 4.1.5 Efeitos..... | 149 |
| 4.1.6 A prática da fiscalização..... | 151 |
| 4.1.6.1 Considerações iniciais..... | 151 |
| 4.1.6.2 Comissão Constitucional..... | 152 |
| 4.1.6.2.1 Parecer nº 4/77..... | 152 |
| 4.1.6.2.2 Parecer nº 8/77..... | 153 |
| 4.1.6.2.3 Parecer nº 11/77..... | 154 |
| 4.1.6.2.4 Parecer nº 9/78..... | 155 |
| 4.1.6.2.5 Parecer nº 35/79..... | 156 |
| 4.1.6.2.6 Parecer nº 11/81..... | 157 |
| 4.1.6.3 Tribunal Constitucional..... | 158 |
| 4.1.6.3.1 Acórdão nº 182/89..... | 159 |
| 4.1.6.3.2 Acórdão nº 276/89..... | 160 |

| | |
|---|------------|
| 4.1.6.3.3 Acórdão nº 36/90..... | 161 |
| 4.1.6.3.4 Acórdão nº 359/91..... | 162 |
| 4.1.6.3.5 Acórdão nº 638/95..... | 163 |
| 4.1.6.3.6 Acórdão nº 424/01..... | 164 |
| 4.1.6.3.7 Acórdão nº 474/02..... | 164 |
| 4.2 A fiscalização concreta..... | 167 |
| 4.2.1 Conceito..... | 167 |
| 4.2.2 A “norma implícita”..... | 168 |
| 4.2.3 Da insuficiência do controle concreto..... | 168 |
| 4.3 A fiscalização preventiva..... | 171 |
| 4.3.1 Conceito..... | 171 |
| 4.3.2 Da revogação de lei como causa de omissões inconstitucionais..... | 172 |
| 5 ILEGALIDADE POR OMISSÃO..... | 173 |
| 5.1 A justiça administrativa e a proteção dos direitos fundamentais..... | 173 |
| 5.2 O poder normativo da Administração..... | 175 |
| 5.2.1 Considerações gerais..... | 175 |
| 5.2.2 Do fundamento do poder normativo da Administração..... | 176 |
| 5.2.3 Dos limites ao poder normativo da Administração..... | 177 |
| 5.3 A impugnação de normas administrativas..... | 179 |
| 5.3.1 Antecedentes históricos..... | 179 |
| 5.3.2 A questão da competência..... | 181 |
| 5.3.3 A competência da justiça constitucional..... | 183 |
| 5.3.3.1 A fiscalização da constitucionalidade..... | 183 |
| 5.3.3.2 A fiscalização da “ilegalidade qualificada”..... | 184 |
| 5.3.4 A competência da justiça administrativa..... | 185 |
| 5.3.4.1 Normas administrativas impugnáveis: conceito..... | 185 |
| 5.3.4.2 Contencioso de normas administrativas: natureza jurídica..... | 188 |
| 5.3.4.3 A impugnação de normas por via principal..... | 188 |
| 5.3.4.3.1 A declaração de ilegalidade com efeitos obrigatórios gerais..... | 189 |
| 5.3.4.3.2 A declaração com efeitos circunscritos ao caso concreto..... | 194 |
| 5.3.4.3.3 A declaração de ilegalidade por omissão..... | 196 |
| 5.3.4.4 A impugnação de normas por via incidental..... | 201 |
| 6 MANDADO DE INJUNÇÃO..... | 203 |
| 6.1 Origens..... | 203 |
| 6.2 Conceito..... | 204 |

| | |
|--|-----|
| 6.3 Objeto e requisitos | 205 |
| 6.4 Legitimidade ativa e passiva | 209 |
| 6.5 Procedimento e competência | 210 |
| 6.6 Decisão e efeitos | 211 |
| 6.7 O novo entendimento do Supremo Tribunal Federal | 214 |
| 6.8 Mandado de injunção e ação de inconstitucionalidade por omissão | 218 |
| 7 ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL | 221 |
| 7.1 Origens | 221 |
| 7.2 Legitimidade ativa e passiva | 223 |
| 7.3 Cabimento | 225 |
| 7.3.1 Arguição de descumprimento: preceito fundamental e subsidiariedade | 225 |
| 7.3.2 Arguição de descumprimento preventiva e repressiva | 228 |
| 7.3.3 Arguição de descumprimento por equiparação | 229 |
| 7.3.4 Arguição de descumprimento e vazios normativos..... | 230 |
| 7.4 Efeitos | 237 |
| 7.5 Arguição de descumprimento na Constituição portuguesa? | 239 |
| 8 SANÇÕES À INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO | 243 |
| 8.1 Linhas gerais | 243 |
| 8.2 Perda da competência por inércia normativa | 246 |
| 8.2.1 Destituição do sujeito omissor pelo guardião da Constituição | 246 |
| 8.2.2 Suprimento da omissão legislativa e modificação do sujeito competente ... | 250 |
| 8.3 Responsabilidade civil do Estado por omissões legislativas | 254 |
| 8.3.1 Linhas gerais | 254 |
| 8.3.2 Legislação de regência..... | 258 |
| 8.3.3 Pressupostos..... | 262 |
| 8.3.3.1 Acórdão do Tribunal Constitucional | 262 |
| 8.3.3.2 Dano | 268 |
| 8.3.3.3 Nexo de causalidade | 269 |
| CONCLUSÃO | 274 |
| REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS | 287 |

INTRODUÇÃO

A relação entre o Direito português e o Direito brasileiro encontra justificativas históricas e começa em 1500, ano do Descobrimento do Brasil por Portugal: da aplicação inicial das Ordenações Afonsinas e Manuelinas, passando pelas cartas de doação e pelos forais das capitanias, pelo Regimento de Tomé de Sousa e por uma série de outros diplomas legais sobre matéria variada, até a revogação definitiva das Ordenações Filipinas no Brasil, isto em 1916, com a elaboração do Código Civil de Beviláqua, a influência portuguesa é claramente perceptível¹.

Note-se que não apenas as normas propriamente ditas, mas também a literatura e a cultura jurídicas introduzidas no Brasil tiveram origem em território lusitano: o jesuíta Manoel da Nóbrega, cuja importância para o Direito brasileiro deve ainda ser reconhecida, citava os trabalhos de juristas e teólogos em suas manifestações escritas², por vezes precedidas de consultas a seus superiores portugueses em razão das situações desconhecidas que ocorriam no Brasil. Não foi por outro motivo que em uma de suas cartas encaminhadas a Portugal constou pedido expresso no sentido de que suas dúvidas fossem postas “*em disputa no Colégio de Coimbra*” e que lhe fossem enviados os pareceres então colhidos,

¹ A investigação ora apresentada está redigida na forma em que a Língua Portuguesa é utilizada no Brasil, inclusive com observância das regras estabelecidas no Acordo Ortográfico assinado em Lisboa, a 16.12.1990, e vigente em território brasileiro a partir de 01.01.2009. De toda sorte, permanecem distinções em relação a estruturas e a construções gramaticais empregadas em Portugal, sendo certo que as diferenças porventura existentes, mesmo quanto à ortografia, não exercem influência do ponto de vista substancial.

² Serafim Leite, *Nóbrega “o Doutíssimo” ou a entrada da literatura jurídica no Brasil*, in Novas Páginas de História do Brasil, São Paulo, Companhia Editora Nacional, 1965, p. 117-124, destaca que em controvérsia sobre a liberdade dos índios, travada em 1567, Manoel da Nóbrega citou autores de nomeada em seu parecer escrito (Azpilcueta Navarro, Bartolomeu Saliceto, Diego de Covarrubias, Duns Scotus, Francisco Silvestre, Nicollò Panormitano e Gabriel Biel, entre outros), professores que eram ou tinham sido das universidades da época, tais como Pádua, Bolonha, Oxford, Tübingen, Paris, Salamanca e, finalmente, Coimbra, que por intermédio do jesuíta português constituiu a ponte de cultura jurídica não apenas peninsular, mas da Europa do seu tempo para o Brasil infante. A transcrição do inteiro teor de tal debate pode ser lida em Serafim Leite, *Monumenta Brasiliae*, tomo IV (1563-1568), Roma, 1960, p. 387-415.

“porque assi como pera quá, como pera a Índia e outras partes de infieis será proveitoso saber-se...”³.

Da mesma forma, igualmente o ensino do Direito no Brasil teve origem em Portugal: no século XIX, quando se tratou de assentar uma data para a inauguração, na cidade de São Paulo, do primeiro curso jurídico então instituído, a preferência recaiu sobre o dia 1 de março de 1828, em clara homenagem à Universidade de Coimbra, cuja data de fundação é 1 de março de 1290. Aliás, o primeiro professor de Direito nomeado no Brasil, o lisboeta José Maria de Avelar Brotero, e o primeiro diretor da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, o paulista José Arouche de Toledo Rendon, haviam estudado Leis em Coimbra⁴.

De toda sorte, não há como discordar da síntese segundo a qual as sementes do Direito brasileiro vieram de Portugal, mas o solo, sendo diverso, fez vicejar um Direito próprio⁵.

Contudo, embora tenham se passado muitos anos do cenário acima descrito e hoje num contexto jurídico-político, econômico-social e religioso-cultural absolutamente distinto do que havia nas épocas referidas, ainda é possível apontar influências atuais do Direito português sobre o Direito brasileiro, especificamente no campo constitucional, dada a notória inspiração que a Carta Magna brasileira encontrou na Constituição portuguesa, apesar da natureza diversa das circunstâncias que levaram à elaboração de uma e outra.

Nessa linha, importa reparar que toda mudança de ordem constitucional traz em si dois conceitos distintos, mas relacionados: ruptura e transição. Assim, enquanto a Lei Fundamental brasileira de 1988 está ligada à mudança da ordem constitucional edificada no curso do Regime Militar, a partir da Constituição de 1967 e da Emenda nº 1, de 1969, a Carta Magna portuguesa de 1976 está

³ Manoel da Nóbrega, *Cartas do Brasil e mais escritos (Opera Omnia)*, Coimbra, 1955, p. 146. Ademais, conforme afirma Manuel Augusto Rodrigues, *As Universidades de Salamanca e de Coimbra: Eixo Cultural Ibérico*, Coimbra, Arquivo da Universidade, 1992, p. 50, Nóbrega frequentou quatro anos do curso de Cânones na Universidade de Salamanca, completando-o, na sequência, com um ano de estudo na Universidade de Coimbra, onde recebeu o grau de bacharel em 1541.

⁴ Carlos Penteado de Rezende, *Coimbra e os Cursos Jurídicos de São Paulo e Olinda*, in *Enciclopédia Saraiva do Direito*, 15º volume, 1977, p. 525.

⁵ Ibsen José Casas Noronha, *Aspectos do Direito no Brasil Quinhentista*, Coimbra, Almedina, 2005, p. 11.

vinculada à quebra da ordem constitucional erigida ao longo do Estado Novo, a partir da Constituição de 1933.

No entanto, embora a Constituição portuguesa de 1976 e a Constituição brasileira de 1988 permaneçam vigentes, aquela está mais próxima da ideia de ruptura, ao passo que esta tangencia o conceito de transição: tal diferença entre as Constituições referidas, já alteradas por leis de revisão e por emendas que ao longo do tempo se sucederam numa e noutra margem do Atlântico, encontra origem no cenário político do qual emergiram.

O Estado Novo português (1933-1974) foi marcado pela personificação do governo, já que um único dirigente, “*orgulhosamente só*”, comandou Portugal pela maior parte do tempo, sendo que seu sucessor acabou deposto e exilado no Brasil, em mais uma coincidência que aqui se registra.

O Regime Militar brasileiro (1964-1985), a sua vez, caracterizou-se pela sucessão de dirigentes ligados ao Exército, sendo que o instituto da deposição não foi utilizado, até porque nos últimos dez anos do regime já se assumia a necessidade de transição para uma abertura política “*lenta, gradual e segura*”.

Desse modo, pode-se afirmar que no Brasil as ideias de abertura e de transição já existiam mesmo antes da efetiva mudança da ordem constitucional, ao passo que em Portugal alguma abertura se anunciava, mas a possibilidade de transição era remota inclusive pela proposta de “*renovação na continuidade*”, não sobrando alternativa que não fosse a ruptura.

Em suma, enquanto em Portugal houve descontinuidade (fundada na Assembleia Constituinte prevista na Lei nº 3/1974), no Brasil houve continuidade constitucional (fundada no Congresso Constituinte previsto na Emenda nº 26/85), até porque a distinção entre tais situações deve ter por critério a observância ou não dos esquemas regulativos da antiga Constituição para a elaboração da nova⁶.

⁶ José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, Almedina, 2003, p. 195-199. A distinção acima apresentada leva em conta apenas o denominado aspecto formal da questão, pois do ponto de vista material uma nova Constituição, justamente por ter sido necessária, tende sempre a implicar descontinuidade em relação ao regime anterior, salvo no que tange, em regra, aos patrimônios culturais constitucionais (catálogo de direitos e liberdades, por exemplo) e às engenharias constitucionais (tais como as espécies normativas).

Apesar disso, e do fato de Portugal ser um Estado unitário⁷ e o Brasil um Estado federativo, o que coloca grandes diferenças em matéria de organização político-administrativa e de repartição de competências, a semelhança entre a Constituição portuguesa e a Constituição brasileira, sobretudo na área que aqui interessa, isto é, os direitos fundamentais e o controle de constitucionalidade, é inequívoca⁸. Veja-se.

No que diz respeito à consagração dos *direitos fundamentais*, as aproximações entre a Constituição portuguesa e a Constituição brasileira são principalmente estas:

(a) A existência de um preâmbulo que, já à partida, afirma o compromisso com a proteção aos direitos fundamentais;

(b) A consagração expressa da dignidade da pessoa humana como fundamento e base da República Portuguesa e da República Federativa do Brasil no primeiro artigo das respectivas Constituições⁹, que ainda se assumem como leis superiores de um Estado de Direito democrático e de um Estado democrático de Direito, respectivamente¹⁰;

(c) A existência, na Constituição portuguesa, de um rol de direitos, liberdades e garantias ao lado de uma lista de direitos económicos, sociais e culturais, e, na Constituição brasileira, de uma enumeração de direitos e garantias fundamentais, em que aparecem os direitos e deveres individuais e coletivos, os direitos sociais, os direitos de nacionalidade e os direitos políticos¹¹;

(d) A aplicabilidade direta como atributo ligado aos direitos fundamentais, apesar de seu âmbito de incidência ser mais restrito na Carta Magna portuguesa, que a limita aos direitos, liberdades e garantias, do que na

⁷ Repare-se que o regime autonómico insular não descaracteriza a unitariedade do Estado português, porquanto as ilhas, ao contrário dos Estados de uma Federação, não possuem poderes constituintes.

⁸ Por todo o exposto, pode-se afirmar que as Constituições portuguesa e brasileira, embora estejam ligadas ao fim de regimes autoritários, são diversas em suas origens, mas similares em seus efeitos, nestes incluída a verificação da inconstitucionalidade por omissão.

⁹ Artigo 1º da Constituição portuguesa; artigo 1º, III, da Constituição brasileira.

¹⁰ Artigo 2º da Constituição portuguesa; artigo 1º, *caput*, da Constituição brasileira.

¹¹ Artigo 24º a artigo 79º da Constituição portuguesa; artigo 5º a artigo 17 da Constituição brasileira.

Carta Magna brasileira, que, ao menos em tese, a estende a todos os direitos e garantias fundamentais¹²;

(e) A previsão expressa de cláusula de abertura aos direitos fundamentais internacionais¹³.

No que tange aos mecanismos de *fiscalização da constitucionalidade*, as principais semelhanças entre a Constituição portuguesa e a Constituição brasileira são as seguintes:

(a) A previsão de controle concreto da constitucionalidade, a cargo da generalidade dos órgãos julgadores, com possibilidade de recurso para o guardião da Constituição¹⁴;

(b) A existência de fiscalização preventiva, apesar de em Portugal ela ser de caráter judicial e no Brasil de caráter político, o que impede, no caso brasileiro, sua classificação quer como abstrata, quer como concreta¹⁵;

(c) A previsão de fiscalização abstrata sucessiva da inconstitucionalidade por ação¹⁶;

(d) A consagração da fiscalização abstrata da inconstitucionalidade por omissão¹⁷.

Logo, embora a análise individualizada deste ou daquele aspecto da Carta Magna brasileira permita atribuir a simetria com a Carta Magna portuguesa às influências comuns que ambas sofreram como expressões do constitucionalismo ocidental, a importância da Constituição portuguesa, vigente

¹² Artigo 18º, nº 1, da Constituição portuguesa; artigo 5º, parágrafo 1º, da Constituição brasileira.

¹³ Artigo 16º, nº 1, da Constituição portuguesa; artigo 5º, parágrafo 2º, da Constituição brasileira.

¹⁴ Artigo 280º da Constituição portuguesa; artigo 102, inciso III, da Constituição brasileira.

¹⁵ Artigo 278º da Constituição portuguesa; artigo 58 e artigo 66 da Constituição brasileira.

¹⁶ Artigo 277º e artigo 281º da Constituição portuguesa; artigo 36, III, artigo 102, I, alínea a), e artigo 102, parágrafo 1º, da Constituição brasileira.

¹⁷ Artigo 283º da Constituição portuguesa; artigo 103, parágrafo 2º, da Constituição brasileira.

doze anos antes, como referência maior da Constituição brasileira, é demonstrada pelo conjunto de afinidades que inequivocamente existe entre o “Texto de abril” e a “Carta de outubro”, sendo certo que, nesse sentido, é possível analisar-se a inconstitucionalidade por omissão em face dos direitos fundamentais sob a perspectiva luso-brasileira. É o que se pretende e o que se passa desde logo a fazer¹⁸.

A existência de omissões juridicamente relevantes é fenômeno que pode ser encontrado em diversos setores do ordenamento e, em particular, no Direito Constitucional. Tal pode acontecer com a função política, do que é exemplo a não marcação de eleições pelo Presidente da República; pode ocorrer com a função administrativa, como no caso de não serem editados os regulamentos exigidos para a adequada execução da lei; pode suceder com a função jurisdicional, na hipótese de denegação da justiça, apesar de vedado o *non liquet*; e pode se configurar na função legislativa, quando não forem editadas as normas necessárias para tornar exequíveis as disposições constitucionais¹⁹.

Nesse contexto, importa reparar que esta investigação tem por objetivo tratar das omissões na função legislativa, isto a partir da fiscalização abstrata prevista na Constituição portuguesa e na Constituição brasileira. Todavia, existem fenômenos e institutos correlatos e que não podem ser esquecidos, sob pena de indesejável incompletude: o estudo das omissões legislativas depende não só da análise da verificação a cargo do Tribunal Constitucional e do Supremo Tribunal Federal a partir da ação própria, mas também, entre outros assuntos, de abordagem a respeito das lacunas e de instrumentos que, em especial no Direito brasileiro, consistem em verdadeiro controle concreto dos vazios normativos.

Para tanto, optou-se pela divisão do núcleo da exposição em oito partes, sendo que em cada uma delas foram problematizados os aspectos mais importantes e indicadas as soluções cabíveis, quer com ratificação justificada de

¹⁸ Note-se, desde logo, que assuntos como a força normativa da Constituição, o processo constitucional, a separação de poderes, a repartição de competências, o princípio democrático e a legitimidade constituinte, entre outros, não configuram o tema central deste estudo, que se ocupa principalmente do silêncio legislativo inconstitucional e de suas repercussões na esfera das normas jusfundamentais: tais matérias são apenas pré-requisitos para a compreensão do problema cuja análise ora se inicia, sendo que nesta medida e nesta condição foram aqui tratadas.

¹⁹ Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, tomo VI, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, p. 273-276.

posicionamentos expostos por outros autores, quer com sugestão fundamentada de alternativas novas: (1) Constituição; (2) Vazios normativos: omissões e lacunas; (3) Direitos de defesa e direitos a prestações; (4) Inconstitucionalidade por omissão; (5) Ilegalidade por omissão; (6) Mandado de injunção; (7) Arguição de descumprimento de preceito fundamental; e (8) Sanções à inconstitucionalidade por omissão.

Na primeira parte, é dado destaque ao conceito de Constituição, à abertura constitucional e ao controle das omissões como mecanismo de solução do conflito entre a Carta Magna como folha de papel e a Carta Magna como força normativa. Na sequência, trata-se dos direitos fundamentais a partir das sucessivas dimensões que hoje apresentam e que foram sendo construídas ao longo da história, bem como de sua adoção pela Constituição portuguesa e pela Constituição brasileira. Além disso, estuda-se a fiscalização judicial da constitucionalidade como expressão da supremacia da Carta Magna, ao lado da rigidez constitucional, e dos modelos de controle que nesse cenário se colocam, aí procurando situar a fiscalização do silêncio legislativo e resolver eventuais problemas de legitimidade.

Na segunda parte, merecem relevo os vazios normativos como gênero do qual as omissões e as lacunas são espécies, segundo se defende. Para tanto, partiu-se da distinção entre princípios e regras e da diferenciação entre normas e enunciados normativos, sendo certo que tais categorias são indispensáveis para a adequada compreensão da inércia do legislador, não só porque refletem diretamente sobre ela, mas também porque são decisivas na definição de conceitos relacionados, tais como exequibilidade, densidade, concretude e aplicabilidade. Fixadas tais noções, segue-se a exposição com o conceito de omissão legislativa, as categorias que apresentam e o momento em que se configuram, com especial destaque para as violações ao princípio da igualdade. Por derradeiro, a partir da tese das normas constitucionais inconstitucionais, pretende-se apontar a viabilidade de existir ou não, em determinadas circunstâncias, inconstitucionalidade por omissão de normas constitucionais.

Na terceira parte, são dignos de registro os direitos de defesa e os direitos a prestações como corolários da dignidade da pessoa humana, salientando-se a diferença das posições jurídicas abarcadas por um e outro grupo,

seus pontos de aproximação e a repercussão que geram no estudo do silêncio legislativo, sobretudo o conceito de aplicabilidade direta, ligado aos direitos, liberdades e garantias, e a noção de mínimo vital, associada aos direitos económicos, sociais e culturais. Posteriormente, são destacados os direitos fundamentais internacionais, as relações que guardam com seus congêneres previstos no âmbito interno, a posição que neste acabam por ocupar e a possibilidade de servirem ou não como parâmetro para a verificação das omissões inconstitucionais. No encerramento do capítulo, são trazidos à colação os direitos fundamentais nas relações entre particulares e a distinção entre eficácia mediata e imediata, procurando-se construir hipóteses em que o silêncio legislativo pode ser suprido e a Constituição desenvolvida por meio de ações de sujeitos privados.

Na quarta parte, procede-se ao exame da fiscalização abstrata da inconstitucionalidade por omissão a partir dos contornos jurídico-constitucionais da ação estabelecida no artigo 283º da Constituição portuguesa e no artigo 103º, parágrafo 2º, da Constituição brasileira, reparando-se nos aspectos processuais que nesse contexto se colocam (legitimidade, procedimento e efeitos). Da mesma forma, na intenção de analisar a maneira pela qual o Tribunal Constitucional trata o silêncio legislativo, são mencionados todos os precedentes em que a matéria se colocou, inclusive com pareceres anteriores da Comissão Constitucional e com estudo comparativo da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal nos pontos mais importantes. Além disso, procura-se perceber se é possível, e em que medida, sustentar a existência e a importância de eventual fiscalização concreta e preventiva das omissões legislativas no Direito luso-brasileiro.

Na quinta parte, é realçada a ilegalidade por omissão, a partir de instrumento processual que, a exemplo da jurisdição administrativa, não existe no Direito brasileiro, mas é previsto no Direito português (artigo 77º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos). Sendo assim, apesar de consistir em terreno movediço para quem não está habituado a tal estudo, a investigação mais abrangente da impugnação de normas no contencioso administrativo coloca-se como precedente à abordagem mais específica das omissões administrativo-normativas, principalmente se for considerado que a adequada tutela dos direitos fundamentais previstos na Constituição exige suficiente densificação nas instâncias ordinárias e que tal concretização pode carecer não apenas de lei, mas de lei devidamente complementada por regulamento.

Na sexta parte, é tratado o mandado de injunção (artigo 5º, LXXI, da Constituição brasileira) como mecanismo destinado à solução de vazios normativos, o que abrange, inicialmente, aspectos processuais, mas aí não se limita: para além das distinções entre o mandado de injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão, analisam-se as correntes doutrinárias e jurisprudenciais sobre os efeitos de tal ação, o recente entendimento do Supremo Tribunal Federal dando plena aplicabilidade ao instituto e, com base nisso, a possibilidade ou não de o mesmo vazio receber tratamento simultâneo e independente como lacuna e como omissão, a partir de processos diferentes a tramitar em âmbitos distintos.

Na sétima parte, tem-se por objetivo estudar a arguição de descumprimento de preceito fundamental, prevista no artigo 102, parágrafo 1º, da Constituição do Brasil, na esfera das omissões legislativas. Trata-se, com os devidos temperamentos, do recurso de amparo brasileiro, e, como tal, tem caráter subsidiário diante do mandado de injunção e da ação de inconstitucionalidade por omissão: sua aplicação, no cenário sob exame, cinge-se a hipóteses que, apesar de restritas, nada têm de secundárias, trazendo à liça os conceitos de recepção de normas constitucionais e de inconstitucionalidade superveniente. Em seguida, verifica-se a conveniência de uma ação de tal gênero ser introduzida na Constituição portuguesa em face do Direito a partir dela vigente, bem como a possibilidade de a arguição de descumprimento servir como ação constitucional de defesa contra decisões jurisdicionais que não apreciem, ou que apreciem de modo insuficiente, a questão do silêncio legislativo contrário à Lei Maior (decisões jurisdicionais em si mesmas inconstitucionais por omissão).

Na oitava parte, são analisadas eventuais sanções à inconstitucionalidade por omissão, quer a perda da competência do sujeito inerte no exercício da função legislativa, apontada como oportuna por setores da doutrina, quer a responsabilidade civil estatal por omissões do legislador (*ultima ratio* do Estado de Direito²⁰). Nesse sentido, procura-se afastar a primeira alternativa e adotar apenas a segunda como forma de concretizar o princípio da tutela jurisdicional dos direitos fundamentais, com exame dos pressupostos da responsabilidade do Poder Público como derradeira garantia dos particulares,

²⁰ José Joaquim Gomes Canotilho, *O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos*, Coimbra, Almedina, 1974, p. 132.

agora também considerando a recente legislação portuguesa sobre o assunto (Lei nº 67/2007).

Não se deve esquecer, por oportuno, que as Constituições portuguesa e brasileira são extremamente abrangentes e nada sintéticas, isto é, são textos analíticos e programáticos²¹ que não se restringem a prever somente normas que estipulam direitos e que limitam o poder, definindo também os fins do Estado e estabelecendo meios para alcançá-los a partir de uma orientação social democrática. Por isso, em diversas oportunidades tais Constituições foram detalhistas e, no seu compromisso de realizar e em até certo ponto de harmonizar os direitos, liberdades e garantias e os direitos econômicos, sociais e culturais, entre outros, nem sempre mantêm uma linha doutrinária coerente, apesar de abertas a transformações futuras. E aí está um dos principais problemas de uma Constituição dinâmica: ser cumprida²².

Nesse contexto, todavia, não se desconhece que a verificação de um silêncio legislativo inconstitucional pode não depender da lesão a direitos fundamentais, já que o controle das omissões legislativas pode abranger igualmente outros aspectos: o vínculo que comumente se estabelece entre a inação do legislador e o prejuízo à efetividade dos direitos fundamentais está radicado em uma análise puramente processual, pois em certos países só se pode dispor de uma ação constitucional de defesa contra atos do Poder Público ofensivos a referidos direitos²³. De toda forma, segundo aqui se defende, embora o problema das omissões legislativas não se esgote no âmbito dos direitos

²¹ José Joaquim Gomes Canotilho, *“Brançosos” e Interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*, Coimbra, Almedina, 2006, p. 213-215, ressalta que apesar de a Constituição programática e a Constituição dirigente serem a mesma coisa para a maioria dos autores, o recorte mais afinado da Constituição dirigente foi feito por Peter Lerche, que nada tem a ver com a defesa de Constituições programáticas, mas sim com normas relacionadas sobretudo com o princípio e direitos de igualdade. No entanto, conforme o autor, o esquema dirigente vislumbrado no âmbito da igualdade foi transposto para o terreno mais vasto das normas impositivas de deveres de legislação, e é através dessa transferência que a literatura acabou por associar a Constituição programática com a Constituição dirigente.

²² José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, São Paulo, Malheiros, 2008, p. 6.

²³ José Joaquim Gomes Canotilho, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, p. 336-337, observa que: (a) a omissão legislativa inconstitucional existe sempre que o legislador não executa ou apenas cumpre parcialmente uma imposição constitucional concreta; (b) nem todos os direitos são suficientes para embasar eventuais ações por omissão legislativa, pois também nesse âmbito se tem de demonstrar a existência de um dever de ação concretamente imposto ao legislador pela Constituição; e (c) a violação dos direitos fundamentais por omissão legislativa pode resultar indiretamente de outras imposições constitucionais, sem que se possa falar, a não ser em termos amplos, de omissão lesiva de direitos subjetivos e concretos.

fundamentais é neste campo que ele encontra maior visibilidade e é nesta sede que sua resolução se afigura mais útil, motivo pelo qual foi escolhido como tema da investigação que ora se apresenta.

Aliás, ao se analisar o fenômeno das omissões legislativas não se pretende dar razão à ideia de que os juristas ocupam-se, sobretudo, das lacunas, dos equívocos e das contradições das leis positivas, fazendo do contingente o principal objeto do Direito²⁴. Pelo contrário, o objetivo a ser alcançado com o presente estudo é justamente demonstrar que o silêncio do legislador não pode limitar indevidamente o sistema constitucionalmente estabelecido, em especial no âmbito dos direitos fundamentais, o que, aí sim, tornaria sensivelmente restrito o campo de observação na área jurídica.

²⁴ Julius Hermann von Kirchmann, *La jurisprudencia no es ciencia*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1961, p. 54, e Angel Latorre, *Introdução ao Direito*, Coimbra, Almedina, 1978, p. 130.

1 CONSTITUIÇÃO

1.1 Conceito

O estudo da inconstitucionalidade por omissão depende da concepção de Constituição adotada em determinado ordenamento jurídico, da natureza dos direitos fundamentais consagrados em dada Carta Magna e da importância que se atribui à fiscalização da constitucionalidade como instrumento de proteção da força normativa da Lei Fundamental. Nesse sentido, considerando a relação que se estabelece entre referidas variáveis, torna-se imperativo analisar o conceito de Constituição vigente em Portugal e no Brasil, as exigências preponderantes das dimensões de direitos fundamentais que prevêm e a supremacia da Lei Maior como pré-requisitos à compreensão da problemática do silêncio legislativo inconstitucional²⁵.

Em qualquer Estado pode ser encontrado um conjunto de normas fundamentais que exprimem juridicamente a ligação entre poder e comunidade política ou entre sujeitos e destinatários do poder. Assim, tal complexo normativo, a que em sentido amplo pode-se chamar de Constituição, sempre acaba por se revelar necessário para disciplinar a estrutura e a organização da atividade estatal, apesar de integrado por dispositivos eventualmente diferentes quanto à forma e ao grau de elaboração.

Dessa maneira, todo Estado precisa de uma Constituição que formal e materialmente legitime sua existência, isto é, embora uma Carta Magna possa

²⁵ Flávia Piovesan, *Proteção Judicial contra Omissões Legislativas*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, p. 18, salienta que a Constituição só se torna viva e só permanece viva quando existe o esforço de conferir-lhe realização, o que não se coaduna com a omissão inconstitucional, inviabilizadora de sua eficácia. Segundo a autora, a tarefa de realização das normas constitucionais deve estar em consonância com o sentido essencial dos princípios consagrados pela Constituição, refletindo a consciência da necessidade e do valor específico da Lei Fundamental como ordem normativa a ser realizada inclusive através de ações do legislador.

surgir de modos diversos, dispor sobre matérias em princípio incompatíveis e refletir concepções políticas variadas, a necessidade de existirem normas revestidas de supremacia é indiscutível, independentemente das opções eleitas e das soluções adotadas²⁶.

Como reflexo das alternativas que podem ser escolhidas pelo constituinte, muitas são as concepções que cercam a ideia de Constituição: jusnaturalistas, positivistas, sociológicas, decisionistas etc. Apesar disso, e sendo certo que aqui não se pretende esgotar a análise de tais categorias, cabe referir a parcial contraposição entre a opinião de Ferdinand Lassale e o entendimento de Konrad Hesse sobre o assunto, pois, no final, permite compreender o conceito de Constituição que melhor se adapta ao fenômeno da inconstitucionalidade por omissão em face dos direitos fundamentais e afastar aquele a ser combatido por meio da fiscalização do silêncio legislativo contrário à Lei Maior²⁷.

Para Lassale, a Constituição de um Estado é, em essência, a soma dos fatores reais de poder (a aristocracia, os banqueiros, os burgueses, a classe operária etc.) que regem uma nação e que adquirem expressão escrita, de modo que, incorporados ao papel, passam a ser verdadeiro Direito e se convertem em instituições jurídicas. Sendo assim, há que se distinguir entre as duas Constituições de um país: a real e efetiva, integrada pelos fatores reais de poder; e a escrita, a que denomina de folha de papel²⁸.

Em outros termos, pela concepção de Lassale as constituições escritas não têm valor nem são duráveis a não ser que expressem fielmente os valores que imperam na realidade social, ou seja, quando correspondam à Constituição real e aos fatores predominantes de poder. Caso contrário, irrompe um conflito impossível de ser evitado e no qual a Constituição escrita, a folha de papel, sucumbirá necessariamente perante as verdadeiras forças vitais de um país²⁹.

²⁶ Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, tomo II, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 12-13.

²⁷ José Afonso da Silva, *Curso...*, p. 36-37, destaca que a Constituição é a lei fundamental do Estado e que disciplina seus aspectos essenciais: um sistema de normas jurídicas, escritas ou costumeiras, que regula a forma do Estado, a forma de seu governo, o modo de aquisição e de exercício do poder, o estabelecimento de seus órgãos, os limites de sua ação, os direitos fundamentais do homem e as respectivas garantias.

²⁸ Ferdinand Lassale, *A Essência da Constituição*, Rio de Janeiro, Liber Juris, 1985. Trata-se de conferência proferida pelo autor em Berlim, a 16.04.1862.

²⁹ Iacyr Aguilar Vieira, *A essência da Constituição no pensamento de Lassale e de Konrad Hesse*, in *Revista de Informação Legislativa*, nº 139, 1998, p. 78.

Para Hesse, a seu turno, que ao mesmo tempo se opõe e complementa o pensamento de Lassale, a Constituição não é simples pedaço de papel e, apesar de não estar desvinculada da realidade histórica concreta do seu tempo, não está simplesmente condicionada pela realidade em questão e não deve ser considerada, obrigatoriamente, a parte mais vulnerável³⁰.

Nesse sentido, a pretensão de eficácia das normas constitucionais não se confunde com as condições de sua realização, a estas se associando como elemento autônomo: a Constituição não é apenas a expressão de um ser, mas também de um dever-ser, significando mais do que o simples reflexo dos fatores reais de poder. Isso porque, em virtude da pretensão de eficácia, ao mesmo tempo em que a Constituição é determinada pela realidade social ela é também determinante em relação a ela, não sendo possível definir como fundamental nem a pura normatividade, nem a simples eficácia das condições sociais, políticas e econômicas.

Logo, sintetizando as diversas concepções modernas de Constituição, Konrad Hesse a considera como ordem jurídica fundamental e aberta da comunidade, cuja eficaz realização depende da vontade de Constituição, oriunda de três vertentes básicas: (a) da consciência da necessidade e do valor específico de uma ordem objetiva e normativa que afaste o arbítrio; (b) da convicção de que tal ordem é não só legítima, mas também carecida de contínua legitimação; e (c) da convicção de que se trata de uma ordem a realizar, através de atos de vontade dos implicados no processo constitucional³¹.

Além disso, não se deve esquecer que em um texto constitucional são encontradas as opções mais importantes acerca da configuração do Estado e da sociedade, a partir de dispositivos relativos ao exercício do poder, à organização do aparato estatal, aos direitos e garantias fundamentais etc., de maneira que, ao

³⁰ Konrad Hesse, *A Força Normativa da Constituição*, Porto Alegre, Fabris Editor, 1991.

³¹ Konrad Hesse, *A Força Normativa...*, p. 19, ressalta que embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas, transformando-se em força ativa se elas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida e se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar esta ordem. Logo, de acordo com o autor, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se estiverem presentes, na consciência geral e, particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional, não só a vontade de poder, mas também a vontade de Constituição.

estabelecer diretrizes e linhas básicas, a Constituição não detém uma pretensão de completude absoluta, o que permite entendê-la como carta aberta ao futuro e que possibilita a flexibilidade necessária ao contínuo desenvolvimento político³².

Daí porque os conceitos de estabilidade e de mudança não são excludentes, mas complementares, porquanto ao mesmo tempo em que a Lei Fundamental garante a certeza e a vinculatividade sem as quais não existe ordenamento jurídico, ela também deixa espaços para captar a dinâmica própria das situações que pretende regular, evitando uma insustentável distância entre a constituição escrita e a constituição material³³.

Em outra perspectiva, a abertura constitucional envolve tanto a abertura da Constituição como a abertura das normas constitucionais. A diferença está em que a abertura da Constituição expressa a incompletude, o carácter fragmentário e não codificador do texto constitucional, enquanto a abertura das normas constitucionais expressa o carácter geral e indeterminado de muitos dispositivos estabelecidos pela Lei Maior³⁴, o que, aliás, é próprio da abstração inerente às leis de diversa hierarquia. Logo, o grau de indeterminabilidade constitucional está relacionado seja à abertura da própria Constituição, seja à abertura das normas que a integram³⁵, embora aqui se defenda que a inconstitucionalidade por omissão está mais ligada à abertura vertical do que à abertura horizontal: o fato de uma Carta Magna atuar em diversos domínios por si só pode não exigir providências legislativas infraconstitucionais, que passam a se fazer necessárias apenas em face das matérias que a Constituição escolheu disciplinar e da forma que considerou oportuna para fazer tal regulamentação.

³² Gilmar Ferreira Mendes, *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*, São Paulo, Saraiva, 1990, p. 3-4, citando Hesse, considera que a Constituição há de ser concebida como ordem jurídica fundamental da coletividade, que consagra as linhas básicas do Estado e estabelece diretrizes e limites ao conteúdo da legislação futura. No entanto, conforme o autor, a resposta sobre o significado da Constituição depende da tarefa que se pretende realizar com o conceito eventualmente desenvolvido.

³³ José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, p. 1435-1436.

³⁴ José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, p. 1180.

³⁵ Santiago Nino, *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1992, p. 89-90, sustenta que é um lugar comum dizer que a Constituição é feita para reger os destinos de um país por prazo indefinido e para enfrentar contingências que não são fáceis de prever no momento de sua elaboração, o que faz com que sua linguagem deva ser suficientemente vaga e geral para permitir adaptações às crises que forem surgindo ao longo do tempo. Além disso, consoante o autor, as Constituições são geralmente o resultado de compromissos entre ideologias e interesses contraditórios, que se refletem em conflitos entre diferentes disposições e permitem concluir que a imprecisão da linguagem não é sempre um defeito, mas também um instrumento indispensável de comunicação.

Em termos diversos, a Constituição, ao optar por normas de estrutura aberta, ao não exaurir a regulação de todas as matérias que prevê e ao perceber que a mudança da realidade que pretende disciplinar é fenômeno previsível e por vezes favorável, acaba por deixar claro que a ordem jurídica, se tem fundamento na Carta Magna, aí não se esgota, carecendo de uma série de providências infraconstitucionais, inclusive de caráter legislativo³⁶: no Brasil e em Portugal as normas constitucionais se apresentam mais abertas do que a própria Lei Fundamental que aquelas integram.

Note-se que o aparato estatal e os aspectos a ele inerentes precisam sempre de um número elevado de normas para que sejam adequadamente regulamentados, sendo que a divisão de tarefas entre a Constituição e a legislação infraconstitucional tem origem em opções políticas tomadas por certa coletividade. Dessa maneira, quanto maior for o regramento que a Carta Magna contiver acerca de determinada matéria, menor será o espaço de atuação do legislador infraconstitucional e, pelo contrário, quanto menor for a disciplina que a Lei Fundamental estabelecer sobre determinado assunto, maiores serão os deveres de atuação legislativa, cenário em que a inconstitucionalidade por omissão se coloca por excelência.

Logo, a concepção de Constituição como ordem aberta implica a noção de que: (a) a Constituição não é nem deve ser considerada como um sistema logicamente fechado, afastando-se o perfeccionismo constitucional; (b) a Constituição pressupõe, em larga medida, uma mediação política, situando-se os comandos normativos dentro de uma certa reserva do possível; e (c) uma Constituição democrática oferece espaço para diferentes variáveis de conformação política, embora tal conformação não se possa entender normativo-constitucionalmente desvinculada³⁷.

³⁶ José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, p. 1436.

³⁷ José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, p. 1339, entende que a ideia de Constituição aberta condensa algumas das sugestões mais importantes do moderno pensamento constitucional, relativizando a função material de tarefa da Lei Maior e justificando a desconstitucionalização de elementos substantivadores da ordem constitucional (constituição econômica, constituição do trabalho, constituição social, constituição cultural). No entanto, segundo o autor, a historicidade do Direito Constitucional e a indesejabilidade de uma Constituição como estatuto detalhado e sem aberturas não são incompatíveis com o caráter de tarefa e projeto da *lex superior*, pois a Carta Magna terá de ordenar o processo da vida política fixando limites às tarefas do Estado e recortando dimensões prospectivas traduzidas na formulação dos fins sociais mais significativos e na identificação de alguns programas de conformação constitucional.

Sendo assim, dentre as diversas concepções possíveis de Constituição, seja no âmbito jurídico, político ou sociológico, no momento a ideia de abertura constitucional é a mais adequada para o desenvolvimento do tema sob exame³⁸, porque o enfoque do controle da inconstitucionalidade por omissão, ao final, poderá revelar a maior ou menor capacidade de assegurar a força normativa da Carta Magna e de enfrentar as dificuldades que se colocam para que ela não seja mera folha de papel³⁹.

Perceba-se que a importância do tema é reafirmada quando se percebe que o combate ao silêncio legislativo inconstitucional é indispensável para que a Constituição possa cumprir as funções a que se destina: revelar consensos, legitimar a ordem política, alicerçar o Estado, organizar o poder político e, sobretudo, para o que tem maior relação com o tema sob exame, garantir e proteger os direitos fundamentais⁴⁰.

1.2 Direitos fundamentais

A Constituição é a regra estruturante do Estado e da sociedade, cuja tarefa das mais relevantes é a proteção e a garantia dos direitos fundamentais⁴¹, retirando sua titularidade e exercício da livre disponibilidade do aparato estatal e vinculando os órgãos do poder em termos não só políticos, mas também jurídicos, limitando o exercício da autoridade. Por isso, o processo histórico de passagem do

³⁸ Jose Julio Fernández Rodríguez, *La inconstitucionalidad por omisión*, Madrid, Civitas, 1998, p. 147, expõe que uma Constituição tem de possuir dimensões relativamente pequenas e limitar-se ao que se considera básico e essencial nas matérias de que trata. Só assim ela poderá, conforme o autor, constituir autêntico fundamento e centro de todo o ordenamento que preside e mostrar um caráter aberto, que se adapte sem quebras às novas necessidades da sociedade, respeitando, dessa maneira, um mínimo axiológico conectado com a ideia de democracia. Sendo assim, os encargos constitucionais também podem encontrar plena justificação nesse contexto, atribuindo-se ao legislador a tarefa de completar, no futuro, o sistema que a Constituição prevê para a estrutura estatal.

³⁹ Konrad Hesse, *Escritos de Derecho Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983. Além disso, José Joaquim Gomes Canotilho, *Constituição Dirigente...*, p. 115, auxiliando a compreender o entendimento do jurista alemão, esclarece que a Constituição é ordem jurídica fundamental e aberta da comunidade. Nessa concepção, cabe à Lei Fundamental: (a) determinar os princípios diretores segundo os quais se deve formar a unidade política e prosseguir a atividade estadual; (b) regular o processo de solução de conflitos dentro de uma comunidade; (c) reger a organização e o processo de formação da unidade política e da atuação estadual; (d) criar os fundamentos e normatizar os princípios da ordem jurídica global.

⁴⁰ José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, p. 1438-1441.

⁴¹ Cristina Queiroz, *Direitos Fundamentais: Teoria Geral*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, p. 26, salienta que a expressão “direitos fundamentais” tem origem na Constituição alemã aprovada na Igreja de São Paulo, em Frankfurt, em 1848, que, nos termos do disposto em seu artigo IV, parágrafo 25, procurou estabelecer um catálogo de direitos fundamentais do povo alemão. Segundo a autora, o qualificativo “fundamental” destinava-se a sublinhar o caráter de reconhecimento e não de criação de direitos por parte do Estado.

Estado liberal mínimo ao Estado social intervencionista apresentou reflexos marcantes na história constitucional.

Para a doutrina do constitucionalismo liberal, o Estado só poderia ser caracterizado como constitucional se os indivíduos usufríssem de liberdade, segurança e propriedade, complementadas pela distribuição do poder entre os órgãos estatais, o que se lê no texto do artigo 16º da Declaração francesa, de 1789: *“Qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”*⁴².

Portanto, pode-se dizer que os direitos fundamentais triunfaram politicamente no final do século XVIII, com as revoluções liberais, aparecendo, primordialmente, como liberdades, cujo conteúdo era determinado pela vontade de seu titular, ou como garantias, para assegurar em termos institucionais a não intervenção do Poder Público na vida econômica e social⁴³.

Nesse contexto, o artigo I da Declaração de Virgínia, de 1776, constitui o registro de nascimento dos direitos fundamentais na História: *“Todos os seres humanos são, pela sua natureza, igualmente livres e independentes, e possuem certos direitos inatos, dos quais, ao entrarem no estado de sociedade, não podem, por nenhum tipo de pacto, ser privados ou despojados; nomeadamente, a fruição da vida e da liberdade, com os meios de adquirir e possuir a propriedade de bens, bem como de procurar e obter a felicidade e a segurança”*⁴⁴.

⁴² Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo, Saraiva, 1997, p. 6-7, esclarece que a ideia de Constituição escrita ganhou força associada às concepções do Iluminismo, ideologia baseada nas noções de indivíduo, razão, natureza, felicidade e progresso. De fato, os iluministas concebiam o homem como um indivíduo eminentemente racional, detentor de direitos próprios que não se confundiam com a coletividade e que vivia num mundo governado por uma natureza boa e previdente, da qual resultavam leis que conduziam ao caminho da felicidade e do progresso. Sendo assim, conforme o autor, o conceito de Constituição, ao surgir, não designava qualquer organização fundamental, mas apenas a que desse ao Estado uma estrutura que servisse como arma ideológica contra o absolutismo e contra uma organização considerada irracional.

⁴³ José Carlos Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra, Almedina, 2001, p. 49-51.

⁴⁴ Fábio Konder Comparato, *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*, São Paulo, Saraiva, 2003, p. 49. Na mesma linha, José Afonso da Silva, *Curso...*, p. 151, para quem textos ingleses como a Magna Carta (1215-1225), a *Petition of Rights* (1628), o *Habeas Corpus Act* (1679) e o *Bill of Rights* (1688), embora fossem assecuratórios de direitos fundamentais, não eram declarações de direitos no sentido moderno, pois estas só apareceram no século XVIII, com as revoluções americana e francesa. Apesar disso, Cristina Queiroz, *Direitos Fundamentais...*, p. 13, utiliza tais estatutos para dizer que na Inglaterra o processo de “fundamentalização”, “positivação” e posterior “constitucionalização” dos direitos e liberdades teria começado antes do século XVIII.

Em outras palavras, tal disposição é o reconhecimento solene de que todos os homens são igualmente vocacionados, pela sua própria natureza, ao aperfeiçoamento constante de si mesmos. A busca da felicidade, repetida na Declaração de Independência dos Estados Unidos, também de 1776, é a razão de ser desses direitos inerentes à própria condição humana⁴⁵.

Em 1789, no ato de abertura da Revolução Francesa, a mesma ideia de liberdade e igualdade dos seres humanos é reafirmada no artigo 1º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão: “*Os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos*”⁴⁶. Faltou apenas o reconhecimento da fraternidade, isto é, a exigência de uma organização solidária da vida em comum, o que só ocorreu com a Declaração Universal de Direitos Humanos, proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1948.

As Declarações de direitos norte-americanas, juntamente com a Declaração francesa de 1789, representaram a emancipação histórica do indivíduo perante os grupos sociais aos quais ele sempre se submetera: a família, o clã, o estamento, as organizações religiosas etc. No entanto, a contrapartida dessa ascensão do indivíduo na História foi a perda da proteção familiar, estamental e religiosa, que acabou por torná-lo muito mais vulnerável às vicissitudes da vida. A sociedade liberal ofereceu-lhe, em troca, a segurança da legalidade, com a garantia da igualdade de todos perante a lei. Sucede que dita isonomia acabou por se revelar insuficiente, sobretudo para a legião crescente de trabalhadores⁴⁷.

Com as transformações econômicas e sociais ligadas ao processo de industrialização, a ideia democrática, que não esteve ausente das teorias liberais, acaba se desenvolvendo, fazendo surgir um conjunto de direitos de participação na vida política que se distinguem dos direitos de defesa, característicos das

⁴⁵ José Afonso da Silva, *Curso...*, p. 155, destaca que a Constituição norte-americana de 1787 não continha inicialmente uma declaração dos direitos fundamentais do homem, cuja criação, no entanto, foi posta como condição por parte de ex-colônias inglesas para seu ingresso no Estado federal que se planejava. Assim, foi introduzida na Lei Fundamental uma carta de direitos, segundo enunciados elaborados por Thomas Jefferson e James Madison, dando origem às dez primeiras emendas à Constituição da Filadélfia, aprovadas em 1791, às quais se acrescentaram outras até 1975, constituindo o *Bill of Rights* do povo americano.

⁴⁶ José Afonso da Silva, *Curso...*, p. 157-158, esclarece que enquanto a Declaração de Virgínia e a de outras ex-colônias inglesas na América eram concretas, preocupadas com a situação particular que afligia aquelas comunidades, a Declaração francesa de 1789 era mais abstrata, baseada em uma operação de ordem intelectual e com pretensão de universalidade.

⁴⁷ Fábio Konder Comparato, *ob. cit.*, p. 52.

liberdades e garantias tradicionais. Dessa maneira, os direitos políticos passam a ser considerados como manifestações da dignidade do cidadão, devendo compor o estatuto das pessoas na condição de integrantes da sociedade e revelando, desde já, a grande correlação entre os direitos fundamentais e a democracia⁴⁸.

Nesse sentido é que os direitos de liberdade e os direitos civis e políticos são também chamados de *direitos de primeira dimensão*⁴⁹.

Superado o Estado liberal a partir do progresso técnico que se seguiu, a participação estatal na vida da sociedade se fez necessária, exigindo intervenção direta na economia e atuações variadas dirigidas aos cidadãos. Surgem, assim, os direitos a prestações ou, relativamente a serviços existentes, direitos de quota-parte, distintos dos direitos de defesa e dos direitos de participação democrática, porque representam exigências de comportamentos estatais positivos⁵⁰: em contrapartida à atuação dos indivíduos na esfera governamental, o Estado passou a ter de atuar na área de interesses própria dos indivíduos.

Nesse contexto, a Constituição francesa de 1848, retomando o espírito de certas normas das Constituições de 1791 e 1793, reconheceu algumas exigências econômicas e sociais. Mas a plena afirmação desses novos direitos fundamentais só veio a ocorrer no século XX: a Carta Política do México, de 1917, foi a primeira a atribuir aos direitos trabalhistas a qualidade de direitos fundamentais, juntamente com as liberdades individuais e os direitos políticos. A importância desse precedente histórico deve ser salientada, pois na Europa a

⁴⁸ José Carlos Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 51-54. Ainda consoante o autor, o aspecto mais significativo da influência do fator democrático é a modificação no sentido dos direitos fundamentais, que passam a ter uma dimensão objetiva ao lado da já reconhecida dimensão subjetiva. Tal é assim porque os direitos fundamentais deixam de ser meras posições do indivíduo perante e contra o Estado, destinados a salvaguardar esferas privadas de autonomia, e passam a também estar ligados à forma de governo, de sorte que a democracia torna-se, nesse cenário, condição e garantia dos direitos fundamentais e, em geral, da própria liberdade do homem.

⁴⁹ José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, p. 386-387, considera que os direitos do homem podem ser abrangidos por três categorias fundamentais, isto é, os direitos de liberdade, os direitos de igualdade e os direitos de solidariedade, sendo que esta última por vezes é denominada de quarta geração: a primeira seria a dos direitos de liberdade, oriundos das revoluções francesa e americana; a segunda seria a dos direitos democráticos de participação política; a terceira seria a dos direitos sociais e dos trabalhadores; e a quarta a dos direitos dos povos. Todavia, segundo o autor, a divisão do processo histórico de revelação dos direitos fundamentais em "gerações" deve ser afastada, sendo preferível falar-se de três "dimensões" de direitos do homem, o que reforça a ideia de complementação e afasta a de substituição de uma categoria por outra.

⁵⁰ José Carlos Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 54-57.

consciência de que os direitos humanos tinham também uma dimensão social só veio a se afirmar depois da I Grande Guerra (1914-1918).

Logo, se as Constituições liberais eram orientadas para a defesa da liberdade dos indivíduos e para a rígida separação entre Estado e sociedade civil, as Constituições de feição programática apresentam perfil diverso, movidas pelas ideias de igualdade e de planificação social. O Estado social é um Estado intervencionista, que requer a presença ativa do poder político nas esferas sociais para prover as necessidades existenciais mínimas que o próprio indivíduo não tem condições de satisfazer⁵¹.

Em outros termos, a Constituição liberal é expressão de uma sociedade que não é afeiçoada à noção de Estado, enquanto a Constituição de feição programática traz uma sociedade reconciliada com o aparato estatal, exigindo sua intervenção em domínios fundamentais. Por isso, em sua dinâmica, a Carta Magna programática não se apresenta como diploma meramente conformador do *status quo*, mas sim como instrumento jurídico destinado a transformar a realidade social e a implementar políticas públicas⁵².

De tal sorte, o Estado de democracia social, cujas linhas-mestras já haviam sido traçadas pela Constituição mexicana de 1917, adquiriu na Constituição de Weimar, em 1919, uma estrutura mais elaborada, que veio a ser retomada em vários países depois do fim da II Grande Guerra (1939-1945). De certa forma, os dois grandes pactos internacionais de direitos humanos, votados

⁵¹ Ingo Wolfgang Sarlet, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2007, p. 55, adverte que os direitos de segunda dimensão não englobam apenas direitos de cunho positivo, mas também as denominadas liberdades sociais, do que dão conta os exemplos do direito de greve e da possibilidade de sindicalização, bem como o reconhecimento de direitos fundamentais aos trabalhadores, entre os quais o direito a férias e ao repouso semanal remunerado, a garantia de um salário mínimo e a limitação da jornada de trabalho. Portanto, de acordo com o autor, os direitos sociais abrangem bem mais do que os direitos de cunho prestacional, inobstante o cunho positivo possa ser considerado como o marco distintivo dessa nova fase na evolução dos direitos fundamentais.

⁵² Jorge Miranda, *Manual...*, tomo II, p. 15-26, ressalta que a ideia de Constituição dos séculos XVIII e XIX é de garantia, sendo que o Estado constitucional que daí surge é o que entrega à Carta Magna o prosseguir a salvaguarda da liberdade e dos direitos dos cidadãos. A Constituição do século XX, a seu turno, deixa de considerar como padrões fundamentais da vida da coletividade apenas as liberdades individuais e a separação de poderes para acrescentar os direitos econômicos, sociais e culturais, para acolher diferentes sentidos da pessoa humana e para estabelecer tarefas do poder político, persistindo, em qualquer caso, o designio de uma estrutura racionalizada do estatuto do Estado e de uma representação de como deve ser o poder e a comunidade política.

pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1966⁵³, foram o desfecho do processo de institucionalização da democracia social iniciado por aquelas duas Constituições do início do século passado, complementando os direitos civis e políticos na defesa da dignidade da pessoa humana⁵⁴.

Sintetizando o quadro histórico, pode-se afirmar que nas Constituições de feição programática constata-se a emergência de um renovado rol de direitos, baseados no conceito de igualdade, que não se reduzem aos direitos típicos das Constituições liberais, fundados na ideia de liberdade. Dessa maneira, enquanto no Estado liberal buscava-se fazer valer direitos contra o Poder Público, no Estado social exsurtem direitos através do Poder Público⁵⁵.

Daí porque os direitos de igualdade, por terem surgido depois dos direitos de liberdade, são chamados de *direitos de segunda dimensão*⁵⁶.

No entanto, o final do século XX e o início do século XXI trouxeram novos problemas à Constituição, de modo que a limitação do debate constitucional aos aspectos do Estado liberal e do Estado social tende a ser superada pela necessidade de resolver questões jurídicas decorrentes das mudanças tecnológicas, da crise do Estado-providência, da globalização, da vulnerabilidade ambiental e do agravamento de conflitos com repercussão internacional⁵⁷.

⁵³ Trata-se do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

⁵⁴ Fábio Konder Comparato, *ob. cit.*, p. 189. Por sua vez, José Afonso da Silva, *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, São Paulo, Malheiros, 2001, p. 135-136, observa que o Estado liberal permaneceu indiferente ao uso que era feito das liberdades e aos resultados que daí se seguiram. Sucede que a experiência histórica acabou demonstrando que o aparato estatal não era o único opressor dos cidadãos, pois os direitos oriundos do constitucionalismo liberal do século XVIII também estavam condicionados, em sua realização, a situações e poderes extraestatais, como os raciais, eclesiásticos e econômicos, de cujas pressões interessava libertar-se. Assim, de acordo com o autor, o Estado evoluiu e se apresentou como meio apropriado para realizar dita libertação, o que supunha a ampliação de sua atividade e de sua margem de intervenção, resultando no constitucionalismo social do século XX.

⁵⁵ José Carlos Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 57. Nesse contexto, Flávia Piovesan, *ob. cit.*, p. 36-37, entende que liberdade e justiça social são conceitos indissociáveis: sem a efetividade dos direitos econômicos, sociais e culturais, os direitos civis e políticos se reduzem a mera categoria formal, enquanto sem a realização dos direitos civis e políticos os direitos econômicos e sociais carecem de verdadeira significação.

⁵⁶ Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo, Malheiros, 2008, p. 564-565, nota que os direitos sociais passaram por um ciclo inicial de baixa normatividade e de duvidosa eficácia, por exigirem do Estado prestações materiais nem sempre resgatáveis por exiguidade, carência ou limitação essencial de meios e recursos. Todavia, consoante o autor, os direitos fundamentais de segunda dimensão tendem a tornar-se tão justiciáveis quanto os da primeira.

⁵⁷ Jorge Miranda, *Manual...*, tomo II, p. 29-30.

Nesse cenário, surge um novo tipo de direitos, cuja análise não pode ser feita apenas a partir da relação entre o indivíduo e o Estado, pois não são direitos de defesa, de participação ou de prestação, ultrapassando o plano meramente subjetivo para apresentar uma dimensão objetiva e protegendo bens que, embora possam ser individualmente atribuídos e aproveitados, ao mesmo tempo pertencem à coletividade e são de interesse da presente e das futuras gerações⁵⁸.

Dessa forma, e considerando que a Constituição passa a ter de criar instrumentos de segurança jurídica e de proteção da confiança em face desses relevantes aspectos, cabe observar que da reflexão sobre temas relativos à paz, ao desenvolvimento, ao ambiente e ao patrimônio comum da humanidade surgem direitos dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, tendo por destinatário todos os povos. São os denominados *direitos de terceira dimensão*, fundados na ideia de fraternidade e solidariedade⁵⁹.

Convém notar, ainda, que os direitos fundamentais de todas as dimensões não devem ser vistos apenas como fatores limitantes do poder do Estado, mas também como elementos definidores e legitimadores de toda a ordem jurídica positiva, até porque a previsão que a respeito deles consta na Carta Magna decorre de um concreto e objetivo sistema de valores⁶⁰.

Assim, cumpre lembrar que as Constituições brasileira e portuguesa consagraram referidas dimensões dos direitos fundamentais em sua integralidade e assumiram, na sua essência, o compromisso de integrar essas diferentes categorias num todo harmônico, mediante influências recíprocas⁶¹, restando presentes as ideias de acumulação, variedade e abertura: (a) acumulação, porque em cada momento histórico são formulados direitos adequados ao seu tempo e que subsistem juntamente com os da geração anterior e com os da geração

⁵⁸ José Carlos Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 62.

⁵⁹ Paulo Bonavides, *Curso...*, p. 569.

⁶⁰ Cristina Queiroz, *Direitos Fundamentais...*, p. 39.

⁶¹ Ingo Wolfgang Sarlet, *A Eficácia...*, p. 53, salienta que os direitos fundamentais, cuja trajetória iniciou com o reconhecimento formal nas primeiras Constituições escritas, de matriz liberal, se encontram em constante processo de transformação, culminando com a recepção, nos catálogos constitucionais e no Direito Internacional, de múltiplas e diferenciadas posições jurídicas, cujo conteúdo é tão variável quanto as transformações ocorridas na realidade social, política, cultural e econômica ao longo dos tempos. Dessa maneira, segundo o autor, a teoria dimensional dos direitos fundamentais não apenas aponta para o caráter cumulativo do processo evolutivo e para a natureza complementar de todos eles, mas também afirma sua unidade e indivisibilidade, superando o entendimento equivocado de que os direitos fundamentais se substituem ao longo do tempo.

seguinte, numa relação de complementaridade; (b) variedade, porque os direitos fundamentais não são uniformes e podem ter desdobramentos normativos; e (c) abertura, porque os catálogos constitucionais não esgotam o conjunto e o conteúdo dos direitos fundamentais, ao mesmo tempo em que esperam gerações de novos direitos e novas dimensões de direitos antigos⁶².

Saliente-se, nesse cenário, que apesar de os direitos fundamentais serem variáveis no tempo e no espaço, há sempre uma preocupação que lhes é subjacente: a proteção da dignidade da pessoa humana, expressamente consagrada no Direito Constitucional luso-brasileiro⁶³.

Portanto, a ideia de dignidade da pessoa humana e o conceito de direitos fundamentais são inseparáveis, mesmo nos ordenamentos jurídicos em que a dignidade não é expressamente referida na Constituição: se dada Carta Magna reconhece e assegura os direitos fundamentais inerentes à pessoa, também a dignidade lá estará presente como valor informador da ordem jurídica. Aliás, todos os direitos fundamentais consistem, ainda que com intensidade variável, em explicitações da dignidade da pessoa, ou seja, em cada direito fundamental se faz presente um conteúdo ou, pelo menos, alguma projeção dessa mesma dignidade⁶⁴.

Em síntese, a Lei Maior confere harmonia de significado e de valor ao conjunto de direitos fundamentais, além de atribuir concordância prática ao sistema normativo, tudo com fundamento na dignidade humana, isto é, na concepção que faz da pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado⁶⁵.

⁶² José Carlos Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 65-66.

⁶³ O artigo 1º da Constituição portuguesa prevê: “Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária”. Por sua vez, o artigo 1º, III, da Constituição brasileira, dispõe: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III – a dignidade da pessoa humana”.

⁶⁴ Ingo Wolfgang Sarlet, *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2008, p. 88.

⁶⁵ Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, tomo IV, Coimbra, Coimbra Editora, 2000, p. 180. Da mesma forma, José Carlos Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 97, para quem o princípio da dignidade da pessoa humana deve ser entendido como o primeiro princípio fundamental da Constituição e que se encontra na base do estatuto jurídico dos indivíduos, conferindo unidade de sentido ao conjunto dos preceitos relativos aos direitos fundamentais. De acordo com o autor, tais preceitos não se justificam isoladamente pela proteção de bens jurídicos avulsos, pois só ganham significado enquanto ordem que manifesta o respeito pela unidade existencial que cada homem é para além dos seus atos e atributos.

Feitas essas considerações, a análise da inconstitucionalidade por omissão impõe a avaliação do perfil da Constituição da República Portuguesa e da Constituição da República Federativa do Brasil, em face, sobretudo, dos direitos fundamentais que consagraram e das normas constitucionais que utilizaram para levar dita consagração a efeito.

No que tange à Constituição de Portugal, o artigo 9º, alínea d), determina ser tarefa fundamental do Estado promover o bem-estar e a qualidade de vida do povo e a igualdade real entre os portugueses, além de efetivar os direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais, mediante transformação e modernização das estruturas econômicas e sociais. No mesmo sentido, a título de exemplo, a Constituição portuguesa garante o direito à segurança social (artigo 63º), o direito à saúde (artigo 64º) e o direito à educação e à cultura (artigo 73º), além de ter previsão expressa a respeito dos direitos, liberdades e garantias (artigo 24º a artigo 57º).

No que concerne à Constituição do Brasil, o artigo 3º estabelece que são objetivos fundamentais do Estado o desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais e regionais e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de qualquer natureza. Ademais, tal Carta Magna também assegura, por exemplo, o direito à saúde (artigo 196), à educação (artigo 205) e à cultura (artigo 215), para além de estabelecer regramento sobre os direitos e deveres individuais e coletivos (artigo 5º) e sobre os direitos políticos (artigo 14 a artigo 16).

Em suma, buscando verificar o perfil da Constituição portuguesa e da Constituição brasileira, percebe-se que elas se caracterizam como textos constitucionais integrados por normas abertas e que apresentam feição programática⁶⁶, não só pela natureza jurídica dos direitos fundamentais que preveem, mas também pela maneira por meio da qual eles foram previstos. De toda sorte, ditas Leis Fundamentais, seguindo a linha das Cartas Constitucionais

⁶⁶ Nesse contexto, José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, p. 217-218, afirma que a Constituição portuguesa de 1976 é uma Carta Magna programática, porque contém numerosas normas-tarefa e normas-fim, definidoras de programas de ação e de linhas de orientação dirigidas ao Estado. Trata-se, pois, de uma Lei Fundamental não reduzida a um simples instrumento de governo, ou seja, não limitada à individualização dos órgãos estatais e à definição de competências. Em relação à Constituição brasileira de 1988, afirma seu perfil programático, entre outros, Flávia Piovesan, *ob. cit.*, p. 47.

contemporâneas, não se limitam a estabelecer os direitos originários do Estado liberal, mas buscam a transformação social, em consonância com a função promocional do Direito, sem perder de vista as relevantes questões postas pela modernidade⁶⁷.

Veja-se que a programaticidade das Constituições faz com que seu conteúdo normativo abranja todas, ou quase todas, as matérias de interesse da sociedade e do Estado, o que, em princípio, poderia levar à conclusão de queda do seu grau de juridicidade. No entanto, a adequada compreensão da abertura das normas constitucionais e do caráter programático da Constituição conduz à necessidade de converter seu conteúdo aparentemente enunciativo em direitos acionáveis, transformando a esfera abstrata de princípios e regras em ordem concreta de normas providas de efetividade, evitando a erosão da consciência constitucional e contribuindo para a construção de um conceito jurídico-político de Constituição.

Em outros termos, segundo aqui se defende, a Constituição não pode ser mera folha de papel, devendo, pois, atuar em concreto; para atuar em concreto e para manter sua força normativa, aliando estabilidade e dinamicidade, a Carta Magna acaba adotando normas de feição aberta e que lhe conferem perfil programático; e, verificando-se as características em questão, as ações legislativas infraconstitucionais de caráter complementar tornam-se indispensáveis.

Assim, em Estados que adotaram Constituições programáticas e que são compostas por normas abertas (como Portugal e Brasil), a concretização constitucional não será possível com meras abstenções do Estado, senão com uma atuação efetiva que afaste o silêncio estatal: o sucesso na realização das Constituições portuguesa e brasileira está condicionado ao controle das omissões do Poder Público, aí incluído o legislador, capaz de frustrar o cumprimento da

⁶⁷ Paulo Bonavides, *Curso...*, p. 230-237, salienta que se as Constituições houvessem interrompido a sua progressiva continuidade no modelo liberal, a eficácia de suas normas não teria sido objeto de profundo abalo, conforme aconteceu no século XX. Todo o sistema constitucional, que a ciência jurídica do século XIX fizera aparentemente sólido, entrou em crise e colapso: as antigas Constituições, obsoletas ou ultrapassadas, viram criar-se ao redor de si o clima da programaticidade com que os modernos princípios buscavam cristalizar um novo Direito, a partir do qual se operou a elaboração das Constituições do século XX. Estava inaugurada a fase, até agora não ultrapassada, consoante o autor, das Constituições programáticas.

Carta Magna⁶⁸. Nesse contexto, cabe ao constitucionalismo contemporâneo encontrar meios para dar plena eficácia às normas supremas, a fim de que elas tenham máximo valor de regulamentação, sob pena de se admitir a quebra da unidade normativa constitucional⁶⁹.

Logo, tendo em vista a inquestionável relação existente entre Constituição e direitos fundamentais, mostra-se necessário verificar em que termos e quais as alternativas que se colocam para que a supremacia da Carta Magna seja assegurada no ordenamento jurídico: prestigiar a Lei Maior como norma suprema e zelar por sua força normativa significa colocar os direitos fundamentais em posição destacada na ordem jurídica, ao passo que desprezar a Constituição e desconsiderar sua supremacia implica permitir que também eles sejam postos em plano secundário⁷⁰.

1.3 Supremacia

A história constitucional revela, em seu desenvolvimento, a preocupação de preservar a Constituição enquanto norma suprema da ordem jurídica e como condição para a própria sobrevivência de uma sociedade democrática. Em outras palavras, a supremacia da Carta Magna consiste em que as leis infraconstitucionais não podem derogá-la, o que compreende, por isso mesmo, a natural consequência de que não podem violar nem alterar suas disposições. Se a Lei Maior tem a particularidade de transformar em antijurídico tudo o que a viole, e

⁶⁸ Ignacio Villaverde, *La inconstitucionalidad por omisión de los silencios legislativos*, in Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario, nº 8, 1996, p. 119, destaca que procurar no Estado social fundamentos para o controle dos silêncios legislativos é uma proposta parcialmente incorreta, pois a resposta deve ser buscada no Estado democrático. Para o autor, a solução das omissões legislativas passa pelo restabelecimento da supremacia da Constituição democrática, quando o legislador vulnera com seu silêncio as normas constitucionais, sejam estas relativas ou não ao Estado social.

⁶⁹ Jorge Miranda, *Manual...*, tomo VI, p. 275-276, adverte que a inconstitucionalidade por omissão de atos legislativos é fenômeno jurídico ligado à estrutura de determinadas normas constitucionais, que pode surgir em face de qualquer Lei Fundamental, apesar de sua importância variar de acordo com as concepções políticas e jurídicas dominantes: nas Constituições liberais, em que as normas substantivas são quase todas orgânicas e as normas de fundo circunscrevem-se aos direitos, liberdades e garantias, não se reveste de grande interesse, embora não deixe de se manifestar, enquanto nas Constituições de feição programática, em que as normas de fundo e as normas de garantia passam a prever direitos sociais e a organização econômica, tende a avultar.

⁷⁰ Ingo Wolfgang Sarlet, *A Eficácia...*, p. 72, considera que além da estreita vinculação entre as noções de Estado de Direito, Constituição e direitos fundamentais, estes, sob o aspecto de concretizações do princípio da dignidade da pessoa humana, bem como dos valores da igualdade, liberdade e justiça, constituem condição de existência e medida da legitimidade de um autêntico Estado democrático e social de Direito.

se o que a viole é por isso mesmo insuscetível de aplicação, é evidente que isso se deve porque a Constituição é lei suprema⁷¹.

Em verdade, a Constituição acaba por fixar a fronteira entre o lícito e o ilícito, distinguindo o que é direito constitucional e o que é direito infraconstitucional: a ideia de supremacia significa que a Carta Magna deve ser utilizada como parâmetro para aferir a legitimidade e a ilegitimidade dos demais atos normativos que compõem o ordenamento, configurando uma regra de resolução de conflitos ao romper com o preceito hermenêutico segundo o qual *lex posterior derogat legi priori*⁷².

Em Portugal, a supremacia da Constituição na hierarquia da ordem jurídica pode ser extraída de seu artigo 3º, nº 2 e nº 3, que exprimem, respectivamente, a indispensável vinculação dos poderes públicos ao estabelecido na Lei Fundamental (enunciado geral do princípio da constitucionalidade) e a necessária conformidade dos atos jurídico-públicos ao disposto na Carta Magna (enunciado específico do princípio da constitucionalidade)⁷³.

Dessa forma, no Direito Constitucional, em geral, e no Direito Constitucional português, em especial, a supremacia da Constituição na hierarquia do ordenamento jurídico se expressa pela rigidez constitucional e pelo controle da constitucionalidade⁷⁴. E são ditos conceitos que permitem, também no Direito Constitucional brasileiro, afirmar que a Constituição é suprema na respectiva ordem jurídica, já que nesta Lei Fundamental não existem regras análogas ao nº 2 e ao nº 3 do artigo 3º da Constituição portuguesa.

⁷¹ José Afonso da Silva, *Curso...*, p. 45, ressalta que a supremacia significa que a Constituição se coloca no vértice do sistema jurídico, a que confere validade, e que os poderes estatais só são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuída, estruturando o Estado e organizando seus órgãos.

⁷² Cristina Queiroz, *Interpretação Constitucional e Poder Judicial*, Coimbra, Coimbra Editora, 2000, p. 15.

⁷³ Carlos Blanco de Moraes, *Justiça Constitucional*, tomo I, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, p. 120-122.

⁷⁴ Javier Pérez Royo, *Curso de Derecho Constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 1998, p. 146-147, considera que a previsão de um procedimento de reforma da Constituição distinto do procedimento legislativo ordinário traduz-se num importante meio de tutela da Lei Fundamental, na medida em que esta não fica à disposição do legislador. Tal forma de proteção é, porém, uma garantia extraordinária, a garantia “dos domingos” ou “dos dias de festa”, uma vez que a Lei Fundamental não é reformada todos os dias. Por isso, segundo o autor, é imprescindível completar a rigidez da Carta Magna com a possibilidade de controle da constitucionalidade das leis, uma garantia ordinária, “dos dias de trabalho” ou “de todos os dias”, que permite de fato afirmar a presença da Constituição como norma suprema do ordenamento jurídico.

Veja-se que a análise da supremacia da Constituição em face das omissões legislativas é importante por pelo menos dois aspectos: (a) sob o prisma da rigidez constitucional, a fiscalização da inconstitucionalidade por omissão é uma de suas manifestações, tendo sido arrolada como limite material à revisão constitucional portuguesa; e (b) sob o prisma da fiscalização judicial da constitucionalidade, a verificação das omissões, juntamente com o controle sucessivo e com o controle preventivo, compõem o conjunto de mecanismos à disposição do Tribunal Constitucional para a tutela abstrata da Carta Magna.

1.3.1 Rigidez constitucional

A rigidez constitucional consiste no caráter especial e agravado do processo de revisão da Constituição, quando confrontado com o procedimento legislativo ordinário, expressando-se por um conjunto de obstáculos antepostos à vontade do legislador constitucional e que, na Lei Fundamental portuguesa, revestem a natureza de limites temporais (artigo 284º), formais (artigo 285º a artigo 287º), materiais (artigo 288º) e circunstanciais (artigo 289º)⁷⁵.

Sendo assim:

(a) Limites temporais: a Constituição portuguesa pode ser revista pela Assembleia da República decorridos cinco anos sobre a data da publicação da última lei de revisão ordinária. No entanto, a Assembleia da República pode assumir, em qualquer momento e observadas as demais limitações, poderes de revisão extraordinária por maioria de quatro quintos dos deputados em efetividade de funções;

(b) Limites formais: a iniciativa da revisão compete aos deputados, sendo que as alterações dependem de aprovação por maioria de dois terços dos que estiverem no exercício das funções e, uma vez ocorridas, serão reunidas em uma única lei de revisão, que poderá ter a promulgação recusada pelo Presidente da

⁷⁵ Carlos Blanco de Moraes, *ob. cit.*, p. 57. No entanto, José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, p. 1435, observa que a necessidade da Constituição harmonizar a pretensão de estabilidade com a pretensão de dinamicidade exige a relativização da distinção entre constituições rígidas e constituições flexíveis, de sorte que a ideia de dimensões estruturantes estáveis da Carta Magna deve ser compatibilizada com aberturas suficientes para captar a dinâmica própria da vida política e social, porquanto o futuro também é uma tarefa indeclinável da Carta Magna.

República. Além disso, as alterações da Constituição serão inseridas no lugar próprio, mediante substituições, supressões e aditamentos necessários, sendo que o texto constitucional, em sua nova redação, será publicado conjuntamente com a lei de revisão;

(c) Limites materiais: as leis de revisão terão de respeitar a independência nacional e a unidade do Estado; a forma republicana de governo; a separação entre Igreja e Estado; os direitos, liberdades e garantias dos cidadãos; os direitos dos trabalhadores, das comissões de trabalhadores e das associações sindicais; a coexistência do setor público, do setor privado e do setor cooperativo e social de propriedade dos meios de produção; a existência de planos económicos no âmbito de uma economia mista; o sufrágio universal, direto, secreto e periódico na designação dos titulares eletivos dos órgãos de soberania, das regiões autónomas e do poder local, bem como o sistema de representação proporcional; o pluralismo de expressão e a organização política, incluindo partidos políticos e o direito de oposição democrática; a separação e a interdependência dos órgãos de soberania; a fiscalização da constitucionalidade por ação ou por omissão de normas jurídicas; a independência dos tribunais; a autonomia das autarquias locais; e a autonomia político-administrativa dos arquipélagos dos Açores e da Madeira;

(d) Limites circunstanciais: nenhum ato de revisão constitucional poderá ser praticado na vigência de estado de sítio ou de estado de emergência, sendo que a declaração de um ou outro acarreta a proibição de começar ou a suspensão automática do processo que tiver sido iniciado.

No Brasil, nesse contexto, não se trata de revisão da Constituição, com a consequente lei de revisão, mas de reforma da Constituição, com a consequente emenda constitucional⁷⁶. De qualquer forma, os limites existentes na Lei Fundamental do Brasil são formais (artigo 60, I, II e III, e parágrafos 2º, 3º e 5º), circunstanciais (artigo 60, parágrafo 1º) e materiais (artigo 60, parágrafo 4º): não

⁷⁶ A doutrina brasileira entende que o conceito de revisão constitucional só pode ser utilizado corretamente no contexto definido pelo artigo 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, ao determinar que a revisão constitucional deveria ser realizada após cinco anos, contados da promulgação da Constituição (05.10.1988), pelo voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão unicameral. Em outras palavras, no Brasil a revisão constitucional já ocorreu, sendo que daí para frente as alterações ocorridas devem ser consideradas como emendas à Constituição.

existem limites temporais, já que, preenchidos os requisitos, o texto constitucional brasileiro pode ser alterado a qualquer tempo⁷⁷.

Dessa forma:

(a) Limites formais: a Constituição brasileira poderá ser emendada mediante proposta de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; do Presidente da República; e de mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros. Além disso, a proposta será discutida e votada nas duas casas do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambas, três quintos dos votos dos respectivos membros. Na hipótese de rejeição da proposta, a matéria nela constante não poderá ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa;

(b) Limites circunstanciais: a Constituição do Brasil não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio;

(c) Limites materiais: não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos poderes; e os direitos e garantias individuais⁷⁸.

Ademais, a doutrina constitucional luso-brasileira, juntamente com os limites expressos, aponta a existência de limites implícitos à mudança da Constituição, ou seja, matérias que, apesar de não serem articuladas no texto constitucional, acabam por vincular o constituinte derivado.

⁷⁷ Infelizmente, contudo, na falta de uma maior consciência constitucional, o Brasil se ressentiu da ausência de limitações temporais, porquanto desde 1988 até hoje foram editadas mais de sessenta emendas à Constituição, ao passo que em Portugal, de 1976 até o momento, foram sete os processos de revisão constitucional (1982, 1989, 1992, 1997, 2001, 2004 e 2005).

⁷⁸ Ingo Wolfgang Sarlet, *A Eficácia...*, p. 430, ressalta, a propósito da Constituição brasileira, mas em lição também aplicável à Carta Magna portuguesa, que a proteção outorgada pelo constituinte aos direitos fundamentais, incluindo-os no rol das cláusulas pétreas, não alcança as dimensões de absoluta intangibilidade, já que apenas a abolição efetiva ou tendencial se encontra vedada, por aplicação da tese da preservação do núcleo essencial. No entanto, consoante o autor, não há como determinar em abstrato, para todos os direitos fundamentais, a amplitude de sua proteção contra reformas constitucionais, pois ela deverá ser diferenciada em face do direito fundamental que estiver em causa e só poderá ser aferida à luz do caso concreto.

Nesse contexto, o limite implícito de maior importância é o que acarreta a impossibilidade de supressão das limitações expressas arroladas pelo constituinte originário ao poder de reforma da Constituição, afastando-se, assim, a tese do duplo processo de revisão⁷⁹, segundo a qual os limites materiais explícitos são válidos, mas podem ser modificados ou revogados pelo legislador da revisão constitucional, abrindo-se caminho para, num momento ulterior, serem também removidos os próprios princípios a eles correspondentes⁸⁰.

Repare-se que admitir a dupla revisão implicaria aceitar a violação de normas constitucionais que estabelecem a imodificabilidade de outros dispositivos da Carta Magna, o que poderia implicar verdadeira ruptura constitucional. De qualquer modo, não aceitar a tese da dupla revisão não significa impedir alterações que venham a se mostrar legítimas, isto é, que não atinjam o núcleo essencial das limitações e que não impliquem verdadeira fraude à Constituição⁸¹.

Tendo em vista o exposto, as finalidades perseguidas pelo legislador com o estabelecimento de uma Carta Magna rígida são a salvaguarda da hierarquia e a estabilização do conteúdo definido pelo constituinte originário⁸²: (a) quanto à primeira, a rigidez impede que as normas constitucionais percam o seu caráter de suprallegalidade, porquanto as disposições da Lei Fundamental só são modificáveis a partir de processo diverso e mais exigente do que aquele previsto

⁷⁹ Gilmar Ferreira Mendes, *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*, São Paulo, Saraiva, 2007, p. 442-443, nota que a ideia de continuidade e de identidade da Constituição não protege apenas os princípios contemplados pelas garantias de eternidade, pois a própria cláusula de eternidade é insuscetível de alteração, de sorte a ser afastada a tese da dupla revisão constitucional.

⁸⁰ Paulo Bonavides, *Curso...*, p. 203, afirma que a modificação do sistema de revisão pelo próprio poder revisor conferiria ao constituinte derivado características que ele não possui e que são exclusivas do poder constituinte originário, que é o único a deter competência ilimitada e soberana, além de legitimidade para alterar o procedimento reformista. Além disso, Alexandre de Moraes, *Direito Constitucional*, São Paulo, Atlas, 2006, p. 624, e José Afonso da Silva, *Curso...*, p. 68, apontam igualmente como limite implícito a impossibilidade de o constituinte derivado alterar o titular do poder reformador, estabelecido pelo constituinte originário.

⁸¹ José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, p. 1067-1069. Por sua vez, Jorge Miranda, *Manual...*, tomo II, p. 230-231, salienta que as regras do processo de revisão são suscetíveis de modificação como quaisquer outras normas, sendo possível defender, sem com isso diminuir o sentido da Constituição, que o período entre duas revisões ordinárias passe a ser de quatro ou de seis anos em vez de cinco, que a maioria para revisar passe a ser de três quintos em vez de dois terços ou que as leis de revisão passem a ser sujeitas, facultativa ou obrigatoriamente, a referendo. Só não serão modificáveis, consoante o autor, aquelas regras que tenham a ver com princípios basilares da Constituição e, desse modo, com limites materiais.

⁸² José Julio Fernandez Rodriguez, *ob. cit.*, p. 142, adverte que a Constituição é um documento de caráter jurídico-político e que possui funções derivadas de sua natureza peculiar, das quais uma delas, insubstituível no mundo atual, é a função transformadora da sociedade, que exige uma conduta ativa por parte dos poderes constituídos e que tem por consequência a necessidade de se aceitar o controle das omissões inconstitucionais.

para a alteração das leis ordinárias; e (b) quanto à segunda, a rigidez consiste em fator de limitação ao constituinte derivado e à edição de normas no exercício do poder de reforma/revisão, impondo prazos e exigindo maiorias qualificadas de difícil obtenção na prática⁸³.

1.3.2 Fiscalização judicial da constitucionalidade

1.3.2.1 Noções

A Constituição é *lex superior* porque prevê um conjunto de requisitos necessários para a produção de outras espécies normativas (supralegalidade formal) e porque lhe é reconhecido um valor normativo hierarquicamente superior nos assuntos dos quais se ocupa (supralegalidade material)⁸⁴, isto é, trata-se de um complexo de princípios e regras que os órgãos competentes obrigatoriamente devem observar no exercício de suas atribuições.

Isso significa que o Estado de Direito democrático ficaria incompleto e enfraquecido se não assegurasse um mínimo de proteção à sua Lei Fundamental, especificando sanções contra condutas dos órgãos de soberania e do Poder Público não conformes à Constituição, cenário em que a fiscalização da constitucionalidade das leis e dos demais atos normativos estatais apresenta-se com proeminência⁸⁵.

Sendo assim, embora o conceito de inconstitucionalidade esteja sempre em formação, até porque segue a dinâmica inerente à Carta Magna e às matérias que esta regula, nele é possível detectar um núcleo mínimo e intangível: constitucionalidade e inconstitucionalidade são juízos decorrentes da relação que se estabelece entre a Constituição e um comportamento que com ela é ou não compatível.

⁸³ Carlos Blanco de Moraes, *ob. cit.*, p. 59-62.

⁸⁴ José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, p. 890.

⁸⁵ José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, p. 888-889, destaca que não só a fiscalização judicial é meio de defesa da Constituição, mas também a vinculação do Poder Público à Lei Fundamental (princípio da constitucionalidade da ação do Estado), a fixação de limites para a revisão constitucional e a separação e interdependência de poderes (que estabelecem esquemas de responsabilidade e controle entre os órgãos de soberania) auxiliam a exercer tal tarefa. Além disso, Jorge Bacelar Gouveia, *Manual de Direito Constitucional*, volume II, Coimbra, Almedina, 2005, p. 1301, arrola como possível medida de proteção da Constituição também o estado de exceção constitucional, reconhecendo o aparente paradoxo segundo o qual a defesa da Carta Magna pode vir a impor sua suspensão e modificação substancial.

Portanto, são pelo menos três os elementos necessários para que a inconstitucionalidade se configure: (a) Constituição; (b) comportamento do Poder Público; e (c) relação entre este e aquela⁸⁶.

O *primeiro elemento* da relação de inconstitucionalidade é a Constituição, não em sentido genérico ou em bloco, mas com referência a uma norma determinada que esteja em vigor (regras e princípios). Destaque-se que, no limite, a relação de inconstitucionalidade pode ter por parâmetro até mesmo uma norma revogada pelo constituinte derivado, desde que a questão esteja fundada em situações produzidas durante o seu tempo de vigência⁸⁷.

O *segundo elemento* da relação de inconstitucionalidade é o comportamento do Poder Público (normativo ou não normativo, geral ou individual, abstrato ou concreto), isto é, de entidades públicas e de entidades privadas investidas de autoridade pública⁸⁸, não dos particulares nas relações jurídico-privadas nem nas relações jurídico-públicas⁸⁹. Além disso, especificamente no campo normativo, cabe reparar que o comportamento sob análise deve ser de cunho infraconstitucional, ou constitucional a partir de revisão, e de Direito interno, podendo ainda ser positivo (uma ação) ou negativo (uma omissão), distinção que é fundamental para a compreensão do estudo ora desenvolvido⁹⁰.

⁸⁶ Jorge Bacelar Gouveia, *Manual...*, p. 1302-1303, considera que os requisitos nesse contexto exigidos para a existência de inconstitucionalidade são: (a) a Constituição como parâmetro de constitucionalidade, nas suas regras e princípios pertinentes; (b) o ato jurídico-público como objeto do exame de constitucionalidade, em todas as suas vertentes; (c) uma relação de discrepância dispositiva, ocorrendo contradição nos sentidos normativos que em ambos os elementos se obtêm; e (d) uma contradição que se apresente constitucionalmente relevante.

⁸⁷ Jorge Miranda, *Manual...*, tomo VI, p. 9.

⁸⁸ José Carlos Vieira de Andrade, *A fiscalização da constitucionalidade das "normas privadas" pelo Tribunal Constitucional*, in Revista de Legislação e de Jurisprudência, nº 3921, 2001, p. 362-363, observa que o conceito de norma para efeitos de fiscalização da constitucionalidade deveria abranger, em princípio, quaisquer normas jurídicas vinculativas, aí incluídos os atos normativos privados que, embora não sejam praticados ao abrigo de uma delegação ou de uma concessão formal do Poder Público, visam à satisfação de interesses públicos e obtêm reconhecimento do ordenamento jurídico estatal. Segundo o autor, não se trata de transformar o Tribunal Constitucional num tribunal dos direitos fundamentais, cometendo-lhe a fiscalização da generalidade dos negócios jurídicos privados, pois é indispensável a existência de um verdadeiro poder normativo privado, isto é, de uma determinação heterônoma, suscetível de valer contra ou independentemente da vontade ou do consentimento dos destinatários.

⁸⁹ José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, p. 944, salienta que os atos normativos privados podem violar normas constitucionais e até serem inválidos por isso, mas os meios de defesa e proteção disponíveis são os meios judiciais comuns de impugnação de atos ilícitos, não os instrumentos de controle da constitucionalidade de normas jurídico-públicas.

⁹⁰ Jorge Miranda, *Manual...*, tomo VI, p. 10-11.

Tal significa que no Estado de Direito o âmbito de conformação legislativa não é um espaço de livre atuação do legislador, mas uma área delimitada positiva e negativamente pela Lei Fundamental. Assim, inconstitucional é o ato normativo produzido em dissonância com a Constituição, seja no aspecto formal, representando afronta ao processo de produção normativa por ela previsto, seja no aspecto material, significando desrespeito ao conteúdo por ela consagrado, bem como o silêncio do legislador que deixa de editar o ato normativo exigido apesar do dever específico que lhe foi imposto pela Carta Magna.

O fundamento da inconstitucionalidade está no fato de que do princípio da supremacia da Constituição resulta o da necessária compatibilidade vertical da conduta do legislador infraconstitucional com a Carta Magna, isto é, as ações e omissões legislativas somente valerão se forem compatíveis com as normas de grau superior. Assim, sendo a Constituição a norma de máxima hierarquia, a ação legislativa com ela incompatível será inválida, pois a incompatibilidade vertical resolve-se em favor da norma que funciona como fundamento de validade das inferiores⁹¹, ao passo que a inércia do legislador poderá ser objeto de verificação da inconstitucionalidade por omissão pelo Tribunal Constitucional e pelo Supremo Tribunal Federal, viabilizando a utilização dos mecanismos de proteção secundária, em especial a responsabilização civil do Estado.

Note-se que a inconstitucionalidade por ação corresponde a um comportamento ativo contrário à Carta Magna, enquanto a inconstitucionalidade por omissão é inobservância que resulta de abstenção, inércia ou silêncio do legislador, que deixa de editar as disposições integrativas exigidas pela Lei Fundamental.

O *terceiro elemento* da relação de inconstitucionalidade é o nexó entre o comportamento do Poder Público e a Constituição, isto é, uma infração direta e imediata da Carta Magna por ação ou omissão infraconstitucional suficiente para implicar não apenas contradição e incompatibilidade, mas inadequação e desconformidade com as disposições supremas, acarretando invalidade quanto às normas de Direito interno e ineficácia quanto às normas de Direito internacional recebidas na ordem interna⁹².

⁹¹ José Afonso da Silva, *Curso...*, p. 47.

⁹² Jorge Miranda, *Manual...*, tomo VI, p. 12-13.

Nesse contexto, é de se destacar que Brasil e Portugal têm um sistema de justiça constitucional de natureza mista⁹³, que resulta da circunstância de haver, ao mesmo tempo, um controle difuso ou concreto de constitucionalidade, a cargo dos juízes e tribunais em geral, e um controle concentrado ou abstrato, de competência exclusiva do Tribunal Constitucional (em Portugal) e do Supremo Tribunal Federal (no Brasil). Todavia, também aqui existe uma distinção importante entre a Lei Fundamental portuguesa e a Lei Fundamental brasileira: nesta, só há fiscalização preventiva da constitucionalidade feita pelo Legislativo e pelo Executivo⁹⁴, de maneira que o Judiciário nada faz nessa seara⁹⁵.

1.3.2.2 Modelos de controle

No Direito Constitucional luso-brasileiro, conforme já enunciado, a fiscalização da constitucionalidade pode ser dividida em dois grandes gêneros: o controle difuso e o controle concentrado.

1.3.2.2.1 Controle difuso

O controle difuso ou concreto é assim chamado porque qualquer tribunal que tenha de decidir um determinado caso está obrigado, em virtude da sua vinculação à Constituição, a fiscalizar se as normas jurídicas aplicáveis à espécie são ou não válidas⁹⁶, isto é, sem o caso concreto e sem a provocação de um dos

⁹³ Fernando Alves Correia, *Direito Constitucional: A Justiça Constitucional*, Coimbra, Almedina, 2001, p. 49, salienta que o modelo norte-americano e o modelo austríaco influenciaram os sistemas de justiça constitucional de vários países europeus e de diferentes países ibero-americanos. Por isso, consoante o autor, muitos deles conhecem sistemas mistos de fiscalização da constitucionalidade das normas jurídicas, que procuram conjugar as notas típicas daqueles dois modelos de justiça constitucional, naquilo que pode ser chamado de “evolução convergente” ou de “progressiva fusão” dos controles difuso e concentrado.

⁹⁴ Alexandre de Moraes, *ob. cit.*, p. 664-665, nota que o controle preventivo realizado pelo Legislativo é feito pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com competência para opinar sobre aspectos constitucionais, legais e regimentais de projetos e emendas sujeitos à apreciação do Legislativo federal. O controle preventivo efetuado pelo Executivo, a seu turno, é feito pelo Presidente da República, que poderá se utilizar do veto jurídico contra projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional, caso vislumbre a existência de inconstitucionalidade.

⁹⁵ O Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 466, publicada no Diário da Justiça de 10.05.1991, deixou claro que a Constituição de 1988 não previu a possibilidade de fiscalização abstrata preventiva de meras proposições normativas: atos legislativos ainda em fase de formação, com tramitação procedimental não concluída e que configuram simples proposta de direito novo, não ensejam e não dão margem ao controle concentrado ou em tese de constitucionalidade, que supõe (ressalvadas as situações configuradoras de omissão juridicamente relevante) a existência de espécies normativas definitivas, perfeitas e acabadas.

⁹⁶ José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, p. 901.

litigantes não haverá intervenção judicial. Assim, a sentença que encerra a controvérsia constitucional não conduz à anulação ou à invalidade da lei, mas apenas à sua não aplicação ao caso particular, objeto da demanda, com efeitos limitados às partes em juízo (*inter partes*).

Em outros termos, a partir da decisão em controle difuso a lei que ofende a Constituição não desaparece da ordem jurídica e pode ser aplicada noutro feito, diante do mesmo ou de outro juiz, a menos que o poder competente a revogue, pois o julgado não ataca a lei em abstrato e não implica o cancelamento das suas disposições, cuja utilização fica tolhida apenas para a espécie demandada⁹⁷: aqui, a declaração de inconstitucionalidade não é pedido, mas causa de pedir, e só é apreciada na medida em que seja relevante para a solução do caso *sub judice*.

Note-se que tal modelo de fiscalização também é denominado de controle norte-americano de constitucionalidade, pois sua origem pode ser encontrada na decisão proferida pelo juiz Marshall no caso *Marbury vs. Madison*⁹⁸, que lançou as bases para o entendimento segundo o qual a Constituição obrigatoriamente deve ter supremacia sobre a lei ordinária, independentemente de menção expressa nesse sentido.

Segundo Marshall, os poderes do Legislativo devem ser definidos e limitados, o que justifica a existência de Constituições escritas: se a definição e a limitação de tais poderes não fossem necessárias, não haveria motivos para reduzi-los à forma escrita, porquanto a cada momento poderiam ser alterados por aqueles cuja competência se pretende restringir. Assim, ou a Constituição controla todo ato legislativo que a contrarie, ou o legislador, por um ato ordinário, poderá modificá-la, o que é inaceitável.

Em conclusão, fundando definitivamente o controle difuso, Marshall considera que, sendo dever do Judiciário declarar o direito, eventual colisão entre lei e Constituição no caso concreto deve ser decidida pelos tribunais de acordo

⁹⁷ Paulo Bonavides, *Curso...*, p. 302-303.

⁹⁸ Fernando Alves Correia, *Direito Constitucional...*, p. 48-49, afirma que o caso *Marbury vs. Madison*, decidido em 1803, é o verdadeiro momento autoral do sistema norte-americano de justiça constitucional, baseado na ideia de que a linguagem da Carta Magna dos Estados Unidos confirmava e reforçava um princípio essencial de toda a Constituição escrita, ou seja, que uma lei que lhe for contrária é nula e que os tribunais e os demais poderes devem estar vinculados ao texto constitucional.

com a Carta Magna, ignorando o diploma legal que porventura a desrespeite: se o ato legislativo que se opõe à Constituição é nulo, ele não pode vincular os tribunais nem obrigar que estes lhe reconheçam efeito⁹⁹.

1.3.2.2.2 Controle concentrado

O controle concentrado ou abstrato é assim denominado porque as questões de inconstitucionalidade são levantadas mediante processo constitucional autônomo, cuja competência para julgamento é reservada a um único órgão, com exclusão de qualquer outro, não configurando um processo contraditório de partes, mas um processo que visa, sobretudo, à defesa da Constituição através da eliminação de atos normativos contrários ao texto constitucional: aqui, a declaração de inconstitucionalidade não é causa de pedir, mas pedido, e deve ser apreciada em razão da própria natureza da ação em que é deduzida.

Deve-se reparar que tal forma de controle permite a impugnação de uma norma inconstitucional independentemente da existência de qualquer litígio em concreto, por meio de uma ação de inconstitucionalidade específica para tanto prevista formalmente na Constituição. Trata-se, ao contrário da fiscalização difusa, de um controle direto a ser realizado pelo tribunal competente, a partir de provocação de um número restrito de entidades¹⁰⁰, que implica a perda de validade normativa contra todos (*erga omnes*) e a remoção da lei da ordem jurídica com a qual se apresente incompatível¹⁰¹.

Em Portugal, dito modelo de fiscalização pode ser dividido em três espécies: (a) controle preventivo ou *a priori*, que acontece antes do início da vigência das normas jurídicas; (b) controle sucessivo ou *a posteriori*, que ocorre depois de as normas terem passado a fazer parte do ordenamento jurídico; e (c) controle da inconstitucionalidade por omissão, que se dá quando o legislador infraconstitucional deixa de editar a legislação integrativa exigida pela Constituição¹⁰².

⁹⁹ Paulo Bonavides, *Curso...*, p. 306-307.

¹⁰⁰ José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, p. 900.

¹⁰¹ Paulo Bonavides, *Curso...*, p. 307.

¹⁰² No Brasil, a fiscalização abstrata abrange apenas aquilo que em Portugal é chamado de controle sucessivo e de controle da inconstitucionalidade por omissão.

Veja-se que tal modelo de fiscalização também é denominado de controle austríaco de constitucionalidade, pois sua origem pode ser encontrada na concepção de Hans Kelsen¹⁰³, que apesar de posta em xeque no debate que travou com Carl Schmitt sobre quem deve ser o guardião da Constituição, até hoje define o esquema básico de atuação do juiz constitucional.

Nesse passo, a discussão acerca da legitimidade da justiça constitucional, se já é importante quanto se tem em vista a inconstitucionalidade por ação, torna-se ainda mais relevante na seara das omissões inconstitucionais, que exigem a indispensável análise de qual o papel que deve, e não só, que pode ser exercido pelo guardião da Constituição quando chamado a verificar a conformidade de certo silêncio legislativo com determinada Lei Fundamental.

Cumprir destacar, nesse contexto, em que termos foi posta a controvérsia entre Kelsen e Schmitt¹⁰⁴, pois, a final, é possível notar que um dos problemas centrais da verificação da inconstitucionalidade por omissão, como expressão do controle concentrado a cargo do Tribunal Constitucional, aí encontra fundamento, apesar de sua consagração na Constituição portuguesa ter ocorrido somente em 1976 e na Constituição brasileira em 1988¹⁰⁵.

Do debate acima referido, percebe-se, inicialmente, que os posicionamentos de Kelsen e Schmitt decorrem de dois conceitos diferentes de Constituição, pois à concepção normativista de Kelsen contrapunha-se a concepção decisionista de Schmitt, o que acaba refletindo na ideia que cada um

¹⁰³ Alexandre de Moraes, *ob. cit.*, p. 686-687, salienta que o controle concentrado surgiu com a Constituição austríaca de 1920, que criou um tribunal com exclusividade para o exercício do controle judicial da constitucionalidade das leis e atos normativos (Tribunal Constitucional), em oposição ao sistema norte-americano, pois não se pretendia a resolução de casos concretos, mas a anulação genérica da lei ou de ato normativo incompatível com as normas constitucionais. No entanto, a consagração efetiva da necessidade de sujeição da vontade parlamentar à Constituição, com a conseqüente criação dos Tribunais Constitucionais europeus, acabou por ocorrer a partir dos acontecimentos da II Grande Guerra.

¹⁰⁴ Conforme esclarece Fernando Alves Correia, *Direito Constitucional...*, p. 39, o destaque do debate histórico entre Kelsen e Schmitt, travado nos anos 1929-1931, não é motivado por mera curiosidade sobre a arqueologia do Direito Constitucional, mas sim pela circunstância de tal controvérsia revelar um problema nuclear, e bem atual, da justiça constitucional, que é o da sua legitimidade.

¹⁰⁵ Em verdade, os problemas que cercam a inconstitucionalidade por omissão têm origem em pelo menos quatro concepções equivocadas, cada uma delas analisada ao longo desta tese: (a) na excessiva limitação do guardião da Constituição ao papel de legislador negativo; (b) na excessiva valorização do princípio da separação de poderes; (c) no excessivo apego à literalidade do artigo 283º da Constituição portuguesa e do artigo 103, parágrafo 2º, da Constituição brasileira; e (d) na excessiva vinculação do instituto aos direitos econômicos, sociais e culturais.

apresenta acerca de quem deve fazer a defesa ou a guarda do texto constitucional¹⁰⁶.

Para Hans Kelsen, jurista austríaco, a ordem jurídica não é um sistema de normas postas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas sim uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é produto da conexão de dependência que resulta do fato de a validade de uma norma, que foi produzida de acordo com uma segunda norma, se apoiar sobre esta, cuja produção, a seu turno, é determinada por uma terceira, e assim por diante, até chegar à norma fundamental, a Constituição, que regula a produção de normas jurídicas gerais e constitui fundamento de validade de todo o ordenamento¹⁰⁷.

Nesse sentido, para Kelsen o órgão encarregado da defesa da Constituição, como norma das normas que é, deveria ser distinto e independente do Parlamento e do Governo, que são os principais sujeitos a controlar por meio da legislação. No plano técnico, Kelsen propunha um tribunal cuja sentença anulasse, com caráter geral e em decorrência do exercício da jurisdição, os atos inconstitucionais, aí incluídas as leis.

Assim, embora Kelsen tenha reconhecido que o funcionamento de um Tribunal Constitucional nesses termos excederia o desempenho de função estritamente jurisdicional para converter-se em legislador negativo, pois apesar de não ter poderes para definir o conteúdo da lei ao menos poderia anulá-la por incompatibilidade com a Constituição, ainda assim o considerava como instituição de relevante importância: servir de garantia de paz política no interior do Estado¹⁰⁸.

Por sua vez, para Carl Schmitt, jurista alemão, a Constituição deve se estabelecer com base na vontade do povo, que funda a sua unidade política e jurídica por meio de ato do poder constituinte. Assim, tal ato não contém quaisquer normas, mas sim, e precisamente por ser um único momento de decisão, a totalidade da unidade política considerada na sua particular forma de existência: a

¹⁰⁶ José Manuel Cardoso da Costa, *Algumas reflexões em torno da justiça constitucional*, in *Studia Iuridica*, nº 41, 1999, p. 116.

¹⁰⁷ Hans Kelsen, *Teoria Pura do Direito*, volume II, Coimbra, Arménio Amado, 1962, p. 2-4 e 64-65.

¹⁰⁸ Carlos Miguel Herrera, *La polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la Constitución*, in *Revista de Estudios Políticos*, nº 86, 1994, p. 206.

essência da Carta Magna não reside numa lei ou numa norma, mas sim na decisão política do titular do poder constituinte¹⁰⁹. Daí porque Schmitt distingue entre Constituição, entendida como decisão sobre a existência política de um Estado e como forma substancial da unidade política, e lei constitucional, como a realização normativa que pressupõe aquela como seu fundamento¹¹⁰.

Ademais, ainda de acordo com Schmitt, a solução proposta por Kelsen, ou seja, de um Tribunal Constitucional que concentra e monopoliza o controle da Constituição, implica mais a politização da justiça do que a judicialização da política, de modo que conferir a um juiz a possibilidade de decidir sobre matéria política implicaria alterar sua posição constitucional¹¹¹.

Em outros termos, Schmitt defendia que o conceito de justiça constitucional encerrava em si algo de contraditório, na medida em que a tarefa atribuída a um Tribunal Constitucional não era baseada em um conceito de justiça, mas caracterizada, no fundo, por uma atividade de índole política, de sorte que em lugar de uma instância judicial poderia decidir com mais dignidade uma instância política, algo como um Senado, que teria capacidade para, nas eventuais situações de crise, assegurar a unidade do Estado expressa numa decisão política que é a Constituição¹¹².

Portanto, o que decorre das concepções e do debate acima referidos é saber se tem cabimento uma garantia jurisdicional da Constituição, isto é, que uma instância da jurisdição seja incumbida de defender a Carta Magna mesmo contra o legislador, ou se, no fundo, a outorga dessa competência não redunde em conferir-lhe, de modo disfarçado, uma atribuição de caráter político¹¹³.

Em verdade, segundo aqui se defende, ao realizar a fiscalização da constitucionalidade o Tribunal Constitucional não está a fazer política nem a desempenhar função política, mas sim exercendo verdadeira jurisdição: a atividade da Corte Constitucional ou influi na definição do direito aplicável ao caso

¹⁰⁹ Jorge Miranda, *Manual...*, tomo II, p. 67-68.

¹¹⁰ Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza, 1992, p. 20.

¹¹¹ Carlos Miguel Herrera, *ob. cit.*, p. 209.

¹¹² Fernando Alves Correia, *Direito Constitucional...*, p. 40-41.

¹¹³ José Manuel Cardoso da Costa, *Algumas reflexões...*, p. 116-117, sintetiza a questão do seguinte modo: a jurisdição constitucional é ainda verdadeira função jurisdicional ou já é uma atividade política, que extravasa o domínio próprio da primeira?

sub judice (controle concreto), ou diz o direito que em tese pode ser aplicado às relações constituídas a partir de determinado ordenamento (controle abstrato). E a dicção do direito, até etimologicamente, é o exercício da jurisdição por excelência.

Veja-se que do reconhecimento da supremacia da Constituição como corolário do Estado constitucional decorre a necessidade de ampliação do controle judicial da constitucionalidade, de molde que nenhum assunto, quando suscitado à luz da Constituição, poderá estar previamente excluído da apreciação jurídica do Tribunal Constitucional, independentemente do procedimento previsto para que lá se possa chegar¹¹⁴.

Aliás, o carácter jurisdicional do controle feito pelo guardião da Constituição assume maior relevo quando na controvérsia sob sua apreciação estiverem envolvidos direitos fundamentais, que não podem restar desamparados a pretexto de eventual vedação ao desempenho de função política por parte do Tribunal Constitucional. Dessa maneira, todos os comportamentos, quaisquer que eles sejam, são sindicáveis pelo guardião da Constituição quando houver lesão ou ameaça de lesão à dignidade da pessoa humana, ainda que a matéria seja considerada predominantemente política, até por imposição da cláusula constitucional da tutela jurisdicional efetiva.

Da necessidade de proteção dos direitos fundamentais também decorre a imperativa harmonização do controle jurisdicional da constitucionalidade com o princípio democrático, pois o Tribunal Constitucional, ao garantir a elaboração de leis formal e materialmente constitucionais, representa meio de proteção eficaz da minoria contra a maioria.

Em palavras diversas, toda minoria que de alguma forma seja protegida pela Constituição tem interesse na constitucionalidade das leis e no afastamento das omissões contrárias à Carta Magna, pois a essência da democracia não é a onipotência da maioria, mas sim o compromisso constante entre os grupos

¹¹⁴ José Elaeres Marques Teixeira, *A doutrina das questões políticas no Supremo Tribunal Federal*, Porto Alegre, Fabris Editor, 2005, p. 229, sustenta que ainda que uma questão tenha conteúdo político ela se torna jurídica quando apresentada ao Judiciário para que seja decidida em contraste com a Lei Fundamental. Consoante o autor, o Tribunal Constitucional, como juiz das suas atribuições e das atribuições dos demais poderes, está habilitado a se pronunciar sobre todo ato, ainda que político, praticado no exercício de uma competência constitucional.

representados no Parlamento no sentido de alcançar a paz social, contexto em que a justiça constitucional se coloca com grande importância¹¹⁵.

Tendo em vista o exposto, pode-se dizer que a atuação do Tribunal Constitucional no exercício de sua tarefa mais relevante, isto é, a defesa da Carta Magna contra a maioria legiferante, se coloca no conflito entre duas legitimidades: de um lado, a legitimidade prioritária da Lei Fundamental e, de outro, a legitimidade derivada do legislador ordinário¹¹⁶.

É de ser salientado, por oportuno, que uma coisa é o Tribunal Constitucional exercer função tipicamente política, outra é interferir em decisões políticas que atinjam a Carta Magna vulnerando direitos fundamentais ou decidir matérias em que interesses políticos lhes estejam subjacentes: a ingerência do guardião da Constituição na atividade de outros poderes é fator inerente ao controle jurisdicional da Lei Maior, já que todos têm o dever de cumpri-la e de zelar por sua força normativa.

Logo, também a distinção entre questões de princípio e questões políticas¹¹⁷ é suficiente para justificar a atuação da Corte Constitucional no controle e no eventual suprimento das omissões legislativas: a obrigação do legislador atuar em face de deveres específicos impostos pela Lei Fundamental

¹¹⁵ Hans Kelsen, *Jurisdição Constitucional*, São Paulo, Martins Fontes, 2003, p. 181-182, considera que a simples ameaça do pedido de controle da constitucionalidade ao Tribunal Constitucional pode ser, nas mãos da minoria, um instrumento capaz de impedir a violação de seus interesses constitucionalmente protegidos e de se opor à ditadura da maioria, não menos perigosa para a paz social que a da minoria. Dessa forma, segundo o autor, a jurisdição constitucional não se mostra incompatível com um regime democrático que imponha limites ao ímpeto da maioria e que discipline o exercício da vontade majoritária, pelo contrário, pois o Tribunal Constitucional cumpre uma função importante no sentido de reforçar as condições normativas da democracia.

¹¹⁶ Vital Moreira, *Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade*, in *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, p. 193.

¹¹⁷ Ronald Dworkin, *A Matter of Principle*, Oxford, Oxford University Press, 1996, p. 69, esclarece que o guardião da Constituição deve tomar decisões de princípio, não de política, isto é, decisões sobre que direitos as pessoas têm no sistema constitucional, não decisões sobre como se promove melhor o bem-estar geral. No mesmo sentido, José de Sousa e Brito, *Jurisdição constitucional e princípio democrático*, in *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, p. 43, para quem os juízes constitucionais são mais qualificados para resolver questões de princípio, ou insensíveis à escolha, enquanto os parlamentos e os governos são mais qualificados para escolher. Por sua vez, Fernando Alves Correia, *Direito Constitucional...*, p. 45, seguindo Dworkin, distingue entre questões de princípio, isto é, matérias que se baseiam em argumentos de princípio (que são proposições que descrevem direitos), para cuja solução os tribunais estão melhor preparados, e questões políticas, ou seja, matérias que se alicerçam em argumentos políticos (que se propõem estabelecer um objetivo coletivo da comunidade como um todo), para cuja resolução os órgãos políticos (Legislativo e Executivo) têm maior aptidão.

não é uma questão política, é uma questão de princípio, pois embora o Legislativo não deva ser obrigado pelo Judiciário a optar entre alternativas igualmente legítimas, certamente não poderá decidir se deve ou não agir em face de determinações constitucionais.

Em outros termos, nesse contexto colocam-se duas questões distintas: (a) uma é saber se o Tribunal Constitucional pode interferir no Legislativo para determinar se existe ou não o dever de editar a lei ordinária exigida por norma constitucional e até mesmo para suprir o vazio legislativo em casos extremos de incumprimento, o que deve ser permitido ao julgador, segundo aqui se defende, por se tratar de matéria insensível à escolha do legislador (questão de princípio); e (b) outra é saber se o Tribunal Constitucional, depois de fixado o dever de legislar e tendo este sido assumido pelo Legislativo, pode intervir na opção a ser feita ou que tiver sido feita pelo legislador diante de alternativas igualmente razoáveis para concretizar a Constituição, o que deve ser vedado ao julgador, por se tratar de matéria suscetível de escolha (questão política).

O que interessa, de fato, é perceber que a atuação do Tribunal Constitucional, independentemente da natureza que se lhe atribua, é indispensável para a efetivação dos direitos fundamentais: uma questão pode ser distintamente política, altamente política e até puramente política, aparentemente fora dos domínios da justiça e, contudo, se revestir a forma de um pleito deduzido nos termos da lei, estar na competência dos tribunais¹¹⁸, desde que o comportamento contra o qual se demande atinja a Constituição lesando ou negando um direito nela consagrado, pois a violação de garantias constitucionais, ainda que perpetrada à sombra de funções políticas, não pode e não deve ser imune à ação do Judiciário.

Sendo assim, consoante já salientado, daí surge um dos problemas basilares da verificação da inconstitucionalidade por omissão: a resolução das questões decorrentes do silêncio inconstitucional é de difícil compatibilização com o controle concentrado e abstrato oriundo da concepção predominante de Kelsen, que, em tese, limita a atuação do Tribunal Constitucional e do Supremo Tribunal Federal ao papel de legislador negativo, quando o que se faz necessário é

¹¹⁸ Pedro Lessa, *Do Poder Judiciário*, Rio de Janeiro, Livraria Francisco Alves, 1915, p. 54.

justamente o contrário, isto é, ações positivas do Judiciário em substituição ao Legislativo¹¹⁹.

Note-se que a ideia de atuação dos tribunais à semelhança de um legislador negativo não só permanece condicionando o guardião da Constituição no exercício do controle da constitucionalidade a seu cargo, como também exerceu influência desde logo sobre o constituinte originário, que no artigo 283º da Carta Magna portuguesa e no artigo 103, parágrafo 2º, da Constituição brasileira, previu a verificação da inconstitucionalidade por omissão com efeitos limitados, à moda de Kelsen.

Aliás, não há como negar que o problema da inconstitucionalidade por omissão, tal como posto no Direito Constitucional luso-brasileiro, se aproxima muito mais do campo político do que do âmbito jurídico, sendo certo que a resistência à possibilidade de o Tribunal Constitucional atuar politicamente já do ponto de vista formal tem servido de escudo e de justificativa para que igualmente o julgador se abstenha de tomar providências suficientes para a concretização de direitos fundamentais consagrados em Portugal e no Brasil¹²⁰: o controle da inércia legislativa tem por parâmetro normas constitucionais que por si só não apresentam plena exequibilidade, não fazendo sentido que em todos os casos, sem exceções, também a decisão do Tribunal Constitucional apenas chancelasse dito quadro de inexistência ou de precariedade normativa.

¹¹⁹ José Manuel Cardoso da Costa, *Algumas reflexões...*, p. 121, afirma que o órgão jurisdicional de controle da constitucionalidade da lei deve confinar sua função à fiscalização essencialmente negativa, respeitando o papel de conformador primário atribuído ao Legislativo e sem pretensão de substituir por suas próprias avaliações as que a Constituição deixou em aberto ao legislador. Em verdade, no entanto, tal concepção, apesar de majoritária em face do sistema luso-brasileiro de justiça constitucional, ajuda a explicar as dificuldades que a inconstitucionalidade por omissão encontra na prática, até pelo debate que deu origem à fiscalização judicial das leis em face da Constituição.

¹²⁰ Vital Moreira, *Princípio da maioria...*, p. 179, sustenta que os dois dogmas em que tradicionalmente se baseava a contestação à fiscalização judicial da constitucionalidade, isto é, a soberania do Parlamento e a separação de poderes, deixaram de ter correspondência nas realidades político-constitucionais contemporâneas. Em primeiro lugar, de acordo com o autor, a ideia de soberania do Parlamento e de intangibilidade da lei parlamentar perdeu terreno em favor da concepção da supremacia da Constituição e da convicção de que o princípio da maioria não equivale à prepotência nem pode traduzir-se na imunidade do Legislativo e do Executivo perante violações à Lei Fundamental, até por serem poderes constituídos e subordinados. Em segundo lugar, a antiga objeção deduzida do papel de estrita observância à lei atribuído aos tribunais pela teoria clássica da separação de poderes e o entendimento de que as questões de constitucionalidade são de natureza necessariamente política, a que aqueles devem se manter alheios, também vieram a ser ultrapassadas pela consideração da Constituição como lei suprema, pela distinção entre os poderes vinculados e os poderes constitucionalmente discricionários do legislador e pela própria configuração dos tribunais constitucionais como órgãos distintos, específicos e autônomos em relação à jurisdição comum.

Dessa maneira, a verificação da inconstitucionalidade por omissão é muito mais adequada ao controle político defendido por Schmitt do que ao controle jurídico sustentado por Kelsen, pois a fiscalização concentrada, nessa seara, só poderá ser útil se for superada a ideia de que o juiz constitucional deve se limitar a averiguar se a lei é ou não contrária à Constituição, atuando apenas como contralegislador, para admitir que ele se substitua ao legislador, ao menos excepcionalmente, na formulação de soluções adequadas ao máximo alcance da Carta Magna, dando ao princípio da maioria e da separação de poderes uma interpretação conforme à máxima efetividade dos direitos fundamentais¹²¹.

Veja-se que a existência de eventual conflito funcional entre as decisões do Tribunal Constitucional a respeito da inconstitucionalidade por omissão e a vontade legislativa (ou a falta de vontade legislativa) poderá ser menos grave à preservação do ordenamento jurídico do que a violação que de tal silêncio resulta, sobretudo em matéria de direitos fundamentais, de sorte que a verificação da inconstitucionalidade não deve ser vista apenas como mero juízo objetivo de carência legislativa¹²², mas também como verdadeira censura ao órgão legislativo inerte, suficiente para autorizar, em situações-limite e casuisticamente definidas, que o guardião da Constituição se substitua ao legislador na emissão da norma faltante¹²³.

¹²¹ Nesse contexto e expondo o entendimento a ser superado, ou cuja possibilidade de superação não deve ser totalmente afastada, Vital Moreira, *Princípio da maioria...*, p. 196-197, salienta que na fiscalização das omissões inconstitucionais o juiz constitucional deve limitar-se a verificar se existem ou não as normas necessárias e adequadas ao cumprimento da incumbência constitucional, mas não lhe cabe fazer injunções ou dar instruções concretas ao legislador sobre o modo de suprir a omissão legislativa, nem muito menos substituir-se ao legislador na sua emissão. Conforme o autor, por princípio e em consequência da sua própria natureza, as decisões de inconstitucionalidade por omissão são de mero reconhecimento da inconstitucionalidade, não podendo o tribunal anular a omissão, visto que esta só pode ser superada pela edição da legislação adequada.

¹²² Adotando a interpretação tradicional e literal do artigo 283º da Constituição portuguesa, José Carlos Vieira de Andrade, *Legitimidade da justiça constitucional e princípio da maioria*, in *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, p. 78, para quem a impossibilidade do próprio Tribunal Constitucional remediar a inconstitucionalidade por omissão até reconhece e fortalece a autonomia do legislador.

¹²³ Maria da Assunção Esteves, *Legitimação da justiça constitucional e princípio maioritário*, in *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, p. 138, entende que a tarefa do juiz constitucional de concretizar a Constituição deverá ser balizada por uma teoria da argumentação jurídico-constitucional que o impeça de se tornar um legislador paralelo ou supercontrolador no domínio dos direitos fundamentais. Em verdade, contudo, segundo aqui se defende, não se deve esquecer que embora atribuir preponderância ao Judiciário na resolução das omissões inconstitucionais possa vir a ser tão nocivo quanto deixá-las exclusivamente sob responsabilidade do Legislativo, o caráter mais impositivo e menos consensual da atividade jurisdicional não deve ser de todo afastado na defesa dos direitos fundamentais, a partir de um certo construtivismo interpretativo.

2 VAZIOS NORMATIVOS: OMISSÕES E LACUNAS

2.1 Princípios e regras

As Constituições portuguesa e brasileira consistem em fundamento de validade dos ordenamentos jurídicos em que atuam e são compostas por regras e princípios, categorias normativas abertas e qualitativamente distintas, mas que devem aliar estabilidade e capacidade de adaptação às mudanças de concepção e às modificações da realidade¹²⁴.

Assim, para se fazer distinção entre as duas espécies de normas, regras e princípios, dois são os critérios inicialmente sugeridos: (a) o grau de abstração, segundo o qual os princípios possuem nível de generalidade mais elevado do que as regras e, até por isso, podem oferecer critérios de solução a um número maior de problemas; e (b) o grau de fundamentalidade, em razão do qual os princípios são normas de natureza estruturante e que estão na base do ordenamento constitucional (criadores), configurando ponto de partida e razão de ser das regras jurídicas (criaturas)¹²⁵.

Contudo, os critérios acima enumerados apanham somente parte do problema que é a diferenciação entre regras e princípios, sendo que a melhor alternativa para se chegar a uma solução satisfatória quanto ao assunto é analisar a questão sob o prisma do grau qualitativo das normas¹²⁶, que expõe as seguintes distinções: (a) os princípios são normas jurídicas compatíveis com níveis de concretização variáveis, segundo as circunstâncias de fato e de direito que em

¹²⁴ José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, p. 1159.

¹²⁵ José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, p. 1160-1161. Por isso, a partir de uma metáfora, pode-se dizer que o sistema jurídico apresenta-se tal qual uma edificação que tem a Carta Magna como alicerce, os princípios como vigas e colunas e as regras como tijolos a preencher a estrutura por aqueles criada.

¹²⁶ Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, São Paulo, Malheiros, 2008, p. 90, e Fernando Alves Correia, *Direito Constitucional...*, p. 82.

dado momento se fizerem presentes, enquanto as regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência que é ou não cumprida; (b) os princípios coexistem e a convivência entre eles é conflitual, ao passo que as regras divergentes se excluem e a convivência entre elas é antinômica; e (c) os princípios permitem o balanceamento de valores e interesses, em razão de seu peso e da ponderação de outros princípios eventualmente colidentes, enquanto as regras não deixam espaço para qualquer outra solução, já que são sempre satisfeitas ou não na exata medida de suas determinações¹²⁷.

Em consequência, eventual colisão entre princípios, que não são mandamentos definitivos, mas mandamentos de otimização, pode ser resolvida a partir da lógica da harmonização, ao passo que ao conflito entre regras, que são padrões normativos peremptórios e que não admitem contradição entre si, acaba sendo aplicável a lógica do “tudo ou nada”. Aliás, os princípios levantam problemas de validade e peso, ao passo que as regras colocam apenas questões de validade¹²⁸.

Nesse contexto, a solução de um conflito entre regras pode se dar ou pela introdução de uma cláusula de exceção¹²⁹ em uma delas, ou pela declaração de invalidade¹³⁰ de uma em face da outra. Por sua vez, as colisões entre princípios, que acontecem quando algo é proibido de acordo com um princípio, mas permitido segundo outro, não serão caso de criação de uma cláusula de exceção ou de declaração de invalidade de qualquer deles, pois, nessa hipótese,

¹²⁷ José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, p. 1161. Por sua vez, Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Massachusetts, Harvard University Press, 1977, p. 22-27, salienta que a diferença entre princípios e regras é uma distinção lógica, pois embora ambos sejam normas que apontam para decisões particulares respeitantes à obrigação jurídica em certas circunstâncias, são diversos no caráter da diretiva que dão. Segundo o autor, enquanto os princípios contêm determinações que são exigências de justiça, de equidade ou de qualquer outra dimensão da moralidade, aplicáveis ao caso em maior ou menor medida, as regras contêm respostas que devem ou não ser aceitas, isto é, que são válidas para o caso ou que a ele nada interessam.

¹²⁸ José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, p. 1162.

¹²⁹ Robert Alexy, *ob. cit.*, p. 92, refere como exemplo de conflito entre regras aquele existente entre a proibição de sair da sala de aula antes que o sinal toque e o dever de deixar a sala se soar o alarme de incêndio. Conforme o autor, se o sinal ainda não tiver sido acionado, mas o alarme de incêndio tiver soado, essas regras conduzem a juízos concretos de dever-ser contraditórios entre si, de sorte que o conflito será solucionado por meio da inclusão, na primeira regra, de uma cláusula de exceção para o caso do alarme de incêndio tocar.

¹³⁰ Robert Alexy, *ob. cit.*, p. 93, destaca que a constatação de que pelo menos uma das regras deve ser declarada inválida quando uma cláusula de exceção não é viável em casos de conflito, nada diz sobre qual delas deverá ser tratada dessa forma. Segundo o autor, dito problema pode ser solucionado por meio de regras como *lex posterior derogat legi priori* e *lex specialis derogat legi generali*, mas é também possível proceder de acordo com a importância de cada regra em conflito.

um dos princípios acaba cedendo frente ao outro, que deverá ter precedência em determinadas circunstâncias¹³¹. Sob condições fáticas e jurídicas diferentes, oriundas de outros casos a serem judicialmente apreciados, é possível e até normal que a questão da precedência seja resolvida de forma contrária¹³².

A partir do exposto, pode-se perceber a importância de o sistema jurídico-constitucional ser integrado por regras e princípios, ainda que estes sejam considerados de maior relevo qualitativo: um sistema composto apenas por regras seria um sistema de segurança, mas excessivamente rígido, pois exigiria uma disciplina legislativa exaustiva de todas as premissas e dos possíveis resultados de sua aplicação, enquanto um sistema composto exclusivamente por princípios, embora aberto para a resolução de conflitos e para o balanceamento de valores e interesses, seria demasiadamente indefinido, em virtude do alto grau de abstração característico destas normas.

Logo, o sistema constitucional, ao mesmo tempo em que depende de regras, também necessita de princípios, o que permite a construção de um ordenamento aberto a compromissos e a ponderações. Especificamente em relação aos princípios, pode-se ainda afirmar que em razão de sua referência aos valores que permeiam o ordenamento (proximidade axiológica)¹³³, apresentam uma função normogênica e uma função sistêmica, já que são fundamento de

¹³¹ Robert Alexy, *ob. cit.*, p. 99-103, cita como exemplo de colisão entre princípios o caso Lebach, em que a liberdade de informar a história de um crime ocorrido há muitos anos colidia com o direito de personalidade de um dos autores do delito, que na época da pretendida exibição do documentário estava para ser libertado da prisão. Segundo o Tribunal Constitucional alemão, a proteção da personalidade, em face das condições do caso concreto, tinha precedência sobre a liberdade de informar, pois a veiculação de noticiário televisivo sobre o crime já não se revestia de interesse atual pela informação, além de colocar em risco a ressocialização do coautor do delito.

¹³² O primeiro registro de colisão entre direitos fundamentais da história comum do Direito luso-brasileiro, já referido na introdução, ocorreu em 1567, ano em que o padre Manoel da Nóbrega, bacharel em Cânones pela Universidade de Coimbra, manifestou opinião escrita acerca da liberdade dos índios. Nesse caso, discutia-se, entre outras coisas, se alguém poderia vender a si mesmo como escravo sendo maior de 20 anos, ao que o jesuíta considerou que no caso de concorrerem duas leis naturais ("princípios") deve prevalecer a que possui maior vigor ("peso"), exemplificando com a conservação da vida, que em regra prevalece ("precedência") sobre a conservação da liberdade. Em suma, sobre esse ponto o principal argumento de Nóbrega é o de que alguém só poderia alienar a própria liberdade para salvar a vida e não por qualquer preço ou motivo. Para maiores detalhes históricos da questão, ver Ibsen José Casas Noronha, *ob. cit.*, p. 88-101.

¹³³ Paulo Bonavides, *Curso...*, p. 288, afirma a superioridade e a hegemonia dos princípios na pirâmide normativa, supremacia que não é unicamente formal, mas sobretudo material, e apenas possível na medida em que eles forem compreendidos, equiparados e até mesmo confundidos com valores, expressando o mais alto grau de normatividade dentro da ordem constitucional.

regras jurídicas e têm uma idoneidade irradiante que lhes permite ligar ou cimentar o sistema constitucional¹³⁴.

No entanto, os princípios e as regras, para serem efetivos, necessitam de procedimentos e processos administrativos, legislativos e judiciais, entre outros, suficientes para lhes dar operacionalidade também no âmbito infraconstitucional, fazendo da Constituição um sistema normativo capaz de passar da teoria à prática, sobretudo para a adequada defesa dos direitos fundamentais.

Importa observar, nesse cenário, que as regras e os princípios das Constituições portuguesa e brasileira podem servir como ponto de partida para a inconstitucionalidade por omissão, cuja existência não deve ser afastada somente em virtude da natureza qualitativa que a norma apresenta.

Saliente-se que ao contrário do artigo 277º da Constituição portuguesa¹³⁵, que define a inconstitucionalidade por ação, o artigo 283º não refere expressamente o incumprimento dos princípios consagrados na Lei Maior como possível fundamento da inconstitucionalidade por omissão. No entanto, deve ser admitida a existência de inércia inconstitucional, ao menos em tese, no caso de inobservância de princípios escritos¹³⁶.

Desse modo, se a Constituição não estiver a ser cumprida pela falta de desenvolvimento infraconstitucional de princípios constitucionais escritos, não se vê qualquer motivo para que o Tribunal Constitucional não possa apreciar esse incumprimento. Contudo, o desrespeito a princípios não escritos, ou seja, aqueles

¹³⁴ José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, p. 1162-1163. Na mesma linha, Jorge Miranda, *Manual...*, tomo II, p. 249-251, adverte que o Direito, em geral, e o Direito Constitucional, em especial, por ser tronco da ordem jurídica estatal, não é simples somatório de regras avulsas, produto de atos de vontade, ou mera concatenação de fórmulas verbais articuladas entre si, mas sim ordenamento ou conjunto que exige consistência e coerência. Assim, conforme o autor, esse ordenamento, esse conjunto, essa unidade, esse valor projeta-se ou traduz-se em princípios, logicamente anteriores às regras.

¹³⁵ Artigo 277º, nº 1, da Constituição portuguesa: “São inconstitucionais as normas que infringam o disposto na Constituição ou os princípios nela consignados”.

¹³⁶ Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, tomo II, Coimbra, Coimbra Editora, 1991, p. 519, entendia que enquanto a inconstitucionalidade por ação tanto podia consistir na infração de uma regra como na violação de um princípio, a inconstitucionalidade por omissão compreendia apenas o incumprimento de uma regra constitucional. No entanto, o autor, a partir do *Manual...*, tomo VI, p. 285, modificou expressamente sua opinião em favor da melhor abordagem dessa matéria, passando a afirmar que, na generalidade dos casos, a inconstitucionalidade por omissão decorrerá do incumprimento de uma regra, não sendo possível excluir, todavia, que também em relação a certos princípios possa ocorrer um problema de equibabilidade por via legislativa.

que se deduzem implicitamente das normas constitucionais, só poderá ser aferida por meio da apreciação da inconstitucionalidade por ação¹³⁷.

De fato, segundo aqui se defende, se nem mesmo as normas constitucionais escritas (regras e princípios), concretizadas que foram no texto da Lei Maior, são suficientes para impor deveres específicos de atuação legislativa em todos os casos e com ampla certeza, o que, inclusive, não raro depende de verificação pelo Tribunal Constitucional a partir da ação de inconstitucionalidade por omissão, não faz sentido incluir os princípios não escritos como possível parâmetro para a fiscalização da inércia legislativa infraconstitucional, até mesmo em decorrência do alto grau de abstração e de fluidez de que se revestem¹³⁸.

2.2 Normas constitucionais e enunciados normativos

Conforme visto, princípios e regras podem servir de parâmetro para a verificação da inconstitucionalidade por omissão, desde que escritos. E é nesse contexto que faz sentido tratar da distinção entre normas e enunciados normativos.

Assim dispõe a Constituição portuguesa (artigo 25º, nº 2): “Ninguém pode ser submetido a tortura, nem a tratamentos ou penas cruéis, degradantes ou desumanos”. Seguindo tal disposição, também prevê a Constituição brasileira (artigo 5º, III): “Ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”.

As duas citações acima correspondem a enunciados normativos previstos nas Leis Fundamentais portuguesa e brasileira e expressam normas segundo as quais, entre outras coisas, é proibida a tortura nos respectivos ordenamentos jurídicos que integram. Uma norma é, portanto, o significado de um

¹³⁷ José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Coimbra, Coimbra Editora, 1993, p. 1048.

¹³⁸ Robert Alexy, *ob. cit.*, p. 527, ressalta que a adoção de princípios de nível máximo de abstração tem vantagens e desvantagens. As vantagens residem na sua flexibilidade, pois são aplicáveis como pontos de partida para fundamentações dogmáticas das mais variadas exigências estruturais e substanciais no âmbito dos direitos fundamentais, em todos os campos do sistema jurídico. A desvantagem, a seu turno, é a indeterminação que apresentam, pois incentivam uma das formas mais obscuras de fundamentação jurídica, que é a dedução ou derivação de conteúdos concretos a partir de princípios abstratos, entre os quais devem ser incluídos os não escritos.

enunciado normativo¹³⁹, ou, em outros termos, norma é um conceito de conteúdo, enquanto enunciado normativo é um conceito de forma.

Veja-se que da relação entre as duas noções várias são as possibilidades de articulação: (a) um enunciado normativo expressa uma norma determinada; (b) dois ou mais enunciados normativos contêm norma idêntica, ou são conjuntamente necessários para compor suficientemente uma mesma norma; e (c) um enunciado normativo exprime diversas normas, estabelecendo pontos de partida de concretização distintos para o legislador infraconstitucional em face de cada uma delas.

Nesse sentido é que é possível afirmar que a inconstitucionalidade por omissão só pode ser verificada a partir de um determinado enunciado normativo, seja pela forma utilizada pelo constituinte para inseri-lo na Carta Magna, seja pela norma que por meio dele acabou sendo consagrada na Lei Fundamental.

Dessa forma, como pré-requisito para a compreensão do fenómeno do silêncio legislativo é preciso analisar as três classificações mais relevantes apresentadas na doutrina constitucional luso-brasileira a respeito dos enunciados normativos e das normas constitucionais, não sob o aspecto qualitativo, que as distingue entre princípios e regras, mas sob a perspectiva do conteúdo que preveem e da estrutura narrativa que adotam: trata-se das construções expostas por Jorge Miranda, Gomes Canotilho e José Afonso da Silva¹⁴⁰.

2.2.1 A classificação de Jorge Miranda

A classificação em análise é formulada com base em duas contraposições, a que distingue entre normas constitucionais preceptivas e

¹³⁹ Robert Alexy, *ob. cit.*, p. 54. No mesmo sentido, Ingo Wolfgang Sarlet, *Dignidade...*, p. 72, observa que o dispositivo (o texto) não se confunde com a norma (ou normas) nele contida, nem com as posições jurídicas (direitos) por ela outorgadas, já que cada direito fundamental pressupõe necessariamente uma norma jusfundamental que o reconheça.

¹⁴⁰ Thomas Cooley, *Treatise of the Constitutional Limitations*, Boston, Brown and Co., 1890, p. 98-101, muito antes dos estudos sobre a inconstitucionalidade por omissão, assim classificava as normas da Constituição, considerando a necessidade ou não de legislação integrativa posterior: (a) normas autoexecutáveis, que tinham aplicabilidade imediata porque revestidas de plena eficácia jurídica a disciplinar diretamente as matérias, situações ou comportamentos de que cogitavam; e (b) normas não autoexecutáveis, que não apresentavam eficácia imediata e eram normas indicadoras de princípios, exigindo providências legislativas ulteriores para que fossem efetivadas.

normas programáticas, e a que faz diferença entre normas constitucionais exequíveis e não exequíveis por si mesmas, dando origem à seguinte divisão: (a) normas constitucionais preceptivas exequíveis por si mesmas; (b) normas constitucionais preceptivas não exequíveis por si mesmas; e (c) normas constitucionais programáticas¹⁴¹.

As normas constitucionais preceptivas exequíveis por si mesmas são as de eficácia incondicionada ou não dependente de condições institucionais ou de fato, sendo aplicáveis só por si, sem necessidade de lei que as complemente. Exemplo: artigo 45º, nº 1, da Constituição portuguesa¹⁴².

As normas constitucionais preceptivas não exequíveis por si mesmas são aquelas que têm eficácia condicionada, necessitando apenas da intervenção do legislador, atualizando-as ou tornando-as efetivas. Exemplo: artigo 41º, nº 6, da Constituição portuguesa¹⁴³.

As normas constitucionais programáticas são aquelas que têm eficácia condicionada, exigindo não só a *interpositio legislatoris*, mas também providências administrativas e operações materiais para terem efetividade plena. Exemplo: artigo 64º, nº 1, da Constituição portuguesa¹⁴⁴.

Sendo assim, todas as normas exequíveis por si mesmas podem considerar-se preceptivas, mas nem todas as normas preceptivas são exequíveis por si mesmas. Em contrapartida, as normas programáticas são todas (ou quase todas) normas não exequíveis por si mesmas¹⁴⁵.

Em outras palavras, nas normas exequíveis por si mesmas os comandos constitucionais atualizam-se só por si; nas normas não exequíveis preceptivas, aos comandos constitucionais acrescem as normas legislativas; e nas normas não

¹⁴¹ Jorge Miranda, *Manual...*, tomo II, p. 277.

¹⁴² Artigo 45º, nº 1: “Os cidadãos têm o direito de se reunir, pacificamente e sem armas, mesmo em lugares abertos ao público, sem necessidade de qualquer autorização”.

¹⁴³ Artigo 41º, nº 6: “É garantido o direito à objecção de consciência, nos termos da lei”.

¹⁴⁴ Artigo 64, nº 1: “Todos têm direito à protecção da saúde e o dever de a defender e promover”.

¹⁴⁵ Jorge Miranda, *Manual...*, tomo II, p. 276. Além disso, o autor salienta que todas as normas constitucionais, independentemente da categoria em que se enquadrem, só por constarem na Lei Fundamental já devem ser levadas em conta na interpretação das normas restantes e no processo de integração de lacunas, a ocorrer por meio da analogia.

exequíveis por si mesmas programáticas deve ainda se fazer presente a instância político-administrativa, única capaz de modificar as circunstâncias econômicas, sociais e culturais subjacentes à Constituição¹⁴⁶.

2.2.2 A classificação de Gomes Canotilho

A classificação sob exame distingue cinco categorias de normas constitucionais: (a) imposições constitucionais abstratas; (b) imposições constitucionais concretas; (c) ordens de legislar; (d) normas sem densidade para se tornarem exequíveis por si mesmas; e (e) normas de prognose¹⁴⁷.

As *imposições constitucionais abstratas*, de caráter permanente e próprias das Constituições de feição programática, são as normas-fim ou normas-tarefa, cuja não realização situa-se no âmbito do incumprimento das exigências constitucionais e, eventualmente, no terreno dos comportamentos ainda constitucionais, mas que tenderão a se tornar inconstitucionais. Exemplos retirados da Constituição portuguesa: artigo 9º, tarefas fundamentais do Estado; e artigo 81º, incumbências prioritárias do Estado.

As *imposições constitucionais concretas* não atendidas são um caso típico de inconstitucionalidade por omissão, pois a inércia do legislador viola o dever de atuar imposto de forma permanente e concreta pelas normas supremas. Exemplos oferecidos pela Constituição portuguesa: artigo 64º, nº 2, alínea a), sobre o serviço nacional de saúde gratuito, universal e geral; e artigo 74º, nº 2, alínea a), sobre o ensino básico gratuito, universal e obrigatório.

As *ordens de legislar*, diferentemente das imposições constitucionais concretas, são imposições únicas e não permanentes de emanção de uma ou várias leis necessárias à criação de uma nova instituição ou à adaptação de leis antigas a uma nova ordem constitucional, mas cujo desrespeito também acarreta inconstitucionalidade por omissão. Exemplo: a Lei Constitucional nº 1/82 continha, no artigo 244º, uma ordem de legislar, dado que tal imposição constitucional se esgotava logo que fosse publicada a lei sobre organização e funcionamento do Tribunal Constitucional.

¹⁴⁶ Jorge Miranda, *Manual...*, tomo II, p. 277.

¹⁴⁷ José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, p. 1033-1035.

As normas sem suficiente densidade para se tornarem exequíveis por si mesmas trazem hipótese de silêncio legislativo que adquire autonomia quando as normas constitucionais não chegam a ser ordens de legislar ou imposições constitucionais concretas, reenviando para o legislador a tarefa de lhes dar exequibilidade prática. Exemplo: lei que define os crimes de responsabilidade política para assegurar a exequibilidade do artigo 117º, nº 3, da Constituição portuguesa.

As normas de prognose trazem exigências de melhoramento das previsões constitucionais incorretas ou defasadas perante circunstâncias supervenientes. Nesse cenário, a omissão consistiria não na ausência total ou parcial de lei, mas na falta de aperfeiçoamento ou de adaptação das leis existentes, em especial quando da falta de melhorias houver relevante prejuízo à efetivação dos direitos fundamentais¹⁴⁸.

2.2.3 A classificação de José Afonso da Silva

A classificação em comento considera haver três espécies de normas constitucionais e funda-se na ideia de que todas as disposições da Constituição são dotadas de aplicabilidade, embora esta se apresente em diferentes graus. Sob esse enfoque, as normas supremas são classificadas em: (a) normas de eficácia plena; (b) normas de eficácia contida; e (c) normas de eficácia limitada¹⁴⁹.

¹⁴⁸ No entanto, a aferição das prognoses legislativas, apesar de possível em tese por meio da verificação da inconstitucionalidade por omissão, é mais próxima do controle da inconstitucionalidade por ação. Segundo destaca Gilmar Ferreira Mendes, *Direitos Fundamentais...*, p. 479-480, no que respeita às falhas de prognósticos deve ser adotada solução diferenciada, importando avaliar se a prognose legislativa se revela falha de início ou se é um erro que somente é passível de constatação *a posteriori*, depois de continuada aplicação da lei: no primeiro caso, o déficit de previsão enseja a nulidade da lei, enquanto na segunda hipótese é constitucionalmente irrelevante o erro de prognóstico cometido, desde que seja parte integrante de decisão tomada de forma regular ou obrigatória. Note-se que na última situação, a ser corrigida inclusive pelo Tribunal Constitucional, devem ser admitidos erros sobre a evolução dos fatores que condicionaram a elaboração da lei, até porque o legislador está obrigado, no limite do possível e para evitar perigos futuros, a tomar decisões cuja eficácia depende de componentes variados e que, por isso, podem ter desenvolvimento não desejado ou diverso daquele esperado.

¹⁴⁹ José Afonso da Silva, *Aplicabilidade...*, p. 13-68. Por sua vez, Maria Helena Diniz, *Norma constitucional e seus efeitos*, São Paulo, Saraiva, 1992, p. 98-103, apresenta outra classificação das normas constitucionais, tendo por critério a intangibilidade e a produção de efeitos concretos. Dessa forma, as normas constitucionais são: (a) intangíveis, quando forem imediatamente aplicáveis e não puderem ser reformadas nem revisadas pelo constituinte derivado; (b) de eficácia plena, quando apesar de poderem ser revisadas e reformadas não requererem normação infraconstitucional subsequente; (c) de eficácia relativa restringível, quando apesar de terem aplicabilidade imediata puderem ter seus efeitos limitados por legislação integrativa posterior; e (d) de eficácia relativa dependente de complementação legislativa, quando a possibilidade de produção de efeitos exige a edição de normas infraconstitucionais posteriores.

As normas constitucionais de eficácia plena são aquelas dotadas de aplicabilidade direta, imediata e integral, não dependendo de legislação ordinária posterior. Em outros termos, por receberem do constituinte normatividade suficiente para uma incidência imediata, tais disposições não exigem a elaboração de novas normas legislativas que lhes completem o alcance, o sentido e o conteúdo, porque já se apresentam satisfatoriamente explícitas na definição dos interesses nelas regulados: trata-se de normas que produzem todos os seus efeitos essenciais ou, pelo menos, têm a possibilidade de produzi-los desde logo. Exemplo: artigo 46, parágrafo 1º, da Constituição brasileira¹⁵⁰.

As normas constitucionais de eficácia contida apresentam aplicabilidade direta e imediata, mas possivelmente não integral, porque sujeitas a restrições previstas ou passíveis de regulamentação que limitem seu alcance por meio de leis ou nos termos dos conceitos gerais nelas enunciados. Exemplo: artigo 5º, XIII, da Constituição brasileira¹⁵¹.

Por fim, as *normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida* são todas as normas que não produzem, com a simples entrada em vigor, todos os seus efeitos essenciais, porque o constituinte, por qualquer motivo, não estabeleceu sobre a matéria uma normatividade para isso bastante, deixando tal tarefa ao legislador ordinário ou a outro órgão do Estado. Apresentam aplicabilidade indireta, mediata e reduzida, porque é o legislador infraconstitucional que lhes vai conferir executoriedade plena com a promulgação de lei integrativa.

As normas de eficácia limitada, na classificação exposta, abrangem as normas definidoras de princípios institutivos e as normas definidoras de princípios programáticos.

As normas institutivas contêm esquemas gerais de organização e de regulação de instituições, órgãos ou entidades, cabendo à legislação infraconstitucional constituí-los em definitivo. Dentre as normas constitucionais de princípio institutivo, há normas impositivas e normas facultativas: aquelas determinam ao legislador, em termos peremptórios, a edição de lei integrativa;

¹⁵⁰ Artigo 46, parágrafo 1º: “Cada Estado e o Distrito Federal elegerão três senadores, com mandato de oito anos”.

¹⁵¹ Artigo 5º, XIII: “É livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”.

estas, a seu turno, não impõem uma obrigação, limitando-se a dar ao legislador infraconstitucional a possibilidade de instituir ou regular a situação nelas delineadas. Exemplo: artigo 90, parágrafo 2º, da Constituição brasileira¹⁵².

As normas programáticas, a seu turno, têm origem nos elementos ideológicos que caracterizam a Constituição portuguesa e a Constituição brasileira, apresentando matéria eminentemente ético-social: condicionam a atividade dos órgãos do Poder Público, estabelecem verdadeiros programas constitucionais de ação social a serem desenvolvidos mediante atuação integrativa da vontade constituinte e indicam um sentido teleológico para a interpretação da Carta Magna.

Ainda quanto às normas programáticas, na Lei Fundamental do Brasil elas podem ser¹⁵³: (a) vinculadas ao princípio da legalidade, quando a norma exige legislação futura para a atuação do programa previsto, cujo exemplo é o artigo 7º, XX¹⁵⁴; (b) referidas aos poderes públicos, cujo exemplo é o artigo 21, IX¹⁵⁵; e (c) dirigidas à ordem econômico-social em geral, cujo exemplo é o artigo 193¹⁵⁶. Destaque-se que nas duas últimas hipóteses o constituinte não faz exigência expressa de legislação integrativa posterior¹⁵⁷.

2.3 Omissão legislativa: conceito

A primeira dificuldade que se apresenta a quem trata da inconstitucionalidade por omissão é saber em que consiste a inércia legislativa. Todavia, pode-se afirmar, desde já, que a omissão legislativa inconstitucional não decorre apenas de um simples negativo não fazer, mas sim de não fazer aquilo a que, de forma concreta, se estava constitucionalmente obrigado.

¹⁵² Artigo 90, parágrafo 2º: “A lei regulará a organização e o funcionamento do Conselho da República”.

¹⁵³ José Afonso da Silva, *Aplicabilidade...*, p. 147-151.

¹⁵⁴ O artigo 7º, XX, inclui entre as obrigações do Estado “a proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei”.

¹⁵⁵ O artigo 21, IX, afirma competir à União “elaborar e executar planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social”.

¹⁵⁶ Artigo 193: “A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais”.

¹⁵⁷ José Afonso da Silva, *Aplicabilidade...*, p. 150, esclarece, no entanto, que a separação entre normas que vinculam principalmente o legislador, normas que vinculam a ordem econômico-social e normas que vinculam os poderes públicos tem validade puramente genérica, porque, como normas jurídicas, as programáticas devem ser observadas por todos, nos limites de sua eficácia, mesmo porque elas traduzem, em maior ou menor grau, limitações aos poderes públicos e à autonomia privada.

Logo, procurando delinear o fenômeno das omissões legislativas, é fundamental relacionar a questão com os enunciados normativos e com as espécies de normas que uma Constituição pode apresentar, sendo certo que se todas as disposições constitucionais fossem plenamente aplicáveis e exequíveis de plano não haveria espaço para a inércia do legislador infraconstitucional.

Na classificação de Jorge Miranda¹⁵⁸, o controle das omissões legislativas só será cabível em relação às normas preceptivas não exequíveis por si mesmas e às normas programáticas¹⁵⁹; na classificação de Gomes Canotilho, a fiscalização do silêncio legislativo poderá ter base nas imposições constitucionais concretas, nas ordens de legislar, nas normas sem suficiente densidade para se tornarem exequíveis por si mesmas e, eventualmente, nas imposições constitucionais abstratas; e, na classificação de José Afonso da Silva, viável será o controle das omissões legislativas em relação às normas constitucionais de eficácia limitada, que não têm aplicação integral desde o início de sua vigência.

Cumprido destacar, então, na classificação de José Afonso da Silva, que normas de eficácia limitada ou não exequíveis por si mesmas dependem de legislação posterior para a produção de seus efeitos normativos.

Dentre as normas constitucionais de princípio institutivo, ou preceptivas não exequíveis por si mesmas, há normas impositivas, que exigem a edição de comando integrativo, e normas facultativas, que investem o legislador na faculdade de, se considerar conveniente, regular determinada matéria constitucional, consoante já esclarecido.

Dessa maneira, infere-se, de pronto, que de tais normas relacionam-se às omissões legislativas apenas as de conteúdo impositivo, que atribuem o dever de elaboração do regime legal complementar, diversamente das normas facultativas, em que permanece ampla a discricionariedade do legislador, insuscetível de controle nesse contexto.

¹⁵⁸ Jorge Miranda, *Manual...*, tomo II, p. 278, sustenta que se verifica, com relativa facilidade, que as normas de eficácia plena de José Afonso da Silva equivalem às normas preceptivas exequíveis por si mesmas, as normas declaratórias de princípios institucionais e organizatórios correspondem, grosso modo, às normas preceptivas não exequíveis, e as normas declaratórias de princípios programáticos às normas programáticas. Só as normas de eficácia contida ficarão à margem, embora pareçam reconduzir a normas preceptivas.

¹⁵⁹ No mesmo sentido, Marcelo Rebelo de Sousa, *Direito Constitucional*, Braga, Livraria Cruz, 1979, p. 370.

Quanto às normas programáticas existe a mesma preocupação, pois somente será possível falar-se em omissão legislativa depois de caracterizada uma exigência constitucional de ação não atendida, isto é, quando estiverem em causa normas da Carta Magna brasileira expressamente vinculadas ao princípio da legalidade e que não se refiram apenas genericamente aos poderes públicos e à ordem econômico-social¹⁶⁰.

Destaque-se, nesse item, a existência de posição algo divergente entre a doutrina brasileira e a doutrina portuguesa, apesar de ambas afirmarem que só há inércia inconstitucional se de certa norma da Constituição puder ser extraído um dever específico de legislar.

A doutrina portuguesa, a partir de Gomes Canotilho, afirma ser possível a ocorrência de inconstitucionalidade por omissão em virtude principalmente do não cumprimento de imposições constitucionais concretas, de normas sem suficiente densidade para se tornarem exequíveis por si mesmas e de ordens de legislar, segundo já salientado.

A doutrina brasileira, por sua vez, só admite omissões inconstitucionais nas duas últimas situações, ou seja, quando a Constituição exige expressamente legislação infraconstitucional integrativa. Daí a necessidade de José Afonso da Silva estabelecer normas programáticas vinculadas ao princípio da legalidade, enquanto Jorge Miranda não procura normas programáticas para cuja realização a Carta Magna explicitamente remeta “aos termos da lei”. Não se esqueça que, para além das ordens de legislar, a doutrina portuguesa também aceita as imposições constitucionais concretas como possível origem da inconstitucionalidade por omissão, hipótese em que o dever específico de legislar não decorre de expressa remissão feita pela Constituição à legislação ordinária, mas da própria densidade do texto da Lei Fundamental.

¹⁶⁰ Jorge Miranda, *Manual...*, tomo II, p. 281, entende que a eficácia jurídica das normas programáticas, independentemente das classificações adotadas, não fica na disponibilidade do legislador ordinário, ao menos se houver fiscalização da constitucionalidade, pois o órgão competente deverá verificar se ocorrem ou não as circunstâncias objetivas (normativas e não normativas) que tornam possível e obrigatória a emissão das normas legislativas suscetíveis de conferirem exequibilidade às normas constitucionais, exigindo providências. Da mesma forma, Paulo Bonavides, *Curso...*, p. 237, ressalta que ao ser atribuído caráter vinculante às normas programáticas não será fácil negar-lhes aplicabilidade e eficácia, o que também dificultará o incumprimento e a inobservância das regras e dos princípios constitucionais.

Em síntese, a omissão legislativa inconstitucional apresenta os seguintes pressupostos: (a) que o não cumprimento da Constituição derive da violação de certa e determinada norma; (b) que se trate de norma constitucional não exequível por si mesma; e (c) que nas circunstâncias concretas da prática legislativa faltem as medidas necessárias para tornar exequível aquela norma¹⁶¹. Em outras palavras, para que a inércia legislativa inconstitucional se caracterize a necessidade de intervenção do legislador deve advir não do dever geral de legislar¹⁶², mas de uma específica e concreta incumbência ou encargo imposto pela Constituição¹⁶³.

Assim, embora a existência de omissões inconstitucionais dependa não de um dever geral, mas de um dever específico de legislar fundado em determinada norma da Constituição, em um primeiro momento é de menor importância identificar qual é a natureza desse dever específico, já que se trata de um problema geralmente posterior à constatação do vazio e cuja solução é necessária para a atividade integrativa do legislador, não para a verificação efetuada pelo Tribunal Constitucional com base no artigo 283º.

Isso significa, segundo aqui se defende, que o legislador depende da identificação da natureza dos deveres específicos para preencher o vazio, mas o Tribunal Constitucional, *a priori*, pode não precisar de tal constatação para verificar as omissões, até porque muitas vezes quem vai dizer qual é o dever específico em questão, *a posteriori*, é o próprio guardião da Constituição.

Cumprido lembrar, nesse contexto, que mesmo quem trata da necessidade não apenas de constatar a existência de um dever específico de legislar, mas também de identificar o conteúdo de tal dever como pré-requisito

¹⁶¹ Jorge Miranda, *Manual...*, tomo VI, p. 284. Nesse cenário, José Carlos Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 380, observa que os requisitos estabelecidos desde a Comissão Constitucional, depois reafirmados pelo Tribunal Constitucional, para a verificação da inconstitucionalidade por omissão, são quatro: (a) que o incumprimento seja de uma norma constitucional determinada; (b) que a norma constitucional não seja exequível por si mesma; (c) que faltem ou sejam insuficientes as medidas legislativas adotadas na situação concreta; (d) que essa falta seja a causa do não cumprimento da Constituição.

¹⁶² José Joaquim Gomes Canotilho, *Constituição Dirigente...*, p. 331.

¹⁶³ Enrique Linde Paniagua, *Constitución abierta*, Linde Editores, Madrid, 1991, p. 13-15, esclarece que toda norma constitucional se presta a ser completada, mais ou menos, ainda que ela não contenha uma recomendação ou uma ordem do constituinte ao legislador, configurando um dever geral de legislar. No entanto, os deveres específicos de legislar são coisa diversa, pois pressupõem uma técnica de remissão à lei feita expressamente pela Constituição, por meio de mensagens jurídicas diferenciadas.

para a verificação da inconstitucionalidade por omissão, afirma que esta ocorre quando se sabe o “se”, o “quando” e o “como” o Legislativo é chamado a atuar, embora não se possa ser exigente em relação ao “quando” e ao “como”¹⁶⁴. Portanto, ao reconduzir a discussão principalmente a saber “se” é necessário ou não legislar, volta-se ao problema da distinção entre deveres gerais e deveres específicos, que pode ser feita casuisticamente a partir da análise da estrutura narrativa da norma constitucional e da natureza do direito fundamental por ela consagrado.

Contudo, apesar de materialmente existir um dever específico de legislar e de a medida legislativa restar ausente, há situações de natureza procedimental suficientes para levar o Tribunal Constitucional a não verificar a inconstitucionalidade por omissão: (a) a natureza das matérias a serem disciplinadas, que podem exigir a apreciação de diversas variáveis em razão de seu grau de complexidade, implicando demora na aprovação do projeto; (b) as relações interorgânicas, uma vez que o procedimento legislativo não se esgota na emissão de vontade de um só órgão; (c) o período de funcionamento dos implicados na elaboração da lei, pois há épocas em que os entes legislativos não estão operacionais, ou estão apenas parcialmente em atividade; e (d) o tempo necessário para que a espécie normativa exigida seja editada a partir do momento em que o dever de atuar do legislador já é certo e não mais se discute, situação que não se confunde com o prazo a partir do qual se caracteriza o dever de legislar, quando ainda pode ser debatida a utilidade da *interpositio legislatoris*¹⁶⁵.

De toda sorte, é de se destacar que a inércia dos órgãos estatais em cumprir a obrigação de emanar a legislação exigida pelas normas supremas implica verdadeiro processo informal de mudança da Lei Fundamental: embora não modifique a letra da Carta Magna, altera-lhe o alcance e paralisa sua

¹⁶⁴ Jorge Pereira da Silva, *Dever de legislar e protecção jurisdicional contra omissões legislativas*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2003, p. 21-24, identifica cinco espécies de deveres de ação do legislador: o dever geral, que impende sobre o conjunto dos órgãos legislativos, e quatro tipos de deveres específicos, isto é, o dever de concretização das normas constitucionais, o dever de proteção dos direitos fundamentais, o dever de correção ou adequação das leis vigentes e o dever de reposição da igualdade violada. Ainda segundo o autor, a distinção entre o dever geral e os deveres específicos de legislar resulta do grau de densidade da norma impositiva e, consequentemente, do grau de vinculação do legislador em face da Constituição, ou, mais concretamente, existe um dever específico de legislar sempre que a interpretação das normas constitucionais revelar, de forma inequívoca, o “se”, o “quando” e o “como” das normas legais a emanar, embora não seja possível haver rigor quanto ao grau de precisão exigível na definição do “quando” e do “como”.

¹⁶⁵ Jorge Bacelar Gouveia, *Manual...*, p. 1379.

concretização, estimulando, no âmbito do Estado, o preocupante fenômeno da erosão da consciência constitucional¹⁶⁶.

Constata-se, assim, que a inconstitucionalidade por omissão situa-se na fronteira entre a discricionariedade do legislador e o dever de legislar que lhe é imposto, o que traduz a ideia de liberdade e de limitação: o legislador não só tem o direito de atuar com base no poder de conformação que lhe foi conferido, mas também pode ter o dever de legislar a partir do que lhe é exigido pela Constituição¹⁶⁷.

Desse modo, em linha de princípio a verificação judicial das omissões inconstitucionais não retira do legislador sua liberdade de conformação: diante de uma imposição legiferante específica e concreta, o legislador não poderá deixar de atendê-la, mas, dentro das hipóteses de cumprimento, em face de diferentes opções igualmente razoáveis, terá a faculdade de escolher a mais conveniente e oportuna à concretização constitucional.

Note-se, por oportuno, que a possibilidade de fiscalização judicial das omissões legislativas expressa ruptura com a concepção segundo a qual as normas constitucionais, ou parte delas, não apresentam qualquer resposta à sua violação. Assim, fica estabelecido que todas as disposições constitucionais são verdadeiras normas jurídicas, porquanto desempenham uma função útil no ordenamento e não podem ser interpretadas de forma que lhes seja retirada ou diminuída a razão de ser: a cada norma da Carta Magna é preciso conferir, ligada

¹⁶⁶ Anna Cândida Cunha Ferraz, *Processos Informais de Mudança da Constituição*, São Paulo, Max Limonad, 1986, p. 217-218. No mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.484, publicada no Diário da Justiça de 28.08.2001, salientou que o Poder Público, quando se abstém de cumprir, total ou parcialmente, o dever de legislar imposto em cláusula constitucional, infringe a própria integridade da Lei Fundamental a partir de inaceitável gesto de desprezo pela autoridade da Constituição. É que nada se revela mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Carta Magna sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente, ou, então, com o objetivo de aplicá-la somente nos pontos que se mostrarem ajustados à conveniência e aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos.

¹⁶⁷ José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, p. 1036, destaca que a inconstitucionalidade por omissão é instituto que reflete as insuficiências resultantes da redução do Estado de Direito aos processos e instrumentos típicos dos ordenamentos liberais. Conforme o autor, embora exista um dever jurídico-constitucional do legislador em adotar as medidas necessárias para tornar exequíveis as normas da Constituição, a isto não corresponde automaticamente um direito subjetivo fundamental dos cidadãos à atividade legislativa, motivo pelo qual deveria haver um maior reforço da proteção jurídica contra omissões inconstitucionais, como, por exemplo, as ações populares contra a inércia do legislador, que atualmente não estão previstas na Constituição portuguesa e na Constituição brasileira.

a todas as outras disposições supremas, o máximo de capacidade de regulamentação, pois interpretar a Constituição é realizar a Constituição¹⁶⁸.

2.4 Omissão legislativa: momento de configuração

A caracterização da inconstitucionalidade por omissão pode depender não apenas da identificação de um dever específico de legislar e de um juízo sobre as questões procedimentais, mas também da constatação do momento em que tal dever se torna exigível, o que permite apurar se eventual silêncio do legislador pode ou não ser concebido como contrário à Constituição: nessas circunstâncias, o “quando”, embora não assuma relevância autônoma, alia-se à determinada previsão constitucional para definição do “se” o legislador deve agir.

Portanto, cabe distinguir duas situações diversas em que o silêncio legislativo inconstitucional pode restar configurado: (a) quando há fixação de prazo pela própria Constituição; e (b) quando não há fixação de prazo pela Carta Magna¹⁶⁹.

No primeiro caso, se o texto constitucional delimita um prazo para a prática do ato legislativo, a inconstitucionalidade por omissão só se verifica quando esse lapso temporal escoar sem a adoção das medidas necessárias, isto é, no curso do prazo determinado pela Constituição, se inércia houver, não existirá inconstitucionalidade, tendo em vista que a própria Carta Magna demarca um período de tempo razoável para a adoção das providências exigidas. Todavia, basta ter sido ultrapassado o marco fixado para que a inércia do órgão competente configure omissão inconstitucional.

Na segunda hipótese, se o texto constitucional não delimita prazo e ocorre omissão do órgão competente, há de ser questionado qual seria o lapso de tempo razoável para a adoção da medida. Nesse caso, não se pode perder de

¹⁶⁸ Jorge Miranda, *Manual...*, tomo II, p. 291.

¹⁶⁹ José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, p. 1093, destaca que a inconstitucionalidade da omissão legislativa não se conecta necessariamente com os prazos ou tempos dentro dos quais deveria ter havido a *interpositio* legiferante necessária para tornar exequíveis os preceitos da Constituição. Consoante o autor, na hipótese de omissões derivadas do não cumprimento de imposições constitucionais, os critérios decisivos para a verificação da existência da inconstitucionalidade são mais a importância e a indispensabilidade da mediação legislativa para dar operatividade prática às normas constitucionais do que a fixação de eventuais limites *ad quem*.

vista que a razoabilidade está limitada, condicionada e influenciada pela realidade do mundo social, histórico e particular no qual e para o qual são produzidas as normas jurídicas, além de impregnada de critérios axiológicos, motivo pelo qual se deve levar em conta todas as possibilidades e todas as limitações reais¹⁷⁰.

Dessa forma, se à luz da razoabilidade e tendo em vista esse amplo rol de elementos e fatores sociais, históricos e valorativos, for possível concluir que o ato legislativo, ao longo do prazo decorrido, não só podia, como devia ter sido emitido, ficará caracterizada a inconstitucionalidade¹⁷¹.

Em síntese, para que a inconstitucionalidade por omissão se configure é preciso que norma regulamentadora não tenha sido elaborada e posta em vigor no prazo constitucionalmente estabelecido, quando houver, ou, na sua falta, no prazo que o tribunal competente entenda razoável. Antes de decorrido tal prazo não há que se falar em omissão do poder competente, já que a demora se incluirá dentro da previsão constitucional e assim também a provisória impossibilidade de exercício dos direitos fundamentais garantidos pela norma ainda não regulamentada: o que é danoso para os direitos fundamentais não é a demora, em si mesma considerada, mas a demora incompatível com o que se possa ter como previsto e programado pela Constituição¹⁷².

Nesse contexto, se o órgão legislativo, apesar da verificação da existência da omissão, persistir na sua inércia para lá de um tempo razoável, nada impede que seja desencadeado um novo processo de fiscalização por qualquer dos órgãos com poder de iniciativa. Do mesmo modo, se em uma ação de inconstitucionalidade por omissão houver decisão negativa do Tribunal

¹⁷⁰ Flávia Piovesan, *ob. cit.*, p. 94-95.

¹⁷¹ Jorge Pereira da Silva, *ob. cit.*, p. 159-160, esclarece que a análise do tempo na verificação da inconstitucionalidade por omissão passa pela distinção entre normas não exequíveis e normas programáticas. Para o autor, em relação ao primeiro tipo de normas constitucionais só em termos extremamente limitados e exigentes se poderá levar a cabo a ponderação do fator tempo. Em contrapartida, o tempo constitui uma dimensão fundamental das normas programáticas e, por essa razão, é impensável fazer um juízo sobre eventuais omissões legislativas na sua concretização sem levá-lo em consideração, pois passa por saber se a condição da "reserva do possível" se encontra preenchida. Nesse contexto, o Tribunal Constitucional, no Acórdão nº 276/89, publicado no Diário da República, II Série, de 12.06.1989, esclareceu que não implicando ou acarretando a produção normativa a mobilização de especiais recursos, a envolver opções políticas mais ou menos delicadas no tocante à hierarquização e à definição de prioridades de realização dos diversos fins estaduais, não se vê por que mereça ser particularmente considerada a questão do prazo e do tempo da legislação.

¹⁷² Supremo Tribunal Federal, Mandado de Injunção nº 721, publicado no Diário da Justiça de 30.11.2007.

Constitucional, poderá ser formulado novo pedido, também, naturalmente, em tempo razoável¹⁷³.

Sendo assim, acentuada é a preocupação da Constituição portuguesa e da Constituição brasileira em conferir aplicabilidade e exequibilidade plenas a suas normas, não sendo admissível exigir-se que o beneficiário do comando normativo aguarde, em espera indefinida, a confecção das disposições regulamentadoras faltantes. Se assim o fosse, configurar-se-ia verdadeira subversão da ordem jurídica, apresentando-se a omissão do legislador infraconstitucional mais eficaz que a atuação do constituinte, a inexistência de norma regulamentadora mais vinculante que a existência de norma constitucional¹⁷⁴.

E é nesse cenário que a Constituição portuguesa introduziu a ação de inconstitucionalidade por omissão (artigo 283º), e a Constituição brasileira, além da ação de inconstitucionalidade por omissão (artigo 103, parágrafo 2º), consagrou o mandado de injunção (artigo 5º, LXXI) e a arguição de descumprimento de preceito fundamental (artigo 102, parágrafo 1º).

2.5 Omissão legislativa: categorias

Duas são as classificações das omissões legislativas que se revestem de interesse, quer pela maior possibilidade de servirem de base para construções teóricas, quer pela importância que apresentam na solução de questões práticas: a que distingue entre omissões formais e omissões materiais, e a que diferencia as omissões totais (absolutas) das omissões parciais (relativas).

2.5.1 Omissões formais e omissões materiais

O dever de legislação pode ser violado: (a) quando o legislador não emana qualquer preceito a executar as imposições constitucionais concretas; (b) quando as leis de cumprimento das imposições concretas favorecem certos grupos, esquecendo outros; e (c) quando os atos de legiferação que se propõem

¹⁷³ Flávia Piovesan, *ob. cit.*, p. 96, nota que no tocante aos direitos e garantias fundamentais beneficiados pelo princípio da aplicabilidade direta e imediata das normas constitucionais (artigo 18º, nº 1, da Constituição portuguesa, e artigo 5º, parágrafo 1º, da Constituição brasileira), a tolerância do Judiciário há de ser consideravelmente reduzida.

¹⁷⁴ Flávia Piovesan, *ob. cit.*, p. 109.

realizar certas imposições constitucionais excluem alguns cidadãos, total ou parcialmente, de forma expressa, das vantagens reconhecidas nas leis de execução.

Quem parte de um conceito formal de omissão não reconhecerá nas duas últimas hipóteses verdadeiros casos de omissões legislativas: a omissão é ficar inerte, ao passo que nessas situações há um ato positivo que se poderá anular no caso de exclusões arbitrárias. Portanto, a abordagem do problema sob um prisma meramente formal não pode ser aceita, uma vez que sequer admite a existência de omissões parciais, muito menos a distinção entre uma ação legislativa que pode ser constitucionalmente correta e um não fazer inconstitucional¹⁷⁵.

Nesse contexto, então, é necessária a adoção de um conceito material de omissão, o que permite, em geral, visualizar as omissões parciais, bem como, em especial, apontar diferenças entre as situações em que a violação do princípio da igualdade decorre de uma ação e os casos em que a inobservância do tratamento equânime decorre propriamente de uma omissão, conforme será visto adiante.

2.5.2 Omissões totais e omissões parciais

A inconstitucionalidade por omissão total (omissão do legislador) identifica-se com a falta de ação, ou seja, em face do dever jurídico de agir manifesta-se o absoluto silêncio do legislador. Por sua vez, a inconstitucionalidade por omissão parcial (omissão da lei) verifica-se quando falta ação nos termos exigidos pela Carta Magna, isto é, quando a atividade é imperfeita e incapaz de responder aos exatos termos do comando constitucional¹⁷⁶: esse cumprimento incompleto pode ter origem, em conjunto ou separadamente, na errônea interpretação das normas constitucionais que estabelecem o dever de atuação

¹⁷⁵ José Joaquim Gomes Canotilho, *Constituição Dirigente...*, p. 333-334.

¹⁷⁶ O Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.484, publicada no Diário da Justiça de 28.08.2001, esclareceu que o desrespeito à Constituição pode ocorrer tanto por ação estatal como por inércia governamental. Assim, a situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público (*facere*), quando forem editadas normas em desacordo, formal ou material, com o que dispõe a Lei Fundamental (inconstitucionalidade por ação), e de uma atitude passiva do Estado (*non facere* ou *non praestare*), quando não forem adotadas ou quando não forem suficientemente tomadas as medidas necessárias à realização concreta do dever que a própria Carta Magna lhe impôs (inconstitucionalidade por omissão total e inconstitucionalidade por omissão parcial).

legislativa, na avaliação deficiente das circunstâncias fáticas, na não consideração de certos grupos ou categorias de pessoas e até na intenção expressa do legislador.

Especificamente em matéria de omissões parciais, assumem maior importância aquelas que decorrem da inobservância ao princípio da igualdade¹⁷⁷, que deve ser respeitado não apenas na aplicação do direito (igualdade perante a lei), mas também, para o que mais interessa no ponto, na criação do direito (igualdade na lei)¹⁷⁸.

Nesse cenário, as Constituições portuguesa e brasileira não se limitam a declarar o princípio da igualdade em seus textos¹⁷⁹, uma vez que tratam de aplicá-lo desde logo aos temas mais importantes na perspectiva das ideias de Direito que consagram. Disso resulta que já na redação das Leis Fundamentais se colocam várias manifestações do princípio sob exame, por exemplo¹⁸⁰: (a) decorrências puras e simples da igualdade jurídica, tais como a igualdade entre os filhos¹⁸¹; (b) preceitos de diferenciação em função da diversidade de circunstâncias, entre os quais a proteção adequada dos representantes eleitos dos trabalhadores¹⁸²; (c) imposições derivadas da igualdade social, tais como a de promover a

¹⁷⁷ Paulo Bonavides, *A Constituição Aberta*, Belo Horizonte, Del Rey, 1993, p. 147, nota que é mais fácil lidar nas Constituições com os direitos de liberdade, usualmente catalogados como direitos fundamentais e discriminados de maneira quase didática nos textos constitucionais, do que com a igualdade, que apesar de sua fluidez e amplitude nem por isso deixa de ser o outro polo ao redor do qual gravita toda a ordem constitucional na sociedade contemporânea.

¹⁷⁸ José Afonso da Silva, *Curso...*, p. 215-216, entende ser desnecessário distinguir entre igualdade perante a lei e igualdade na lei, pois o único destinatário útil do princípio é o legislador. Segundo o autor, o executor da lei já está obrigado a aplicá-la de acordo com os critérios por ela estabelecidos: se a lei, para valer, está adstrita a se conformar ao princípio da igualdade, este resultará vinculativo para o executor da lei pelo simples fato de o diploma o obrigar a cumpri-la com fidelidade e respeito aos critérios por ela mesma fixados. Por sua vez, Cristina Queiroz, *Direitos Fundamentais...*, p. 111, observa que a exigência de igualdade na formulação da lei transforma a fiscalização da Carta Magna de mero exame formal num controle substancial de normas, permitindo o controle da racionalidade do legislador no exercício de sua função constitucional.

¹⁷⁹ Dispõe o artigo 13º, nº 1, da Constituição portuguesa: “*Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei*”. Por sua vez, o artigo 5º, *caput*, da Constituição brasileira, determina que “*todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade*”.

¹⁸⁰ Jorge Miranda, *Manual...*, tomo IV, p. 231-234.

¹⁸¹ Artigo 36º, nº 4, da Constituição portuguesa; artigo 227, parágrafo 6º, da Constituição brasileira.

¹⁸² Artigo 55º, nº 6, da Constituição portuguesa; artigo 8º, VIII, da Constituição brasileira.

democratização da educação e da cultura¹⁸³; e (d) discriminações positivas, entre as quais as políticas de reabilitação e integração dos cidadãos portadores de deficiência e de apoio às famílias carentes¹⁸⁴.

No entanto, as manifestações do princípio da igualdade não se esgotam na utilização dele feita pelo constituinte, refletindo também na atuação exigida do legislador infraconstitucional na tarefa de concretização da Carta Magna. Por isso, as violações à igualdade eventualmente cometidas pelo legislador ordinário devem ser apuradas a partir da noção de desvio de poder legislativo: a lei ordinária deve estar adstrita aos fins, aos valores e aos critérios da Constituição, de sorte que nenhuma lei, seja qual for a matéria que discipline, pode deixar de estar de acordo com essas variáveis¹⁸⁵.

Assim, o princípio da igualdade na criação do direito não significa nem que o legislador tenha que inserir todos nas mesmas posições jurídicas, nem que ele tenha responsabilidade de que todos tenham as mesmas características e se encontrem nas mesmas condições fáticas. Isso porque, a igualdade de todos em relação a todas as posições jurídicas não produziria apenas normas incompatíveis com sua finalidade, sem sentido e injustas, mas também eliminaria o exercício de competências, ao passo que a igualdade de todos em suas características e condições fáticas esbarraria até mesmo em limites naturais¹⁸⁶.

Logo, o princípio da igualdade, dirigido ao legislador, não pode exigir que todos sejam tratados exatamente da mesma forma ou que todos devam ser iguais em todos os aspectos. Por outro lado, para ter algum conteúdo, ele não pode permitir toda e qualquer diferenciação e distinção. Nesse contexto, o ponto de partida entre ditos extremos é a fórmula segundo a qual os iguais devem ser tratados igualmente e os desiguais desigualmente, a ser interpretada não como um dever formal, mas sim como um dever material de igualdade. O mesmo vale para juízos de desigualdade¹⁸⁷.

¹⁸³ Artigo 73º, nºs 2 e 3, da Constituição portuguesa; artigo 205 e artigo 215 da Constituição brasileira.

¹⁸⁴ Artigo 71º, nº 2, da Constituição portuguesa; artigo 203, IV, da Constituição brasileira.

¹⁸⁵ Jorge Miranda, *Manual...*, tomo VI, p. 42-43, esclarece que a liberdade de conformação do legislador, sua discricionariedade, começa onde acaba a interpretação que lhe cabe fazer das normas constitucionais.

¹⁸⁶ Robert Alexy, *ob. cit.*, p. 396-397.

¹⁸⁷ Robert Alexy, *ob. cit.*, p. 397-399.

Além disso, não é possível afirmar que a vinculação do legislador à igualdade acaba por atribuir ao Tribunal Constitucional competência para substituir livremente as valorações do legislador pelas suas próprias, mas apenas que algumas valorações do julgador podem ter precedência em relação àquelas do legislador, o que é da essência da tarefa a ser realizada pelo guardião da Constituição¹⁸⁸.

Tendo em vista o exposto, três são as violações possíveis ao princípio da igualdade: (a) o igual é tratado de forma desigual [dois objetos essencialmente iguais recebem do legislador um tratamento desigual (diferenciação injustificada)]; (b) o desigual é tratado de forma igual [dois objetos essencialmente desiguais recebem do legislador o mesmo tratamento (indiferenciação)]; e (c) o desigual é tratado de forma desproporcionalmente desigual [dois objetos essencialmente desiguais recebem do legislador um tratamento desigual, mas desproporcionado em relação à desigualdade verificada (diferenciação desproporcionada)].

No plano da inconstitucionalidade por omissão, as violações acima referidas podem ser reconduzidas a dois grupos: (a) exclusão implícita ou silêncio excludente; e (b) exclusão expressa¹⁸⁹.

Dessa forma, apenas nos casos de exclusão implícita a omissão legislativa pode ser considerada própria. Nas demais situações, o legislador pronunciou-se efetivamente sobre o regime que pretendia ver aplicado às categorias de pessoas excluídas: nestes casos, as omissões legislativas devem ser tidas como impróprias, uma vez que a inconstitucionalidade por omissão vive paredes-meias com a inconstitucionalidade por ação¹⁹⁰.

Tendo em vista o exposto, cabe ressaltar que uma vez configurada a inobservância ao princípio da igualdade, duas alternativas se apresentam para a atuação dos tribunais: ou declaram a inconstitucionalidade das normas que

¹⁸⁸ Robert Alexy, *ob. cit.*, p. 411-413.

¹⁸⁹ Jorge Pereira da Silva, *ob. cit.*, p. 210.

¹⁹⁰ Jorge Pereira da Silva, *ob. cit.*, p. 76, 80 e 91. Nesse contexto, mas no Direito brasileiro, Hely Lopes Meirelles, *Mandado de Segurança*, Malheiros, São Paulo, 2003, p. 438, sustenta que no caso de omissões parciais há uma inequívoca fungibilidade entre a ação de inconstitucionalidade (direta ou no contexto da arguição de descumprimento de preceito fundamental) e o processo de controle abstrato da inércia legislativa, uma vez que as duas espécies, a fiscalização das ações e a das omissões, acabam por ter, formal e substancialmente, o mesmo objeto, isto é, a inconstitucionalidade da norma em razão de sua incompletude.

tenham tal violação, na perspectiva de que houve inconstitucionalidade por ação, ou verificam a ocorrência de inconstitucionalidade por omissão parcial, permitindo que o legislador estenda o âmbito normativo e observe a isonomia¹⁹¹.

Para uma primeira corrente doutrinária, a violação do princípio da igualdade pode resultar tanto de uma intenção deliberada do legislador em conceder vantagens só a certos grupos ou contemplar determinadas situações (exclusão expressa ou explícita), cometendo uma inconstitucionalidade por ação, como decorrer apenas de uma incompleta apreciação das situações de fato, mas sem que haja o propósito de arbitrariamente e unilateralmente serem favorecidos apenas certos grupos ou situações (incompletude regulativa), cometendo uma inconstitucionalidade por omissão¹⁹².

Portanto, consoante essa linha de raciocínio, a relevância jurídica das omissões tem de ser aferida em face de normas de ação ou de proibição¹⁹³, sendo certo que a tradicional reticência na fiscalização do silêncio legislativo reduz o âmbito da omissão a um “não fazer” e alarga o âmbito do “atuar” legislativo para incluir mesmo os casos de exclusão não deliberada de vantagens legais. Na perspectiva em questão, existe uma omissão legislativa, juridico-constitucionalmente relevante, quando o legislador não concretizar ou não concretizar completamente uma imposição constitucional concreta.

Em choque com essa posição, uma segunda corrente doutrinária entende que o critério acima legitimaria a habilidade do legislador ao manipular o texto constitucional, na medida em que um mesmo conteúdo de regulamentação pode ser expresso de modo técnico-jurídico diferente. Assim, para escapar do juízo de inconstitucionalidade por ação, bastaria que o legislador, querendo excluir determinado grupo de certas vantagens, ficasse em silêncio, aparentando não ter apreciado completamente as situações de fato¹⁹⁴.

¹⁹¹ Gilmar Ferreira Mendes, *Direitos Fundamentais...*, p. 376-377, afirma que em se tratando de omissão parcial a própria norma incompleta ou defeituosa há de ser suscetível de impugnação na ação direta de inconstitucionalidade, porque é de norma alegadamente inconstitucional que se cuida, ainda que a causa da ilegitimidade possa residir na sua incompletude. Portanto, segundo o autor, a questão fundamental reside menos na escolha de um processo especial do que na adoção de técnicas de decisão apropriadas para superar as situações inconstitucionais decorrentes da chamada omissão legislativa.

¹⁹² José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, p. 1036.

¹⁹³ José Joaquim Gomes Canotilho, *Constituição Dirigente...*, p. 333-335.

¹⁹⁴ Rui Medeiros, *A Decisão de Inconstitucionalidade*, Lisboa, Universidade Católica Portuguesa, 1999, p. 519.

Nesse sentido, de acordo com tal opinião, mesmo que a ausência de intenção deliberada do legislador em conceder vantagens só a certos grupos revele a existência de vazio por incompleta apreciação das situações de fato, dificilmente se poderá falar em inconstitucionalidade por omissão¹⁹⁵. Havendo lacuna, ou esta é colmatada através de interpretação conforme a Constituição, em sentido amplo (afastando a discriminação), ou, caso não seja possível preenchê-la através do recurso ao texto constitucional (vigorando, por exemplo, a proibição de analogia), deve ser declarada a inconstitucionalidade por ação. O máximo que se poderia admitir em caso de violação ao princípio da igualdade seria a ocorrência cumulativa de inconstitucionalidade por ação e de inconstitucionalidade por omissão: mesmo assim, ao optar por uma das duas, não se poderia preferir o regime sem sanção da inconstitucionalidade por omissão, pois entre dois fundamentos viáveis não seria lógico prevalecer o estatuto mais favorável à manutenção da situação contrária à Constituição¹⁹⁶.

Além disso, dito segmento da doutrina ainda considera necessária a verificação de diferenças de grau entre as várias situações, o que permitiria ao juiz constitucional ter maior ou menor capacidade de intervenção: o artigo 283º deveria

¹⁹⁵ Jónatas Machado, *O regime concordatário entre a "libertas ecclesiae" e a liberdade religiosa*, Coimbra, Coimbra Editora, 1993, p. 35, considera que a garantia do princípio da igualdade e da proibição do arbítrio é de importância vital no Estado de Direito, já que envolve a salvaguarda de um elemento básico da convivência política que é a igual dignidade dos cidadãos, pelo que ao seu serviço devem ser mobilizados amplos recursos substantivos e procedimentais. Por isso, conforme o autor, transformar as inconstitucionalidades por violação da igualdade em inconstitucionalidades por omissão parcial representaria um nítido enfraquecimento da normatividade do princípio, colocando o problema da sua inobservância, pela natureza e eficácia que assume o controle das omissões, mais num plano político-legislativo do que jurídico-constitucional.

¹⁹⁶ Rui Medeiros, *A Decisão...*, p. 519-524, adverte que a decisão de inconstitucionalidade por ação (no caso de leis que violem o princípio da igualdade) deve ser acompanhada de limitação de efeitos, o que oferece a vantagem de não diminuir a pressão sobre o legislador, forçando-o a aprovar rapidamente uma nova regulamentação não discriminatória. Com essa solução, apesar de considerada inconstitucional a lei continuaria vigente e seguiria sendo aplicada até que se iniciassem os efeitos da decisão, tal como fixado pelo Tribunal Constitucional. Dessa forma, a limitação de efeitos prevista no artigo 282º, nº 4, da Constituição portuguesa, impediria que a declaração de inconstitucionalidade desse imediatamente origem a uma situação ainda mais inconstitucional. Saliente-se que a se julgar pela conveniência de tal solução, o mesmo poderia ocorrer no Brasil, em face do artigo 27 da Lei nº 9.868/99, que permite ao Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado. No entanto, a melhor opinião sobre o tema foi emitida por Jorge Miranda, *Manual...*, tomo VI, p. 83, ao questionar se a restrição de efeitos para o futuro não viria, na prática, a pouco se distinguir da linha até agora adotada. De acordo com o autor, é de se admitir que a pressão sobre o legislador será mais forte no caso da declaração de inconstitucionalidade por ação com limitação de efeitos, mas nada garante à partida que um almejado breve período não se vá prolongando por meses e anos.

ser utilizado quando existente um grau maior de omissão, envolvendo opções de fundo e uma regulamentação completa e detalhada, dependente de conhecimentos técnicos do legislador. Diferente desta situação é o caso em que o legislador, tendo tratado juridicamente certa questão, não se manifestou acerca de um ponto concreto, sendo facilmente detectável que certa solução, nesse contexto, teria sido ou deveria ter sido eleita pelo legislador: nessa hipótese, seria cabível uma decisão modificativa, pois aludida regulamentação incompleta estaria fora dos domínios do artigo 283^o¹⁹⁷.

Em verdade, no entanto, tendo em vista referida divergência doutrinária, aqui se defende que a melhor alternativa para solucionar os casos de omissão legislativa parcial é não paralisar a concretização já alcançada, mas procurar obter o suprimento do vazio por meio dos mecanismos de fiscalização da inconstitucionalidade por omissão, mesmo com seus efeitos em tese limitados (artigo 283^o). Em outros termos, a lei parcialmente omissa só deve ser julgada inconstitucional por ação quando criar discriminações e privilégios arbitrários¹⁹⁸.

Com idêntico raciocínio, o Tribunal Constitucional consagra, embora não utilize explicitamente os termos, na linha dos Acórdãos n^o 423/87 e n^o 474/02, que no caso de violação ao princípio da igualdade deve-se analisar o que se tem chamado de “solução legal intrinsecamente justa”: se a solução dada pelo legislador for justa em relação aos beneficiários, deve-se optar pela verificação da omissão parcial a fim de que aquele tenha a oportunidade de estender o regime para outras categorias eventualmente prejudicadas, restabelecendo a observância

¹⁹⁷ Vitalino Canas, *Introdução às decisões de provimento do Tribunal Constitucional*, Lisboa, Cognitio, 1984, p. 43-44. Nesse contexto, Fernando Alves Correia, *Direito Constitucional...*, p. 98-104, salienta que as decisões de conteúdo proferidas pelo Tribunal Constitucional português em controle concentrado podem ser classificadas em dois gêneros: (a) os tipos simples ou extremos, em que o Tribunal se pronuncia ou não pela inconstitucionalidade; e (b) os tipos intermédios, que se apresentam como técnicas de decisão capazes de superar os tipos extremos. Ditos tipos intermédios, a seu turno, se dividem em: (b.1) decisões interpretativas, em que o Tribunal, no caso de uma norma comportar vários sentidos, opta por aquele que for mais compatível com a Constituição; (b.2) decisões de inconstitucionalidade parcial, que podem abranger uma parte das disposições de um preceito ou mesmo só um período ou frase do respectivo texto (horizontais ou quantitativas), bem como abarcar unicamente uma certa dimensão ou segmento do seu conteúdo dispositivo (verticais ou qualitativas); e (b.3) decisões aditivas, que se traduzem num imediato alargamento ou “adição” do regime contido na disposição declarada inválida, por efeito de sua inconstitucionalização “na parte em que”, estabelece uma “exceção” ou uma “condição” ou “não contempla” certa situação. Além dessas espécies, o autor adverte que existem outras que não são utilizadas, como as decisões apelativas e as de mera declaração de inconstitucionalidade, do Tribunal Constitucional alemão; as *sentenze-aspicio*, as *sentenze-monito* e as decisões substitutivas do Tribunal Constitucional italiano; e as decisões construtivas do Tribunal Constitucional espanhol, por exemplo.

¹⁹⁸ Jorge Miranda, *Manual...*, tomo IV, p. 243-244.

da igualdade. Assim, na hipótese, não se deve declarar a inconstitucionalidade por ação, que, por seus efeitos, extinguiria um regime legal possivelmente mais favorável aos seus destinatários¹⁹⁹.

Veja-se que o controle da inconstitucionalidade por omissão consagrado nas Leis Fundamentais portuguesa e brasileira demonstra que nos pontos em que o Poder Legislativo dispuser de liberdade de conformação não pode o Tribunal Constitucional substituí-lo, ao menos em princípio. De um ponto de vista substancial, as preocupações que estão subjacentes ao regime estabelecido no artigo 283º da Constituição portuguesa valem para todos os casos de não cumprimento de imposições constitucionais de legislar: mesmo quando a lei concretiza uma norma constitucional em termos discriminatórios, cabe ao legislador, e não ao juiz, restabelecer a igualdade em abstrato, salvo em casos extremos.

Em outras palavras, a fronteira entre a admissibilidade e a não admissibilidade das decisões aditivas²⁰⁰ passa pela diferença entre a fiscalização concreta e a fiscalização abstrata. Assim, as decisões aditivas devem considerar-se uma forma particular de decisão dos casos de lacunas surgidas em sede de fiscalização concreta, já que no processo de fiscalização abstrata da inconstitucionalidade por omissão do artigo 283º, o Tribunal, em regra, não pode

¹⁹⁹ Reconhecendo a divergência doutrinária e jurisprudencial sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal, no Agravo Regimental em Mandado de Segurança nº 23.809, publicado no Diário da Justiça de 06.04.2001, admitiu que a discussão em torno das possíveis soluções jurídicas para o problema da exclusão de benefício com ofensa ao princípio da igualdade permite vislumbrar três mecanismos alternativos destinados a viabilizar a resolução da controvérsia: (a) a extensão dos benefícios ou vantagens às categorias ou grupos inconstitucionalmente excluídos; (b) a supressão dos benefícios ou vantagens que foram indevidamente concedidos pelo legislador a terceiros; e (c) o reconhecimento da existência de uma situação ainda conforme à Constituição (situação constitucional imperfeita), o que ensejaria ao Poder Público, em tempo razoável, a edição de lei que restabelecesse o dever de integral obediência ao princípio da igualdade, sob pena de progressiva inconstitucionalização do ato estatal insuficiente e incompleto.

²⁰⁰ Fernando Alves Correia, *Direito Constitucional...*, p. 104-105, cita exemplos de decisões aditivas, das quais se destacam duas: (a) no Acórdão nº 143/85, publicado no Diário da República, I Série, de 03.03.1985, o Tribunal Constitucional declarou, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade de norma constante no Estatuto da Ordem dos Advogados, aprovado pelo Decreto-Lei nº 84/84, na parte em que considerava incompatível com o exercício da advocacia a função docente de disciplinas que não fossem de Direito, de sorte que, ao declarar tal invalidade, o Tribunal Constitucional ampliou a compatibilidade entre o exercício da profissão de advogado e a docência de quaisquer disciplinas, para além das jurídicas; e (b) no Acórdão nº 181/87, publicado no Diário da República, II Série, de 17.07.1987, o Tribunal Constitucional julgou contrária à Carta Magna portuguesa a norma da Lei nº 2.127/65 que tratava do pagamento de pensão por acidente de trabalho devida ao cônjuge sobrevivente, pois estabelecia, quanto ao viúvo, pressupostos mais gravosos do que os estatuídos na mesma lei quanto à viúva, o que configurava discriminação injustificada em razão do gênero.

mais do que comunicar ao legislador a omissão verificada, remetendo-lhe o encargo de emanar a norma em falta. Em suma, as decisões aditivas são uma forma de colmatação de lacunas, e as lacunas são geralmente colmatadas em concreto e não com força obrigatória geral²⁰¹.

Cabe ressaltar, contudo, que o Tribunal Constitucional, quando chamado a decidir no âmbito do artigo 281º, não está autorizado a convolar o seu juízo numa verificação nos termos do artigo 283º. A distinção entre os dois institutos, ação de inconstitucionalidade por ação e ação de inconstitucionalidade por omissão, exige uma diferenciação de iniciativas e de processos²⁰². O que pode é pedir-se conjuntamente a fiscalização da inconstitucionalidade por ação e da inconstitucionalidade por omissão.

Além disso, tecendo um paralelo entre inconstitucionalidade por ação e inconstitucionalidade por omissão, pode-se afirmar que aquela remete ao problema da não validade normativa, preocupação mais próxima da construção do Estado de Direito, enquanto esta opera no plano da efetividade constitucional, preocupação mais próxima da construção do Estado democrático: daí porque a junção de ambas justifica, no âmbito da fiscalização da constitucionalidade, as denominações de Estado de Direito democrático e de Estado democrático de Direito que a República Portuguesa e a República Federativa do Brasil, respectivamente, se atribuíram²⁰³.

Por fim, na hipótese de lei infraconstitucional concretizadora de norma constitucional vir a ser revogada pelo legislador sem ser substituída por outra, deve ser declarada a inconstitucionalidade por ação da legislação revogatória e não a omissão legislativa que daí resultaria. É que se o Tribunal Constitucional, em regra, não pode suprir as omissões do legislador, já pode impedi-lo de criar situações de omissão inconstitucional, porque tal se enquadra na sua tarefa “negativa” de anular as ações contrárias à Constituição²⁰⁴.

²⁰¹ Jorge Pereira da Silva, *ob. cit.*, p. 220-223.

²⁰² José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Fundamentos da Constituição*, Coimbra, Coimbra Editora, 1991, p. 273, destacam que a fiscalização da inconstitucionalidade por ação elimina a inconstitucionalidade (ou, ao menos, os seus efeitos), repondo a legalidade constitucional, enquanto na fiscalização das omissões inconstitucionais isso não sucede, visto que o Tribunal Constitucional não pode criar as normas em falta.

²⁰³ Artigo 2º da Constituição portuguesa e artigo 1º da Constituição brasileira.

²⁰⁴ José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição...*, 1993, p. 1050.

2.6 Omissões legislativas e lacunas legais

2.6.1 Critério distintivo

As omissões legislativas e as lacunas legais, nos termos da proposta ora apresentada, são espécies do gênero vazio normativo e o que as distingue é a possibilidade de preenchimento a partir da atividade do juiz, ou seja, sem que a intervenção do legislador seja indispensável (embora possa ser desejável). Em outras palavras, se o vazio acerca de certa matéria puder ser suprido pelos meios tradicionais de colmatação em Direito Constitucional (como as decisões integrativas e aditivas, por exemplo, além das técnicas comuns de hermenêutica jurídica), ou puder ser resolvida por meio de normas legais ou regulamentares que não correspondem ao cumprimento do dever de atuação legislativa, mas podem ser utilizadas no caso a partir da analogia (disposições pré-constitucionais, por exemplo), estar-se-á diante de uma lacuna. Se, pelo contrário, o vazio normativo não puder ser suprido pela atividade judicial (sobretudo porque ela invadiria domínios do legislador, vulnerando o princípio da separação de poderes), sendo inviável recorrer a normas jurídicas vigentes e a determinados institutos, estar-se-á diante de uma omissão²⁰⁵.

Portanto, o critério que melhor faz distinção entre as duas categorias só é perceptível em face de situações *sub judice*, pois, para diferenciá-las, primeiro é necessário saber se no caso sob apreciação judicial é possível preencher o vazio: se for, há lacuna; se não, existe omissão, a ser verificada somente pelo Tribunal Constitucional a partir do procedimento de fiscalização abstrata²⁰⁶.

Dessa maneira, tal significa que a grande questão, em verdade, não se limita apenas a identificar o que é lacuna e o que é omissão em tese, mas saber o

²⁰⁵ Jorge Miranda, *Manual...*, tomo II, p. 303, entende que as lacunas são situações constitucionalmente relevantes não previstas, enquanto as omissões legislativas reportam-se a situações previstas, mas a que faltam, no programa ordenador global da Constituição, as estatuições adequadas a uma imediata exequibilidade. No entanto, a diferenciação entre lacunas constitucionais e omissões legislativas é mais simples, até pela distinção de níveis em que umas e outras ocorrem. Repare-se que o critério distintivo entre omissões e lacunas exposto no texto tem em vista o vazio normativo ocorrido no mesmo âmbito de conformação legislativa, isto é, em nível infraconstitucional.

²⁰⁶ Em suma, considerando o Direito Constitucional positivado em Portugal e no Brasil, as omissões só são passíveis de eliminação a partir de atuação do legislador, enquanto as lacunas podem ser afastadas quer pelo legislador, quer pelo juiz, sendo esta a hipótese mais frequente.

que pode e o que não pode, na prática, ser suprido pela atividade judicial independentemente do comportamento do legislador. Para tanto, é fundamental analisar os vazios normativos a partir da necessidade e da viabilidade de atuação do julgador em concreto e em abstrato, o que pode levar a consequências distintas.

2.6.2 Atuação judicial em concreto

No que diz respeito aos vazios que se colocam em concreto, cabe ao julgador preenchê-los independentemente da matéria que estiver em causa, pois o simples fato de certa controvérsia ter sido posta no âmbito judicial exige, em princípio, atuação suficiente para evitar o *non liquet*²⁰⁷, sobretudo em matéria de direitos, liberdades e garantias vinculados à cláusula de aplicabilidade direta, e de direitos sociais prestacionais ligados à noção de mínimo vital²⁰⁸: em concreto, o Judiciário pode dizer que certa pessoa não tem determinado direito porque a situação fática que ela apresenta não se amolda ao comando constitucional, mas não pode dizer que não há direito por falta de legislação infraconstitucional complementar.

Nesse sentido, é princípio assente no Direito luso-brasileiro que não havendo norma legal, ou sendo lacunosa a norma existente, cumprirá ao juiz decidir o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito. Assim, o que pode tornar inviável o exercício de um direito fundamental não será a falta de legislação infraconstitucional, mas sim a existência de alguma regra ou princípio que proíba ao juiz recorrer à analogia, aos costumes ou aos princípios de direito para suprir a falta de lei integrativa²⁰⁹.

²⁰⁷ José de Oliveira Ascensão, *O direito: introdução e teoria geral*, Coimbra, Almedina, 1991, p. 355, salienta que as lacunas legais podem ocorrer por deficiência de técnica legislativa, por intenção de não regular a matéria e por imprevisibilidade. Todavia, de acordo com o autor, qualquer que seja a razão de sua existência, ocorrendo lacuna é necessário que ela seja suprida para resolver o caso concreto. Em complemento, Jose Reinaldo Vanossi, *Teoría constitucional: supremacía y control de constitucionalidad*, Buenos Aires, Depalma, 1976, p. 475, destaca que o juiz participa no processo criador, outorgando à norma individual uma fisionomia típica. Assim, o julgador toma parte ativa na integração do ordenamento jurídico e a sentença que dita é a última etapa do processo de criação jurídica que vai do geral e abstrato à esfera do individual e concreto.

²⁰⁸ Robert Alexy, *ob. cit.*, p. 507, afirma que a determinação do exato conteúdo do direito ao mínimo vital suscita dificuldades. Contudo, segundo o autor, dificuldades na definição do exato conteúdo de direitos, bem como, em geral, a precisa delimitação de conceitos dos mais indeterminados, não são tarefas incomuns para a jurisprudência e para a Ciência do Direito.

²⁰⁹ Supremo Tribunal Federal, Mandado de Injunção nº 721, publicado no Diário da Justiça de 30.11.2007.

Convém salientar, então, o disposto no artigo 8º, nº 1, do Código Civil português: *“O tribunal não pode abster-se de julgar, invocando a falta ou obscuridade da lei ou alegando dúvida insanável acerca dos factos em litígio”*. Em complemento, dispõe o artigo 10º, nº 1, que *“os casos que a lei não preveja são regulados segundo a norma aplicável aos casos análogos”* e, ainda mais claramente, o artigo 10º, nº 2, segundo o qual *“na falta de caso análogo, a situação é resolvida segundo a norma que o próprio intérprete criaria, se houvesse de legislar dentro do espírito do sistema”*.

Na mesma linha, o artigo 126 do Código de Processo Civil brasileiro determina que *“o juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei”*. Como solução, o artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro contém norma complementar a dispor que *“quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”*.

E não se diga que disposições infraconstitucionais sobre hermenêutica não podem ser úteis ao intérprete da Constituição, porquanto: (a) a interpretação sistemática do ordenamento é fundamental para a concretização das normas constitucionais; (b) expressam uma vontade legislativa que não foi contrariada por outras disposições de hermenêutica da Carta Magna e têm valor de costume constitucional; e (c) a interpretação da Constituição não é de natureza diversa da que ocorre em outros ramos do Direito, uma vez que não se destina a simples enunciação abstrata de conceitos, mas sim à conformação da vida pela norma²¹⁰.

Logo, segundo aqui se defende, ainda que determinado vazio se configure em abstrato como omissão, paralelamente ele pode dificultar a decisão do julgador em concreto, devendo, por isso, ser aí superado como lacuna e preenchido a partir da atividade judicial de colmatação, independentemente do processo que vier a ser instaurado no Tribunal Constitucional²¹¹.

²¹⁰ Jorge Miranda, *Manual...*, tomo II, p. 288 e 293.

²¹¹ Carlos Marés de Souza Filho, *O Direito Constitucional e as lacunas da lei*, in *Revista de Informação Legislativa*, nº 133, 1997, p. 7, esclarece que o juiz, ao julgar interpretando ou substituindo a lei, estará recriando e completando o Direito, por existir lacuna, ou aplicando-o, por não existir. A obrigação de julgar leva o juiz a entender o Direito como totalidade, não podendo haver recusa sob pretexto de silêncio, obscuridade ou insuficiência da lei. Segundo o autor, essa obrigação de julgar gera para o indivíduo um direito subjetivo de obter uma solução, oferecida pelo Estado por meio do Judiciário, para o caso concreto litigioso.

Sendo assim, no caso de ausência absoluta de legislação concretizadora de uma disposição constitucional que atribua direitos, a principal forma de colmatar o vazio normativo consiste nas decisões integrativas, ou seja, na tentativa de aplicação direta de norma da Constituição. Ao Judiciário cabe, portanto, verificar se é possível atribuir razoável eficácia à norma, sem a intervenção do legislador, tendo em conta a existência, no sistema constitucional, de elementos necessários à aplicação normativa²¹². Em outras palavras, o julgador preenche o vazio deixado pelo legislador com a aplicação direta do “conteúdo mínimo” da própria Lei Maior, evitando que a falta de concretização do comando constitucional impeça o exercício do direito nesse contexto atribuído²¹³.

No caso de ausência relativa, sobretudo naquela que viola o princípio da igualdade, a principal forma de colmatar o vazio, em concreto, são as já referidas decisões aditivas, em que o órgão de fiscalização formula uma regra, implícita ou indiretamente, em razão de inconstitucionalidade que não reside tanto naquilo que a norma preceitua quanto naquilo que ela não preceitua. Dessa maneira, como a inconstitucionalidade acha-se na norma na medida em que ela não contém tudo aquilo que deveria conter para responder aos imperativos da Lei Fundamental, o órgão de fiscalização acrescenta (e, acrescentando, modifica o comando constitucional) esse elemento que falta²¹⁴.

Cabe destacar, todavia, que o uso de decisões integrativas e de decisões aditivas sofre duas grandes objeções: a primeira está relacionada à separação de poderes entre o legislador e os tribunais, enquanto a segunda pertine aos efeitos financeiros dessas decisões intermédias.

No que tange à primeira objeção, é comumente aceita a ideia de que a divisão de poderes, estabelecida no Estado de Direito, exige da administração da

²¹² Jorge Pereira da Silva, *ob. cit.*, p. 225.

²¹³ O Tribunal Constitucional, no Acórdão nº 90/84, publicado *in* Acórdãos do Tribunal Constitucional, 4º volume, p. 267 e seguintes, não aceitou a tese do “conteúdo mínimo” ao tratar do direito de indenização resultante da privação inconstitucional ou ilegal da liberdade por ato judicial, em face da inexistência (na altura) de legislação infraconstitucional densificadora do artigo 27º, nº 5, da Carta Magna portuguesa, *in verbis*: “A privação da liberdade contra o disposto na Constituição e na lei constitui o Estado no dever de indemnizar o lesado nos termos que a lei estabelecer”. Nesse caso, conforme o guardião da Constituição, enquanto não houvesse lei infraconstitucional concretizadora não existiria o dever de indenizar previsto na norma suprema, porque a possibilidade de suprimento de omissões legislativas, inclusive em sede de direitos, liberdades e garantias, através do recurso aos meios em geral admitidos para tanto (artigo 10º do Código Civil), sofre necessariamente limites.

²¹⁴ Jorge Miranda, *Manual...*, tomo VI, p. 79-80.

justiça que respeite o primado da criação de normas pelo legislador²¹⁵. Contudo, o Judiciário, ao adotar decisões aditivas e integrativas no contexto aqui analisado, está resolvendo o caso concreto com efeitos *inter partes*, e não completando a ordem jurídica com efeitos obrigatórios gerais, isto é, já em tese inexistente razão para se falar em desrespeito à repartição de competências.

Em outros termos, o Judiciário não assume funções próprias do legislador ao preencher uma lacuna legal por meio de um tipo intermédio, pois tais decisões não são fruto da discricionariedade judicial, mas da necessidade de extensão lógica de um dado regime sobre certa matéria. A separação de poderes só poderia ser atingida se os tribunais, diante de uma pluralidade de soluções derivadas de opções diversas, intervissem no sentido de substituir o legislador no exercício da respectiva liberdade de conformação²¹⁶, o que ainda assim deve ser admitido em casos extremos.

No que concerne à segunda objeção, não se pode aceitar que o problema dos efeitos financeiros das decisões integrativas e aditivas impeça sempre a fiscalização da constitucionalidade dos vazios normativos e a aplicação dos respectivos “remédios”. Se fosse assim, seria criada, por via inadmissível, uma zona imune a qualquer apreciação judicial. Ademais, a força do princípio da competência orçamental do legislador não é absoluta nem ilimitada, sendo necessário reconhecer que os direitos dos cidadãos podem ter mais peso que motivos de política financeira, principalmente em sede de direitos, liberdades e garantias e de direitos sociais prestacionais ligados ao mínimo vital²¹⁷, o que deve ser analisado na prática, com base em um juízo de razoabilidade.

Além disso, convém reparar que o preenchimento de lacunas pode ocorrer tanto por aplicação de princípios como pela utilização de regras, situação

²¹⁵ Karl Larenz, *Metodologia da Ciência do Direito*, Lisboa, Calouste Gulbenkian, 1989, p. 455-456.

²¹⁶ Nesse cenário, conforme esclarece Maria Angeles Ahumada Ruiz, *El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas*, in *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, nº 8, 1991, p. 169, é uma constante, nos últimos tempos, referir-se, ao analisar o desenvolvimento das decisões dos Tribunais Constitucionais, à função não só de “legislador negativo”, mas também à de “legislador positivo” que, cada vez com menor timidez, eventualmente desempenham os órgãos de controle da constitucionalidade.

²¹⁷ Robert Alexy, *ob. cit.*, p. 512-513, pondera que mesmo os direitos fundamentais sociais mínimos têm, especialmente quando são muitos que deles necessitam, enormes efeitos financeiros, mas isso, isoladamente considerado, não justifica uma conclusão contrária à sua existência e efetividade.

que se diferencia dos casos em que tais espécies de normas são ponto de partida para a verificação da inconstitucionalidade por omissão. Veja-se que embora os vazios normativos possam surgir em face de quaisquer normas, a relação conflitual e a lógica de ponderação que cercam os princípios permitem seu uso mais fácil na superação de lacunas do que as regras, cuja relação antinômica e a lógica do tudo ou nada, embora não impeçam, tornam potencialmente mais difícil o preenchimento dos vazios pelo julgador, a menos que este, já à partida, esteja autorizado a criar um *tertium genus* para resolver determinadas situações que lhe incumbe apreciar.

Em síntese, os vazios normativos que se apresentam em concreto não devem ser havidos como omissões, mas como lacunas, pois o Judiciário não pode se abster de decidir o caso a pretexto de inexistência de lei²¹⁸.

2.6.3 Atuação judicial em abstrato

No que diz respeito aos vazios que se colocam em abstrato, a aplicação da lógica da colmatação de lacunas é excepcional, não só porque em princípio consistem em omissões, na forma do artigo 283º, mas também porque a atuação positiva do Tribunal Constitucional em substituição ao legislador, em regra, acarreta violação à separação de poderes.

Sucedem que, mais do que o fato de a questão sobre o vazio normativo ter sido posta no âmbito judicial, é a natureza dos direitos deduzidos em juízo que pode exigir atividade do Judiciário no sentido de fazer as vezes do legislador inerte, mesmo em abstrato.

Note-se que especialmente em matéria de direitos fundamentais, quer em razão do princípio da tutela jurisdicional efetiva que a todos abrange, quer em virtude da aplicabilidade direta que rege os direitos, liberdades e garantias, quer pela ideia de mínimo vital que se associa a certos direitos econômicos, sociais e

²¹⁸ Juarez Freitas, *A Interpretação Sistemática do Direito*, São Paulo, Malheiros, 1998, p. 148, sustenta que o julgador não pode operar exclusivamente com silogismos, pois se é verdade que eles são instrumentos úteis de que se vale o entendimento, no campo jurídico não é adequado desconsiderar a interpretação sistemática e a dinamicidade das coisas. De acordo com o autor, no caso do julgamento e da descoberta do comando jurídico aplicável, o sujeito nunca é exterior ao objeto, sendo certo que não só as normas, mas também as interpretações que delas são feitas estão em relação e não existem isoladamente.

culturais, o Tribunal Constitucional, já em abstrato, deve estar constitucionalmente autorizado a considerar, em hipóteses extremas, excepcionais e casuisticamente definidas, a partir de interpretação sistemática da Lei Maior, que a concretização de determinado direito fundamental na prática é mais importante e deve ter precedência sobre a separação de poderes, estendendo ou até mesmo criando um determinado regime à revelia do legislador e tratando o vazio legislativo não como omissão, mas como lacuna²¹⁹.

Cumprir lembrar que tal sistematicidade da interpretação exige mais do que verificar se eventual decisão do Tribunal Constitucional nessa matéria revela-se ou não contraditória com o todo sistêmico, já que representa, na verdade, atribuir ao julgado o dever-ser que a legislação integrativa precisaria expressar para se impor como pertencente a um dado sistema, pressupostamente aberto em termos axiológicos²²⁰.

Ademais, embora a atuação do Tribunal Constitucional possa não ser considerada tipicamente jurisdicional nessas circunstâncias, ainda assim não poderá ser tida como exorbitante do papel de guarda ou de protetor da Constituição, porque ele não assume prerrogativas de órgão representativo constituinte e limita-se a interpretar a Lei Fundamental, aplicando os princípios, regras e valores da totalidade do sistema jurídico²²¹.

De toda sorte, convém reparar que a sugestão aqui apresentada segundo a qual o Tribunal Constitucional, em casos extremos, pode pôr fim à inconstitucionalidade por omissão mesmo em abstrato, não coloca o Legislativo e

²¹⁹ Jorge Miranda, *Manual...*, tomo II, p. 289-290, tratando da interpretação constitucional em geral e sem fazer referência às omissões legislativas, ressalta que perante a diversidade de bens constitucionalmente protegidos, mormente no campo dos direitos fundamentais, torna-se indispensável encontrar uma solução de concordância prática, assente em critérios de proporcionalidade, ponderação e valorização. Ainda consoante o autor, as chamadas colisões de princípios podem ser superadas seja mediante redução adequada do respectivo alcance e da cedência de parte a parte (coordenação), seja mediante preferência ou prioridade, na efetivação, de certos princípios frente aos restantes (subordinação), a depender do caso.

²²⁰ Juarez Freitas, *ob. cit.*, p. 57.

²²¹ Juarez Freitas, *ob. cit.*, p. 52 e 57, observa, em outro contexto, que cada preceito deve ser visto como uma parte viva do todo, pois é do exame em conjunto que pode resultar melhor resolvido qualquer caso em apreço, desde que se busque descobrir qual é, na respectiva situação, o interesse mais fundamental. Ainda segundo o autor, o intérprete não cria Direito, apenas o sistematiza, o que nada tem de arbitrário ou discricionário: embora interpretar implique fazer escolhas e eleger preferências, isso não pode ser traduzido como substitutivo da atividade do legislador, mas como complemento de seu trabalho, em atenção às multifacetadas exigências da vida real, dinâmica e insuperável em desafiar lógicas estritas.

o Judiciário em rota de colisão, o que, por decorrência, poderia causar conflitos envolvendo a separação de poderes, o princípio democrático e o princípio da maioria. Em verdade, as omissões legislativas cuja gravidade autorizam o procedimento extremo de suprimento do vazio pelo Tribunal Constitucional não provocam embate entre órgãos de soberania, mas decorrem de confronto entre fundamentos da República, isto é, a separação de poderes e a proteção aos direitos fundamentais, cláusulas da Constituição que têm a mesma hierarquia, a mesma importância e a mesma legitimidade oriunda do princípio da maioria e do princípio democrático.

Não é outro o entendimento a ser extraído do artigo 2º da Constituição portuguesa: *“A República Portuguesa é um Estado de direito democrático, baseado na soberania popular, no pluralismo de expressão e organização política democráticas, no respeito e na garantia de efetivação dos direitos e liberdades fundamentais e na separação e interdependência de poderes (...)”*.

Da mesma forma prevê a Constituição brasileira, que ao mesmo tempo em que afirma a independência e harmonia entre os poderes (artigo 2º) também consagra a dignidade da pessoa humana enquanto alicerce e ponto de partida dos direitos fundamentais (artigo 1º, III).

Logo, a separação de poderes e a tutela dos direitos fundamentais são cláusulas de idêntica relevância jurídico-constitucional, de maneira que, se o guardião da Constituição entender que a preservação da força normativa e da máxima efetividade da Carta Magna passa pela redução do âmbito da separação entre os órgãos de soberania e pela ampliação da tutela aos direitos fundamentais (sobretudo quando houver necessidade de proteção à dignidade da pessoa humana), o vazio nesse contexto existente deve ser colmatado de plano, com a fixação do regramento necessário pelo julgador ao menos até que o legislador resolva tomar as providências que lhe são exigidas pela Constituição²²².

²²² Nesse contexto é claro o artigo 8º da Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948): *“Todo o homem tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela Constituição ou pela lei”*. No mesmo sentido, não deixa dúvida o artigo 25, nº 1, da Convenção Americana de Direitos Humanos (1969): *“Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais”*.

Em outras palavras, a separação de poderes e a tutela dos direitos fundamentais são variáveis democráticas que não podem ceder uma em face da outra já em tese, muito menos de forma permanente e sem exceções como até aqui tem ocorrido em favor da repartição de competências, mas apenas diante de circunstâncias que em dado momento fizeram com que um dos legitimados ativos formulasse pedido de verificação da inconstitucionalidade por omissão, cujo julgamento, como é cediço, cabe ao Judiciário, não ao Legislativo.

De qualquer maneira, é oportuno notar que se os direitos fundamentais são posições que dependem de atuações do legislador e restringem suas competências, o fato de o Tribunal Constitucional poder agir positivamente quando constata a violação de um dever específico de legislar não justifica qualquer objeção de transferência inconstitucional de competências do Legislativo para o Judiciário: se a Carta Magna prevê um Tribunal Constitucional que, entre outras funções, deve proteger e garantir os direitos fundamentais, tal significa que a atividade judicial que se revele necessária à defesa desses direitos não configura hipótese de usurpação inconstitucional de competências do legislador, mas algo que não só deve ser permitido, como também é exigido pela Lei Maior²²³.

Como se percebe, o problema não é simples, mas a timidez do constituinte ao tratar das omissões não pode impedir a busca por alternativas suficientes para solucionar a questão: a divisão de competências entre o legislador, com legitimação democrática direta e responsabilidade (em razão da possibilidade de não conseguir a reeleição), e o Tribunal Constitucional, apenas indiretamente legitimado democraticamente e não destituível eleitoralmente, é um problema inevitável e permanente²²⁴.

²²³ Robert Alexy, *ob. cit.*, p. 546. Veja-se que tal interpretação sistemática da Carta Magna permite afastar, quando necessário, dois obstáculos até aqui intransponíveis para o êxito da fiscalização judicial das omissões legislativas: a separação de poderes e o excessivo apego aos efeitos limitados previstos no artigo 283º da Constituição portuguesa e no artigo 103, parágrafo 2º, da Constituição brasileira.

²²⁴ Robert Alexy, *ob. cit.*, p. 447. Nesse contexto, espera-se, ao contrário do que afirma Eros Roberto Grau, *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*, São Paulo, Malheiros, 2000, p. 65, que os juízes não sejam somente funcionários públicos trabalhando para o Estado, mas verdadeiros agentes a serviço da justiça. Ademais, consoante salienta Fernando Alves Correia, *Direito Constitucional...*, p. 54, pode dizer-se que em Portugal a designação dos treze juízes do Tribunal Constitucional, na maioria escolhidos pelo Poder Legislativo (artigo 222º, nº 1, da Constituição), configura solução correta e adequada às finalidades próprias e atuais do sistema de jurisdição constitucional. No Brasil, por sua vez, os onze ministros do Supremo Tribunal Federal são de livre nomeação do Presidente da República, depois de aprovação por maioria absoluta dos membros do Senado Federal (artigo 101 da Constituição), a partir de sistema que ciclicamente sofre maiores ou menores críticas.

2.7 Inconstitucionalidade por omissão de normas constitucionais?

Analisados os fatores que podem levar à existência de inércia legislativa contrária à Carta Magna e tendo em vista qual órgão deve fiscalizar tal questão e até que limite, importa verificar se é possível ocorrer inconstitucionalidade por omissão de normas constitucionais, já que a inconstitucionalidade de normas constitucionais por ação há muito tempo foi objeto de estudo específico e paradigmático²²⁵.

Em primeiro lugar, deve-se perceber que as leis de revisão e as emendas constitucionais podem ser omissas em face da Constituição originária, pois são instrumentos de densificação da Lei Fundamental assim como as demais espécies normativas, apesar de diferirem destas em razão de critérios decorrentes da rigidez constitucional. Portanto, se determinada previsão posta pelo constituinte originário contiver um dever específico de legislar e, até por isso, depender de concretização por meio de atuação do constituinte derivado, certo é que o Tribunal Constitucional poderá verificar a inconstitucionalidade por omissão de leis de revisão.

Em segundo lugar, e esta é a abordagem que mais se aproxima da teoria das normas constitucionais inconstitucionais, é preciso analisar se é possível haver inconstitucionalidade por omissão não a partir da interseção entre normas originárias e derivadas, mas sim a partir do exame dos dispositivos da Constituição em níveis diferentes e estanques, isto é, de normas constitucionais

²²⁵ Otto Bachof, *Normas constitucionais inconstitucionais?*, Coimbra, Almedina, 1994. Cabe ressaltar que a inconstitucionalidade de normas constitucionais não é acolhida pela doutrina majoritária de Portugal e do Brasil. Assim, na doutrina portuguesa, entre outros, Jorge Miranda, *Manual...*, tomo VI, p. 18, esclarece que no interior da mesma Constituição originária, obra do mesmo poder constituinte formal, não podem surgir normas inconstitucionais; e, na doutrina brasileira, entre outros, Alexandre de Moraes, *ob. cit.*, p. 619, nota que o sistema constitucional do Brasil, ao consagrar a incondicional superioridade normativa da Constituição da República, não adota a teoria das normas constitucionais inconstitucionais, o que impossibilita a declaração de inconstitucionalidade de normas constitucionais originárias. No entanto, Jorge Bacelar Gouveia, *Manual...*, p. 755-759, trata do que denomina de “aceitação mitigada da teoria das normas constitucionais inconstitucionais”, que considera ser verdadeiramente adequada à expressão da problemática que lhe está subjacente, que é a da limitação extrínseca e material do Poder Público, sobretudo do poder constituinte: assentando no postulado básico de que as normas constitucionais são todas constitucionais, tal teoria reconhece como inevitável haver “umas mais constitucionais do que outras”, com isso justificando plenamente a valorização das primeiras sobre as segundas. De acordo com o autor, as normas constitucionais valorativamente inferiores devem ser consideradas inválidas quando divergirem de disposições constitucionais que traduzam positivamente de valores que possuam força jurídico-transcendente.

originárias, umas em face das outras, e de normas constitucionais derivadas, umas em confronto com as outras.

Nesse contexto, importa perceber qual seria o parâmetro para a análise da omissão de norma constitucional, quais seriam as hipóteses em que o vazio se colocaria e quem estaria encarregado de atuar para resolver a questão satisfatoriamente.

Embora a ideia de inconstitucionalidade de normas da Lei Maior em virtude da contradição com normas constitucionais de grau superior seja a mais difundida, a doutrina das normas constitucionais inconstitucionais arrola uma série de casos em que o fenômeno pode ocorrer²²⁶, apontando como pressuposto a distinção entre Constituição formal e Constituição material: em sentido formal, a Constituição é uma lei qualificada essencialmente através de particularidades de seu processo de formação e de alteração, as quais lhe atribuem características próprias; em sentido material, a Constituição é o conjunto das normas jurídicas sobre a estrutura, atribuições e competências dos órgãos supremos e das instituições fundamentais do Estado, bem como sobre a posição dos particulares frente ao aparato estatal, independentemente da forma que assumam²²⁷.

Portanto, pode haver Direito Constitucional material fora do texto da Carta Magna, sendo que, inversamente, nem todas as normas integrantes da Lei Fundamental são Direito Constitucional material²²⁸. Todavia, apesar de correta a distinção entre Constituição formal e Constituição material, a possibilidade de inconstitucionalidade por omissão de normas constitucionais não passa por aqui.

A inconstitucionalidade de normas constitucionais por ação é mais difícil de ser aceita, não apenas por elas emanarem de um mesmo poder constituinte

²²⁶ Otto Bachof, *ob. cit.*, p. 48-70, divide as hipóteses de normas constitucionais inconstitucionais em dois grupos: as que violam a Constituição escrita e as que violam direito constitucional não escrito. Assim, no primeiro grupo estão: (a) a inconstitucionalidade de normas constitucionais ilegais; (b) a inconstitucionalidade de leis de alteração da Constituição; (c) a inconstitucionalidade de normas constitucionais em virtude de contradição com normas constitucionais de grau superior; (d) a inconstitucionalidade resultante da “mudança de natureza” das normas constitucionais; e (e) a inconstitucionalidade por infração de direito supralegal positivado na lei constitucional. Por sua vez, no segundo grupo estão: (a) a inconstitucionalidade por infração dos princípios constitutivos não escritos do sentido da Constituição; (b) a inconstitucionalidade por infração de direito constitucional consuetudinário; e (c) a inconstitucionalidade por infração de direito supralegal não positivado.

²²⁷ Otto Bachof, *ob. cit.*, p. 38-39.

²²⁸ Otto Bachof, *ob. cit.*, p. 40.

originário ou do mesmo poder constituinte derivado, mas também por serem permitidas interpretações suficientes para harmonizá-las umas com as outras, sem necessidade de invalidação de qualquer delas, até pela indispensável incidência dos princípios²²⁹.

O mesmo pode não ocorrer, todavia, quando a Constituição, apesar de prever um determinado direito, deixar de desenvolvê-lo adequadamente, de maneira que da norma constitucional não se consiga extrair nada além de um dever geral de legislar. Assim, a inconstitucionalidade por omissão, segundo aqui se defende, residiria no fato de as Constituições portuguesa e brasileira não conterem dispositivo suficientemente denso a ponto de impor ao legislador ordinário um dever específico de atuação, sobretudo em matérias aceitas na generalidade dos países e num contexto em que outros mecanismos de proteção também não são estabelecidos.

Em palavras diversas, há que se ter a previsão de uma determinada hipótese não suficientemente disciplinada pela Lei Maior e que não obriga o legislador infraconstitucional a atuar. Portanto, não se coloca a questão quando certo direito ou garantia não estiver previsto na Lei Fundamental, pois se esta deixar completamente de lado alguma ideia fundamental para determinada sociedade, ou a Carta Magna será ilegítima ou a sociedade terá dita ideia como princípio constitucional não escrito²³⁰.

²²⁹ O Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 815, publicada no Diário da Justiça de 10.05.1996, considerou que a tese da hierarquia entre normas constitucionais originárias a autorizar a declaração de inconstitucionalidade de umas em face de outras é incompatível com o sistema de Constituição rígida. Segundo ficou decidido, na Carta Magna brasileira compete ao Supremo Tribunal Federal a guarda da Constituição, o que implica dizer que tal jurisdição lhe é atribuída para impedir que se desrespeite o texto constitucional como um todo, e não para, com relação a ele, exercer o papel de fiscal do constituinte originário. Sendo assim, as cláusulas pétreas não podem ser invocadas para sustentar a tese da inconstitucionalidade de normas constitucionais supostamente inferiores em face de normas constitucionais ditas superiores, porque a Carta Magna as prevê apenas como limites ao constituinte derivado, e não como normas cujo teor deveria ter sido observado pelo próprio constituinte originário.

²³⁰ Carlos Marés de Souza Filho, *ob. cit.*, p. 10, observa que uma Constituição contemporânea ocidental que não garantisse o direito à vida ou à integridade física de seus cidadãos, por exemplo, estaria descomprometida com seu tempo e seria apenas uma folha de papel, como dizia Lassale. Consoante o autor, o que ocorreria, nesse caso, seria um repúdio à Constituição, ou o entendimento de que o princípio omitido, de tão óbvio, nem precisava ser escrito, apenas obedecido. Na mesma linha, Jorge Miranda, *Manual...*, tomo VI, p. 17, afirma que existem limites transcendentais que correspondem a imperativos de Direito natural. No entanto, segundo o autor, a dar-se qualquer forma de contradição ou de violação dessa axiologia, não se estará diante de uma questão de inconstitucionalidade, mas sim de invalidade ou de ilegitimidade da própria Constituição.

Tal significa que a inconstitucionalidade por omissão de normas constitucionais não surge para criar um regime novo ou alheio ao que até então havia sido posto pelo constituinte, nem para subtrair dispositivos da Constituição, mas sim para complementá-los já em um primeiro grau (âmbito constitucional), de modo que a Carta Magna forneça ao legislador ordinário parâmetro suficiente para agir e para que dele sejam exigidas as providências concretizadoras também em um segundo grau de atuação (âmbito infraconstitucional).

Assim, por exemplo, acontece com a dignidade da pessoa humana, que apesar de ser fundamento da ordem constitucional, certamente, por si só, não imporá a extensão de deveres de atuação legislativa que passaram a se colocar a partir do momento em que foi explicitado por meio dos direitos fundamentais também consagrados na Constituição. Logo, a previsão dos direitos, liberdades e garantias e dos direitos econômicos, sociais e culturais, entre outros, tratou de densificar o princípio da dignidade da pessoa humana já na esfera constitucional, permitindo que pudessem ser exigidas as medidas legislativas infraconstitucionais necessárias para torná-lo plenamente exequível em todos os níveis.

Em síntese, ou as normas constitucionais esgotam a disciplina de certo direito ou garantia, o que, usualmente, não é a técnica mais adequada, ou contêm carga suficiente para impor ao legislador o dever de agir, sob pena de serem consideradas inúteis e de não servirem para cumprir o papel a que se destinam: serem normas supremas no ordenamento jurídico que integram.

Veja-se que enquanto a inconstitucionalidade de normas constitucionais por ação poderia implicar a invalidade de parte do trabalho do constituinte, a inconstitucionalidade de normas constitucionais por omissão conduz à complementação desse mesmo trabalho, o que afasta problemas de legitimidade porventura suscitados.

Cumprе salientar, apesar disso, que não são poucas as objeções possíveis contra tal hipótese: pode-se afirmar que nada impede ao constituinte estabelecer normas meramente enunciativas, que se trata de técnica legislativa para deixar a Constituição mais enxuta, que não emanar normas constitucionais suficientemente densas ou com estrutura narrativa insatisfatória resulta de opção

legítima do constituinte e que a disciplina deficiente pode ser superada a partir de técnicas interpretativas de colmatação das lacunas constitucionais²³¹.

É possível concordar com tais argumentos, a depender das circunstâncias. Todavia, em matéria de direitos fundamentais, alicerçados que estão na dignidade da pessoa humana, não é razoável descartar a possibilidade de já o constituinte ter se omitido ao regulamentar suficientemente determinada matéria, sendo certo que exigir uma atuação complementar em nível constitucional pode ser necessário até como questão prévia para futura verificação da inércia do legislador infraconstitucional.

Repare-se que uma forma de contornar futura pressão política feita pelo Tribunal Constitucional com a verificação das omissões legislativas infraconstitucionais pode ser, já na redação da Carta Magna, incluir normas pouco densas e que não imponham deveres específicos de legislar em matérias fundamentais. Assim, se a Constituição é genérica, o legislador ordinário não está sujeito à fiscalização prevista no artigo 283º, sendo possível prometer muito sem o correspondente desgaste político-institucional que a edição da lei integrativa faltante pode acarretar.

Não se esqueça que a inconstitucionalidade por omissão só pode ser apurada a partir da violação de certa e determinada norma constitucional e não pode ter origem em princípios não escritos, não sendo viável, igualmente, pretender criar uma norma constitucional mediante justaposição de várias delas, para só então pretender aferir a constitucionalidade ou não do silêncio do legislador infraconstitucional.

Dessa maneira, o parâmetro para a inconstitucionalidade por omissão de normas constitucionais é a própria Constituição vigente, na hipótese de ela não ser suficientemente densa em domínios fundamentais, pois ao mesmo tempo em que deixa de disciplinar de modo satisfatório determinada matéria também não impõe ao legislador infraconstitucional a obrigação de tomar providências. Por

²³¹ Jorge Miranda, *Manual...*, tomo II, p. 299-301, adverte que a Constituição não regula tudo quanto dela deve ser objeto, não havendo uma plenitude da ordem constitucional, assim como também não há uma plenitude da ordem jurídica em geral. Por isso mesmo, a integração das lacunas de normas formalmente constitucionais deve ser feita no interior da Constituição formal e à luz dos valores da Constituição material, sem recursos a normas de legislação ordinária.

consequência, encarregado de emanar a norma constitucional faltante deve ser o constituinte derivado, a quem incumbe a revisão da Constituição, tendo em vista que o trabalho do constituinte originário termina com o encerramento das atividades da Assembleia Constituinte.

Nesse contexto, importa saber qual seria a extensão da atividade do constituinte derivado ao completar o trabalho do constituinte originário: sob a perspectiva jurídica, a nova norma constitucional não pode contrariar aquelas que já constam na Constituição, o que deve ser apurado casuisticamente; sob o prisma político, a seu turno, deve ser encontrado um ponto de equilíbrio entre o compromisso existente quando da promulgação da Lei Fundamental e aquele que se verifica quando da complementação da Carta Magna, a fim de que tal situação não implique quebra da ordem constitucional.

De resto, o conceito de “*medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais*” (artigo 283, nº 1, da Constituição portuguesa) e de “*medida para tornar efetiva norma constitucional*” (artigo 103, parágrafo 2º, da Constituição brasileira), não afasta a possibilidade de o Tribunal Constitucional e de o Supremo Tribunal Federal verificarem a inconstitucionalidade por omissão nos termos acima expostos, até porque as normas constitucionais são também normas legislativas em sentido amplo e assim devem ser consideradas.

Além dessa possibilidade de inconstitucionalidade por omissão de normas constitucionais, apurada exclusivamente a partir dos ordenamentos jurídicos internos, existe outra situação, agora com origem no Direito Comunitário, capaz de desencadear o fenômeno sob exame em Portugal.

Apesar do insucesso da tentativa de se elaborar uma Constituição europeia em sentido formal, é possível considerar que a Europa, independentemente das denominações adotadas, apresenta uma Constituição do ponto de vista material, contendo disposições que configuram o fundamento de validade do ordenamento jurídico comunitário-europeu.

Tanto isso é verdade, que desde o surgimento de propostas para elaboração de uma Constituição europeia em sentido formal restou claro que o

termo “Constituição”, tomado não no sentido técnico-jurídico, aplicado à estruturação de um Estado, mas no menos exigente sentido material de diploma pelo qual se rege a organização de uma coletividade (no caso, uma associação de Estados), já deveria ter sido utilizado para qualificar os Tratados de Roma e de Maastricht²³².

Como decorrência, o Direito europeu cada vez mais é analisado do ponto de vista constitucional, e as Constituições internas cada vez mais sofrem adaptações para acompanhar o desenvolvimento desse ordenamento jurídico supranacional²³³.

Nesse sentido, a Lei Constitucional nº 1/2004 (6ª Revisão Constitucional), que introduziu na Constituição portuguesa o artigo 8º, nº 4, determinando que “*as disposições dos tratados que regem a União Europeia e as normas emanadas das suas instituições, no exercício das respectivas competências, são aplicáveis na ordem interna, nos termos definidos pelo direito da União*”, deu causa a uma das mais relevantes modificações já feitas no sistema das fontes de direito do ordenamento jurídico-constitucional português e uma das mais importantes alterações constitucionais desde a origem da Carta Magna de 1976²³⁴.

²³² João Mota de Campos, *Manual de Direito Comunitário*, Lisboa, Calouste Gulbenkian, 2000, p. 273, e Paulo de Pitta e Cunha, *A Constituição Europeia: Um Olhar Crítico sobre o Projecto*, Coimbra, Almedina, 2004, p. 26. Com idêntica orientação, Rui Manuel Moura Ramos, *O Projecto de Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa: breve reflexão*, in *Temas de Integração*, nº 15 e nº 16, Coimbra, Almedina, 2003, p. 275-276, salienta que as organizações comunitárias há muito tempo se encontram dotadas de uma Constituição em sentido material, já que dispõem de princípios que presidem ao exercício das competências de suas instituições e de um complexo sistema orgânico de divisão funcional do poder em seu interior. Todavia, consoante o autor, tal sistema de organização é heteronomamente determinado, ou seja, depende da vontade dos Estados-membros e não da vontade dos cidadãos, o que inviabiliza a elaboração de uma Constituição europeia em sentido formal e impede a legitimação do poder político pelo povo a partir da atual Constituição material da Europa.

²³³ José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, p. 826, destaca que as maciças alterações dos tratados, aprofundando a associação constitucional de Estados, configuram elas próprias um processo constituinte que, inevitavelmente, transporta dimensões constituintes para o plano interno dos Estados-membros: o processo constituinte coletivo europeu acaba por ser, simultaneamente, um processo constituinte dos Estados-membros. Assim, de acordo com o autor, assiste-se a uma espécie de procedimento constituinte evolutivo que: (a) obriga a alterações formais das Constituições dos Estados-membros; e (b) produz “revisões não convencionais” no Direito Constitucional nacional. Contudo, para Jorge Miranda, *Manual...*, tomo II, p. 62, o fenómeno acima descrito reconduz-se apenas a um impulso legiferante constitucional, a um fator ou fenómeno determinante, estimulante ou condicionante da decisão de legislar e, portanto, da abertura de um procedimento de revisão.

²³⁴ Nesse contexto, José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, volume I, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 264.

Desse modo, considerando que as normas emanadas das instituições europeias, não só em razão de disposições de tratados²³⁵, mas também agora por dispositivo expresso da Lei Fundamental portuguesa, devem ser aplicadas internamente, existe a necessidade de harmonização dos ordenamentos jurídicos nacionais com o ordenamento comunitário, o que pode incluir até mesmo eventuais inserções, exclusões e alterações de normas na Constituição dos Estados-membros²³⁶.

Assim, tendo em vista a nova redação do artigo 8º, nº 4, da Constituição portuguesa, não há como negar que não apenas o legislador ordinário, mas igualmente o constituinte derivado, em face de sua atuação anterior na 6ª Revisão Constitucional, estará obrigado a realizar as alterações constitucionais posteriores que se impuserem para dar plena aplicabilidade às normas comunitárias na ordem interna²³⁷. Em caso contrário, não tomando as providências nesse contexto exigidas, o constituinte não somente estará violando por inércia a Constituição material europeia, mas também a própria Constituição interna por ele já modificada, levando à existência de mais uma hipótese de inconstitucionalidade por omissão de normas constitucionais.

Em suma, independentemente dos mecanismos que eventual silêncio legislativo do Estado português vier a desencadear em nível europeu, no âmbito interno devem ser equiparadas a inércia do legislador ordinário e a do constituinte

²³⁵ O artigo 1-6º, do projeto de Constituição Europeia previa que “a Constituição e o direito adotado pelas instituições da União, no exercício das competências que lhe são atribuídas, primam sobre o direito dos Estados-membros”. Contudo, tal projeto não foi adiante, e o Tratado de Lisboa, que lhe sucedeu, não explicitou o primado do Direito Comunitário em nenhum de seus dispositivos, limitando-se a afirmá-lo em uma das declarações anexas, com referência à jurisprudência comunitária que o consagrou naquele ordenamento jurídico.

²³⁶ José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, p. 824-827, sustenta que a tese hoje prevalente sobre as relações entre os ordenamentos jurídicos dos Estados-membros e o ordenamento comunitário é a da separação, o que não impede que existam relações entre eles, até para uma maior uniformidade dos laços entre aqueles e este. Conforme o autor, eventual conflito entre tais ordenamentos será resolvido com a primazia do Direito Comunitário, teoria hoje predominante, o que não significa que seja irrazoável afirmar que as normas europeias contrárias aos princípios materialmente constituintes do Direito português não podem prevalecer, inclusive para se evitar a ocorrência de “revoluções internas” nas Constituições nacionais.

²³⁷ De acordo com o artigo 288º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, alterado pelo Tratado de Lisboa, para exercerem as competências da União as instituições adotam regulamentos, diretivas, decisões, recomendações e pareceres: (a) o regulamento tem carácter geral, é obrigatório em todos os seus elementos e é diretamente aplicável em todos os Estados-membros; (b) a diretiva vincula o Estado-membro destinatário quanto ao resultado a alcançar, deixando, no entanto, às instâncias nacionais, a competência quanto à forma e aos meios; (c) a decisão é obrigatória em todos os seus elementos e, quando designa destinatários, só é obrigatória para estes; e (d) as recomendações e os pareceres não são vinculativos.

derivado ao não adaptar a Lei Fundamental para permitir a aplicabilidade das normas jurídico-comunitárias, autorizando o Tribunal Constitucional a verificar a inconstitucionalidade por omissão nesse cenário existente.

De toda sorte, é fundamental encontrar soluções de equilíbrio e de harmonização entre as Constituições nacionais e o Direito Comunitário, a partir da aplicação da ideia de cooperação entre as ordens jurídicas e sem necessidade de eliminar nenhuma delas. Nesse sentido, à ideia de supremacia-subordinação pode ser contraposta a delimitação material de competências a partir do princípio da atribuição, bem como o exercício de aludidas tarefas fundado nos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade, alcançando a complementaridade funcional entre ordenamentos autônomos e distintos²³⁸.

²³⁸ Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo I, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, p. 93. Nesse sentido, o Tratado da União Europeia, alterado pelo Tratado de Lisboa, assim determina em seu artigo 5º, nº 2: “Em virtude do princípio da atribuição, a União atua unicamente dentro dos limites das competências que os Estados-membros lhe tenham atribuído nos Tratados para alcançar os objetivos fixados por estes últimos. As competências que não sejam atribuídas à União nos Tratados pertencem aos Estados-membros”. No mesmo contexto, o artigo 5º, nº 3, prevê: “Em virtude do princípio da subsidiariedade, nos domínios que não sejam da sua competência exclusiva, a União intervém apenas se e na medida em que os objetivos da ação considerada não possam ser suficientemente alcançados pelos Estados-membros, tanto ao nível central como ao nível regional e local, podendo contudo, devido às dimensões ou aos efeitos da ação considerada, ser mais bem alcançados ao nível da União”. E, por derradeiro, esta é a disposição do artigo 5º, nº 4: “Em virtude do princípio da proporcionalidade, o conteúdo e a forma da ação da União não devem exceder o necessário para alcançar os objetivos dos Tratados”.

3 DIREITOS DE DEFESA E DIREITOS A PRESTAÇÕES

3.1 Dignidade da pessoa humana

A dignidade da pessoa humana²³⁹, prevista no artigo 1º da Carta Magna portuguesa e no artigo 1º, III, da Carta Magna brasileira, é o princípio constitucional sobre o qual repousa o sistema de direitos fundamentais e a este confere unidade de sentido²⁴⁰. Dessa maneira, é preciso estabelecer relações entre dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e inconstitucionalidade por omissão.

A dignidade, como qualidade intrínseca da pessoa humana, é irrenunciável e inalienável, pois constitui elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado. Assim, é inviável afirmar que determinada pessoa é titular de pretensão a que lhe seja concedida a dignidade, já que esta é reconhecida, respeitada e protegida, mas não pode ser atribuída ou retirada, fazendo parte do ser humano como atributo e característica que lhe são inerentes²⁴¹.

²³⁹ Ingo Wolfgang Sarlet, *Dignidade...*, p. 63, conceitua juridicamente a dignidade da pessoa humana como a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, nesse sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que protejam a pessoa contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano e lhe garantam as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

²⁴⁰ José Carlos Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 97.

²⁴¹ Ingo Wolfgang Sarlet, *A Eficácia...*, p. 111-112. Ainda segundo o autor, para a afirmação da ideia de dignidade humana, sobretudo no contexto dos Descobrimentos dos séculos XV e XVI, foi especialmente útil o pensamento do dominicano Francisco de Vitória, catedrático de Prima de Teologia na Universidade de Salamanca, que no início da expansão colonial espanhola sustentou que os índios, em função de sua natureza humana, e não pelo fato de serem ou não cristãos, eram livres e iguais, devendo ser respeitados como sujeitos de direitos. Nesse contexto, Gregorio Peces-Barba Martínez e Eusebio Fernández García, *Historia de los Derechos Fundamentales*, tomo I, Madrid, Dykinson, 2003, p. 552-555, salientam o papel do também dominicano Bartolomeu de Las Casas, que, ao fazer a defesa dos índios, sustentava a igual dignidade das pessoas com base na ideia cristã de caridade.

Veja-se que o princípio em questão exige respeito à pessoa independentemente das situações sociais em que ela se insere²⁴², pois tem caráter regulativo primário da ordem jurídica e configura fundamento e pressuposto de validade das normas que a integram. Por isso, apesar de em regra não haver necessidade de serem deduzidas soluções jurídicas concretas fundadas diretamente em tal princípio, as alternativas que venham a ser encontradas a partir das normas jurídicas que o densificam sempre devem conformar-se a ele e devem ser controladas à luz de suas exigências, uma vez que não se trata de mera proclamação ou simples fórmula retórica destituída de qualquer significado jurídico normativo²⁴³: os direitos fundamentais devem ser interpretados a partir do contexto histórico em que se colocam, sem esquecer que sua garantia constitucional está diretamente relacionada com a dignidade da pessoa humana²⁴⁴.

Em outros termos, a dignidade da pessoa humana é o princípio de maior hierarquia axiológico-valorativa da Constituição e pode ser realizada em diferentes graus²⁴⁵, consistindo em valor-fonte e informador de todo o sistema jurídico, significativo vetor interpretativo que conforma e inspira o ordenamento constitucional vigente²⁴⁶: os direitos e garantias fundamentais não estão ligados à dignidade de modo uniforme, mas sempre encontram nela seu fundamento direto e imediato, concretizando-a já no plano da Constituição²⁴⁷.

Portanto, a dignidade da pessoa humana, na condição de norma constitucional de primeira grandeza, atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais e exige que eles sejam reconhecidos e protegidos em todas as

²⁴² António Castanheira Neves, *A Revolução e o Direito*, Lisboa, Petrony, 1976, p. 207, destaca que se o homem é sempre membro de uma comunidade, de um grupo ou de uma classe, o que ele é em dignidade e valor não se reduz a esses modos de existência social, pois o sujeito portador do valor absoluto não é a comunidade, o grupo ou a classe, mas a pessoa individualmente considerada.

²⁴³ Tribunal Constitucional, Acórdão nº 105/90, publicado in Acórdãos do Tribunal Constitucional, 15º volume, 1991, p. 357 e seguintes.

²⁴⁴ Angel Antonio Cervati, *El legislador de los derechos fundamentales*, in Antonio Lopez Pina, *La Garantía Constitucional de los Derechos Fundamentales*, Madrid, Civitas, 1991, p. 54.

²⁴⁵ Ingo Wolfgang Sarlet, *Dignidade...*, p. 74 e 77.

²⁴⁶ Supremo Tribunal Federal, Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 94.358, publicado no Diário da Justiça de 09.05.2008.

²⁴⁷ José Carlos Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 98-99, esclarece que o grau de vinculação dos direitos à dignidade da pessoa humana é diferente, de maneira que alguns constituem explicitações de primeiro grau do princípio (direito à vida, à identidade, à liberdade etc.), enquanto outros são derivados desses direitos fundamentalíssimos ou então os completam como explicitações de segundo grau, mediadas pela particularidade das circunstâncias sociais, econômicas, políticas e ideológicas (direito à saúde, à segurança social, à cultura etc.).

dimensões: sem que se atribuam à pessoa humana os direitos fundamentais que lhe são próprios, em verdade lhe estará sendo negada a própria dignidade²⁴⁸.

Nesse sentido, o princípio da dignidade constitui fundamento não só para os direitos explicitamente consagrados em passagens pré-definidas da Constituição, mas também diretriz material para a identificação de eventuais direitos implícitos (de cariz defensivo e de cunho prestacional) e de direitos que, embora previstos na Lei Maior, estejam colocados fora do catálogo. Por esse motivo, dito princípio acaba por assumir a feição de *lex generalis* na matéria sob análise, ou seja, sendo suficiente o recurso a determinado direito fundamental, inexistente razão para invocar-se autonomamente a dignidade da pessoa humana²⁴⁹.

Analisada sucintamente a relação que se estabelece entre dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais, sobrando claro que estes são exigências, concretizações e desdobramentos daquela, torna-se necessário perceber se e em quais circunstâncias o princípio da dignidade poderá servir como fundamento para a verificação da inconstitucionalidade por omissão.

Nesse cenário, a questão que se coloca é saber se a omissão inconstitucional tem relação direta com a dignidade da pessoa humana, ou seja, resta configurada na medida em que o dever de atuação legislativa existe a partir dela e não é transferido para os direitos fundamentais subsequentes, ou se dita relação é indireta, isto é, se o dever de atuação legislativa diz respeito a direitos fundamentais específicos e apenas repercute secundariamente sobre a dignidade da pessoa humana²⁵⁰.

Tendo em vista que a existência de silêncio legislativo contrário à Constituição depende da constatação de um dever específico de legislar, o que, na esfera dos direitos fundamentais, implica o reconhecimento de um dever concreto de proteção por meio de lei, aqui se defende que a dignidade da pessoa humana, em regra, não servirá como fundamento autônomo para a verificação da inconstitucionalidade por omissão, a menos que não exista direito fundamental expresso ou implícito a que se possa recorrer para dar solução ao caso *sub judice*,

²⁴⁸ Ingo Wolfgang Sarlet, *Dignidade...*, p. 88-89.

²⁴⁹ Ingo Wolfgang Sarlet, *Dignidade...*, p. 104-107.

²⁵⁰ Nesse sentido, mas especificamente ao tratar dos direitos a prestações, Robert Alexy, *ob. cit.*, p. 454.

nem qualquer outro instrumento de tutela ou forma de proteção eficaz dos quais se possa lançar mão.

Repare-se que embora seja viável afirmar que a dignidade da pessoa humana pode ser fundamento direto para o reconhecimento de posições jurídico-subjetivas, ainda que não oriundas dos direitos fundamentais já consagrados no texto constitucional, não se deve perder de vista que tal princípio apresenta alto grau de abstração e indeterminação e, por si só, na maior parte dos casos, não é parâmetro suficiente para a verificação da inconstitucionalidade por omissão, diversamente do que acontece na via de ação, em que a dignidade é padrão ou critério possível para a emissão de um juízo de constitucionalidade sobre normas jurídicas: lembre-se que as omissões inconstitucionais exigem deveres específicos de atuação legislativa, de sorte que o parâmetro para a pronúncia da inconstitucionalidade por ação se afigura muito mais amplo.

Importa salientar, por oportuno, que não é desconhecido o fato de todos os entes estatais se encontrarem vinculados ao princípio da dignidade da pessoa humana, o que se exprime tanto na obrigação do Estado abster-se de ingerências indevidas na esfera individual (direitos de defesa), como no dever de promover o bem-estar da coletividade (direitos a prestações). Todavia, a edificação de uma ordem jurídica que corresponda às exigências do princípio da dignidade cabe especialmente ao legislador, que, justamente por isso, não pode ficar inerte no cumprimento da tarefa que lhe foi imposta pela Constituição²⁵¹.

De fato, a dignidade da pessoa humana é ideia que se concretiza histórico-culturalmente, cabendo ao legislador, em primeira linha e em razão de sua especial vocação para a criação e para a dinamização da ordem jurídica, o encargo de ler e traduzir aquilo que em cada momento são as decorrências, implicações e exigências dos princípios abertos da Constituição, entre os quais o da dignidade, valor axial e nuclear da Carta Magna²⁵².

Nessa linha, conforme a proposta ora apresentada, a relação que se pode estabelecer entre o princípio da dignidade e a inconstitucionalidade por omissão é de caráter indireto, ou seja, aquele apenas pode ser atingido se em

²⁵¹ Ingo Wolfgang Sarlet, *A Eficácia...*, p. 119-120.

²⁵² Tribunal Constitucional, Acórdão nº 105/90, publicado in Acórdãos do Tribunal Constitucional, 15º volume, 1991, p. 357 e seguintes.

razão da inércia do legislador for violado um dever específico de legislar atinente a direito fundamental que dele decorra: ou a dignidade está associada a um direito fundamental expresso que, por sua vez, exige lei integrativa não editada, ou é atingida na medida em que um direito fundamental implícito que ajudou a revelar é violado pelo silêncio do legislador.

Dessa maneira, diante de um caso posto à apreciação do julgador, em concreto ou em abstrato, deve-se verificar se existe ofensa a direito fundamental em espécie, o que reduz a margem de arbítrio do intérprete em face da densificação do princípio da dignidade já feita pelo constituinte²⁵³: caso exista violação a um determinado direito, também o seu conteúdo de dignidade será atingido e, na hipótese de não se constatar vulneração a direito fundamental, igualmente a dignidade restará incólume, sendo que em nenhuma das duas situações será necessário e até mesmo útil invocar diretamente o princípio.

Sucedem que, se o princípio da dignidade, isoladamente, é de difícil utilidade para a caracterização das omissões, o mesmo não ocorre em relação às lacunas, que surgem mais facilmente a partir dele e, principalmente, podem ser supridas de plano em razão da eficácia irradiante que apresenta: nesse sentido é correto afirmar que tal princípio serve como instrumento de integração do sistema constitucional de direitos fundamentais, além de ser de grande valia para a interpretação de todo o ordenamento jurídico, ao qual confere coerência interna²⁵⁴.

Sendo assim, pode-se afirmar, reiterando uma expressão clássica do Direito Constitucional, que se antes os direitos fundamentais, como expressão da dignidade da pessoa humana, só valiam no âmbito da lei, hoje são as leis que só valem no âmbito dos direitos fundamentais. Por isso, tais direitos têm inequívoca força vinculante, o que deve limitar qualquer tentativa de conferir ampla discricionariedade ao Poder Público quando da aplicação e do cumprimento da Constituição.

²⁵³ Ingo Wolfgang Sarlet, *Dignidade...*, p. 104-108, sustenta que o princípio da dignidade, assim como a Constituição, não deve ser tratado como um espelho no qual todos veem o que desejam ver, sob pena de a própria noção de dignidade e sua força normativa serem esvaziadas. De acordo com o autor, em razão disso se chegou a afirmar que quanto mais elevado é o valor que tem sido atribuído à dignidade, mais triviais são os objetivos para os quais tem sido invocada, sendo certo que nem mesmo em nome dela se pode dizer ou fazer qualquer coisa.

²⁵⁴ Ingo Wolfgang Sarlet, *A Eficácia...*, p. 120.

Convém perceber que os direitos fundamentais (e o princípio da dignidade, como antecedente lógico) se projetam sobre o legislador constituído de vários modos, sobretudo como limite do âmbito material em que lhe é permitido atuar e como mandado a ele dirigido para que complete o trabalho iniciado pelo constituinte²⁵⁵.

Por tal razão, cabe ao legislador, como destinatário das normas consagradoras de direitos e garantias fundamentais: (a) proceder em tempo razoável útil à sua concretização, sempre que ela seja necessária para assegurar a exequibilidade de tais normas, sob pena de inconstitucionalidade por omissão; (b) mover-se no âmbito desses direitos, sendo-lhe proibido que, a pretexto de sua concretização por via legal, seja reduzida a força normativa da Constituição, trocando-a pela força normativa da lei; e (c) não emanar preceitos formais ou materialmente incompatíveis com essas normas²⁵⁶.

Logo, considerando que a dignidade da pessoa humana transporta dimensões defensivas e dimensões prestacionais, devem ser analisados os direitos de defesa e os direitos a prestações, bem como o instituto da inconstitucionalidade por omissão em face de cada categoria²⁵⁷.

3.2 Direitos de defesa

3.2.1 Conceito e extensão

Os direitos fundamentais de defesa implicam obrigações de abstenção por parte do Estado, que deve respeitar os interesses individuais omitindo intervenções na esfera da liberdade pessoal. No entanto, dita função defensiva não exclui totalmente o Estado e não é incompatível com a ingerência do Poder Público sob determinadas condições e pressupostos de natureza material e procedimental: a intervenção é vedada apenas na medida em que sua

²⁵⁵ Pedro Cruz Villalón, *El legislador de los derechos fundamentales*, in Antonio Lopez Pina, *ob. cit.*, p. 129.

²⁵⁶ José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, p. 440-441 e 519.

²⁵⁷ Ingo Wolfgang Sarlet, *A Eficácia...*, p. 125, entende que apesar de nem todos os direitos fundamentais do catálogo encontrarem na dignidade da pessoa humana elemento igualmente comum, deve-se sempre ter em conta que determinada posição jurídica fora do catálogo, para que efetivamente possa ser considerada equivalente, por seu conteúdo e importância, aos direitos fundamentais do catálogo, precisa, necessariamente, ser reconduzível de forma direta ao princípio e corresponder ao valor maior da dignidade da pessoa humana.

desconformidade com a Constituição configure uma agressão e desde que eventual omissão não cause prejuízos à concretização de certo direito fundamental de defesa²⁵⁸.

Por isso, é justificado afirmar que os direitos de defesa podem apresentar, embora em menor escala, problemas semelhantes aos dos direitos a prestações, pois reconhecer direitos de defesa significa admitir o direito à existência de tribunais, direito à jurisdição, direito à decisão judicial, direito à execução das sentenças, entre outros. Daí porque também os direitos de defesa não podem ser realizados sem a intervenção do Estado, ainda que as abstenções estatais sejam expressão da função defensiva por excelência²⁵⁹.

Não é por outro motivo que a divisão dos direitos fundamentais em dois grupos, isto é, os direitos de defesa e os direitos a prestações, pode ser feita inicialmente com base no critério das exigências predominantes que uns e outros implicam, sendo certo que o conteúdo prestacional não elimina a necessidade de abstenções do Estado, e o conteúdo defensivo não elide a importância de ações estatais para sua realização: as atuações do Estado constituem dimensões instrumentais dos direitos de defesa, enquanto nos direitos a prestações consistem no respectivo núcleo principal²⁶⁰.

Ademais, em decorrência do conteúdo das duas categorias mencionadas, os direitos fundamentais também podem ser diferenciados a partir do modo pelo qual foram positivados nas Constituições portuguesa e brasileira: enquanto os direitos de matriz defensiva, em razão da natureza que apresentam, têm seu conteúdo principal essencialmente determinado ou determinável no âmbito constitucional, os direitos a prestações, em virtude das necessidades que demandam, têm seu conteúdo principal, em maior ou menor grau, fixado na esfera infranconstitucional, já que a Carta Magna confere ao legislador os poderes de densificação nesta matéria²⁶¹.

²⁵⁸ Ingo Wolfgang Sarlet, *A Eficácia...*, p. 186.

²⁵⁹ José Joaquim Gomes Canotilho, *Estudos sobre Direitos Fundamentais*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p. 77-78, ressalta que também nos direitos de defesa a dimensão prestacional não está totalmente ausente, pois o dever de abstenção do Estado não o dispensa de criar órgãos, agentes, procedimentos e processos para o cidadão assegurar e garantir o seu espaço de autodeterminação e de liberdade de decisão.

²⁶⁰ José Carlos Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 181.

²⁶¹ José Carlos Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 182.

Assim, no conceito de direitos de defesa podem ser incluídos os direitos, liberdades e garantias previstos na Constituição portuguesa (artigo 24º a artigo 77º), bem como a maioria dos direitos e deveres individuais e coletivos, direitos de nacionalidade e direitos políticos previstos na Constituição brasileira (artigo 5º e artigo 12 a artigo 16)²⁶².

Note-se que os direitos de defesa não se limitam às liberdades (reunião, associação e locomoção, entre outros) e às igualdades (proibição de tratamento discriminatório, por exemplo), com suas concretizações, pois também incluem os demais direitos atinentes à livre manifestação da personalidade e da autonomia do indivíduo, cuja adequada tutela venha a exigir proteção contra ingerências do Poder Público²⁶³.

Nesse contexto, os direitos de defesa podem ser divididos em: (a) direitos ao não embaraço de ações, como a manifestação de crença e a expressão de opinião; (b) direitos à não afetação de características e situações, como o direito à vida e à inviolabilidade do domicílio; e (c) direitos à não eliminação de posições jurídicas, como o direito de propriedade²⁶⁴.

3.2.2 Aplicabilidade direta

A Constituição da República Portuguesa dispõe em seu artigo 18º, nº 1: “Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas”.

Em verdade, contudo, segundo aqui se defende, a aplicabilidade direta dos direitos de defesa independe e até prescinde de específica previsão constitucional nesse sentido, uma vez que decorre do próprio conteúdo dos direitos, liberdades e garantias. Veja-se que já o constituinte foi influenciado pela

²⁶² Enquanto a generalidade dos direitos, liberdades e garantias corresponde aos direitos de defesa, a generalidade dos direitos econômicos, sociais e culturais corresponde aos direitos a prestações. No entanto, conforme observa José Carlos Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 179, a distribuição dos direitos fundamentais das duas categorias no catálogo da Constituição portuguesa não é rigorosa, do que é exemplo o direito à segurança no emprego, que apesar de seu caráter social está entre os direitos, liberdades e garantias (artigo 53º). De fato, a mesma observação pode ser feita quanto à Constituição brasileira, que, por exemplo, incluiu os direitos de associação sindical e de greve, apesar de ligados à ideia de liberdade, no rol dos direitos sociais (artigo 8º e artigo 9º).

²⁶³ Ingo Wolfgang Sarlet, *A Eficácia...*, p. 187.

²⁶⁴ Robert Alexy, *ob. cit.*, p. 196-201.

natureza de tais direitos ao inserir a cláusula de aplicabilidade direta, e é dessa mesma influência que devem ser extraídas alternativas para a solução de controvérsias que os envolvam.

Portanto, se determinado direito, constante no rol dos direitos, liberdades e garantias, não for efetivamente de defesa, a aplicabilidade direta não lhe beneficiará, apesar de previsão constitucional a respeito. Com o mesmo raciocínio, se dado direito, embora incluído no elenco dos direitos econômicos, sociais e culturais, puder ser tido como de defesa, a aplicabilidade direta lhe seguirá como decorrência lógica. Daí a menção do artigo 17º da Constituição portuguesa aos direitos de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias²⁶⁵.

Em suma, os direitos de defesa só são imediatamente aplicáveis porque definidos suficientemente pela Constituição, e tal definição só é possível em razão da natureza que apresentam.

Nessa ordem de coisas, não é correto afirmar que os direitos econômicos, sociais e culturais não são diretamente aplicáveis porque a Constituição nada disse a esse respeito. Pelo contrário, ainda que a aplicabilidade direta dos direitos a prestações constasse expressamente na Constituição, mesmo assim tal seria inviável na prática, porque o conteúdo que veiculam não permite, ao menos em princípio, providências no sentido apontado²⁶⁶.

O mesmo explica o fato de a maior parte dos direitos, liberdades e garantias estar consignada em normas constitucionais preceptivas e exequíveis por si mesmas, independentes de legislação infraconstitucional integrativa,

²⁶⁵ José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição...*, 2007, p. 373-376, consideram que os direitos fundamentais de natureza análoga podem encontrar-se entre os direitos econômicos, sociais e culturais, entre os direitos fundamentais dispersos pelo texto constitucional e entre direitos previstos fora da Constituição, desde que tenham *status* constitucional. No entanto, segundo os autores, em qualquer caso é necessário que os direitos fundamentais, para serem análogos, se apresentem, em princípio, como direitos de defesa e como direitos a abstenções do Estado, além de se revestirem de densificação constitucional que permita uma concretização adequada a partir da própria Carta Magna.

²⁶⁶ Explicitando a diferença de conteúdo entre os direitos de defesa e os direitos a prestações, José Carlos Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 183-184, afirma haver uma diversidade de convicção na intenção normativa dos direitos fundamentais: em relação a alguns deles, em especial os direitos de defesa, deve entender-se que as normas constitucionais são capazes de fornecer todos os elementos e critérios necessários e suficientes para sua aplicação, ou seja, os direitos são determinados por opções constitucionais, ao passo que em relação a outros, em especial os direitos a prestações, só a intervenção autônoma do legislador ordinário pode definir o seu conteúdo, concretizando os preceitos respectivos e desenvolvendo a intenção normativa em termos de produzir direitos certos e determinados.

enquanto a quase totalidade dos direitos econômicos, sociais e culturais é contemplada em normas programáticas, que não apenas carecem de atuação do legislador ordinário, mas também de circunstâncias econômicas favoráveis²⁶⁷.

Destaque-se que no Brasil, em matéria de aplicabilidade direta, a Constituição não distingue os direitos individuais e coletivos dos direitos sociais, chegando mesmo a prever, no artigo 5º, parágrafo 1º, que “*as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata*”. Sucede que, consoante exposto, a aplicabilidade direta dos direitos a prestações, prevista em tese, contraria a natureza das coisas, pois apesar do inegável caráter jurídico-vinculativo das normas programáticas, na prática existem obstáculos que não se limitam à atuação legislativa, incluindo a disponibilidade do orçamento, a decisão sobre a aplicação dos recursos públicos etc.²⁶⁸.

Logo, sendo certo que a inconstitucionalidade por omissão em face dos direitos de defesa está relacionada principalmente à aplicabilidade direta que lhes é reconhecida pelo texto da Carta Magna portuguesa e da Carta Magna brasileira, duas são as situações que nesse contexto se colocam: (a) quando a plena efetividade do direito não depende da criação de um determinado procedimento; e (b) quando a completa efetividade do direito está atrelada à edição de normas procedimentais.

No primeiro caso, em que o direito de defesa não exige a criação de um procedimento para ser fruído, a existência de legislação infraconstitucional integrativa não é indispensável, motivo pelo qual a inconstitucionalidade por omissão não se coloca: a aplicabilidade direta, nesse contexto, se confunde com a exequibilidade imediata, tendo em vista que o conteúdo de sentido do direito fundamental é determinável exclusivamente a partir dos termos da Carta Magna,

²⁶⁷ Jorge Miranda, *Manual...*, tomo IV, p. 113.

²⁶⁸ No entanto, isso não quer dizer, segundo José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição...*, 1993, p. 144, que os direitos econômicos, sociais e culturais sejam desprovidos de qualquer proteção, pois tais preceitos constitucionais implicam a interpretação das normas legais do modo mais conforme com eles e acarretam a inconstitucionalidade das normas legais que realizam um direito em termos diferentes dos constitucionalmente previstos ou que contrariem a realização anteriormente atingida. Além disso, a circunstância de os direitos econômicos, sociais e culturais não terem, em princípio, o mesmo regime dos direitos, liberdades e garantias, não significa que o Estado pode permanecer silente, por exemplo, em face de imposições constitucionais concretas e ordens de legislar daí decorrentes, pois tal inércia pode dar lugar à inconstitucionalidade por omissão.

cabendo ao Judiciário aplicar os preceitos constitucionais e concretizá-los por via interpretativa²⁶⁹.

Saliente-se que a existência de expressões vagas e abertas na esfera dos direitos de defesa não chega, por si só, a exigir intervenção legislativa para que as normas constitucionais possam ser aplicadas, já que não só o alcance de ditas expressões pode ser obtido por meio de hermenêutica, mas também a determinação do conteúdo do direito poderá ser estabelecida por interpretação da Constituição, a cargo dos tribunais²⁷⁰.

No segundo caso, mais comum, em que o direito, apesar da natureza defensiva, exige a fixação de um procedimento para ser fruído, a existência de legislação infraconstitucional integrativa pode ser necessária, motivo pelo qual a verificação da inconstitucionalidade por omissão, total ou parcial, pode ocorrer: a aplicabilidade direta, nesse contexto, é diferente da exequibilidade imediata, e significa que o legislador ordinário deve atuar rapidamente no sentido de observar estritamente o comando constitucional, até porque a questão, aqui, é restrita à vontade ou não do legislador atuar, não se cogitando da limitação de recursos financeiros ou da reserva do possível²⁷¹.

Em outras palavras, a previsão contida no artigo 18º, nº 1, da Constituição portuguesa, e no artigo 5º, parágrafo 1º, da Constituição brasileira, significa que os direitos, liberdades e garantias são regras e princípios jurídicos cuja eficácia é extraída diretamente da Constituição e independentemente de legislação infraconstitucional complementar²⁷². No entanto, tal circunstância não impede que o próprio texto da Carta Magna atribua ao legislador ordinário a tarefa de regulamentar um ou mais aspectos do regime de certo direito, definindo seu

²⁶⁹ José Carlos Vieira de Andrade, *Direitos Fundamentais...*, p. 201-202, destaca que, nessa hipótese, os preceitos constitucionais são de fato imediatamente exequíveis, citando como exemplos o direito à vida e à integridade moral e física, bem como as liberdades de consciência, de reunião e de expressão, que em geral não carecem de intervenção legislativa.

²⁷⁰ Ingo Wolfgang Sarlet, *A Eficácia...*, p. 294-298, conclui que, em se tratando de direitos fundamentais de defesa, a presunção em favor da aplicabilidade imediata e a máxima da maior eficácia possível devem prevalecer, não apenas autorizando, mas impondo aos juízes e tribunais que apliquem as respectivas normas aos casos concretos.

²⁷¹ José Carlos Vieira de Andrade, *Direitos Fundamentais...*, p. 204, destaca que, em tal hipótese, os preceitos constitucionais não são de fato imediatamente exequíveis, citando como exemplos o direito de voto e o de liberdade de circulação de automóveis, que dependem de atuação legislativa que regule o domínio da vida em questão e que organize o procedimento necessário.

²⁷² José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, p. 438.

âmbito de proteção, seus efeitos jurídicos e eventuais restrições necessárias à harmonização com outros direitos igualmente fundamentais²⁷³. E é aí que o problema do silêncio legislativo inconstitucional se coloca no âmbito dos direitos de conteúdo defensivo²⁷⁴.

3.3 Direitos a prestações

3.3.1 Conceito e extensão

Diversamente do que acontece com os direitos de defesa, que têm nas abstenções estatais sua exigência preponderante, os direitos a prestações não se limitam à não intervenção do Estado na esfera de liberdade pessoal dos cidadãos, pois necessitam de uma postura ativa do Poder Público, no sentido de colocar à disposição dos indivíduos prestações de natureza jurídica e material (fática)²⁷⁵.

Em razão disso, os direitos a prestações, em sentido amplo, podem ser divididos em três grupos: (a) direitos à proteção, que devem ser entendidos como direitos do titular de direitos fundamentais em face do Estado a que este o proteja contra intervenções de terceiros; (b) direitos à organização e ao procedimento, que são direitos a providências estatais destinadas a criar e a conformar órgãos, setores ou repartições, ordenando a fruição de determinados direitos ou garantias; e (c) direitos a prestações em sentido estrito, que são direitos que o indivíduo, se dispusesse de meios financeiros suficientes e se houvesse oferta suficiente no mercado, poderia também obter de particulares²⁷⁶.

²⁷³ José Joaquim Gomes Canotilho, *Estudos...*, p. 147. Aliás, ainda José Joaquim Gomes Canotilho, *Revisar la/o romper con la Constitución Dirigente?*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 43, 1995, p. 17, esclarece que por meio da ideia de direito diretamente aplicável se pretende afirmar que a Constituição se impõe como lei também no âmbito dos direitos fundamentais, que, dessa forma, não podem ser considerados simples declarações ou normas programáticas. Todavia, consoante o autor, a expressa afirmação da aplicabilidade direta não significa que as normas consagradoras de direitos fundamentais excluam a necessidade de uma maior densificação normativa, operada sobretudo através da lei.

²⁷⁴ Fausto de Quadros, *Omissões legislativas sobre direitos fundamentais*, in *Nos dez anos da Constituição*, Lisboa, Imprensa Nacional, 1986, p. 58, sustenta que não se pode subestimar a necessidade de concretização por meio de atos legislativos dos direitos aos quais o artigo 18º, nº 1, da Carta Magna portuguesa, atribui aplicabilidade direta. Segundo o autor, seria errado enveredar por um raciocínio desses, uma vez que a necessidade de desenvolver os preceitos da Constituição em matéria de direitos fundamentais far-se-á sentir quase sempre, não apenas para delimitar o seu próprio âmbito e para obter a pormenorização do seu conteúdo, mas também para assegurar as condições mínimas de caráter formal e processual necessárias para seu exercício.

²⁷⁵ Ingo Wolfgang Sarlet, *A Eficácia...*, p. 204.

²⁷⁶ Robert Alexy, *ob. cit.*, p. 444-490.

Contudo, a inconstitucionalidade por omissão será aqui analisada especificamente em cotejo com os direitos prestacionais em sentido estrito, que implicam criação de novas prestações e distribuição daquelas já existentes, e não com os direitos prestacionais em sentido amplo, o que também abrangeria os direitos de proteção e os direitos à organização e ao procedimento, que têm em vista sobretudo a proteção da liberdade e da igualdade na sua dimensão defensiva²⁷⁷, já examinada em ponto anterior.

Ademais, os direitos a prestações em sentido estrito, também chamados de direitos sociais prestacionais, são os direitos sociais por excelência, permitindo uma oposição mais clara em face dos direitos, liberdades e garantias, e correspondendo, juntamente com estes, aos direitos fundamentais previstos no catálogo das Constituições portuguesa e brasileira²⁷⁸.

De toda sorte, assim como a eficácia dos direitos de defesa pode exigir atuações do Estado, a eficácia dos direitos sociais prestacionais pode depender de abstenções estatais em determinados aspectos. Assim, por exemplo, o direito social à saúde, ao mesmo tempo em que impõe a existência de serviços médicos financiados pelo Estado, também acarreta a obrigação de o aparato estatal não prejudicar a saúde dos indivíduos a partir das políticas que promove: o objetivo dos direitos sociais, como direitos de matriz prestacional, consiste precisamente em realizar e garantir os pressupostos materiais para uma efetiva fruição das liberdades²⁷⁹.

²⁷⁷ Ingo Wolfgang Sarlet, *A Eficácia...*, p. 209, demonstra que enquanto os direitos a prestações em sentido estrito podem ser reportados à atuação dos poderes públicos como expressão do Estado social, os direitos a prestações em sentido amplo dizem respeito às funções próprias do Estado liberal.

²⁷⁸ Convém perceber, no entanto, que a excessiva vinculação do controle do silêncio legislativo aos direitos econômicos, sociais e culturais é um dos obstáculos mais comuns ao êxito da fiscalização das omissões inconstitucionais. Repare-se que boa parte da doutrina, sem se dar conta que a relação entre os direitos prestacionais em sentido estrito e o controle abstrato da inércia do legislador não é uma questão de exclusividade, mas um problema de maior visibilidade (até porque também os direitos, liberdades e garantias não raro exigem lei infraconstitucional complementar, segundo já salientado), acaba associando toda a discussão sobre as omissões legislativas à conveniência do Estado e à reserva do possível, por vezes transferindo preconceitos político-ideológicos do campo dos direitos fundamentais para o âmbito da fiscalização da constitucionalidade.

²⁷⁹ Ingo Wolfgang Sarlet, *A Eficácia...*, p. 302-303, entende que enquanto os direitos de defesa se identificam por sua natureza predominantemente negativa, tendo por objeto abstenções do Estado no sentido de proteger o indivíduo contra ingerências na sua autonomia pessoal (o que não descarta uma faceta de cunho positivo), os direitos sociais prestacionais têm por objeto uma conduta positiva do Estado, consistente numa prestação de natureza fática (o que não afasta uma faceta de feição negativa).

Nessa linha, no conceito de direitos sociais prestacionais pode ser incluída a generalidade dos direitos econômicos, sociais e culturais previstos na Constituição portuguesa (artigo 58º a artigo 79º) e dos direitos sociais consagrados na Constituição brasileira (artigo 6º a artigo 11).

Logo, é precisamente em função do objeto precípua dos direitos sociais prestacionais e da forma pela qual costumam ser positivados, normalmente por meio de normas definidoras de fins e tarefas do Estado, ou imposições legiferantes de maior ou menor concretude, comumente chamadas de normas programáticas, que aqui se coloca o problema das omissões inconstitucionais.

3.3.2 Normas de feição programática

Os direitos econômicos, sociais e culturais podem ser jurídico-constitucionalmente positivados de quatro formas principais: como normas programáticas, como normas de organização, como garantias institucionais e como direitos subjetivos públicos²⁸⁰. No entanto, dentre referidas possibilidades a opção do constituinte luso-brasileiro costuma recair sobre as normas programáticas²⁸¹.

Nesse contexto, e estando claro que as normas de feição programática são, por excelência, o meio utilizado pelo constituinte para consagrar os direitos sociais prestacionais, não se pode e não se pretende dar a elas um sentido de normas meramente políticas e sem juridicidade, mas sim de normas que estabelecem programas, finalidades e tarefas a serem implementados pelos órgãos estatais e que exigem mediação legislativa, características de Constituições que adotaram as conquistas do Estado social ao lado do catálogo dos direitos, liberdades e garantias, casos do Texto de abril e da Carta de outubro²⁸².

²⁸⁰ José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, p. 474-476.

²⁸¹ Ingo Wolfgang Sarlet, *A Eficácia...*, p. 311.

²⁸² Paulo Bonavides, *Curso...*, p. 245, sem negar o caráter jurídico-vinculante das normas programáticas, adverte que elas são as normas constitucionais que melhor refletem o conteúdo profundo dos valores em circulação e mudança na sociedade, configurando o campo em que mais fluidas e incertas são as fronteiras do Direito com a Política. Ainda de acordo com o entendimento do autor, não é incorreto afirmar que as normas programáticas traduzem, inclusive, a natureza político-ideológica de um determinado regime, desde que, a partir daí, não se pretenda legitimar a inobservância de tais disposições: a escusa evasiva da programaticidade não pode servir como expediente fácil para justificar o descumprimento da vontade constitucional.

Desse modo, e abstraídos eventuais problemas político-ideológicos, é possível falar-se em normas programáticas, desde que a elas sejam atribuídos a vinculatividade e o valor jurídico-constitucional que são reconhecidos às demais normas da Constituição e que decorrem de sua inegável força normativa²⁸³: as normas programáticas devem deixar de ser vistas como simples programas futuros para serem consideradas diretivas materiais permanentes em todos os momentos da atividade densificadora (legislação, execução e jurisdição), sob pena de inconstitucionalidade dos atos que as contrariem²⁸⁴.

Em outros termos, os direitos econômicos, sociais e culturais, previstos que estão em normas de hierarquia constitucional, dispõem de eficácia normativa geral, não se apresentando como meros apelos ao legislador ou como linhas tênues de direção política: por terem origem e por estarem consagrados em normas que integram a Carta Magna, os direitos sociais prestacionais são parâmetro de controle judicial quando esteja em causa a apreciação da constitucionalidade de medidas legais ou regulamentares que os restrinjam ou contradigam, sendo certo que sua inobservância pode dar margem à inconstitucionalidade por omissão²⁸⁵.

Importa, por isso, saber em que condições o incumprimento pelo legislador das tarefas constitucionais ligadas aos direitos econômicos, sociais e culturais pode desencadear a verificação do silêncio legislativo inconstitucional, até porque as normas programáticas, em razão da própria natureza fático-jurídica das coisas, de regra não são diretamente aplicáveis, embora apresentem inequívoca força vinculante.

A Constituição portuguesa e a Constituição brasileira estabelecem direitos sociais ligados à imposição de tarefas legislativas destinadas a obter as condições materiais e institucionais necessárias à sua realização, apesar da

²⁸³ José Afonso da Silva, *Aplicabilidade...*, p. 152-155, adverte que cada vez mais a doutrina tem afirmado o caráter vinculativo das normas programáticas, que vão perdendo, gradativamente, a característica de programas, a ponto de se procurar outros conceitos para defini-las. No mesmo sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello, *Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social*, in IX Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, Florianópolis, 1982, p. 18, observa que as normas programáticas expressam uma finalidade a ser cumprida obrigatoriamente pelo Poder Público, sem, entretanto, apontar os meios a serem adotados para atingi-la, isto é, sem indicar as condutas específicas que satisfariam o bem jurídico consagrado na regra.

²⁸⁴ José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, p. 1176-1177.

²⁸⁵ Cristina Queiroz, *Direitos Fundamentais...*, p. 151.

defasagem ainda existente entre a posição da norma e a sua efetiva aplicação²⁸⁶: sendo certo que o conteúdo principal das normas programáticas diz respeito aos direitos sociais prestacionais, o dever que lhes corresponde da parte do Estado é o de legislar, já que a feitura de leis, sob pena de verificação da inconstitucionalidade por omissão, é uma tarefa devida (no caso dos direitos a prestações jurídicas) ou uma condição organizatória necessária (no caso dos direitos a prestações materiais) para a sua realização²⁸⁷.

Em suma, segundo aqui se defende, todas as disposições constitucionais de feição programática revelam ao menos três características comuns, suficientes para construir o cenário em que os direitos econômicos, sociais e culturais se colocam: (a) o fato de estabelecerem programas, finalidades e tarefas a serem cumpridos pelo Estado; (b) a necessidade de legislação ordinária complementar para que possam expandir todos os seus efeitos na prática, o que não está ligado a eventual carência de eficácia normativa, mas sim a um problema de caráter procedimental, decorrente quer da indeterminação do conteúdo de tais direitos na Constituição, quer do condicionamento da execução progressiva de políticas públicas à disponibilidade de meios; e (c) o caráter de verdadeiras normas jurídicas que apresentam, de sorte que, mesmo sem qualquer densificação nas instâncias infraconstitucionais, já são suficientes para gerar boa parte de seus efeitos jurídicos²⁸⁸, entre os quais o de servir de parâmetro para o intérprete da *lex superior*.

²⁸⁶ Norberto Bobbio, *Era dos Direitos*, Rio de Janeiro, Campus, 1992, p. 77-78. Nesse contexto, Eros Roberto Grau, *A Constituição brasileira e as normas programáticas*, in *Revista de Direito Constitucional e Ciência Política*, nº 4, 1986, p. 42-43, limitando, ao que tudo indica, a força normativa das disposições consagradoras de direitos prestacionais, salienta a existência de um caráter reacionário nas normas programáticas, pois nelas se erige um obstáculo à funcionalidade do Direito e ao poder de reivindicação das forças sociais. Conforme o autor, o que teria a sociedade civil a reivindicar já está contemplado na Constituição, mas, não se dando conta da inocuidade da contemplação desses “direitos sem garantias”, a sociedade civil acomoda-se, alentada e entorpecida pela perspectiva de que esses mesmos direitos um dia venham a ser realizados.

²⁸⁷ José Carlos Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 379-381, nota que em algumas das normas constitucionais relativas aos direitos econômicos, sociais e culturais podem ser vistas imposições constitucionais concretas, as quais, ainda conforme o autor, devem ser deduzidas concludentemente da consagração do próprio direito social enquanto pretensão subjetiva.

²⁸⁸ Ingo Wolfgang Sarlet, *A Eficácia...*, p. 311-312. No mesmo sentido, Antonio Pérez Luño, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 1995, p. 87 e 92, afirma ser inegável que entre os direitos tradicionais de liberdade e os direitos sociais existem diferenças importantes, o mesmo acontecendo a respeito de sua significação no que se refere aos meios jurídicos que devem ser empregados para sua tutela. No entanto, consoante o autor, tal circunstância não deve conduzir ao desconhecimento da profunda complementaridade que existe entre as duas categorias nem à negação da positividade dos direitos sociais, cuja aplicação nem sempre exige desenvolvimento por via legislativa.

Desse modo, o fato de a completa eficácia das normas programáticas depender de certa discricionariedade do legislador em face da ponderação do tempo e da existência de recursos não significa que elas sejam destituídas de supremacia e de caráter impositivo²⁸⁹, assim como às normas que contêm direitos de defesa e que dependem da criação de um procedimento específico pelo legislador infraconstitucional para que sejam plenamente exequíveis também não são negadas tais características: nesse sentido, Portugal e Brasil estabeleceram meios de controle jurídico das omissões legislativas, inclusive em sede de direitos sociais prestacionais, reduzindo o espaço de conformação legislativa e tratando a questão em um cenário não apenas político, mas também jurídico²⁹⁰.

De qualquer sorte, apesar da existência da mencionada fiscalização, não é desconhecida a circunstância segundo a qual no campo dos direitos sociais prestacionais, mais do que na esfera dos direitos de defesa, a edição da legislação integrativa não só pode ser insuficiente para conferir eficácia plena às normas constitucionais programáticas, como também pode depender da análise da conjuntura econômica, de maneira que o respectivo custo acaba por assumir relevância no âmbito de sua eficácia e proteção, a partir da denominada reserva do possível²⁹¹.

Em todo caso, cabe ao Poder Público, ao opor a ausência de meios como causa para o silêncio legislativo, o ônus da comprovação efetiva da

²⁸⁹ Paulo Bonavides, *Curso...*, p. 244-250, assevera que ao se atribuir eficácia vinculante às normas programáticas, pouco importa que a Constituição esteja ou não repleta de proposições desse teor, ou seja, de regras relativas a futuros comportamentos estatais. Assim, já não será fácil contornar a aplicabilidade e eficácia dessas normas, como fazem os juristas abraçados à tese antinormativa, os quais, alegando programaticidade de conteúdo, costumam evadir-se ao cumprimento ou observância de regras e princípios constitucionais.

²⁹⁰ Nesse contexto, Jorge Miranda, *Manual...*, tomo VI, p. 287, esclarece que a verificação da inconstitucionalidade por omissão em face de norma programática pode ocorrer quando o legislador permanece inerte perante os condicionalismos econômicos e sociais de que depende a efetivação da Lei Fundamental, não os procurando conformar ou promover, ou, no limite, estando eles já verificados, não emitindo a correspondente orientação prospectiva ao serviço dos fins constitucionais. Em sentido contrário, Manuel Afonso Vaz, *O enquadramento jurídico-constitucional dos direitos económicos, sociais e culturais*, in *Nos 20 anos da Faculdade de Direito da UCP*, Porto, 1998, p. 448, sustenta que a inconstitucionalidade por omissão não se dá quanto a normas programáticas, porque só quando existe determinabilidade constitucional é que há necessidade de legislação integrativa.

²⁹¹ José Joaquim Gomes Canotilho, *Estudos...*, p. 108, analisando a reserva do possível, afirma que os direitos econômicos, sociais e culturais se caracterizam, entre outras variáveis: (a) pela gradualidade da realização; (b) pela dependência financeira relativamente ao orçamento do Estado; (c) pela tendencial liberdade de conformação do legislador quanto às políticas de realização desses direitos; e (d) pela insuscetibilidade de controle jurisdicional dos programas político-legislativos, a menos quando estiverem em contradição com as normas constitucionais ou quando transportarem dimensões manifestamente irrazoáveis.

indisponibilidade de recursos, do não desperdício dos valores existentes e da eficiente aplicação dos mesmos²⁹². Aliás, como os direitos sociais prestacionais dependem da existência de fatores materiais e jurídicos propícios, a mesma situação de fato poderá configurar duas omissões contrárias à Constituição, segundo aqui se defende: a primeira, oriunda da falta de condições econômico-financeiras que antecedem a execução do programa, se a criação delas depender de lei; e a segunda, decorrente da ausência de legislação que dê plena eficácia ao programa propriamente dito, constante na norma constitucional²⁹³.

Saliente-se que o caráter vinculante das normas programáticas e a existência de condições econômicas para sua realização são questões que, apesar de relacionadas no plano fático, são distintas no plano jurídico. Logo, em que pese tudo o que até então foi dito, é possível falar-se em verdadeiros direitos subjetivos a prestações, independentemente ou para além da concretização pelo legislador, quando se estiver diante da falta de condições existenciais mínimas, assim entendidas aquelas indispensáveis à promoção, proteção e fruição de uma vida digna: se referidas condições não estiverem presentes, o próprio exercício da liberdade fica comprometido, e aí mesmo os direitos de defesa não passam de fórmulas destituídas de sentido²⁹⁴. Nessas hipóteses, apuradas casuisticamente, o direito social prestacional deverá ser tutelado como se fosse diretamente aplicável

²⁹² Ingo Wolfgang Sarlet, *A Eficácia...*, p. 378.

²⁹³ O artigo 153, VII, da Constituição brasileira, há mais de vinte anos afirma competir à União a instituição de impostos sobre grandes fortunas, nos termos de lei complementar, até hoje não editada. Assim, a não implementação de determinado direito social prestacional, a pretexto da falta de recursos, certamente poderia desencadear a verificação de duas omissões, isto é, a relativa ao regime jurídico do direito, em si mesmo considerado, e a concernente à não regulamentação do imposto sobre grandes fortunas, por exemplo, capaz de servir como a respectiva fonte de custeio.

²⁹⁴ A nocividade das omissões e das ações insuficientes dos Estados na salvaguarda dos direitos fundamentais tem sido constatada inclusive pelos tribunais internacionais, reforçando a necessidade de o Judiciário adotar e determinar a adoção de comportamentos positivos de suprimento da inércia estatal no âmbito interno, quer quanto aos direitos de defesa, quer quanto aos direitos a prestações. Nesse sentido, por exemplo, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, referindo-se às omissões dos Estados-membros, embora nem sempre de caráter legislativo, vem tomando decisões paradigmáticas sobre o assunto (www.corteidh.or.cr): (a) no caso *Ximenes Lopes versus Brasil*, tendo por objeto a violação ao direito à saúde de deficiente mental que veio a falecer em razão das condições desumanas e degradantes de sua hospitalização, a Corte determinou que o Estado brasileiro desenvolvesse um programa de formação e capacitação para os médicos, enfermeiros e todos os profissionais vinculados ao atendimento da saúde mental, exigindo a apresentação de relatório sobre as medidas adotadas no prazo de um ano; e (b) no caso *Ríos e outros versus Venezuela*, tendo por objeto a violação à liberdade de pensamento e de expressão decorrente de ameaças e agressões sofridas por funcionários de empresa jornalística, a Corte determinou que o Estado venezuelano conduzisse eficazmente e dentro de um prazo razoável as investigações e processos penais em trâmite no âmbito interno e tomasse as providências necessárias para evitar restrições indevidas e obstáculos diretos ou indiretos ao exercício da liberdade de informar, exigindo a apresentação de relatório sobre as medidas adotadas no prazo de um ano.

e imediatamente exequível, a partir da lógica da colmatação de lacunas anteriormente exposta²⁹⁵.

Assim, por exemplo, o julgador certamente não dependerá de intervenção legislativa infraconstitucional para assegurar a assistência e a solidariedade social previstas na Carta Magna portuguesa (artigo 63º) e na Carta Magna brasileira (artigo 203), para impor ao Estado a obrigação de garantir rendimentos mínimos a idosos e deficientes que não tenham recursos próprios e que estejam incapazes para o trabalho.

Portanto, nos termos da proposta aqui apresentada, naquelas situações específicas em que os argumentos a respeito do espaço de conformação legislativa, da separação de poderes e da reserva do possível esbarrarem no princípio da dignidade da pessoa humana, devidamente concretizado em direitos fundamentais que compõem a ideia de mínimo vital²⁹⁶, os direitos a prestações deverão ser fixados diretamente pelo Judiciário, sob pena de se colocar em questão a própria necessidade e justificativa de financiamento dos órgãos estatais²⁹⁷.

Em outras palavras, os direitos sociais prestacionais em regra não encontram alternativas de eficácia nos extremos: se a efetividade de tais direitos não pode independer sempre da legislação infraconstitucional, certo é que em situações-limite eles também não podem estar invariavelmente atrelados ao alvitre do legislador ordinário, de modo que a criação de alternativas novas e a busca de

²⁹⁵ José Joaquim Gomes Canotilho, *Constituição Dirigente...*, p. 370-371, destaca que a força imediatamente vinculante que hoje se atribui à grande parte dos direitos fundamentais (os direitos, liberdades e garantias e os direitos de natureza análoga) pode e deve ser interpretada, no que respeita aos direitos a prestações, no sentido de fundamentar originariamente esses direitos, mesmo que não haja imposição constitucional dirigida expressamente ao legislador. Por isso, de uma pretensão de omissão do Poder Público transita-se para uma proibição de omissão do Estado, passível de ser verificada pelo guardião da Constituição.

²⁹⁶ Tendo em vista, sobretudo, a noção de mínimo vital, é que se pode apontar como correto o entendimento de Antonio Pérez Luño, *ob. cit.*, p. 92, para quem deve ser afastada a afirmação segundo a qual enquanto os direitos de liberdade (defesa) se beneficiam da tutela constitucional diretamente, os direitos sociais (prestações) não podem ser objeto imediato de proteção, pois se a Constituição pode formular positivamente os direitos sociais, também pode tutelá-los na medida dos demais direitos nela proclamados.

²⁹⁷ Ingo Wolfgang Sarlet, *A Eficácia...*, p. 371-373. Nesses casos, deve ser afastada a observação de José Carlos Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 185, no sentido de que os tribunais não podem conformar o conteúdo das competências não exercidas pelo legislador ou reexaminar as decisões legislativas nessa matéria em virtude da separação dos poderes. Isso porque, segundo aqui se defende, os direitos densificadores da dignidade da pessoa humana, na falta de elementos que assegurem o mínimo vital, devem prevalecer sobre a repartição de competências entre os órgãos de soberania.

soluções diretamente no texto da Constituição devem ser tentadas pelos tribunais²⁹⁸, tanto em concreto como em abstrato, ao menos no âmbito do mínimo vital, com os temperamentos decorrentes do princípio da subsidiariedade²⁹⁹ e como expressão do princípio da segurança jurídica no âmbito social³⁰⁰.

Fora desses casos e por não configurarem situações de necessidade ou de injustiça extremas, os direitos fundamentais prestacionais dependentes de intervenção legislativa apresentam, ao menos, uma dimensão negativa, no sentido de possibilitarem ao indivíduo que exija do Estado que este se abstenha de atuar de forma contrária ao conteúdo da norma que os consagra, sendo que apenas depois da *interpositio legislatoris* concretizadora, antecedida ou não de verificação da inconstitucionalidade por omissão, a prestação devida poderá ser considerada plenamente exigível³⁰¹.

Repare-se que uma vez concretizado pelo legislador infraconstitucional o direito social prestacional previsto pela Constituição, passa a incidir à espécie a proibição do retrocesso, pois a ausência de vinculação mínima do Legislativo ao núcleo essencial já densificado na esfera dos direitos fundamentais, em geral, e no campo dos direitos sociais prestacionais, em especial, configuraria verdadeira fraude à Carta Magna e à democracia, já que seria admitido o desfazimento

²⁹⁸ Luís Roberto Barroso, *Interpretação e Aplicação da Constituição*, São Paulo, Saraiva, 1996, p. 260, ressalta que o constituinte é invariavelmente mais progressista que o legislador ordinário, de maneira que na perspectiva dos avanços sociais devem ser esgotadas todas as potencialidades interpretativas do texto constitucional, o que exige capacidade de trabalhar o Direito positivo, fugindo do discurso vazio. De acordo com o autor, o apego ao texto constitucional não implica reduzir o Direito à norma, mas, ao contrário, elevá-lo à condição de norma, uma vez que na prática ele tem sido menos que isso.

²⁹⁹ A ideia de mínimo vital, como concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, não é dirigida apenas ao Estado, mas também ao próprio cidadão que dele necessita. Portanto, a obrigação do Poder Público de assegurar aos cidadãos o mínimo vital é atenuada pelo princípio da subsidiariedade, de modo que o Judiciário, antes de decidir a respeito, deverá verificar se o indivíduo tem ou não, e em que medida, condições de prover a própria subsistência e a de sua família, sob pena de serem tomadas decisões que contrariam a razoabilidade e a racionalidade. Sobre o princípio da subsidiariedade em face dos direitos sociais, ver Jörg Neuner, *Los Derechos Humanos Sociales*, in Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, nº 9, 2005, p. 254-255.

³⁰⁰ Gregorio Peces-Barba Martinez, *Derecho y Derechos Fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 291.

³⁰¹ Ingo Wolfgang Sarlet, *A Eficácia...*, p. 317 e 328. No mesmo sentido, José Carlos Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 374, para quem os direitos sociais prestacionais só se tornam direitos subjetivos certos a partir de uma atuação legislativa que defina o seu conteúdo concreto, fazendo opções políticas num quadro de prioridades a que obriguem a escassez dos recursos, o caráter limitado da intervenção do Estado na vida social e, em geral, a abertura característica do próprio princípio democrático. Ainda conforme o autor, a intervenção legislativa é necessária, sob pena de inconstitucionalidade por omissão, mas o legislador dispõe, em regra, de um espaço próprio para conformação do conteúdo das prestações que constituem o direito.

inconsequente de medidas legislativas adotadas em razão de imposições constitucionais³⁰².

Importa esclarecer que com o não retorno da concretização não se pretende atribuir à legislação ordinária eficácia jurídica idêntica à das normas constitucionais, até porque ela permanece passível de alterações como diploma infraconstitucional que é e continua sujeita à fiscalização da constitucionalidade: o que não pode é o legislador revogar ato anterior para deixar de prever e organizar determinada prestação ou serviço constitucionalmente disciplinado³⁰³, sobretudo se forem atingidas posições jurídicas de cidadãos que tenham preenchido os requisitos até então vigentes para a fruição de determinado direito³⁰⁴.

Além disso, cumpre lembrar que a previsão constitucional dos direitos sociais prestacionais, sua concretização pelo legislador ordinário e o papel atuante dos tribunais certamente não são suficientes para exaurir a tutela de que precisam, já que tais medidas devem ser acompanhadas de um verdadeiro compromisso político com os direitos fundamentais, cuja efetividade não se alcança com a mera vigência da norma e não se resolve exclusivamente no âmbito jurídico-legal.

3.4 Direitos fundamentais internacionais

3.4.1 Colocação do problema

O artigo 16º, nº 1, da Constituição portuguesa³⁰⁵, é regra geral dos direitos fundamentais fora da Carta Magna e aponta para um conceito material e para uma perspectiva aberta nessa seara, decorrente da própria ideia de dignidade da pessoa humana, cuja efetivação não deve estar restrita a qualquer

³⁰² Ingo Wolfgang Sarlet, *A Eficácia...*, p. 448. Nesse contexto, Cristina Queiroz, *Os Direitos Fundamentais...*, considera que a proibição do retrocesso significa que uma vez consagradas legalmente as prestações sociais, o legislador não pode depois eliminá-las sem alternativas ou compensações, de sorte que a tese da irreversibilidade assume a função de guarda de flanco dos direitos sociais prestacionais, garantindo o grau de concretização já obtido.

³⁰³ Jorge Miranda, *Manual...*, tomo IV, p. 398-399.

³⁰⁴ Trata-se, no entanto, de questão a ser apreciada no âmbito do controle da inconstitucionalidade por ação, não em sede de fiscalização da inconstitucionalidade por omissão.

³⁰⁵ Artigo 16º, nº 1, da Constituição portuguesa: “Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional”.

catálogo fixo³⁰⁶. Assim, além dos direitos fundamentais especificados e consagrados na Constituição, poderão existir também outros constantes em leis e em normas de Direito Internacional³⁰⁷, segundo o dispositivo em comento:

Destaque-se, desde já, que embora possa haver direitos fundamentais oriundos de legislação infraconstitucional interna, isso do ponto de vista exclusivamente material, como é claro, daí não resulta que a partir deles possa ser verificada eventual inconstitucionalidade por omissão: o silêncio legislativo inconstitucional exige inobservância de um dever específico de atuação imposto pela Carta Magna, não pela lei ordinária integrativa, que, por si só, ao ser editada, em regra já deve ser tida como desdobramento de direitos fundamentais previstos na Lei Maior³⁰⁸.

Em suma, a inconstitucionalidade por omissão pode ser aferida em face de direito formal e materialmente constitucional que acabou desenvolvido pela legislação ordinária, se esta já não for suficiente, mas não com base na lei integrativa complementar, ou seja, em direito fundamental não formalmente constitucional, uma vez que ou o direito previsto no âmbito infraconstitucional é densificação de direito já estabelecido na Constituição, e este pode autorizar a verificação das omissões, ou é direito autônomo que não cabe no esquema normativo-constitucional e, então, não é parâmetro para a constatação de silêncio legislativo contrário à Carta Magna³⁰⁹.

Nesse contexto, embora o raciocínio acima exposto resolva não só o problema dos direitos fundamentais extraconstitucionais decorrentes de lei

³⁰⁶ Jorge Miranda e Rui Medeiros, *ob. cit.*, p. 138. Nesse contexto, o artigo 5º, parágrafo 2º, da Carta Magna brasileira, conduz a raciocínio semelhante ao estabelecer que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

³⁰⁷ José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição...*, 2007, p. 365, consideram que o enunciado “leis”, referido no artigo 16º, nº 1, significa qualquer ato legislativo integrante do ordenamento jurídico, isto é, os direitos materialmente constitucionais podem estar positivados em leis da Assembleia da República, decretos-leis do Governo e decretos legislativos regionais, na forma do artigo 112º da Constituição portuguesa. Além disso, segundo Jorge Miranda, *Manual...*, tomo IV, p. 166, os acréscimos por legislação infraconstitucional nessa matéria podem acontecer tanto no âmbito dos direitos, liberdades e garantias, como na esfera dos direitos econômicos, sociais e culturais.

³⁰⁸ Jorge Miranda, *Manual...*, tomo IV, p. 167, observa que a criação ou a atribuição de um novo direito nunca deixa de ter implicações nos direitos já existentes. Assim, segundo o autor, não podem ser previstos por lei ordinária tantos e tais direitos que acabem por entrar em confronto com os direitos constitucionalmente consagrados.

³⁰⁹ José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, p. 922.

ordinária, mas também parte da questão dos direitos fundamentais extraconstitucionais de origem internacional, estes apresentam aspectos que autorizam uma análise mais detalhada, quer pela visibilidade que têm na ordem jurídica global, quer pelo posicionamento diverso que podem ocupar na hierarquia dos ordenamentos jurídicos internos.

Dessa maneira, os direitos fundamentais internacionais integram o Direito português e o Direito brasileiro na medida em que encontram fundamento nas respectivas Constituições nacionais. De toda sorte, afigura-se problemática a questão de saber se eles configuram ou não padrão de controle da constitucionalidade das normas jurídicas e parâmetro para verificação da inconstitucionalidade por omissão³¹⁰.

Quando o artigo 16º, nº 1, da Constituição portuguesa, menciona os direitos fundamentais constantes em normas de Direito Internacional, está referindo, em verdade, os direitos consagrados no Direito Internacional geral ou comum, convencional e derivado de organizações internacionais, aí incluídos os pactos internacionais atinentes aos direitos do homem ratificados pelo Estado português, bem como os direitos reconhecidos no âmbito da União Europeia, quer nos tratados, quer nas demais normas comunitárias³¹¹.

Destaque-se que a análise dos direitos fundamentais internacionais em face das Constituições nacionais pode implicar um certo grau de superposição normativa, que conduz às seguintes hipóteses: (a) a Constituição já consagra boa parte dos direitos reconhecidos nas convenções internacionais, com maior ou menor detalhamento; (b) a Constituição consagra direitos não reconhecidos nas convenções internacionais; e (c) a Constituição não consagra direitos reconhecidos nas convenções internacionais³¹².

De qualquer modo, os documentos internacionais, independentemente da posição que venham a ocupar no Direito interno, em regra são meios auxiliares

³¹⁰ Fernando Alves Correia, *Direito Constitucional...*, p. 85.

³¹¹ José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição...*, 2007, p. 365-366. Repare-se que o artigo 16º exige leitura conjunta com o artigo 8º da Constituição portuguesa, que fixa a disciplina geral de vigência das normas com origem externa ao Direito português no âmbito interno.

³¹² Christian Courtis, *La eficacia de los derechos humanos en las relaciones entre particulares*, in Ingo Wolfgang Sarlet, *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2006, p. 423.

de integração e preenchimento de lacunas, não sendo de descartar, excepcionalmente, a possibilidade de sua incorporação ao Direito interno servir como forma de densificação direta, geral e abstrata da Constituição, representando, nessa medida, veículo de superação de omissões legislativas.

Por isso, apesar de serem muitos os instrumentos internacionais que preveem direitos, o estudo das questões acima propostas é aqui limitado, desde já por sua importância e abrangência, à Declaração Universal dos Direitos do Homem, à Convenção Europeia dos Direitos do Homem e à Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia.

3.4.2 Declaração Universal dos Direitos do Homem

Ao contrário do artigo 16º, nº 1, da Constituição portuguesa, que fixa a disciplina geral em matéria de direitos fundamentais extraconstitucionais, aí incluídos os internacionais, o artigo 16º, nº 2, trata especificamente da Declaração Universal dos Direitos do Homem, cujos dispositivos devem ser utilizados como vetor interpretativo e integrativo das normas jusfundamentais expressas na Constituição e na legislação ordinária vigentes na ordem interna³¹³.

Apesar de a Declaração ter sido adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas inicialmente mais como proclamação solene do que como documento com força jurídica, configurando o primeiro instrumento de universalização dos direitos do homem³¹⁴, a referência expressa a seu respeito, constante na Constituição portuguesa, tem colocado dois principais aspectos sob discussão: o enquadramento da Declaração Universal no âmbito da hierarquia das fontes normativas e a possibilidade ou não de ela poder levar a resultados menos favoráveis aos cidadãos do que aqueles que decorrem apenas do texto da Constituição³¹⁵.

³¹³ Artigo 16º, nº 2, da Constituição portuguesa: “Os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem”.

³¹⁴ Paulo Bonavides, *Curso...*, p. 574, salienta que a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10.12.1948, é um documento de convergência e de síntese: convergência de anseios e de esperanças, porque desde sua promulgação ela tem sido uma espécie de carta de alforria para os povos que a subscreveram depois da II Grande Guerra, sem dúvida o mais grave duelo da liberdade com a servidão em todos os tempos; e síntese, porque ao longo da Declaração foram estampados direitos e garantias resultantes de um consenso universal e que nenhuma Constituição até aquele momento havia previsto com tal extensão.

³¹⁵ Fernando Alves Correia, *Direito Constitucional...*, p. 87-89.

Quanto à primeira questão, a análise do artigo 16º, nº 2, da Constituição portuguesa, permite concluir, segundo aqui se defende, pela completa incorporação do texto da Declaração Universal no âmbito interno, isto é, seu conteúdo foi inteiramente recepcionado e os direitos fundamentais que prevê devem ser tidos como formal e materialmente constitucionais: a Declaração não tem mero alcance externo, mas um sentido normativo imediato, com o objetivo de clarificar e alargar o catálogo de direitos e reforçar a sua tutela³¹⁶.

Dessa maneira, a Declaração Universal dos Direitos do Homem é também Constituição portuguesa, nem mais, nem menos, sendo certo que seu enquadramento como norma suprema é o mais adequado nesse contexto³¹⁷. Aliás, a Carta Magna, ao determinar a necessidade de interpretação e integração harmônica do seu catálogo de direitos fundamentais com aquele previsto na Declaração, apenas confirma o entendimento acima exposto, uma vez que aludida lógica de harmonização é a mesma que também orientaria a interpretação dos direitos fundamentais na hipótese de eles se limitarem exclusivamente àqueles estabelecidos no âmbito constitucional interno.

Em outros termos, é indiferente que do ponto de vista literal o texto do artigo 16º, nº 2, contenha apelo que não é idêntico àquele que a Carta Magna efetuar se pretendesse receber todo um acervo normativo, isso sob alegação de que em nenhum lugar se disse que a Declaração Universal é incorporada à Constituição³¹⁸. Note-se, em verdade, que sob a perspectiva funcional a Lei Maior portuguesa atribui à Declaração a mesma importância que outros direitos fundamentais previstos expressamente pela Carta Magna já exercem no âmbito interno em face dos demais, isto é, servir de norte interpretativo para o conjunto das disposições jusfundamentais.

³¹⁶ Jorge Miranda, *Manual...*, tomo IV, p. 156-157. Em sentido contrário, José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição...*, 2007, p. 367, destacam que apesar de a questão ser praticamente irrelevante em virtude da Constituição ter consumido a Declaração, esta não assume a natureza de Direito Constitucional, visto que a Lei Maior não efetua uma recepção da Declaração enquanto tal, antes remete para ela como parâmetro exterior.

³¹⁷ Afasta-se, assim, o entendimento de Paulo Otero, *Declaração Universal dos Direitos do Homem e Constituição: a inconstitucionalidade de normas constitucionais*, in *O Direito*, nº 3 e nº 4, 1990, p. 604-605 e 610, para quem a ordem jurídica portuguesa reconhece, para o bem e para o mal, que a Constituição não é o último ponto de referência interpretativa ou integrativa dos direitos fundamentais, pois a Declaração se coloca em plano superior à Carta Magna nessa matéria.

³¹⁸ Jorge Bacelar Gouveia, *A Declaração Universal dos Direitos do Homem e a Constituição Portuguesa*, in *AB VNO AD OMNES: 75 anos da Coimbra Editora*, Coimbra, Coimbra Editora, 1998, p. 956.

Quanto à segunda questão, em virtude da resposta dada à primeira, trata-se de um falso dilema: sendo certo que a Declaração Universal é também Constituição portuguesa, a solução de problemas a respeito de direitos fundamentais só pode ser obtida a partir de adequada interpretação constitucional que a ambas abranja: a cada norma da Carta Magna, principalmente quando trate de direitos fundamentais, é preciso conferir, ligada a todas as outras normas, o máximo de capacidade de regulamentação e de realização³¹⁹.

Assim, é impossível afirmar que a interpretação da Declaração poderá conduzir a resultados mais ou menos favoráveis àqueles que seriam alcançados somente com recurso ao texto constitucional português, tendo em vista que os direitos fundamentais da Declaração são integrantes do próprio rol nesse cenário estabelecido pela Carta Magna e, dessa forma, deverá prevalecer a aplicação das normas consagradoras de um nível de proteção mais elevado³²⁰.

Veja-se que a paridade hierárquica e a interpretação convergente entre a Constituição portuguesa e a Declaração Universal tornam-se ainda mais defensáveis quando se percebe que esta foi uma das fontes do catálogo de direitos fundamentais daquela, havendo, inclusive, artigos da Declaração que contêm disposições desenvolvidas com maior detalhe do que na Carta Magna³²¹.

Logo, considerando que a Declaração Universal dos Direitos do Homem está integrada formal e materialmente à Constituição portuguesa e, como tal, também se reveste de supremacia no âmbito interno, as normas por aquela previstas igualmente compõem o bloco de constitucionalidade, motivo pelo qual podem e devem servir como padrão para eventual verificação da conformidade de determinado silêncio legislativo com a Lei Maior³²².

³¹⁹ Jorge Miranda, *Manual...*, tomo II, p. 291.

³²⁰ José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição...*, 2007, p. 368.

³²¹ Jorge Miranda, *Manual...*, tomo IV, p. 158, cita como exemplo o artigo 1º da Declaração, mais ampla do que a Lei Fundamental ao relacionar a dignidade da pessoa humana à razão e à consciência de que todos os homens são dotados.

³²² No Brasil, todos os diplomas normativos de origem internacional são incorporados ao âmbito interno na condição de leis ordinárias, restando equiparados a estas em todos os aspectos. Apenas em 2004, com a Emenda Constitucional nº 45, passou a ser previsto, no artigo 5º, parágrafo 3º, da Constituição, que “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”. No entanto, até o momento nenhum tratado passou por tal procedimento, o que confirma o entendimento inicialmente exposto. No mesmo sentido, Fernanda Dias Menezes de Almeida, *Os Direitos Fundamentais na Constituição de 1988*, in Revista do Advogado, nº 99, 2008, p. 46-47.

3.4.3 Convenção Europeia dos Direitos do Homem

A Convenção Europeia dos Direitos do Homem é um tratado de carácter singular em face dos objetivos a que se propõe, pois não é constituída pela regulamentação de relações interestaduais, ou seja, pelo estatuto de relações jurídicas em que os Estados figuram como sujeitos, antes dirigindo-se a situações verdadeiramente internas a cada um dos signatários, apesar de sua origem internacional³²³.

Nesse cenário, dito texto convencional prevê um sistema de controle supranacional dos atos das entidades estaduais, facultando a todos os particulares que se encontrem sob a jurisdição de um Estado contratante e que tenham sido vítimas da violação de um dos direitos que estabelece, a possibilidade de recorrerem para o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. Em verdade, segundo decorre da jurisprudência do Tribunal de Estrasburgo, a Convenção permitiu a afirmação de uma genuína ordem pública europeia para a proteção dos seres humanos, a qual abrange não apenas os direitos previstos no seu articulado, mas também os respectivos mecanismos de fiscalização³²⁴.

Saliente-se que a Convenção, como diploma internacional recebido e vigente na ordem jurídica portuguesa, ocupa posição infraconstitucional e, assim, suas disposições devem estar de acordo com a Constituição, sob pena de serem consideradas insuscetíveis de aplicação. Sucede que, embora colocada em nível infraconstitucional, a Convenção tem valor supralegal e, por isso, não pode ser modificada pelo legislador ordinário e as leis internas posteriores que acaso a contrariem não poderão ser aplicadas pelos tribunais³²⁵.

Em suma, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, na condição de pacto internacional não expressamente contemplado na Carta Magna, não têm hierarquia constitucional e, por isso, não pode servir como referência para a

³²³ Rui Manuel Moura Ramos, *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, in *Da Comunidade Internacional e do seu Direito*, Coimbra, Coimbra Editora, 1996, p. 7-11, esclarece que referido tratado foi assinado em Roma, a 04.11.1950, e entrou em vigor em 03.03.1953, depois do depósito dos dez primeiros instrumentos de ratificação. De acordo com o autor, o Estado português vinculou-se à dita Convenção em 1978, depois da aprovação parlamentar e do depósito de seu instrumento de ratificação.

³²⁴ António Goucha Soares, *A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, p. 23-24.

³²⁵ Rui Manuel Moura Ramos, *A Convenção...*, p. 55-61.

verificação das omissões legislativas, apesar de o artigo 16º, nº 1, da Lei Maior, consagrar uma perspectiva aberta dos direitos fundamentais³²⁶.

Nessa linha de raciocínio, outra questão conexa que aqui se apresenta, agora sem relação direta com o ordenamento interno, é a que envolve a conveniência ou não de a União Europeia aderir à Convenção.

Como principal aspecto negativo na hipótese de adesão é colocada a possibilidade de o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem passar a ter a prerrogativa de julgar a aplicação das disposições da Convenção pelas instituições comunitárias, inclusive pelo Tribunal de Justiça de Luxemburgo, o que poderia colocar em causa o papel desempenhado por este como órgão jurisdicional supremo do ordenamento comunitário³²⁷.

Como aspecto positivo mais importante do debate pode-se destacar que a adesão da União Europeia à Convenção de Roma salvaguarda o conteúdo mínimo em que se assenta a identidade europeia em matéria de proteção dos direitos fundamentais, com a importante vantagem de permitir o reforço dos meios de tutela jurisdicional ao autorizar mais uma possível instância de controle internacional³²⁸.

De fato, ao que tudo indica o posicionamento contrário à adesão da União Europeia à Convenção não é o melhor e tende a ser superado, pois, além de tudo, coloca aspectos políticos em plano superior à necessidade jurídica de conferir a máxima efetividade aos direitos fundamentais. Certamente por isso, o Tratado da União Europeia, com as alterações introduzidas pelo Tratado de Lisboa, em seu artigo 6º, nº 2, passou a determinar que “a União adere à

³²⁶ Fernando Alves Correia, *Direito Constitucional...*, p. 89-90, sustenta que o Tribunal Constitucional não considera a Convenção Europeia dos Direitos do Homem como integrante, de forma autónoma e direta, do bloco de constitucionalidade, embora lhe reconheça um importante papel de fonte auxiliar na interpretação, na clarificação e mesmo no desenvolvimento do conteúdo dos preceitos e dos princípios constitucionais atinentes aos direitos fundamentais. Na mesma linha, Jorge Miranda, *Manual...*, tomo IV, p. 159-160, entende que a Convenção Europeia é comumente invocada em recursos perante o Tribunal Constitucional, mas o entendimento deste é que tal não se justifica, porque a Carta Magna portuguesa abrange todos os direitos que lá se encontram enumerados. Em contrapartida, segundo o autor, mais de uma vez o guardião da Constituição tem trabalhado com a jurisprudência do Tribunal de Estrasburgo para densificar normas constitucionais sobre o assunto.

³²⁷ António Goucha Soares, *ob. cit.*, p. 29.

³²⁸ Rui Medeiros, *A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem e o Estado Português*, in *Nos 25 Anos da Constituição da República Portuguesa de 1976*, Lisboa, AAFDL, 2001, p. 289-293.

*Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. Essa adesão não altera as competências da União, tal como definidas nos Tratados*³²⁹.

Aliás, embora a introdução de uma instância adicional contra atos da União possa aumentar o tempo e os custos dos processos, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem terá a decisão final em matérias relativas à tutela dos direitos fundamentais, o que assegurará um desenvolvimento harmonioso da jurisprudência do Tribunal de Luxemburgo e do Tribunal de Estrasburgo. Além disso, com a adesão da União Europeia à Convenção, os cidadãos passarão a ter, perante atos da União, uma proteção equivalente àquela de que já dispõem em face de atos dos Estados-membros³³⁰.

3.4.4 Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia

A Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia surgiu como uma proclamação solene, feita em Nice, a 07.12.2000: trata-se de documento aplicável sobretudo às instituições europeias e que, a partir do momento em que o Tratado de Lisboa entrou em vigor, a 01.12.2009, passou a ser de observância obrigatória do ponto de vista formal e material em seu âmbito de vigência, mas sem caráter substitutivo das Constituições internas dos Estados-membros³³¹.

Nesse sentido, assim ficou a redação do artigo 6º, nº 1, primeira parte, do Tratado da União Europeia: *“A União reconhece os direitos, as liberdades e os princípios enunciados na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de 7 de Dezembro de 2000, com as adaptações que lhe foram introduzidas em*

³²⁹ No Brasil, o texto equivalente à Convenção Europeia dos Direitos do Homem é a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que foi assinada em São José da Costa Rica, a 22.11.1969, e entrou em vigor em 18.07.1978, depois do depósito dos onze primeiros instrumentos de ratificação. O Estado brasileiro vinculou-se à referida Convenção em 1992, depois de aprovação parlamentar e do depósito de seu instrumento de ratificação. Atualmente, as disposições da Convenção têm força de lei ordinária na ordem jurídica brasileira, não apresentam caráter supralegal e não podem ser utilizadas como parâmetro para controle da constitucionalidade, seja por ação, seja por omissão.

³³⁰ Meinhard Hilf, *Os direitos fundamentais na Constituição Europeia*, in *Uma Constituição para a Europa*, Coimbra, Almedina, 2004, p. 187.

³³¹ José Carlos Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 43, antes mesmo da elaboração do Tratado de Lisboa, desde logo considerou que a Carta, fosse ou não formalmente integrada nos tratados, já representava um nível “constitucional” de direitos fundamentais aplicáveis nas relações jurídicas no âmbito da União Europeia, pois deveria servir como parâmetro de validade e critério de interpretação e aplicação de todo o Direito Comunitário, sobretudo o de caráter derivado.

12 de Dezembro de 2007, em Estrasburgo, e que tem o mesmo valor jurídico que os Tratados³³².

Em outras palavras, a Carta tem por objetivo recortar e consolidar um conjunto de direitos fundamentais de carácter vinculante em face das instituições europeias, positivando-os através da sua incorporação jurídica no ordenamento da União³³³: apesar de a jurisprudência do Tribunal de Luxemburgo ter permitido integrar a lacuna existente nos tratados no campo dos direitos fundamentais, é certo que há muito tempo se buscava uma solução que lhes conferisse maior destaque³³⁴.

Contudo, se de um lado a incorporação da Carta aos tratados conferiu maior visibilidade à ligação da União Europeia aos direitos fundamentais, de outro os problemas de relacionamento entre o ordenamento jurídico europeu e os ordenamentos jurídicos nacionais também passaram a se colocar, ao menos em tese, nas relações entre a Carta e os catálogos constitucionais dos Estados-membros³³⁵.

³³² Além disso, em uma das declarações anexas do Tratado de Lisboa, aprovado em 13.12.2007, assim está consignado: “A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, que é juridicamente vinculativa, confirma os direitos fundamentais garantidos pela Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais e resultantes das tradições constitucionais comuns aos Estados-membros. A Carta não alarga o âmbito de aplicação do direito da União a domínios que não sejam da competência da União, não cria quaisquer novas competências ou atribuições para a União, nem modifica as competências e atribuições definidas nos Tratados”.

³³³ José Joaquim Gomes Canotilho, *Compreensão jurídico-político da Carta*, in Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, p. 14-15, adverte que a Carta está sujeita a uma cláusula de não retrocesso relativamente: (a) à Convenção Europeia dos Direitos do Homem; (b) às convenções internacionais sobre direitos fundamentais; (c) a outros tratados ou declarações internacionais a que tenha aderido ou ratificado; e (d) às Constituições dos Estados-membros.

³³⁴ Maria Luísa Duarte, *A União Europeia e os Direitos Fundamentais: métodos de proteção*, in *Studia Iuridica*, n.º 40, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, p. 44, salienta que a instituição da União Europeia pelo Tratado de Maastricht acentuou a necessidade de uma política efetiva sobre direitos fundamentais, sendo que os Estados-membros acordaram entre si, através da revisão dos tratados, que era importante transformar os direitos fundamentais num critério de conformação dos comportamentos políticos de todos os envolvidos no fenómeno comunitário. Nesse contexto, Javier Roldán Barbero, *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, in *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 16, 2003, p. 948-950, esclarece que a Carta se reveste de um valor didático, educacional, cívico, ético e político, aspectos extrajurídicos que são reforçados na medida em que o texto tiver a maior difusão possível entre os cidadãos da União. Ainda de acordo com o autor, embora a Carta esteja fora do Direito Comunitário originário, ela se insere no processo de constitucionalização experimentado pela integração europeia durante os últimos anos, processo reconhecido e impulsionado pelo Tribunal de Justiça das Comunidades ao referir-se ao Tratado da Comunidade Europeia como “a Carta Constitucional de uma Comunidade de Direito”.

³³⁵ José Carlos Vieira de Andrade, *A Carta Europeia dos Direitos Fundamentais e as Constituições Nacionais*, in Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, p. 84-85.

Nessa linha, a inclusão do nº 4 ao artigo 8º da Constituição portuguesa, já referido em outra oportunidade, em muito auxiliou a resolver a questão ao positivizar internamente que *“as disposições dos tratados que regem a União Europeia e as normas emanadas das suas instituições, no exercício das respectivas competências, são aplicáveis na ordem interna, nos termos definidos pelo direito da União, com respeito pelos princípios fundamentais do Estado de direito democrático”*.

Saliente-se que os termos de aludida norma tornam claro que os tratados da União Europeia, aos quais a Carta de Direitos Fundamentais restou equiparada, foram integrados ao Direito português com hierarquia constitucional, por pelo menos dois motivos: (a) do ponto de vista formal, a vigência do Direito europeu no âmbito interno decorre de atividade do poder constituinte derivado, assim como as normas constitucionais editadas internamente; e (b) do ponto de vista material, o Direito europeu não pode desrespeitar os princípios fundamentais do Estado de Direito democrático, ressalva que seria supérflua na hipótese de as normas europeias serem incorporadas em nível meramente infraconstitucional.

Logo, a Constituição portuguesa é hoje composta, formal e materialmente, por normas constitucionais de origem interna e por normas constitucionais de origem europeia lastreadas em uma cláusula geral de ratificação editada pelo constituinte derivado, o que, em razão da repartição de competências nesse contexto existente, não implica superposição, mas justaposição entre suas disposições.

De tal maneira, considerando que ao constituinte derivado e ao legislador infraconstitucional cabe densificar a Constituição portuguesa como um todo, independentemente da origem das normas que a compõem, certo é que a inconstitucionalidade por omissão, mesmo que eventualmente fundada na Carta de Direitos Fundamentais, poderá ser verificada com base no artigo 283º, sem prejuízo de ações porventura previstas no Direito europeu.

Além disso, e até mesmo em virtude do que acima foi dito, eventuais antinomias entre o Direito Constitucional português e a Carta de Direitos Fundamentais não devem ser resolvidas com base no critério do primado, mas com base na repartição de competências entre os diferentes ordenamentos

jurídicos: no caso de conflito entre normas constitucionais de origem europeia e normas constitucionais de origem interna, deve-se verificar no âmbito das respectivas atribuições a quem cabe o exercício da tarefa legislativa na hipótese, segundo os princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade. Caso estas alternativas não sejam suficientes, o próprio artigo 8º, nº 4, permite afirmar que o problema deverá ser solucionado de acordo com a norma que se revele mais adequada à concretização dos princípios fundamentais do Estado de Direito democrático e, por consequência, mais apta à proteção dos direitos fundamentais, independentemente da origem do diploma que conduza à melhor solução³³⁶.

Repare-se que a menção expressa à necessidade de respeito aos princípios fundamentais do Estado de Direito democrático consiste no recurso utilizado pelo constituinte derivado para salvaguardar o núcleo essencial da Constituição portuguesa e a respectiva identidade nacional que ela espelha³³⁷.

Em síntese, não é de se esperar antinomias normativas nessa matéria, pois na eventualidade de normas com origens diversas incidirem simultaneamente sobre determinado caso deverá prevalecer o nível de proteção mais favorável aos direitos fundamentais, não sendo lícito descartar eventual combinação entre a esfera normativa europeia e a esfera normativa interna para construir uma decisão que concretize o princípio da melhor tutela na hipótese em apreço³³⁸.

³³⁶ José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição...*, 2007, p. 269-270, afirmam não ser clara a resposta sobre a quem pertence a última palavra no caso de existirem conflitos entre as normas europeias e os princípios constitucionais do Estado de Direito democrático português, isto é, se ao Tribunal de Justiça da União, ou se ao Tribunal Constitucional. No entanto, segundo os autores, certa é a necessidade de aprofundamento de um sistema de cooperação entre os órgãos jurisdicionais europeus e os órgãos jurisdicionais nacionais na interpretação dos preceitos constitucionais, seja os de origem europeia, seja os de origem interna.

³³⁷ Rui Medeiros, *A Carta...*, p. 284, sustenta que não se vislumbra fundamento para negar ao Tribunal Constitucional português, mesmo depois da proclamação da Carta, competência para aferir o respeito que a ordem jurídico-comunitária deve ter pelos princípios estruturantes fundamentais da Constituição de 1976.

³³⁸ António Carlos Pereira Menaut, *Convite ao estudo da Constituição Europeia*, in Revista Jurídica da Universidade Portucalense Infante D. Henrique, nº 6, 2001, p. 24-25, entende que existe uma interdependência entre os ordenamentos dos Estados-membros, de um lado, e o da União, de outro. Assim, as Constituições dos Estados-membros não devem ser vistas como "inimigas" do Direito Comunitário, mas como alicerce desse mesmo Direito. Em complemento, Peter Badura, *A "identidade nacional" dos Estados-membros na Constituição da Europa*, in *Uma Constituição para a Europa*, Coimbra, Almedina, 2004, p. 80-81, ressalta que a União deve ser considerada como um instrumento a serviço do bem-estar econômico-social e, simultaneamente, como um conjunto de decisões e medidas político-administrativas que visam a assegurar a paz e a ultrapassar a divisão do continente europeu através do estabelecimento de fundações sólidas. Para tanto, de acordo com o autor, ao mesmo tempo em que a União restringe os poderes constitucionais de seus integrantes, ela também deve sua vida à preservação do núcleo constitucional vital dos Estados-membros.

Ademais, o catálogo de direitos da Lei Maior portuguesa e seus desdobramentos constitucionais no geral coincidem com a Carta de Direitos da União Europeia, sendo difícil imaginar inovações externas nessa sede. Por tal motivo, a verificação da inconstitucionalidade por omissão, nos termos do artigo 283º, poderá ter por base, ao mesmo tempo, normas constitucionais jusfundamentais de origem interna e de origem europeia³³⁹.

De resto, a própria Carta já procura responder ao problema da sua articulação com a Convenção Europeia dos Direitos do Homem e com as Constituições dos Estados-membros, o que vai ao encontro e confirma integralmente o que até aqui foi sustentado³⁴⁰.

Lembre-se, por oportuno, que a análise da proteção jurídica dos direitos fundamentais na União Europeia também comporta a distinção entre a chamada tutela negativa (direitos de defesa) e a denominada proteção positiva (direitos a prestações) que exigem.

A abordagem negativa, nessa matéria, consiste na interdição de violação a princípios e regras reconhecidos como direitos fundamentais, tarefa que compete basicamente aos órgãos jurisdicionais a quem os particulares recorram alegando atos lesivos dos seus direitos e liberdades³⁴¹. Essa perspectiva constitui, sem dúvida, o ponto de partida de qualquer política de salvaguarda de direitos fundamentais.

³³⁹ José Joaquim Gomes Canotilho, "*Brançosos*"..., p. 222-226, afirma que as omissões legiferantes, no âmbito comunitário, não estão associadas a uma qualquer Constituição dirigente, mas a tratados internacionais diretivos. Nesse contexto, segundo o autor, o Tratado da União Europeia impõe aos Estados-membros o dever de adoção de todas as medidas gerais ou específicas adequadas para assegurar o cumprimento das obrigações dele derivadas. Tal significa que a vinculação assumida pela ratificação do Tratado da União Europeia implica, simultaneamente, a obrigação de lhe dar execução, ou seja, os Estados-membros devem adotar as medidas necessárias e adequadas (políticas, legislativas, regulamentares etc.) para dar efetividade prática às imposições convencionais.

³⁴⁰ O artigo 52º, nº 3, da Carta, dispõe: "*Na medida em que a presente Carta contenha direitos correspondentes aos direitos garantidos pela Convenção europeia para a protecção dos direitos do Homem e das liberdades fundamentais, o sentido e o âmbito desses direitos são iguais aos conferidos por essa convenção, a não ser que a presente Carta garanta uma protecção mais extensa ou mais ampla. Esta disposição não obsta a que o direito da União confira uma protecção mais ampla*". Por sua vez, o artigo 53º da Carta determina: "*Nenhuma disposição da presente Carta deve ser interpretada no sentido de restringir ou lesar os direitos do Homem e as liberdades fundamentais reconhecidos, nos respectivos âmbitos de aplicação, pelo direito da União, o direito internacional e as convenções internacionais em que são partes a União, a Comunidade ou todos os Estados-membros, nomeadamente a Convenção europeia para a protecção dos direitos do Homem e das liberdades fundamentais, bem como pelas Constituições dos Estados-membros*".

³⁴¹ António Goucha Soares, *ob. cit.*, p. 18-19.

No entanto, a proteção dos direitos fundamentais não se esgota na tutela negativa, pois pode exigir um conjunto de providências positivas emanadas do Poder Público, inclusive legislativas, destinadas a dar cumprimento ao conteúdo dos direitos fundamentais³⁴², o que configura exigência preponderante dos direitos sociais prestacionais, segundo já exposto.

Por isso, nas ordens jurídicas contemporâneas têm se afirmado o princípio da indivisibilidade dos direitos fundamentais para sublinhar a necessidade de proteção a ser conferida seja aos direitos de defesa, seja aos direitos a prestações³⁴³, o que evidentemente deve se estender à esfera normativa da União Europeia³⁴⁴.

3.5 Direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas

3.5.1 Posicionamento da questão

A Constituição portuguesa, em seu artigo 18º, nº 1, é expressa ao consagrar a vinculação não só do Poder Público, mas também das entidades privadas aos preceitos constitucionais, em especial os relativos aos direitos, liberdades e garantias³⁴⁵. A Constituição brasileira, por sua vez, não contém previsão similar, o que, todavia, em face das construções doutrinárias e

³⁴² Jorge Miranda, *Sobre a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*, in Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, volume XLI, nº 1, 2000, p. 17, considera que o aumento das atribuições da União Europeia coloca na ordem do dia a necessidade de subordinação dos comportamentos dos seus órgãos a normas precisas de garantia e efetividade dos direitos fundamentais. Dessa forma, de acordo com o autor, o cada vez maior número de atos comunitários com crescente densidade normativa tem de ser acompanhado de um reforço da vinculatividade jurídica, pois só assim poderá falar-se em “Comunidades de Direito”, por coerência com os Estados de Direito que as integram.

³⁴³ António Goucha Soares, *ob. cit.*, p. 22-23.

³⁴⁴ No âmbito do Mercado Comum do Sul (Mercosul), fundado pelo Tratado de Assunção, assinado a 26.03.1991 e do qual o Brasil faz parte, não há documento análogo à Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia. Dessa maneira, a tutela dos direitos fundamentais, a exemplo do que inicialmente ocorria na Europa, é casuística e fica inteiramente sob responsabilidade dos órgãos encarregados da solução de controvérsias entre os Estados-membros, principalmente o Tribunal Permanente de Revisão, criado pelo Protocolo de Olivos.

³⁴⁵ José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, p. 483-484, salienta que não só os direitos, liberdades e garantias, mas também os direitos econômicos, sociais e culturais devem ter eficácia nas relações entre particulares, na modalidade de efeito mediato ou de eficácia indireta, sobretudo no que diz respeito ao núcleo mais proximamente ligado à dignidade da pessoa humana: (a) impondo ao legislador deveres de atuação segundo os direitos constitucionais sociais; e (b) obrigando o intérprete a uma atividade hermenêutica conforme as normas constitucionais sociais. Por sua vez, Jorge Miranda, *Manual...*, tomo IV, p. 385, destaca que pode falar-se numa eficácia dos direitos econômicos, sociais e culturais em relação aos particulares na medida em que eles comprimem direitos, liberdades e garantias ou até lhes impõem restrições, limitando-os a determinadas prestações ou a certos encargos.

jurisprudenciais a respeito, não significa a inexistência ou a menor importância do problema no Brasil.

As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. De fato, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição devem vincular não apenas o Poder Público, estando direcionados também à proteção dos particulares nas relações privadas.

Assim, considerando que a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares é problema comum no ordenamento jurídico luso-brasileiro, importa notar que o tema sob análise não é bem colocado quando posto sob o enunciado genérico “Constituição e Direito privado”. Isso assim acontece porque o Direito privado, tal como o Direito público, na medida em que tal distinção é ainda possível, está vinculado à Constituição como ramo do Direito que é, de molde a ser indiscutível a necessidade de observância da Lei Maior pelo legislador independentemente do âmbito em que as normas que elabora será aplicado³⁴⁶.

Logo, o assunto que se pretende desenvolver neste ponto não é a função do legislador de Direito privado perante a Constituição, mas sim a posição dos sujeitos privados em face dos direitos fundamentais e diante de eventual silêncio legislativo infraconstitucional sobre o assunto. Veja-se que somente nesse cenário é que se pode falar corretamente da denominada eficácia dos direitos fundamentais na relação entre particulares³⁴⁷.

Convém notar, então, que a melhor abordagem do problema deve ser feita sob o título “validade dos direitos fundamentais nas relações entre particulares”, acima referido, não sendo tecnicamente precisas as expressões “eficácia em relação a terceiros”, “eficácia externa” e “eficácia horizontal”: quanto à primeira, não está em questão um terceiro nível de eficácia, pois os direitos

³⁴⁶ Robert Alexy, *ob. cit.*, p. 524-525, esclarece que as normas de direitos fundamentais contêm não apenas direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra o Estado, pois também representam uma ordem objetiva de valores que vale como decisão constitucional fundamental para todos os ramos do Direito, fornecendo diretrizes e impulsos para o legislador, o administrador e o julgador.

³⁴⁷ Claus-Wilhelm Canaris, *Direitos Fundamentais e Direito Privado*, Coimbra, Almedina, 2006, p. 52.

fundamentais ou operam nas relações indivíduo-Estado ou na esfera das relações das pessoas privadas entre si; quanto à segunda, não se percebe porque a eficácia de norma jusfundamental em face do legislador ordinário ou das demais relações jurídicas também não seja externa, motivo pelo qual não distingue o contexto específico em que se faz presente o sujeito privado; e, quanto à terceira, acaba por não abranger as situações de manifesta desigualdade de poder em que se percebe uma clara verticalização fundada na possível imposição de vontade de uma parte da relação jurídico-privada em detrimento da outra³⁴⁸.

Ultrapassada a questão terminológica, que por si só já traz indícios do conteúdo do debate, deve-se ver que existem duas correntes a respeito da aplicabilidade das normas de direitos fundamentais da Carta Magna nas relações entre particulares: (a) os monistas, que defendem a aplicação imediata; e (b) os dualistas, que só admitem a aplicação mediata³⁴⁹.

Os monistas sustentam que os direitos fundamentais são normas válidas para toda a ordem jurídica e, como também integram a Constituição, dela extraindo sua força normativa, não se pode aceitar que as relações entre particulares constituam reduto à margem do sistema constitucional, até porque o perigo para os direitos fundamentais não vêm apenas do Estado, mas também dos grupos sociais, que detêm uma parcela cada vez maior do poder social e econômico.

Os dualistas, a seu turno, afirmam que os direitos fundamentais apenas podem ser aplicados nas relações entre particulares depois de recebidos pelo legislador de Direito privado, já que submeter a atividade dos sujeitos privados aos mesmos vínculos que limitam a ação do Estado significaria transformar os direitos em deveres, invertendo o seu sentido e restringindo em demasia o princípio da autonomia privada³⁵⁰.

Para além do debate entre aplicabilidade imediata e mediata, mas conexo a ele, exsurge a necessidade de análise das relações que se estabelecem

³⁴⁸ Nesse contexto, Ingo Wolfgang Sarlet, *A Eficácia...*, p. 396, e José Carlos Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 238.

³⁴⁹ José Carlos Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 243.

³⁵⁰ José Carlos Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 243-244, e Ingo Wolfgang Sarlet, *A Eficácia...*, p. 400.

entre sujeitos privados manifestamente desiguais e de relações que se entabulam entre sujeitos privados aparentemente iguais.

No primeiro caso, existe algum consenso quanto à possibilidade de os direitos fundamentais serem transportados diretamente para a esfera privada, uma vez que se está diante de relações desiguais de poder, semelhantes às que se constituem entre os particulares e o Poder Público. Dessa maneira, os particulares detentores de poder social estão vinculados aos direitos fundamentais de modo equivalente ao que se verifica no caso dos órgãos estatais³⁵¹.

No segundo caso, quando se trata de relações igualitárias, ou relações privadas típicas, a questão passa a ser controversa, pois, em princípio, trata-se do campo próprio de manifestação da autonomia privada e, justamente por estarem fora do âmbito das relações de poder, existe inegável margem de liberdade para que os particulares possam discipliná-las do modo que entenderem melhor³⁵².

Em verdade, contudo, a distinção entre eficácia imediata e mediata, e a diferenciação entre relações privadas de poder e relações privadas típicas, embora configurem rótulos para discussões de alta relevância, não podem obscurecer a questão principal que aqui se coloca: os direitos fundamentais previstos na Constituição, como densificações do princípio da dignidade, devem servir como parâmetro de validade e como limite de eficácia de todos os atos jurídicos praticados em determinado ordenamento, isto é, leis, regulamentos,

³⁵¹ Ingo Wolfgang Sarlet, *A Eficácia...*, p. 401-402. Por sua vez, José Carlos Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 255, entende que se deve aceitar a transposição direta dos direitos fundamentais para as relações entre particulares quando se trate de situações em que pessoas coletivas (ou, excepcionalmente, indivíduos), disponham de poder especial de caráter privado sobre outros indivíduos. De acordo com o autor, nesses casos estar-se-á perante relações de poder, não de relações entre iguais, e justifica-se a proteção da liberdade dos homens comuns que estejam em posição de vulnerabilidade. Na mesma linha, Daniel Sarmiento, *Apontamentos sobre a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental*, in André Ramos Tavares e Walter Claudius Rothenburg, *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Análises à Luz da Lei nº 9.882/99*, São Paulo, Atlas, 2001, p. 92, ressalta que em um cenário como o atual, em que a tónica constitui a substituição do Estado por atores privados através de desestatizações, terceirizações, parcerias e outros mecanismos assemelhados, é importante vincular também os entes não estatais à Constituição e aos direitos que ela prevê, por intermédio de todos os meios e remédios disponíveis.

³⁵² José Carlos Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 260-262, considera que nas relações entre iguais os particulares não devem ser considerados sujeitos passivos dos direitos fundamentais, o que não significa que eles não sejam aplicáveis nas relações interprivadas ou que possam ser impunemente violados por outros indivíduos. Nesse contexto, conforme o autor, a aplicação dos direitos fundamentais, incluindo entre eles o princípio da igualdade, não deve levantar problemas específicos, observada a regra material de harmonização, própria das situações de conflito.

contratos, estatutos, convenções etc., quer ao abrigo de normas de Direito público, quer sob a égide de normas de Direito privado.

Veja-se que o problema em torno da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, segundo aqui se defende, pode ser resumido, sem simplificações, a eventual conflito entre o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da autonomia privada. Tal significa que as relações jurídicas construídas com base na autonomia da vontade são válidas até o ponto em que atinjam de modo irrazoável a dignidade da pessoa humana e suas concretizações, sendo certo que, na hipótese de violação, a ser apurada casuisticamente, caberá ao prejudicado provocar o Judiciário pelos meios comuns de impugnação de atos ilícitos para fazer valer o ponto de vista que entende correto, oportunidade em que o tema constitucional poderá aparecer e ser objeto de apreciação das instâncias competentes, observadas as leis processuais³⁵³.

Aliás, não se deve esquecer que o princípio da dignidade nas relações entre particulares age não apenas como obstáculo à atuação de outros sujeitos privados, mas também como fundamento de proteção da pessoa contra si mesma, funcionando como limite material à renúncia e à autolimitação de direitos fundamentais³⁵⁴. Da mesma forma, a autonomia privada não significa independência em relação à Constituição, não sendo lícito afirmar que determinada restrição, independentemente de verificação com base nas densificações do princípio da dignidade, estaria imune a controle por ter ocorrido não em razão de um ato estatal, mas de um ato privado³⁵⁵.

Em outras palavras, a eficácia dos direitos fundamentais, baseados que estão na dignidade da pessoa, deve ser observada mesmo nas relações entre

³⁵³ Cabe reparar, seguindo o entendimento de Robert Alexy, *ob. cit.*, p. 541, que invocar a dignidade da pessoa humana prevista na Constituição para afastar violações aos direitos fundamentais cometidas em atos privados não implica tornar supérflua a legislação infraconstitucional: em tais circunstâncias, o juiz, apesar de vinculado ao Direito Civil vigente, na forma das leis, dos precedentes e da dogmática comumente aceita, também tem o dever de zelar pela Carta Magna, sendo-lhe permitido recusar a aplicação de normas que repute inconstitucionais ou recorrer diretamente às normas constitucionais, desde que assumo o ônus argumentativo de justificar e fundamentar sua decisão.

³⁵⁴ Ingo Wolfgang Sarlet, *A Eficácia...*, p. 402.

³⁵⁵ O Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário nº 201.819, publicado no Diário da Justiça de 27.10.2006, decidiu que a ordem jurídico-constitucional brasileira, a exemplo da portuguesa, não conferiu aos particulares a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição, de sorte que o espaço de autonomia privada não está dispensado do respeito aos direitos fundamentais e encontra claras limitações de ordem jurídica.

particulares e ainda que estes se encontrem em condição de igual liberdade, exigindo-se que seja avaliada, no contexto da indispensável hierarquização de interesses, a maior ou menor vulnerabilidade da pessoa para o exercício da autonomia da vontade no âmbito do consentimento informado³⁵⁶.

Assim, ou o ato celebrado pelos particulares não restringe direitos fundamentais, e aí não há problemas, ou limita tais direitos, hipótese em que, verificada a colisão entre o princípio da autonomia privada e o princípio da dignidade da pessoa humana, densificado este ou não em outras normas constitucionais ou infraconstitucionais, torna-se necessário ponderar qual deles deverá ter precedência na hipótese³⁵⁷, sendo certo que as limitações serão válidas enquanto não violarem a dignidade dos particulares de modo desproporcional³⁵⁸.

Resta ver, então, de que maneira a validade dos direitos fundamentais nas relações privadas pode ser ligada às omissões inconstitucionais do legislador.

3.5.2 Superação do silêncio legislativo por atos normativos privados

Ainda que aqui se defenda que o recurso às densificações constitucionais do princípio da dignidade da pessoa humana, mesmo carecida de intervenção legislativa infraconstitucional concretizadora, pode ser suficiente para afastar os excessos eventualmente cometidos ao abrigo da autonomia privada, não se deve perder de vista que ao legislador ordinário compete a tarefa de realizar os direitos fundamentais: cabe a ele garantir as diversas posições jurídicas relevantes a partir da fixação de limitações variadas³⁵⁹.

Em palavras diversas, embora a legislação infraconstitucional possa não ser considerada indispensável em face do princípio da dignidade nessa matéria,

³⁵⁶ Ingo Wolfgang Sarlet, *Dignidade...*, p. 117-119.

³⁵⁷ Robert Alexy, *ob. cit.*, p. 532, adverte que independentemente das teorias acerca da validade dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, deve-se levar em conta que, ao contrário do que acontece na relação Estado/cidadão, na relação cidadão/cidadão ambos os lados são titulares de direitos fundamentais, fazendo com que a solução de eventual conflito seja uma questão de sopesamento.

³⁵⁸ José Carlos Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 266, salienta que não se pode aceitar que na vida social privada as pessoas, mesmo em situação de igualdade, possam ser tratadas ou admitirem ser tratadas como se não fossem seres humanos, pois isso implicaria a negação do fundamento e da própria ideia de direitos fundamentais. Segundo o autor, a dignidade humana, enquanto conteúdo essencial absoluto do direito, nunca pode ser afetada, sendo esta a garantia mínima que se pode retirar da Constituição.

³⁵⁹ Gilmar Ferreira Mendes, *Direitos Fundamentais...*, p. 125.

tal não significa que ela seja inútil, não só porque especifica a disciplina dos direitos fundamentais em face da autonomia da vontade, mas também porque torna mais próxima a ideia de dignidade das relações entre particulares, prevenindo eventuais incompreensões e dirimindo arbítrios em face de sua generalidade³⁶⁰.

Nesse passo, caso o recurso ao princípio da dignidade e ao seu detalhamento constitucional excepcionalmente não esgote, ao menos na teoria, as possibilidades de emissão de juízo acerca da conformidade do regramento elaborado pelos particulares com o sistema estabelecido, surge o problema de saber como é que se resolve a questão da validade dos direitos fundamentais nas relações entre particulares se, apesar da previsão constitucional, não for editada a legislação infraconstitucional integrativa exigida pela Lei Maior.

Ao princípio da dignidade da pessoa humana estão relacionadas duas grandezas que condicionam sua aplicação ao sistema jurídico, em geral, e às relações entre particulares, em especial: o alto grau de abstração de que se reveste e a condição de princípio dos princípios, norma fundamental e primeira do ordenamento.

Da mesma forma, segundo o entendimento majoritário, a aplicação das normas que consagram direitos fundamentais às relações entre particulares deve ocorrer, em primeira linha, por meio de normas de Direito privado, seja quando se limitem a reproduzir o teor das normas constitucionais, seja quando contenham conceitos indeterminados ou cláusulas gerais, a serem preenchidos e concretizados segundo os valores consagrados na Constituição³⁶¹.

³⁶⁰ Antonio Pérez Luño, *ob. cit.*, p. 314, sustenta que a aplicação dos direitos fundamentais às relações entre particulares decorre de dois argumentos básicos: (a) não admitir a eficácia dos direitos na esfera privada implicaria reconhecer uma dupla ética social, isto é, uma aplicável às relações entre o Estado e os particulares, outra aplicável às relações dos cidadãos entre si, vulnerando a segurança jurídica e a coerência do ordenamento jurídico; e (b) a ameaça aos direitos fundamentais pode não decorrer apenas de comportamentos do Poder Público, mas também de atuações dos poderes econômico-sociais fáticos, muitas vezes mais implacáveis que o próprio Estado na matéria de que se cogita.

³⁶¹ Paulo Mota Pinto, *Autonomia privada e discriminação: algumas notas*, in Ingo Wolfgang Sarlet, *Constituição...*, p. 367-368, esclarece que o problema da relação entre os direitos fundamentais e a autonomia privada não pode ser todo tratado e resolvido logo no plano da relação entre regras e princípios constitucionais, pois pressupõe uma série de diferenciações a serem estabelecidas no âmbito infraconstitucional. Ainda de acordo com o autor, as normas privadas funcionam como “portas de entrada”, no domínio privatístico, das valorações subjacentes aos direitos fundamentais constitucionalmente previstos, cabendo ao legislador ordinário o dever de estabelecer alternativas aptas a protegê-los.

Em verdade, contudo, parece ser indiferente buscar soluções primeiro em nível infraconstitucional e depois em nível constitucional, e vice-versa, pois o ordenamento jurídico é formado por leis de diversa hierarquia em cujo topo figura a Constituição: conforme acontece em todos os campos de aplicação jurídica, também no âmbito das relações entre particulares as alternativas podem ser encontradas quer diretamente na Carta Magna, com suas densificações na legislação ordinária, quer na legislação ordinária, em conformidade com o que prevê a Lei Maior, sendo irrelevante qual o nível hierárquico que o intérprete busca em primeiro lugar.

Em síntese, embora a ausência de legislação infraconstitucional sobre determinado aspecto de certo direito fundamental não impeça a aplicação deste às relações privadas, em face do princípio maior da dignidade, sua edição pode facilitar o trabalho do intérprete, dando maior credibilidade e legitimidade às soluções que forem adotadas³⁶².

De toda sorte e em qualquer caso, segundo aqui se defende, ainda que ocorra omissão legislativa inconstitucional os particulares poderão estabelecer regramento e disciplina para as relações que entabularem no exercício da autonomia privada. Dessa maneira, o vazio existente em abstrato (e passível de verificação nos termos do artigo 283º da Constituição portuguesa e do artigo 103, parágrafo 2º, da Constituição brasileira) pode ser superado pela densificação que os particulares farão da norma constitucional para seu caso concreto, resolvendo a questão como se de lacuna se tratasse.

Note-se que é a atividade dos particulares no sentido de aplicar a Constituição às suas necessidades e à revelia da inércia do legislador que poderá permitir que o Judiciário, na hipótese de o regramento privado chegar à sua apreciação por violação de direito fundamental, acabe suprindo, em concreto e

³⁶² José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares*, in Ingo Wolfgang Sarlet, *Constituição...*, p. 293, destaca que no caso de não existir norma legal que regule diretamente a situação, não fica o juiz desprovido da possibilidade de atender aos preceitos constitucionais para definir a “norma de decisão” do caso. Deve, se for caso disso, recorrer aos conceitos abertos próprios do Direito privado (ordem pública, boa-fé, abuso de direito etc.) e preenchê-los com a ajuda dos valores constitucionais. Se tal se revelar insuficiente, deverá o juiz decidir o caso a partir dos princípios gerais, aplicando o princípio da harmonização sempre que se possa afirmar que há um valor ou interesse constitucionalmente relevante (a autonomia privada, na hipótese) que se contrapõe à eficácia normativa absoluta do preceito constitucional.

igualmente por meio de superação de lacunas, a omissão do legislador que em abstrato não editou os comandos exigidos pela Carta Magna³⁶³.

Nesse contexto, é necessário observar que não se desconhece a hierarquia existente na sequência Constituição, lei, regulamento e atos jurídicos particulares. Ocorre que, se tal significa que uma convenção de condomínio que viole direitos fundamentais, por exemplo, não está sujeita à fiscalização abstrata feita pelo Tribunal Constitucional³⁶⁴, isso não quer dizer que eventual silêncio do legislador possa impedir o desenvolvimento da Carta Magna por atos normativos privados, que poderão ser úteis como meio de suprimento de lacunas e como alerta aos legitimados ativos do artigo 283^o acerca da existência de omissão a ser verificada em controle concentrado.

Em outros termos, uma coisa é o controle da constitucionalidade do regramento estabelecido pelos particulares para reger suas relações jurídicas; outra, é a eficácia que a Constituição e os direitos fundamentais por ela previstos podem e devem exercer sobre as relações privadas.

Ademais, importa reparar que no Direito português vigente o controle de constitucionalidade tem por objeto uma norma jurídico-pública, não uma norma jurídico-privada nem uma decisão judicial. Assim, em Portugal a transformação

³⁶³ Em sentido contrário ao sustentado no texto, mas sem analisar a questão especificamente à luz dos atos normativos jurídico-privados, o Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário nº 398.284, publicado no Diário da Justiça de 19.12.2008, não aceitou como correto o comportamento da Companhia Vale do Rio Doce em face do disposto no artigo 7^o, XI, da Constituição brasileira, que dispõe ser direito dos trabalhadores urbanos e rurais a “participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, (...), conforme definido em lei”. Isso porque, mencionada empresa resolveu aplicar tal norma aos seus contratos de trabalho imediatamente, concedendo participação nos lucros a seus empregados, ao lado da tradicional remuneração, antes mesmo da norma constitucional ser concretizada pela legislação ordinária. Na hipótese, o fato de a Vale ter se antecipado à legislação infraconstitucional assumiu relevância porque sobre a participação nos lucros não incidiam contribuições previdenciárias (espécie tributária), que são calculadas sobre a remuneração convencional pelo trabalho. Assim, segundo o Supremo Tribunal Federal, antes da densificação da matéria por lei ordinária não havia a possibilidade de valores serem pagos pelas empresas a título de participação nos lucros, apesar dos termos da Constituição, de maneira que as contribuições previdenciárias deveriam ter sido calculadas e são devidas sobre tais parcelas como se estas compusessem a remuneração tradicional dos empregados.

³⁶⁴ Fernando Alves Correia, *Direito Constitucional...*, p. 80, afirma que os atos jurídico-privados, nomeadamente os negócios jurídicos, não estão submetidos a controle de constitucionalidade. De igual modo, não podem ser objeto da mencionada fiscalização os estatutos das associações privadas, sociedades, cooperativas e fundações reguladas pelo Direito privado. No entanto, consoante exposição do autor, estão sujeitas ao controle de constitucionalidade as normas emanadas de sujeitos jurídico-privados no exercício de funções do Poder Público, como por exemplo, os regulamentos emitidos por concessionários de obras ou de serviços públicos.

das consequências jurídicas dos atos normativos privados em problemas de inconstitucionalidade exigiria ou a introdução no sistema jurídico da possibilidade de fiscalização direta das normas jurídico-privadas à luz da Constituição, o que é pouco razoável, ou a criação de um instrumento de controle da constitucionalidade de decisões judiciais que aplicassem aos casos concretos os atos normativos privados de suprimento de vazios legislativos, o que é compatível com as finalidades em toda parte previstas para o recurso de amparo.

No Brasil, o problema parece resolvido, pois embora as normas jurídico-privadas não possam ser objeto de fiscalização direta à luz da Constituição, esta prevê a arguição de descumprimento de preceito fundamental inclusive contra decisões judiciais, bem como o recurso extraordinário, cabível, entre outras hipóteses, quando a decisão recorrida contrariar dispositivo da Lei Fundamental [artigo 102, III, alínea a)]³⁶⁵.

Portanto, quando não houver lei, os particulares é que assumem, no seu espaço de atuação e para o efeito de regulamentá-lo, a liberdade de conformação em face da Constituição, de maneira que as disposições constitucionais devem incidir diretamente sobre as relações jurídico-privadas. Em verdade, o particular substitui o legislador no caso concreto, em face da omissão total ou parcial existente em abstrato, cabendo às instâncias jurisdicionais fazer o controle do regramento privado a partir do princípio da dignidade da pessoa humana³⁶⁶.

Aliás, quer o legislador, ao fazer as leis reguladoras das relações jurídico-privadas, quer o juiz, ao resolver os conflitos entre particulares, têm sempre de considerar e de aplicar os princípios e regras constitucionais, de

³⁶⁵ No Direito brasileiro, a hipótese prevista no artigo 102, III, alínea a), da Constituição, já permite não a fiscalização da constitucionalidade de atos normativos privados, mas sim da decisão judicial que os aplica ao caso concreto em desconformidade com a Carta Magna. Isso explica, por exemplo, a decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário nº 161.243, publicada no Diário da Justiça de 19.12.1997, quando se tratou de violação ao princípio da igualdade (artigo 5º, *caput*, da Constituição brasileira) decorrente de acórdão que aplicou o Estatuto de Pessoal da *Air France* à hipótese *sub judice*. Nesse caso, o Estatuto previa que trabalhadores franceses deveriam ter mais vantagens no exercício de suas atividades do que trabalhadores estrangeiros, discriminação injustificada com base na nacionalidade que tornou contrária à Carta Magna não o Estatuto de Pessoal, mas sim a decisão judicial *a quo* que o aplicou a processo iniciado por ex-funcionário da empresa que, não sendo francês, se considerou prejudicado e iniciou a discussão pleiteando a nulidade de sua rescisão de contrato de trabalho.

³⁶⁶ Claus-Wilhelm Canaris, *ob. cit.*, p. 61, adverte que quando o Estado deixa um cidadão atuar sem regulamentação em face do outro, não pode ver-se aí a concessão de autorização para uma ofensa na esfera de bens alheios, mas simplesmente, e apenas, a omissão de uma intromissão estatal.

maneira que na hipótese de existirem ofensas a direitos fundamentais oriundas de relações privadas, não só o cidadão responsável pela lesão, mas também o Estado poderá ser responsabilizado na medida em que não seja cumprido um dever específico de proteção pelo legislador ou um dever específico de cumprimento da lei pelo administrador ou pelo julgador³⁶⁷.

Havendo legislação, cabe aos particulares observar aquilo que foi posto pelo legislador ordinário em conformidade com a Constituição, em geral, e com o princípio da dignidade, em especial, sendo que somente nesse sentido é possível tratar-se de eficácia indireta da Lei Maior no âmbito sob exame, até porque todo aquele que está sujeito a uma determinada norma constitucional não apenas a interpreta como também a concretiza³⁶⁸.

³⁶⁷ José Carlos Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 249-250.

³⁶⁸ Peter Häberle, *Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*, Porto Alegre, Fabris Editor, 1997, p. 15 e p. 42-43, salienta que todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma é indireta, ou até mesmo diretamente, um intérprete dessa norma: como não são apenas os intérpretes jurídicos da Constituição que vivem com a Lei Maior, eles não detêm o monopólio da sua interpretação. Ainda segundo o autor, os intérpretes da Constituição da sociedade aberta são os participantes fundamentais do processo de tentativa e erro de descoberta do Direito, porque todos estão potencial e atualmente aptos a oferecerem alternativas para a hermenêutica constitucional.

4 INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

(Artigo 283º da Constituição da República Portuguesa)

(Artigo 103, parágrafo 2º, da Constituição da República Federativa do Brasil)

4.1 A fiscalização abstrata

4.1.1 Antecedentes históricos

A primeira Constituição que positivou a fiscalização abstrata da inconstitucionalidade por omissão foi a da Iugoslávia (1974), ao determinar, em seu artigo 377º, que se o Tribunal Constitucional verificasse que o órgão competente não tinha promulgado as prescrições necessárias à execução das disposições da Carta Magna e das leis federais, daria do fato conhecimento à Assembleia Federativa do país³⁶⁹.

Destaque-se que a jurisdição constitucional iugoslava entendia que os próprios tribunais podiam instaurar *ex officio* o processo de apreciação da constitucionalidade e, nos casos de inércia inconstitucional, não só informar a Assembleia desse fato, como também intervir com vistas ao suprimento de omissões legislativas, mediante apresentação de propostas de elaboração ou modificação de leis ou de tomada de outras medidas que tivessem por fim garantir a constitucionalidade e a legalidade, bem como a proteção de direitos e de outras liberdades dos cidadãos.

Depois da Constituição da então Iugoslávia, mas sem influência desta, instituíram a fiscalização das omissões inconstitucionais a de Portugal (1976), no artigo 279º (atual artigo 283º); a do Brasil (1988), no artigo 103, parágrafo 2º, e no artigo 5º, LXXI; e a de Angola (1992), no artigo 134º, alínea c) e artigo 156º³⁷⁰.

³⁶⁹ Flávia Piovesan, *ob. cit.*, p. 113.

³⁷⁰ Jorge Miranda, *Manual...*, tomo VI, p. 277.

Logo, pode-se afirmar que o instituto português foi a fonte de institutos análogos no Brasil e em Angola. Mas, no Brasil, a par da ação de inconstitucionalidade por omissão, foi criado um novo instrumento processual de tutela dos direitos fundamentais, o mandado de injunção, que será analisado em capítulo específico³⁷¹. As semelhanças e diferenças entre o Direito português e o Direito brasileiro, no âmbito da verificação da inconstitucionalidade por omissão, serão destacadas ao longo da presente seção.

Além do exposto, é importante salientar que na Alemanha, na Áustria, na Espanha e na Itália, por exemplo, apesar de não haver norma constitucional expressa que institua a fiscalização do silêncio legislativo, os respectivos Tribunais Constitucionais têm conseguido chegar a resultados razoáveis nessa matéria³⁷², não só através de técnicas apuradas de interpretação e integração, como também por meio de ações que, não sendo específicas para discutir omissões legislativas, são igualmente utilizadas com esse objetivo, sobretudo quando o Poder Público, com sua inércia, violar direitos consagrados na Constituição³⁷³.

Assim, por exemplo, na Alemanha, além da *Verfassungsbeschwerde*, existe a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, hipótese em que o Tribunal alemão não profere a nulidade sob a alegação de que a ofensa constitucional decorre não da regulação, mas de sua incompletude, seja porque o legislador foi omissivo em proceder à complementação do complexo normativo, seja porque não contemplou determinado grupo na regra impugnada. Além disso, a liberdade de conformação do legislador tornou-se quase uma espécie de cláusula geral para justificar a utilização de tal tipo de decisões pelo *Bundesverfassungsgericht*³⁷⁴.

³⁷¹ Além disso, o Direito brasileiro ainda prevê a arguição de descumprimento de preceito fundamental (artigo 102, parágrafo 1º, da Constituição), que não é especificamente voltada ao combate das omissões legislativas, mas eventualmente pode ser empregada em situações de tal tipo, segundo será demonstrado em ponto próprio desta investigação.

³⁷² Nesse contexto, conforme salienta Jorge Pereira da Silva, *ob. cit.*, p. 188, os resultados alcançados nos países que não conhecem mecanismos próprios para a fiscalização da inconstitucionalidade por omissão revelam que o artigo 283º da Constituição portuguesa (assim como o artigo 103, parágrafo 2º, da Constituição brasileira) tem servido de pretexto para iludir o verdadeiro problema do silêncio inconstitucional, dispensando os tribunais, sobretudo o Tribunal Constitucional, de um esforço de aproveitamento e aperfeiçoamento dos instrumentos colocados ao seu alcance para controlar o tipo de vício em causa.

³⁷³ Jorge Miranda, *Manual...*, tomo VI, p. 276-277.

³⁷⁴ Wolfgang Zeidler, *A justiça constitucional no quadro das funções do Estado*, relatório alemão, in VII Conferência dos Tribunais Constitucionais Europeus, Lisboa, 1987, p. 69-72.

Na Áustria, não são utilizadas as decisões declaratórias de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade. A alternativa austríaca para as omissões legislativas passa pela possibilidade de limitação dos efeitos da invalidação da lei, em um máximo de dezoito meses, para melhor adaptação de suas decisões às circunstâncias de cada caso. Dessa forma, com essa solução, em regra a lei continua vigente e sendo aplicada, até o transcurso do prazo fixado pelo Tribunal Constitucional, momento a partir do qual perde sua vigência³⁷⁵.

Na Espanha, o instituto mais utilizado contra omissões legislativas é o recurso de amparo, embora não se possa perder de vista que, nessa hipótese, o Tribunal Constitucional limita-se a reconhecer o direito fundamental vulnerado e a adotar as medidas necessárias para que o recorrente possa exercê-lo (sem se referir à lei ou à norma inexistente ou incompleta). No que diz respeito às decisões do Tribunal Constitucional espanhol, embora também sejam proferidas as de caráter aditivo, as mais utilizadas são as de declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade³⁷⁶.

Na Itália, os remédios utilizados frente às omissões legislativas têm sido, em geral, as sentenças unilaterais e, em especial, as decisões aditivas (ou, mais amplamente, manipulativas), o que pode ser explicado pela preponderância que no sistema italiano de justiça constitucional tem a via incidental. No entanto, mais recentemente, outras técnicas de decisão vêm sendo utilizadas pela Corte Constitucional da Itália, como, por exemplo, os convites ao legislador para que intervenha regulando uma determinada matéria, acompanhados com a ameaça de eventual declaração de inconstitucionalidade no futuro³⁷⁷.

4.1.2 Contornos jurídico-constitucionais

A ação de inconstitucionalidade por omissão estava prevista, na primeira redação da Constituição portuguesa, no artigo 279º: *“No caso de o Conselho da Revolução verificar que a Constituição não está a ser cumprida por omissão das*

³⁷⁵ Peter Oberndorfer, *A justiça constitucional no quadro das funções do Estado*, relatório austríaco, in VII Conferência dos Tribunais Constitucionais Europeus, Lisboa, 1987, p. 145-147.

³⁷⁶ Francisco Javier Díaz Revorio, *El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas relativas en el Derecho Comparado Europeo*, in Revista Española de Derecho Constitucional, nº 61, 2001, p. 109-117.

³⁷⁷ Gustavo Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, Bolonia, Il Mulino, 1988, p. 101.

*medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais, poderá recomendar aos órgãos legislativos competentes que as adotem em tempo razoável*³⁷⁸.

Na primeira revisão constitucional (1982), chegou-se a defender a supressão do instituto³⁷⁹, que, entretanto, permanece vigente até hoje em Portugal, inclusive como limite material de revisão da Constituição [artigo 288º, alínea l), 2ª parte], com algumas diferenças³⁸⁰:

(a) No texto de 1976, a fiscalização competia ao Conselho da Revolução, como garante do cumprimento da Carta Magna, de ofício [artigo 146º, alínea b) e artigo 279º]; no texto de 1982, depende da iniciativa dos legitimados ativos expressamente arrolados na Constituição (artigo 283º, nº 1);

(b) No texto de 1976, o Conselho da Revolução decidia depois de proferido parecer pela Comissão Constitucional [artigo 284º, alínea b)]; no texto de 1982, o Tribunal Constitucional aprecia só por si;

(c) No texto de 1976, verificada a existência de inconstitucionalidade por omissão, dirigia-se recomendação aos órgãos legislativos competentes; no texto de 1982, o Tribunal Constitucional limita-se a dar conhecimento de tal situação ao órgão legislativo inerte (artigo 283º, nº 2), exaurindo aí, ao menos em princípio, o exercício do controle abstrato;

³⁷⁸ Vítor Silva Lopes, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Lisboa, Centro do Livro Brasileiro, 1977, p. 320, expõe o voto de Vital Moreira, quando da aprovação do então artigo 279º, a lamentar o fato de o projeto inicial desse dispositivo não ter ido adiante, na parte em que permitia a substituição dos órgãos legislativos competentes pelo próprio Conselho da Revolução, na hipótese de aqueles não cumprirem a Constituição; contudo, de acordo com o autor, mesmo na falta dessa parte da disposição tal artigo mantinha, como ainda mantém, seu interesse político.

³⁷⁹ António Barbosa de Melo, José Manuel Cardoso da Costa e José Carlos Vieira de Andrade, *Estudo e Projecto de Revisão da Constituição da República Portuguesa de 1976*, Coimbra, Coimbra Editora, 1981, p. 142-143, defendiam, na altura, que depois da extinção do Conselho da Revolução não deveria subsistir qualquer tipo de controle da inconstitucionalidade por omissão, do gênero do que se previa no então artigo 279º. Para eles, o que nesse controle se aprecia são juízos políticos do legislador: o juízo sobre a "administração do tempo" no domínio da prossecução dos vários objetivos programáticos da Constituição e o juízo sobre a afetação de recursos (que são limitados e escassos) à realização desses objetivos, juízos que, na verdade, não podem ser aferidos por um padrão normativo exterior a quem é chamado a fazê-los. Sendo assim, a fiscalização das omissões só teria sentido, conforme os autores, se fosse confiado a um órgão de índole também política, não a um Tribunal Constitucional, que não pode funcionar senão negativamente.

³⁸⁰ Jorge Miranda, *Manual...*, tomo VI, p. 282.

(d) No texto de 1976, o Conselho da Revolução não era obrigado a formular a recomendação, e como somente através dela era verificada a inconstitucionalidade por inércia legislativa, podia esta, apesar do processo, não vir a ser declarada; no texto de 1982, verificada a existência de inconstitucionalidade, o Tribunal Constitucional tem de dar conhecimento da omissão ao órgão legislativo, sendo que a decisão sobre o assunto é publicada no Diário da República [artigo 119º, nº 1, alínea g)].

Cabe salientar, por oportuno, que as distinções nesse contexto enumeradas estão relacionadas não apenas com modificações na natureza da fiscalização e com diferenças na natureza dos órgãos dela encarregados, mas também com a passagem de uma fiscalização política a uma fiscalização essencialmente jurisdicional³⁸¹.

Sendo assim, atualmente a ação de inconstitucionalidade por omissão está prevista no artigo 283º da Constituição portuguesa (1976) nos seguintes termos: *“1. A requerimento do Presidente da República, do Provedor de Justiça ou, com fundamento em violação de direitos das regiões autónomas, dos presidentes das Assembleias Legislativas regionais, o Tribunal Constitucional aprecia e verifica o não cumprimento da Constituição por omissão das medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais. 2. Quando o Tribunal Constitucional verificar a existência de inconstitucionalidade por omissão, dará disso conhecimento ao órgão legislativo competente”*.

Seguindo o modelo português, a Constituição brasileira previu, em seu artigo 103, parágrafo 2º: *“Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias”*³⁸².

³⁸¹ Jorge Miranda, *Manual...*, tomo VI, p. 282.

³⁸² Apesar disso, o Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 3.682, publicada no Diário da Justiça de 06.09.2007, em decisão ainda isolada, por maioria e seguindo a solução austríaca, reconheceu a mora do Congresso Nacional em elaborar a lei necessária para criação, incorporação, fusão e desmembramento de municípios (artigo 18, parágrafo 4º, da Carta Magna), estabelecendo prazo de dezoito meses para que o legislador adote as medidas legislativas para dar cumprimento à norma constitucional. No mesmo julgamento, aliás, foi dito que a decisão que constata a existência de omissão inconstitucional e determina ao legislador que elabore as normas necessárias para afastá-la constitui sentença de caráter nitidamente mandamental, suficiente para exigir, inclusive, providências legislativas com efeitos retroativos, dependendo das circunstâncias.

Desse modo, foi mediante tais dispositivos que os citados textos constitucionais introduziram em seus respectivos ordenamentos, como mecanismo de controle da inércia legislativa, a possibilidade de verificação da inconstitucionalidade por omissão³⁸³.

Buscando extrair desses dispositivos os contornos jurídicos de tal ação constitucional, verifica-se que se trata de instrumento que permite a obtenção de declaração judicial de inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma da Carta Magna, disso dando simples conhecimento ao órgão competente (Constituição portuguesa) ou dando ciência para adoção das providências necessárias (Constituição brasileira): tal declaração judicial será feita pelo Tribunal Constitucional, em Portugal, e pelo Supremo Tribunal Federal, no Brasil, órgãos jurisdicionais que têm a atribuição precípua de guardar a Constituição nas ordens jurídicas em que figuram.

Nesse sentido, a primeira afirmação que se deve fazer é aquela referente à finalidade desse controle: levar a efeito, na sua plenitude, a vontade constituinte, possibilitando que todas as normas constitucionais alcancem eficácia plena. O que se quer, em verdade, é que a omissão do legislador não venha a impedir a fruição de direitos por aqueles a quem a norma constitucional se destina. Objetiva-se, com tal forma de controle, passar da abstração para a concreção, da inação para a ação, do descritivo para o realizado³⁸⁴.

Tal é assim porque o silêncio legislativo frustra a aplicabilidade de inúmeros preceitos constitucionais que dependem de maior concretização, ou seja, sem que se controle a tarefa de regulamentação da Carta Magna permite-se que avanços importantes da Constituição portuguesa e da Constituição brasileira permaneçam tolhidos e sem efetividade. E é nesse cenário que a ação direta de inconstitucionalidade por omissão surge como fator de estabilização da ordem constitucional e, especialmente, como instrumento de tutela e garantia dos direitos fundamentais consagrados na Lei Maior.

³⁸³ Paulo Bonavides, *Curso...*, p. 332-333, esclarece que esse novo instrumento surgiu como uma garantia destinada a resolver o problema de eficácia das normas constitucionais programáticas, principalmente em matéria de direitos sociais. Ainda segundo o autor, em virtude do volume da matéria programática inserida na Lei Fundamental, a verificação do silêncio legislativo inconstitucional, formulada para conferir juridicidade e normatividade fática às regras constitucionais respectivas, se malograr, poderá consistir em fator desestabilizante da própria ordem constitucional democrática que ela buscou estabelecer e resguardar.

³⁸⁴ Flávia Piovesan, *ob. cit.*, p. 97.

Digno de nota, ainda, são as situações não abrangidas pelo artigo 283º da Constituição portuguesa³⁸⁵: (a) a omissão das leis das grandes opções do plano a médio prazo ou anual; (b) a omissão da lei do orçamento; (c) a omissão de aprovação de convenção internacional ou de ato legislativo sobre questões objeto de referendo com resposta afirmativa; (d) a omissão de decreto-lei de desenvolvimento de lei de bens; e (e) a omissão de regulamento de execução de atos legislativos, que poderá ser objeto da ação de ilegalidade prevista no artigo 77º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos.

4.1.3 Legitimidade ativa

Em Portugal, o poder de iniciativa para pedir a verificação da existência de inconstitucionalidade por omissão pertence ao Presidente da República, ao Provedor de Justiça e, com fundamento em violação dos direitos das regiões autónomas, aos presidentes das Assembleias Legislativas regionais (artigo 283º, nº 1)³⁸⁶.

No Brasil, o rol de legitimados ativos é mais amplo do que em Portugal, porquanto podem propor a ação de inconstitucionalidade por omissão: o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa da Assembleia Legislativa, Governador de Estado, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados, partido político com representação no Congresso Nacional e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional (artigo 103, I a IX, Constituição brasileira)³⁸⁷.

³⁸⁵ Jorge Miranda, *Manual...*, tomo VI, p. 291.

³⁸⁶ Jorge Pereira da Silva, *ob. cit.*, p. 193, adverte que o processo do artigo 283º tem uma função puramente objetiva de defesa da Constituição, sendo que os cidadãos não dispõem de qualquer forma de acesso direto ao Tribunal Constitucional, podendo apenas exercer o direito de petição ao Presidente da República ou o direito de queixa ao Provedor de Justiça, que, aliás, teve a iniciativa em todos os processos de fiscalização da inconstitucionalidade por omissão instaurados até hoje. Nesse cenário, António Nadais, António Vitorino e Vitalino Canas, *Constituição da República Portuguesa*, Lisboa, AAFDL, 1983, p. 310, destacam que na revisão constitucional de 1982 não houve consenso sobre a questão de quais deveriam ser os detentores do poder de iniciativa do processo de verificação de inconstitucionalidade por omissão, chegando a haver propostas, a final rejeitadas, no sentido de alargar o rol de legitimados ativos, nos moldes do que existiria na declaração de inconstitucionalidade por ação.

³⁸⁷ José Afonso da Silva, *Curso...*, p. 48, considera que a Constituição brasileira se inspirou na Constituição portuguesa para instituir o controle das omissões e, apesar de ter um rol mais amplo de legitimados ativos, também deixou de incluir o cidadão como apto a propositura da ação. Aliás, segundo o autor, a Constituição brasileira ficou aquém da Constituição portuguesa, deixando de instituir, por exemplo, um Tribunal Constitucional.

Todavia, é incomum a propositura dessa ação pelos entes políticos acima mencionados, em especial pelos órgãos legislativos, até porque, em regra, tal instrumento é usado para controlar o silêncio inconstitucional do próprio legislador.

4.1.4 Procedimento

A Lei do Tribunal Constitucional (Lei nº 28/82) remete a ação de inconstitucionalidade por omissão para o regime da fiscalização abstrata sucessiva da inconstitucionalidade por ação, salvo quanto aos efeitos (artigo 67º). De registrar a necessidade de audição do órgão que o Tribunal Constitucional considere competente para emanar a medida legislativa que dê exequibilidade ao dispositivo violado da Constituição³⁸⁸. Além disso, a competência para conhecer da inconstitucionalidade por omissão é do plenário do Tribunal Constitucional³⁸⁹, não há prazo para apresentação do pedido e a Corte pode proferir decisões positivas (de verificação da inconstitucionalidade por omissão), ou decisões negativas (de não verificação da inconstitucionalidade por omissão)³⁹⁰.

No Brasil, nos termos da Lei nº 9.868/99, alterada pela Lei nº 12.063/2009 (artigo 12-A a artigo 12-H), podem ser destacados os mesmos aspectos da ação de inconstitucionalidade por omissão portuguesa; logo, não há distinções entre os dois ordenamentos nesse ponto, à exceção de questões atinentes a prazos processuais e à própria organização judiciária e político-administrativa dos dois países, pouco relevantes nesse contexto.

4.1.5 Efeitos

O controle judicial das omissões inconstitucionais é abstrato e não possui caráter preventivo, pois o Tribunal Constitucional e o Supremo Tribunal Federal não interferem na formação de qualquer ato e só podem agir em consequência de silêncio relevante a cujo reconhecimento têm de proceder. Além

³⁸⁸ Jorge Miranda, *Manual...*, tomo VI, p. 292.

³⁸⁹ José Manuel Cardoso da Costa, *A Jurisdição Constitucional em Portugal*, Coimbra, 1992, p. 65, afirma que a Constituição portuguesa, ao estender a competência do Tribunal Constitucional à verificação da inconstitucionalidade por omissão, confere à Corte o poder de "intervir" no próprio desenvolvimento do processo político, influenciando e condicionando diretamente (ainda que só de uma perspectiva jurídico-constitucional) a respectiva evolução.

³⁹⁰ Fernando Alves Correia, *Direito Constitucional...*, p. 95.

disso, também não tem caráter sucessivo, porque não há lei vigente a ser declarada inconstitucional, nem substitutivo, porque as Cortes Constitucionais, salvo em situações extremas, segundo aqui se defende, não podem adotar as medidas que repute necessárias, ainda quando o órgão competente, ao qual tenha sido comunicada a verificação, deixe de agir.

Assim, é errôneo assimilar a verificação da existência de inconstitucionalidade por omissão à declaração de inconstitucionalidade por ação, pois delas resultam pronunciamentos de todo diversos: uma coisa é declarar inválida ou ineficaz uma norma com os efeitos que isso produz; outra, é declarar que falta uma norma que não deveria faltar. A verificação da existência de inconstitucionalidade por omissão não altera a ordem jurídica, mas constitui impulso legiferante suscetível de levar os órgãos legislativos a transformar o seu comportamento de negativo em positivo³⁹¹.

Nesse contexto, cabe notar que a Constituição brasileira permite que no polo passivo da ação esteja não só o legislador omissor, mas também o órgão administrativo inerte, fixando a este o prazo de trinta dias para a adoção das providências necessárias à efetivação do preceito constitucional. Logo, no Direito brasileiro existe efeito vinculativo para a Administração, não para o Legislativo, enquanto a Constituição portuguesa, a seu turno, só permite afirmar como inconstitucional a omissão do legislador, não a do administrador, cujo silêncio no máximo poderá ser considerado ilegal³⁹².

Dessa forma, admitindo que, em tese, eventual procedência da ação de inconstitucionalidade por omissão somente implica dar conhecimento da decisão ao órgão competente (artigo 283º, nº 2, da Constituição portuguesa, e artigo 68º da Lei do Tribunal Constitucional) ou dar ciência para que sejam adotadas as providências necessárias (artigo 103, parágrafo 2º, da Constituição brasileira),

³⁹¹ Jorge Miranda, *Manual...*, tomo VI, p. 283-284, nota que isso é assim por uma necessidade de equilíbrio entre o princípio da garantia da Constituição, encarnado no Tribunal Constitucional e no Supremo Tribunal Federal, e o princípio democrático, encarnado nos órgãos legislativos.

³⁹² Considerando que entre a omissão legislativa e a omissão normativa infralegal há algo em comum, que é a inviabilidade do exercício de direitos e liberdades constitucionais por falta de norma regulamentadora, e que, do ponto de vista do titular do direito, pouco importa a identificação do poder omissor (o Executivo ou o Legislativo), o artigo 77º da Lei nº 15/2002, que instituiu o novo Código de Processo nos Tribunais Administrativos, passou a prever a ação de ilegalidade por omissão, com efeito vinculativo contra a Administração.

sem que daí possa ser retirada a existência de efeito vinculativo³⁹³, nada garante que o comando judicial será efetivamente respeitado por quem está encarregado de cumpri-lo.

Em outros termos, considerando que o objetivo do controle de constitucionalidade, que é assegurar a observância efetiva da Carta Magna, pode não ser alcançado com a verificação da inconstitucionalidade por omissão, deve-se aceitar a existência de sanções oriundas de eventual inobservância da decisão nesse cenário proferida, em especial a responsabilização civil do Estado-legislador.

De toda sorte, não deve ser descartada a possibilidade de o guardião da Constituição excepcionalmente atuar já em abstrato na defesa dos direitos fundamentais, afastando o princípio da separação de poderes quando as circunstâncias do caso assim o exigirem, segundo já exposto quando da distinção entre lacunas e omissões.

4.1.6 A prática da fiscalização

4.1.6.1 Considerações iniciais

Consoante salientado, originariamente a Constituição portuguesa dispunha sobre a inconstitucionalidade por omissão no artigo 279º, sendo que ao Conselho da Revolução cabia formular recomendações aos órgãos legislativos competentes e à Comissão Constitucional elaborar pareceres (de caráter não vinculativo) sobre a existência ou não de violação das normas constitucionais por omissão. Com a primeira revisão constitucional, em 1982, a Constituição portuguesa passou a prever a inconstitucionalidade por omissão em seu artigo

³⁹³ Nesse sentido, Fernando Alves Correia, *Direito Constitucional...*, p. 122. Com orientação diversa, Jorge Pereira da Silva, *ob. cit.*, p. 244, defende que o nº 2 do artigo 283º não esgota os efeitos da decisão de inconstitucionalidade por omissão, pois apenas esclarece quais são os efeitos relativos ao legislador. E se tal dispositivo não trata dos efeitos da decisão no que toca aos tribunais é porque devem ser seguidas, com as necessárias adaptações, as regras gerais aplicáveis às decisões do Tribunal Constitucional, ou seja, tal como refere o artigo 2º da Lei nº 28/82: “As decisões do Tribunal Constitucional são obrigatórias para todas as entidades públicas e privadas e prevalecem sobre as dos restantes tribunais e de quaisquer outras autoridades”. Sendo assim, conforme o autor, verificada a inconstitucionalidade por omissão legislativa, ao abrigo do artigo 283º, o próprio Tribunal Constitucional ficará vinculado ao caso julgado, não podendo deixar de considerar que existe inércia inconstitucional se anteriormente o havia verificado em circunstâncias jurídico-fáticas idênticas.

283º, sendo que a competência para apreciar a ação correspondente foi transferida para o Tribunal Constitucional³⁹⁴.

No Brasil, desde 1988, quando foi prevista na Lei Maior, a ação sob análise apresenta as mesmas características constitucionais, com idêntica competência para julgamento.

Desse modo, serão referidos, de forma concentrada neste ponto, os pareceres formulados pela Comissão Constitucional³⁹⁵ (1976-1982) e os acórdãos do Tribunal Constitucional em que foi solicitada a apreciação e verificação da inconstitucionalidade por omissão (de 1982 até hoje). Outros acórdãos portugueses importantes, bem como decisões relevantes do Supremo Tribunal Federal em que o tema sob análise foi mencionado, estão sendo destacados ao longo de toda a investigação.

4.1.6.2 Comissão Constitucional

4.1.6.2.1 Parecer nº 4/77³⁹⁶

A Comissão Constitucional teve de se manifestar sobre a existência de suposta violação das normas constitucionais constantes no artigo 56º, alínea d), e

³⁹⁴ Marcelo Rebelo de Sousa e José de Melo Alexandrino, *Constituição da República Portuguesa Comentada*, Lisboa, Lex, 2000, p. 428, asseveram que a atenuação do discurso dirigente e a diminuição do peso das normas não exequíveis por si próprias explicam o progressivo apagamento do controle abstrato das omissões do legislador. Contudo, segundo já exposto, os problemas que cercam a fiscalização do silêncio legislativo não decorrem apenas de sua excessiva vinculação aos direitos econômicos, sociais e culturais, mas também da excessiva limitação do guardião da Constituição ao papel de legislador negativo, da excessiva valorização do princípio da separação de poderes e do excessivo apego à literalidade do artigo 283º.

³⁹⁵ Sobre a Comissão Constitucional e seus pareceres, merece registro o Acórdão nº 9/83, publicado no Diário da República, II Série, de 28.01.1984, em que o Tribunal Constitucional discutiu a situação das questões pendentes submetidas à apreciação da Comissão Constitucional, quando da extinção desta. No caso em tela, havia pedido de parecer sobre a verificação de omissão inconstitucional, que ficou sem resposta em função da extinção da Comissão Constitucional pela revisão de 1982. Foi destacado que pela versão original da Constituição portuguesa, no artigo 284º, estava incluso no quadro de competências da Comissão Constitucional: (a) dar parecer quando se tratasse de impugnação abstrata de constitucionalidade ou de verificação de inconstitucionalidade por omissão; (b) julgar os recursos de inconstitucionalidade arguida em concreto. Decidiu o Tribunal Constitucional que somente deveriam ser encaminhados à nova Corte os processos que envolvessem a hipótese "b", tendo em vista que nesse ponto a Comissão Constitucional atuava como órgão judicial. O mesmo não deveria ocorrer em relação aos pedidos de parecer da hipótese "a", pois nesse caso a Comissão Constitucional agia como órgão consultivo do Conselho da Revolução, que podia ou não seguir as opiniões assim expressas, pela ausência de caráter vinculativo.

³⁹⁶ Comissão Constitucional, Parecer nº 4/77, *in* Pareceres da Comissão Constitucional, 1º volume, p. 77-88.

do artigo 58º, nº 2, alínea a), por omissão das medidas legislativas necessárias para as tornar exequíveis.

O artigo 56º, alínea d), afirmava que as comissões de trabalhadores tinham o direito de participar na elaboração da legislação do trabalho e dos planos económico-sociais que contemplassem o respectivo setor; e o artigo 58º, nº 2, alínea a), dispunha que as associações sindicais tinham o direito de participar na elaboração da legislação do trabalho.

Nesse contexto, tramitava na Assembleia da República o Projeto de Lei nº 8/l, que tratava da intervenção das comissões de trabalhadores e das associações sindicais nas matérias determinadas pela Carta Magna. Desse modo, a Comissão Constitucional entendeu que tal projeto era idóneo para suprir lacuna eventualmente existente e que a inconstitucionalidade por omissão questionada não restava configurada.

O Conselho da Revolução concordou com o conteúdo de tal manifestação.

4.1.6.2.2 Parecer nº 8/77³⁹⁷

A Comissão Constitucional foi indagada sobre eventual existência de violação das normas constitucionais constantes no artigo 104º por omissão das medidas legislativas necessárias para torná-las exequíveis.

O artigo 104º determinava que na definição e execução da reforma agrária, nomeadamente nos organismos por ela criados, deveria ser assegurada a participação dos trabalhadores rurais e dos pequenos e médios agricultores, através das suas organizações próprias, bem como das cooperativas e outras formas de exploração por trabalhadores.

A Comissão Constitucional verificou que o sistema jurídico português, à época, carecia de projetos de lei ou mesmo de medidas legislativas já em vigor capazes de garantir o preceituado no artigo 104º. No entanto, como as ações

³⁹⁷ Comissão Constitucional, Parecer nº 8/77, in Pareceres da Comissão Constitucional, 1º volume, p. 145-172.

tendentes à realização da reforma agrária ainda não tinham sido empreendidas, não havia participação de trabalhadores rurais e de organizações próprias a ser garantida. Nesse cenário, embora a Comissão Constitucional tenha se manifestado pela inoportunidade de omissão, ressaltou que o silêncio inconstitucional estaria caracterizado (a manter-se o quadro legislativo então vigente), a partir do momento em que estivessem em vias de execução as medidas de reforma agrária previstas pela Carta Magna.

O Conselho da Revolução deliberou não formular a recomendação constitucionalmente prevista.

4.1.6.2.3 Parecer nº 11/77³⁹⁸

A Comissão Constitucional foi questionada sobre a inconstitucionalidade por omissão das medidas legislativas necessárias para tornar exequível o artigo 46º, nº 4, da Constituição portuguesa.

O artigo 46º, nº 4, preceitua que não são consentidas associações armadas nem de tipo militar, militarizadas ou paramilitares, nem organizações que perfilhassem a ideologia fascista.

Entendeu a Comissão Constitucional que as associações armadas, de tipo militar, militarizadas ou paramilitares, por perseguirem um fim ilícito ou, pelo menos, por meios ilícitos, estariam sujeitas aos meios de tutela preventiva e repressiva previstos no Decreto-Lei nº 594/74. De fato, tal diploma legal, ao estabelecer um processo destinado a dar conhecimento ao Ministério Público da constituição de quaisquer associações e ao permitir a declaração judicial de extinção daquelas organizações cujo fim real fosse ilícito ou buscado por meios ilícitos, conferia plena exequibilidade ao artigo 46º, nº 4, da Constituição. No ponto, não havia inconstitucionalidade por omissão.

Aliás, conforme manifestação da Comissão Constitucional, o mesmo ocorreria com as associações que perfilhassem a ideologia fascista, não fosse o problema relativo à necessidade de concretização deste conceito. Realmente,

³⁹⁸ Comissão Constitucional, Parecer nº 11/77, *in* Pareceres da Comissão Constitucional, 2º volume, p. 3-22.

nesse sentido não havia legislação portuguesa vigente ou em preparação; portanto, a norma constitucional, no que dizia respeito à definição de ideologia fascista, não era exequível por si mesma, caracterizando uma omissão inconstitucional.

O Conselho da Revolução recomendou à Assembleia da República que emitisse as medidas legislativas necessárias para tornar exequível o então artigo 46º, nº 4, da Constituição portuguesa.

4.1.6.2.4 Parecer nº 9/78³⁹⁹

O Presidente da Assembleia da República, no seguimento de petição encaminhada em nome da Direção do Sindicato do Serviço Doméstico, solicitou ao Conselho da Revolução a apreciação da inconstitucionalidade dos Decretos-Leis nº 372-A/75 e nº 874/76, em face do artigo 52º, alínea b), e do artigo 53º, alínea d), ambos da Constituição portuguesa. Posta a questão para o Conselho da Revolução, este solicitou parecer à Comissão Constitucional.

O Decreto-Lei nº 372-A/75 trouxera nova regulamentação à matéria de cessação do contrato individual de trabalho, dela excluindo os contratos decorrentes do serviço doméstico. Por sua vez, o Decreto-Lei nº 874/76 propusera-se a unificar a regulamentação relativa a férias, feriados e faltas, também excluindo de seu regime as relações de trabalho decorrentes do serviço doméstico.

O artigo 52º, alínea b), dispunha como obrigação do Estado garantir a segurança no emprego, sendo proibidos os despedimentos sem justa causa ou por motivos políticos ou ideológicos. A seu turno, o artigo 53º, alínea d), atribuía a todos os trabalhadores o direito ao repouso e ao lazer, a um limite máximo da jornada de trabalho, ao descanso semanal e a férias periódicas pagas.

Assim, de acordo com a Direção do Sindicato do Serviço Doméstico, existiria inconstitucionalidade por ação, pois o Decreto-Lei nº 372-A/75 e o Decreto-Lei nº 874/76, ao afastarem os trabalhadores do serviço doméstico do seu

³⁹⁹ Comissão Constitucional, Parecer nº 9/78, *in* Pareceres da Comissão Constitucional, 5º volume, p. 21-38.

âmbito de aplicação, não permitiam o exercício dos direitos previstos na Carta Magna. Além disso, diante de tal quadro, também haveria inconstitucionalidade por omissão, já que, sobrando excluída a categoria em questão do regime vigente, seria necessária uma regulamentação de trabalho específica para o setor.

Entendeu a Comissão Constitucional que, em relação ao Decreto-Lei nº 372-A/75, não existia inconstitucionalidade alguma, uma vez que na época a doutrina dominante entendia que a disciplina jurídica do contrato do serviço doméstico, incluindo o respectivo regime de cessação, estava contida ainda fundamentalmente no Código Civil de Seabra (artigo 1376º a artigo 1382º).

Em relação ao Decreto-Lei nº 874/76, a Comissão Constitucional manifestou-se pela inexistência de inconstitucionalidade por ação, pois o fato de o citado diploma legal ter excluído o serviço doméstico de seu âmbito de aplicação não representava a impossibilidade de os trabalhadores em questão tirarem férias, aproveitarem feriados ou faltarem em dadas circunstâncias. Todavia, se o regime de cessação de contrato de trabalho doméstico encontrava regulamentação no Código de Seabra, o mesmo não ocorria quanto ao regime de férias, feriados e faltas, que não eram regulados por nenhum diploma legal. Assim, a Comissão Constitucional entendeu existir omissão inconstitucional, no que dizia respeito ao Decreto-Lei nº 874/76.

O Conselho da Revolução resolveu não se pronunciar pela inconstitucionalidade por ação dos diplomas legislativos em referência, mas, a respeito do então artigo 53º, alínea d), recomendou a emissão das medidas legislativas necessárias para torná-lo exequível.

4.1.6.2.5 Parecer nº 35/79⁴⁰⁰

O Presidente da Assembleia da República pediu ao Conselho da Revolução a apreciação da inconstitucionalidade das normas constantes na Portaria nº 615/78, emanada do Ministério da Educação e Cultura, em face do artigo 70º, nº 1, alínea a), e artigo 76º, ambos da Constituição portuguesa.

⁴⁰⁰ Comissão Constitucional, Parecer nº 35/79, *in* Pareceres da Comissão Constitucional, 10º volume, p. 135-141.

O artigo 70º, nº 1, alínea a), dispunha, como ainda dispõe, que os jovens, sobretudo os trabalhadores, gozavam de proteção especial aos seus direitos econômicos, sociais e culturais, nomeadamente o de acesso ao ensino. O artigo 76º, a seu turno, estipula que o acesso à universidade deve ter em conta as necessidades de Portugal em quadros qualificados, estimulando e favorecendo a entrada dos trabalhadores e dos filhos das classes trabalhadoras.

A Portaria nº 615/78 fixava o número máximo de estudantes a admitir no primeiro ano de cada curso do ensino superior e os critérios que permitiam graduar os candidatos ao ingresso naqueles cursos, sem contemplar a situação dos trabalhadores-estudantes.

A Comissão Constitucional manifestou-se pela inconstitucionalidade por ação, pois o fato de entender-se que o acesso dos trabalhadores-estudantes à universidade exigia a adoção de um regime especial não implicava a inconstitucionalidade das normas vigentes sobre a matéria. Sendo assim, seria possível, em tese, apreciar a existência de inconstitucionalidade por omissão, o que, no entanto, não havia sido requerido.

O Conselho da Revolução resolveu não emitir qualquer juízo sobre a constitucionalidade das normas constantes na Portaria nº 615/78, por já ter cessado a respectiva vigência.

4.1.6.2.6 Parecer nº 11/81⁴⁰¹

Na sequência do parecer anterior, dois anos depois, o Conselho da Revolução, considerando o artigo 70º, nº 1, alínea a), e o artigo 76º, ambos da Constituição portuguesa, solicitou à Comissão Constitucional parecer sobre a inconstitucionalidade por omissão dos diplomas que regulavam o acesso ao ensino superior, por não estabelecerem um regime especial para o ingresso dos trabalhadores-estudantes.

A Comissão Constitucional demonstrou uma série de providências tomadas em favor dos estudantes carecidos de poder econômico, entre as quais

⁴⁰¹ Comissão Constitucional, Parecer nº 11/81, *in* Pareceres da Comissão Constitucional, 15º volume, p. 71-76.

regulamentos sobre transportes e auxílios econômicos diretos, despachos normativos sobre a concessão de subsídios de estudo e isenção de propinas, bem como a existência, na época, do Projeto de Lei nº 173/II, sobre a definição do Estatuto do trabalhador-estudante. Além disso, a Comissão, apesar de reconhecer a insuficiência da regulamentação existente sobre a matéria, considerou que a afirmação de que a Constituição não estava sendo cumprida, pelo fato de eventualmente poder ser melhor cumprida, não daria margem à inconstitucionalidade por omissão.

O Conselho da Revolução entendeu dever abster-se de declarar a inconstitucionalidade por omissão nesse caso.

4.1.6.3 Tribunal Constitucional

O contributo do Tribunal Constitucional em sede de controle abstrato das omissões legislativas é pequeno, mais aproveitando as construções doutrinárias do que auxiliando a desenvolvê-las, ao contrário do que acontece na maioria dos demais casos⁴⁰². Isso se deve, de um lado, aos efeitos limitados que a Constituição atribui à ação do artigo 283º e, de outro, às poucas oportunidades em que o guardião da Lei Fundamental foi chamado a se manifestar a respeito⁴⁰³.

De toda sorte, resolveu-se analisar cada um dos acórdãos que tratam da inconstitucionalidade por omissão, não apenas por serem de número reduzido, mas também por auxiliarem a perceber quais são os limites e possibilidades que têm sido conferidos ao instituto na prática.

Além disso, o estudo dos precedentes, nesse cenário, permite constatar a necessidade de reforço dos mecanismos de proteção secundária e a urgência

⁴⁰² De fato, em matéria de fiscalização abstrata das omissões legislativas não se manifesta aquilo que Fernando Alves Correia, *Direito Constitucional...*, p. 19-20, chama de índole criadora da jurisdição constitucional, em nenhum de seus três níveis: (a) o dos efeitos das decisões que declaram, com eficácia *erga omnes*, a inconstitucionalidade de normas legais; (b) o da influência das decisões positivas de inconstitucionalidade nas reformas legislativas que estabelecem a harmonia das normas legais censuradas com as regras e princípios que serviram de padrão do juízo de inconstitucionalidade; e (c) o das técnicas ou tipos de decisão que escapam ao juízo puro e simples de inconstitucionalidade ou não inconstitucionalidade.

⁴⁰³ Conforme observa Jorge Bacelar Gouveia, *Manual...*, p. 1381, diferentemente dos outros tipos de fiscalização da constitucionalidade, o controle da inconstitucionalidade por omissão é a que tem recebido o menor favor da jurisprudência constitucional, tal o escasso número de acórdãos que foram produzidos ao abrigo desta competência fiscalizatória.

de criação, por via interpretativa, de conceitos mais adequados à plena efetividade das normas da Constituição, em geral, e das normas atinentes aos direitos fundamentais, em especial.

4.1.6.3.1 Acórdão nº 182/89⁴⁰⁴

O Provedor de Justiça requereu ao Tribunal Constitucional que fosse verificado o não cumprimento da Constituição por omissão das medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis o nº 2 e o nº 4 do então artigo 35º da Constituição portuguesa.

Dispunha esse preceito: *“1. Todos os cidadãos têm o direito de tomar conhecimento do que constar de registos informáticos a seu respeito e do fim a que se destinam as informações, podendo exigir a rectificação dos dados e a sua actualização; 2. São proibidos o acesso de terceiros a ficheiros com dados pessoais e a respectiva interconexão, bem como os fluxos de dados, salvo em casos excepcionais previstos na lei; 3. A informática não pode ser utilizada para tratamento de dados referentes a convicções filosóficas ou políticas, filiação partidária ou sindical, fé religiosa ou vida privada, salvo quando se trate do processamento de dados estatísticos não individualmente identificáveis; 4. A lei define o conceito de dados pessoais para efeitos de registo informático; 5. É proibida a atribuição de um número nacional único aos cidadãos”.*

Depois de registrar que a Constituição portuguesa não diz o que deve entender-se por “omissão”, para o efeito do artigo 283º, o Tribunal Constitucional decidiu que:

(a) Quanto ao artigo 35º, nº 2, não havia inconstitucionalidade por omissão, pois quando a Constituição portuguesa, depois de estabelecer determinada regra, ressalva casos excepcionais a serem previstos por lei, que, no entanto, acaba por não ser editada, não há, em princípio, inconstitucionalidade por omissão: a conclusão a tirar é a de que não existem exceções, por o legislador ordinário ter entendido não as estabelecer;

⁴⁰⁴ Tribunal Constitucional, Acórdão nº 182/89, publicado no Diário da República, I Série, de 02.03.1989. Essa decisão foi anotada por Jorge Miranda, *Informática e inconstitucionalidade por omissão*, in O Direito, nº 3, 1989, p. 569-577.

(b) Quanto ao artigo 35º, nº 4, havia inconstitucionalidade por omissão, pois proibindo o nº 2 o acesso de terceiros a ficheiros com dados pessoais e remetendo o nº 4 para a lei a definição do conceito de dados pessoais, era evidente a necessidade de mediação legislativa, expressa no nº 4, para tornar plenamente exequível a garantia constante no nº 2. No ponto, o Tribunal Constitucional destacou que a existência de projetos e propostas de lei, apresentados no sentido de definir o conceito de dados pessoais, afastaria a mencionada inconstitucionalidade por omissão⁴⁰⁵.

4.1.6.3.2 Acórdão nº 276/89⁴⁰⁶

O Provedor de Justiça solicitou ao Tribunal Constitucional que verificasse o não cumprimento da Constituição portuguesa por omissão das medidas legislativas necessárias para tornar exequível o seu artigo 120º, nº 3: “*A lei determina os crimes de responsabilidade dos titulares de cargos políticos, bem como as sanções aplicáveis e os respectivos efeitos*”.

Considerou o Tribunal Constitucional que se estava perante uma norma constitucional que só ganharia consistência (ou só se tornaria plenamente exequível) com uma ulterior intervenção legislativa, pois se tratava de uma ordem de legislar que não deixava ao legislador possibilidade de escolha quanto à necessidade de intervir.

Assim, em tese, estaria configurada a inércia inconstitucional que, no caso concreto, foi afastada em função da aprovação da Lei nº 34/87, dispondo justamente sobre os crimes de responsabilidade dos titulares de cargos políticos. Além disso, pela primeira vez o Tribunal Constitucional decidiu que, embora a omissão inconstitucional tivesse deixado de existir no curso da ação intentada pelo

⁴⁰⁵ José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição...*, 1993, p. 1048-1049, em sentido contrário, sustentam que para cessar a situação de omissão inconstitucional do legislador é preciso que haja lei, não podendo bastar a existência de intenções ou projetos legislativos. Admite-se que o Tribunal Constitucional aguarde um tempo razoável para se pronunciar no caso de estar pendente uma iniciativa legislativa; no entanto, quando se pronuncia, a Corte Suprema só deve considerar superada a omissão com a existência de lei que dê plena exequibilidade à norma constitucional e não com uma simples iniciativa legislativa. No mesmo sentido do Tribunal Constitucional manifestou-se o Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.495, publicada no Diário da Justiça de 02.08.2002: conforme tal acórdão, a mora constitucional não se verifica se quem tem a iniciativa de lei envia projeto ao Legislativo, em cumprimento ao dispositivo constitucional.

⁴⁰⁶ Tribunal Constitucional, Acórdão nº 276/89, publicado no Diário da República, II Série, de 12.06.1989.

Provedor de Justiça, não deveria julgar-se pela inutilidade superveniente da lide (com o conseqüente não conhecimento do pedido formulado)⁴⁰⁷; deveria, sim, levar-se em conta o princípio geral de processo previsto no artigo 663º do Código de Processo Civil, a determinar que a sentença deve tomar em consideração os fatos constitutivos, modificativos ou extintivos do direito, produzidos posteriormente à proposição da ação, de modo que a decisão corresponda à situação existente no momento do encerramento da discussão.

Dessa forma, o Tribunal Constitucional verificou não estar configurada a inconstitucionalidade por omissão questionada, dada a aprovação da Lei nº 34/87, ainda que superveniente ao início da ação.

4.1.6.3.3 Acórdão nº 36/90⁴⁰⁸

O Provedor de Justiça requereu ao Tribunal Constitucional que verificasse o não cumprimento da Constituição portuguesa por omissão das medidas legislativas necessárias para tornar exequível o seu artigo 241º, nº 3. Determinava o dispositivo: *“Os órgãos das autarquias locais podem efectuar consultas directas aos cidadãos eleitores recenseados na respectiva área, por voto secreto, sobre matérias incluídas na sua competência exclusiva, nos casos, nos termos e com a eficácia que a lei estabelecer”*.

O Tribunal Constitucional decidiu que, no caso, não se verificava uma omissão inconstitucional, pois meses antes da propositura da ação o plenário da Assembleia da República votara a aprovação, na generalidade, de projetos no sentido de dar plena exequibilidade ao preceito constitucional em comento. O fato de ter sido ultrapassado o prazo de 45 dias, fixado para a apreciação na especialidade, não seria suficiente para configurar omissão do legislador, até porque, à época, ocorrera uma revisão constitucional que naturalmente atrasara os trabalhos parlamentares.

⁴⁰⁷ Em sentido contrário, nesse aspecto, o Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 267, publicada no Diário da Justiça de 08.08.2002, decidiu que o estado de regulamentação legislativa inexistente ou incompleta de determinada prescrição constitucional, quando resulte suprido por efeito de ulterior complementação normativa, importa prejudicialidade da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, em virtude da perda superveniente de seu objeto.

⁴⁰⁸ Tribunal Constitucional, Acórdão nº 36/90, publicado no Diário da República, II Série, de 04.04.1990. Essa decisão foi anotada por Jorge Bacelar Gouveia, *Inconstitucionalidade por omissão: consultas directas aos cidadãos a nível local*, in O Direito, nº 2, 1990, p. 413-424.

4.1.6.3.4 Acórdão nº 359/91⁴⁰⁹

O Provedor de Justiça pleiteou a declaração de inconstitucionalidade por ação do Assento do Supremo Tribunal de Justiça, de 23 de Abril de 1987, na parte em que englobava os casos de uniões de fato em que houvesse filhos menores, além de pedir a verificação de inconstitucionalidade por omissão de medida legislativa que expressamente determinasse que as normas do nº 2, nº 3 e nº 4 do artigo 1110º do Código Civil fossem aplicáveis, com as necessárias adaptações, às uniões de fato nos casos em que houvesse filhos menores.

O artigo 1110º do Código Civil determinava que a posição do arrendatário, em regra, não se comunicava ao cônjuge. Tal só ocorreria se, no divórcio ou na separação judicial de pessoas e bens, os cônjuges estipulassem por acordo a quem pertenceria a posição de arrendatário, ou, na falta de entendimento, por decisão do tribunal competente, tendo em conta, entre outros fatores, o interesse dos filhos oriundos do casamento.

Ocorre que o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça em que foi tirado o assento, então considerado inconstitucional pelo Provedor de Justiça, sustentou que o regime definido no artigo 1110º do Código Civil não poderia ser aplicado, por analogia, ao caso das uniões de fato, mesmo quando houvesse filhos menores delas decorrentes.

A Constituição portuguesa, no artigo 36º, nº 4, já naquela altura determinava que os filhos nascidos fora do casamento não podiam, por esse motivo, ser objeto de qualquer discriminação, e a lei ou as repartições oficiais não estavam autorizadas e não podiam utilizar designações discriminatórias relativas à filiação⁴¹⁰.

Nesse contexto, decidiu o Tribunal Constitucional que o assento seria passível de controle de constitucionalidade, dado seu caráter de meio à disposição dos tribunais para a fixação de doutrina com força obrigatória geral, não só

⁴⁰⁹ Tribunal Constitucional, Acórdão nº 359/91, publicado no Diário da República, I Série-A, de 15.10.1991. Tal decisão foi comentada por José Joaquim Gomes Canotilho, *Acórdão nº 359/91*, in Revista de Legislação e de Jurisprudência, nº 3811, 1992, p. 294-327.

⁴¹⁰ No mesmo sentido também prevê a Constituição brasileira, artigo 226, parágrafo 6º: “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

determinando uma das várias interpretações possíveis da lei, como também preenchendo lacuna do sistema. Na espécie, o assento foi declarado inconstitucional por ação, uma vez que violava o princípio da não discriminação dos filhos, contido no artigo 36, nº 4, da Constituição portuguesa.

Quanto à alegada existência de inconstitucionalidade por omissão, o Tribunal Constitucional entendeu não estar verificada. Isso porque, não se podia dizer que a medida legislativa reclamada decorria de um específico e concreto dever de legislar imposto pelo artigo 36, nº 4, da Constituição portuguesa. A solicitação do Provedor de Justiça baseou-se na hipótese de, uma vez declarada a inconstitucionalidade do assento por ação, nada garantir que os tribunais passassem a aplicar, por analogia, aquela norma do artigo 1110º do Código Civil às uniões de fato em que houvesse filhos menores.

4.1.6.3.5 Acórdão nº 638/95⁴¹¹

O Provedor de Justiça requereu que o Tribunal Constitucional verificasse o incumprimento da Constituição por omissão das medidas legislativas necessárias para tornar exequível a norma do artigo 52º, nº 3. Afirma o citado dispositivo ser conferido a todos, pessoalmente ou através de associações de defesa dos interesses em causa, o direito de ação popular nos casos e termos previstos na lei, incluindo o direito de requerer para o lesado ou lesados a correspondente indenização.

Assim, o Tribunal Constitucional considerou que, em tese, não restavam dúvidas de que a falta da *interpositio legislatoris* comprometia a efetivação do direito de ação popular, sobretudo pela ausência de um regime adjetivo específico. Contudo, no caso concreto considerou-se que não estava configurada a omissão inconstitucional, em virtude da publicação da Lei nº 83/95 (no curso da ação de inconstitucionalidade em comento), que passou a tratar do direito de participação procedimental e de ação popular. Dessa forma, na linha do Acórdão nº 276/89, o Tribunal Constitucional decidiu não extinguir a lide por inutilidade superveniente, mas julgá-la pelo mérito, considerando o artigo 663º, nº 1, do Código de Processo Civil português.

⁴¹¹ Tribunal Constitucional, Acórdão nº 638/95, publicado no Diário da República, II Série, de 28.12.1995.

4.1.6.3.6 Acórdão nº 424/01⁴¹²

O Provedor de Justiça solicitou ao Tribunal Constitucional que verificasse eventual inconstitucionalidade por omissão de medidas legislativas capazes de conferir plena exequibilidade à parte final do artigo 239º, nº 4, da Constituição portuguesa. Determina o preceito: *“As candidaturas para as eleições dos órgãos das autarquias locais podem ser apresentadas por partidos políticos, isoladamente ou em coligação, ou por grupos de cidadãos eleitores, nos termos da lei”*.

Decidiu o Tribunal Constitucional que, nessa hipótese, assim como ocorrera no Acórdão nº 276/89 e no Acórdão nº 638/95, estavam reunidas as circunstâncias típicas de uma omissão legislativa, pois se configurava uma concreta e específica incumbência cometida pela Constituição ao legislador, perfeitamente definida no seu sentido e alcance, mostrando-se cumprido o desiderato constitucional logo que emitidas as correspondentes normas.

Ocorre que, também nesse caso, a exemplo dos dois já mencionados, foi editado diploma integrador no curso da ação de inconstitucionalidade por omissão, a Lei Orgânica nº 1/2001, que passou a contemplar a possibilidade de apresentação de candidaturas por grupos de cidadãos eleitores para todos os órgãos autárquicos.

Logo, embora fosse possível sustentar a ocorrência de inutilidade superveniente da lide, o Tribunal Constitucional levou em consideração o artigo 663º do Código de Processo Civil e decidiu dar por não verificado o incumprimento da Constituição portuguesa, em face da inexistência de omissão das medidas legislativas necessárias para tornar exequível a norma constante na parte final do artigo 239º, nº 4.

4.1.6.3.7 Acórdão nº 474/02⁴¹³

O Provedor de Justiça requereu ao Tribunal Constitucional que apreciasse a inconstitucionalidade resultante da falta de medidas legislativas

⁴¹² Tribunal Constitucional, Acórdão nº 424/01, publicado no Diário da República, II Série, de 14.11.2001.

⁴¹³ Tribunal Constitucional, Acórdão nº 474/02, publicado no Diário da República, II Série, de 18.12.2002.

necessárias para conferir plena exequibilidade, no que aos trabalhadores da função pública diz respeito, à norma contida no artigo 59º, nº 1, alínea e), da Constituição portuguesa. Dispõe o preceito: *“1. Todos os trabalhadores, sem distinção de idade, sexo, raça, cidadania, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, têm direito: (...) e) À assistência material, quando involuntariamente se encontrem em situação de desemprego”*.

Sobre a questão, o Tribunal Constitucional abordou quatro aspectos, basicamente:

(a) O fato de o subsídio de desemprego ser um direito social não afasta a possibilidade de verificação de inconstitucionalidade por inércia legislativa, desde que sejam preenchidos os requisitos doutrinários e jurisprudenciais indispensáveis à apreciação de qualquer omissão;

(b) No caso, o Tribunal Constitucional considerou que o artigo 59º, nº 1, alínea e), da Carta Magna portuguesa, é norma que contém uma concreta e específica imposição legiferante, com grau de precisão suficientemente densificado e apta a servir de parâmetro para a verificação do silêncio legislativo inconstitucional;

(c) O conceito de trabalhador deve abranger todo aquele que trabalha ou presta serviço por conta e sob a autoridade de outrem, independentemente da categoria deste, pelo que, em tal noção, são abrangidos os funcionários públicos. Assim, a densificação legislativa ordinária de tal direito, ao beneficiar com o subsídio de desemprego unicamente os trabalhadores vinculados ao regime jurídico privado, não concretizou inteiramente o preceito constitucional;

(d) No caso em apreciação há uma omissão inconstitucional parcial, por violação do princípio da igualdade, apurada em processo de fiscalização abstrata. Assim, deve-se analisar se o que se pretende é a extensão do regime aos trabalhadores da função pública, mantendo-se o benefício dos trabalhadores do regime jurídico privado, ou, pelo contrário, se o objetivo é não contemplar os trabalhadores da função pública, extinguindo o benefício dos trabalhadores do regime jurídico privado. A primeira ideia leva à inconstitucionalidade por omissão, que poderá implicar a extensão do regime; a segunda ideia conduz à

inconstitucionalidade por ação, que, pela própria natureza, acarretaria a extinção do regime.

Nesse passo, tendo em vista o contexto em que a lide foi posta, acertada a decisão do Provedor de Justiça de ingressar com a ação de inconstitucionalidade por omissão, permitindo que o Tribunal Constitucional apreciasse a violação ao princípio da igualdade, verificasse a omissão parcial e desse ao legislador a oportunidade de estender o regime em questão a todos os trabalhadores⁴¹⁴.

Aliás, nesse cenário é importante lembrar o Acórdão nº 423/87⁴¹⁵, em que o Tribunal Constitucional teve de se pronunciar acerca da possível inconstitucionalidade por ação de artigos do Decreto-Lei nº 323/83, que tratava do ensino da religião católica nas escolas públicas de Portugal, em face do artigo 41º da Constituição portuguesa, que dispunha, como ainda dispõe, sobre a liberdade de consciência, de religião e de culto.

O citado Decreto-Lei, em suma, determinava que o Estado ministraria o ensino da religião e moral católicas nas escolas públicas, inclusive aos alunos cujos pais, ou quem suas vezes fizesse, não tivessem pedido isenção. Além disso, nada mencionava sobre o ensino de outras religiões.

Dessa maneira, o Tribunal Constitucional decidiu, naquela oportunidade, que havia inconstitucionalidade por ação quanto à necessidade de manifestação para não participar do ensino da religião católica, dado que o artigo 41º, nº 3, garante que ninguém pode ser perguntado por qualquer autoridade acerca das suas convicções ou práticas religiosas, salvo para recolha de dados estatísticos não individualmente identificáveis, nem ser prejudicado por se recusar a responder⁴¹⁶.

⁴¹⁴ No caso em tela, como o Tribunal Constitucional considerou a concessão do subsídio de desemprego uma solução legislativa justa e constitucionalmente obrigatória, se o Provedor de Justiça tivesse solicitado a apreciação e declaração de inconstitucionalidade por ação provavelmente o Tribunal teria julgado improcedente o pedido, já que a procedência implicaria a extinção do regime. No máximo teria dito que se tratava de um caso de omissão, que não poderia ser apreciado no contexto de um pedido de inconstitucionalidade por ação.

⁴¹⁵ Tribunal Constitucional, Acórdão nº 423/87, publicado no Diário da República, I Série, de 26.10.1987

⁴¹⁶ Sobre essas e outras questões, ver Jónatas Machado, *A jurisprudência constitucional portuguesa diante das ameaças à liberdade religiosa*, in Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, volume LXXXII, 2006, p. 105-124.

Em relação ao fato de o Decreto-Lei proporcionar apenas à religião católica o ensino de sua doutrina, o Tribunal Constitucional entendeu que não existia inconstitucionalidade por ação, mas possível inconstitucionalidade por omissão, o que não era suscetível de conhecimento naquele processo porque a ação do artigo 283º se encontrava, como se encontra, disciplinada em termos próprios e autônomos no texto constitucional. Assim, o pedido de apreciação e verificação da inconstitucionalidade por omissão poderia ser feito em outro processo, o que daria ao legislador a possibilidade de estender às demais confissões religiosas o direito de ensinar as suas respectivas doutrinas⁴¹⁷.

4.2 A fiscalização concreta⁴¹⁸

4.2.1 Conceito

A fiscalização concreta da constitucionalidade relaciona-se com a aplicação jurisdicional do Direito e é realizada no quotidiano da atividade desenvolvida pelos tribunais, ou seja, incide sobre fontes normativas já formadas e em vigor, a partir de sua aplicação a uma situação da vida que o tribunal é chamado a resolver e que não pode ser regida por normas contrárias à Constituição⁴¹⁹.

Portanto, o ponto de partida para análise da fiscalização concreta da constitucionalidade é o artigo 204º da Lei Fundamental portuguesa, segundo o qual, nos feitos submetidos a julgamento, não devem os tribunais aplicar normas que infrinjam o disposto na Constituição ou os princípios nela consignados, nem decidir com base nelas.

⁴¹⁷ Em outras palavras, o Tribunal Constitucional resolveu não declarar a suscitada inconstitucionalidade por ação, pois tal reconhecimento implicaria a extinção do ensino religioso nas escolas públicas, pelo menos na altura. Assim, perante diplomas que não concretizam certas normas constitucionais senão em favor de certos destinatários ou titulares de direitos fundamentais, deve-se optar por uma entre duas hipóteses: ou se declara a inconstitucionalidade por ação, por violação do princípio da igualdade (fazendo o vazio), ou se procura que esses diplomas sejam complementados ou alargados de modo a contemplar todos os destinatários ou titulares dos direitos, o que é mais compatível com a verificação de uma omissão parcial. No mesmo sentido, Tribunal Constitucional, Acórdão nº 174/93, publicado no Diário da República, II Série, de 01.06.1993.

⁴¹⁸ Não é objetivo desta investigação tratar do controle concreto de constitucionalidade no Direito português, de sorte que aqui são destacados apenas os aspectos que interessam para comentar a questão da existência ou não de tal forma de fiscalização em sede de omissões legislativas.

⁴¹⁹ Jorge Bacelar Gouveia, *Manual...*, p. 1355-1356.

4.2.2 A “norma implícita”

Embora há algum tempo a doutrina portuguesa venha mencionando e até sugerindo a existência de mecanismos de fiscalização concreta das omissões legislativas⁴²⁰, apenas mais recentemente tal proposição foi construída de modo detalhado⁴²¹ e será sintetizada para posterior análise.

A defesa do controle concreto das omissões legislativas tem por base a ideia de “norma implícita”, que seria desencadeada pela conjugação de uma disposição constitucional não exequível, atributiva de um direito fundamental, com a ausência de uma norma legal suficiente para lhe conferir a necessária exequibilidade.

Dessa maneira, a “norma implícita” preencheria o conceito funcional de norma construído pelo Tribunal Constitucional, segundo o qual o que se tem em vista no sistema de fiscalização da constitucionalidade é o controle do poder normativo do Estado, ou seja, daqueles atos que contêm uma “regra de conduta” ou um “critério de decisão” para os particulares, para a Administração e para os tribunais⁴²².

Assim, a “norma implícita” estaria ao abrigo do conceito exarado no artigo 204º da Constituição portuguesa, sendo admitidos, por inerência, não só o controle concreto da constitucionalidade, mas também os subsequentes recursos para o Tribunal Constitucional das decisões que apliquem ou recusem sua aplicação aos casos concretos, nos termos do artigo 280º.

4.2.3 Da insuficiência do controle concreto

A busca por alternativas pelas quais a Constituição, genericamente, e os direitos fundamentais, especificamente, possam ser mais eficazmente

⁴²⁰ Jorge Miranda, *Ideias para uma revisão constitucional*, Lisboa, Cosmos, 1996, p. 29, já considerava, na altura, que uma possível forma de revitalização da fiscalização da inconstitucionalidade poderia consistir, de *jure condendo*, em acrescentar ao artigo 283º uma segunda via de subida ao Tribunal Constitucional, difusa e concreta, o que, ainda assim, seria menos que o mandado de injunção brasileiro.

⁴²¹ Jorge Pereira da Silva, *ob. cit.*, p. 167-244.

⁴²² Fora do contexto das omissões legislativas, Lício Lopes Martins, *O conceito de norma na jurisprudência do Tribunal Constitucional*, in Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, volume LXXV, 1999, p. 604-605.

concretizados e protegidos é sempre importante. No entanto, o controle concreto das omissões legislativas, além da falta de pressuposto lógico⁴²³, não auxilia na tarefa citada, porquanto não permite solucionar o problema que já se tem em sede de fiscalização abstrata: tornar plenamente exequível a norma constitucional por meio do Judiciário, apesar da inércia do legislador.

Em outras palavras, ainda que as omissões inconstitucionais pudessem ser fiscalizadas pela via concreta, as alternativas à disposição permaneceriam as mesmas: (a) o julgador, diante do vazio legislativo, limita-se a reconhecer sua existência e não tem norma suscetível de aplicação ao caso concreto; ou (b) o julgador, em face do vazio, reconhece sua ocorrência e cria norma de decisão para o caso concreto, dentro do sistema normativo existente.

A segunda opção, desde logo, é a que se afigura mais acertada em face do Direito Constitucional português e brasileiro⁴²⁴, isto com base em pelo menos três motivos.

Primo, porque os ordenamentos jurídicos português e brasileiro proíbem o *non liquet*, isto é, a denegação da justiça com base na falta de norma aplicável ao caso.

Secundo, estando o julgador obrigado a proferir decisão, deverá ele encontrar uma forma de resolver o caso concreto, quer por analogia, quer pelos

⁴²³ José Joaquim Gomes Canotilho, *Constituição Dirigente...*, p. 356, expressando a posição majoritária e quase unânime da doutrina, esclarece que a Constituição portuguesa (assim como a Constituição brasileira) limitou o incidente de inconstitucionalidade à inconstitucionalidade por ação, ou seja, nas causas submetidas a julgamento os tribunais não podem aplicar normas contrárias à Lei Fundamental, mas não lhes compete decidir se há ou não omissões legislativas, pois dito incidente baseia-se em normas e não na ausência delas. Tal raciocínio, que impede a fiscalização concreta das omissões inconstitucionais, é desenvolvido a partir da interpretação do artigo 204º da Constituição portuguesa, que se refere a normas que infrinjam o disposto na Constituição ou os princípios nela consignados; logo, no tocante à inconstitucionalidade por omissão, a infração da Carta Magna decorre da ausência de normas legislativas, faltando, por isso, objeto para a fiscalização concreta. Da mesma forma, o Tribunal Constitucional, no Acórdão nº 32/90, publicado no Diário da República, II Série, de 04.07.1990, entre outros, decidiu que só pode conhecer de questões de inconstitucionalidade por omissão nos termos previstos no artigo 283º, nº 1, da Constituição, e não também em “recurso” de qualquer decisão judicial (isto é, em fiscalização concreta), uma vez que, nesta sede, o conhecimento de questões de inconstitucionalidade pressupõe um julgamento prévio das normas, emitido incidentalmente pelas instâncias ordinárias, o que, naquelas hipóteses, está excluído por princípio.

⁴²⁴ Especificamente quanto ao Brasil, o raciocínio exposto no texto diz respeito à pretensão de controle concreto dos vazios legislativos inconstitucionais fora do âmbito do mandado de injunção, que configura ação própria e apresenta hipóteses de cabimento e efeitos favoráveis expressamente definidos na Constituição.

costumes, quer pelos princípios gerais de Direito, de sorte que o vazio, na controvérsia posta nos autos, e para as partes que vieram em busca da tutela jurisdicional, restará preenchido independentemente de atuação do legislador ou do Tribunal Constitucional, inclusive por meio de interpretação sistemática da Constituição⁴²⁵.

Tertio, não há necessidade de recurso de constitucionalidade ou de criação de formas alternativas de subida do inconformismo ao Tribunal Constitucional, pois os tribunais superiores serão chamados a analisar a solução encontrada pelo juiz a partir dos recursos ordinários, independentemente da existência ou não de fiscalização concreta das omissões. E tudo isso com o vazio já preenchido.

Em outras palavras, considerando a ausência de legislação infraconstitucional integrativa e a necessidade do aplicador do Direito resolver o litígio carente de regulamentação, ou o julgador não pode decidir o caso *sub judice*, e então não faz sentido mais uma forma de fiscalização do silêncio legislativo, ou o julgador pode solucionar o problema, reconhecendo o vazio e completando-o, sem que aí exista omissão, mas lacuna, o que igualmente afastaria a utilidade de eventual controle concreto da inércia do legislador.

Ademais, conforme já exposto, o critério que melhor faz distinção entre as omissões e as lacunas só é perceptível a partir da análise das circunstâncias que cercam a controvérsia posta em juízo, porquanto, para diferenciá-las, primeiro é necessário saber se o vazio poderá ser preenchido pelo julgador: se for, há lacuna, se não, existe omissão, a ser verificada somente pelo Tribunal Constitucional, a partir da fiscalização abstrata.

Tal significa que em concreto não existem omissões, apenas lacunas, pois o Judiciário não pode se abster de decidir o caso que lhe tenha chegado às mãos nem mesmo sob pretexto de que em abstrato não existe lei, ou seja, não faz

⁴²⁵ Cristina Queiroz, *Interpretação Constitucional...*, p. 31-32, esclarece que a interpretação da Constituição compreende o recurso não apenas às regras, mas também aos princípios, aos valores e às formas de argumentação. Segundo a autora, essa tendência para a superação do positivismo jurídico leva não só a reconhecer o direito judicial como um sistema de produção normativo, autônomo e concorrente com o direito legal, como também acarreta a progressiva exclusão da rigidez entre legislação e aplicação do direito, com a consequente conversão do direito legal em direito jurisprudencial.

sentido ter de se aguardar o Tribunal Constitucional tomar alguma providência quanto ao silêncio legislativo em futuro incerto e com efeitos provavelmente limitados.

Em síntese, a fiscalização concreta das omissões só faria sentido e teria lógica, na hipótese da “norma implícita”, se o julgador não pudesse solucionar os casos postos à sua apreciação em razão do vazio legislativo, o que não ocorre, já que a compreensão do problema a partir da lógica das lacunas⁴²⁶ autoriza a criação de regime para pôr termo ao litígio e auxilia a reduzir as dimensões do problema.

4.3 A fiscalização preventiva⁴²⁷

4.3.1 Conceito

A fiscalização preventiva destina-se a vedar ou, ao menos, dificultar a vigência de normas indubitavelmente inconstitucionais, e só dessas, ou seja, evitar violações inequívocas vindas dos atos normativos mais importantes, sem que seja impedida uma ulterior apreciação pelos órgãos competentes de outras normas, ou das mesmas, se não consideradas inconstitucionais anteriormente⁴²⁸.

Como o próprio nome já indica, a fiscalização preventiva ocorre antes do início da vigência das normas jurídicas, por oposição ao controle sucessivo, que se dá depois de as normas terem passado a fazer parte do ordenamento jurídico⁴²⁹. Todavia, no caso de inexistência jurídica da norma, decorrente do desrespeito de regras básicas de competência ou de forma, o controle preventivo torna-se desnecessário⁴³⁰.

⁴²⁶ Portanto, as decisões aditivas (também ditas modificativas ou manipulativas), ou seja, aquelas em que o órgão de fiscalização formula uma regra, implícita ou indiretamente, e as decisões integrativas, isto é, aquelas em que determinada lei é completada com preceitos da Constituição que lhe são diretamente aplicáveis, não constituem forma de resolução de omissões, mas técnica para colmatação de lacunas.

⁴²⁷ Assim como foi dito em relação ao controle concreto, também não é objetivo desta investigação tratar do controle preventivo da constitucionalidade no Direito português, de sorte que aqui são salientados apenas os aspectos que interessam para comentar a questão da existência ou não de tal forma de fiscalização em sede de omissões legislativas.

⁴²⁸ Conforme observa Jorge Miranda, *Manual...*, tomo VI, p. 227-228, a fiscalização preventiva não é sucedâneo da fiscalização *a posteriori*, concreta ou abstrata, que pode ser feita em qualquer outro momento.

⁴²⁹ Fernando Alves Correia, *Direito Constitucional...*, p. 91.

⁴³⁰ Jorge Miranda, *Manual...*, tomo VI, p. 230.

4.3.2 Da revogação de lei como causa de omissões inconstitucionais

Consoante defendem setores da doutrina⁴³¹, as omissões inconstitucionais estariam sujeitas à fiscalização preventiva, isto é, haveria controle do exercício do poder revogatório do legislador, de maneira que, apesar de não ser possível coagi-lo a cumprir os seus deveres específicos de legiferação, ao menos poder-se-ia impedir o retrocesso em relação à concretização já alcançada, evitando a recriação de situações de omissão contrária à Carta Magna.

Todavia, apesar de tal proposta ser teleologicamente interessante e sujeitar-se a estudo, não é possível aceitá-la em face do Direito Constitucional vigente, pois o caráter preventivo da fiscalização exige norma em vias de elaboração e não norma que, para além de já ter completado seu processo de formação, acabou revogada.

Ademais, não se deve perder de vista que eventual revogação de determinado diploma poderá gerar duas situações: (a) a nova norma nesse contexto editada não apenas revoga a anterior, mas também estabelece outra regulamentação acerca da matéria; (b) a nova norma simplesmente revoga a anterior, sem nada dispor sobre o assunto que até então era disciplinado.

Em qualquer dos casos, a norma revogadora poderá ser objeto das formas comuns de fiscalização da inconstitucionalidade por ação, tendo por objeto, respectivamente, a nova disciplina fixada e a simples revogação de diploma anterior sem nova regulamentação, pois o legislador, estabelecendo outro regime, ou apenas excluindo aquele que até então existia, praticou ato cuja validade poderá ser apurada em face da Constituição por meio mais eficaz do que a verificação prevista com efeitos em princípio limitados pelo artigo 283º⁴³².

⁴³¹ Jorge Pereira da Silva, *ob. cit.*, p. 245-287.

⁴³² Aliás, conforme salienta Luís Nunes de Almeida, *A justiça constitucional no quadro das funções do Estado vista à luz das espécies, conteúdo e efeitos das decisões sobre a constitucionalidade das normas jurídicas*, in Revista do Ministério Público, nº 32, 1987, p. 17, o Tribunal Constitucional, em sede de fiscalização abstrata sucessiva, já entendeu ser inconstitucional uma norma legal revogatória que venha a criar uma omissão legislativa que torne inexecutável certas normas constitucionais, isto no Acórdão nº 39/84, publicado no Diário da República, I Série, de 05.05.1984. Dita decisão, a respeito do Serviço Nacional de Saúde, foi anotada por Vasco Pereira da Silva, *Acórdão nº 39/84 do Tribunal Constitucional*, in O Direito, 1974-1987, p. 397-433.

5 ILEGALIDADE POR OMISSÃO

(Artigo 77º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos)

5.1 A justiça administrativa e a proteção dos direitos fundamentais

A proteção jurídica dos cidadãos contra atos do Poder Público, em geral, e contra atos da Administração, em especial, é expressão da dignidade da pessoa humana e da cidadania em um Estado de Direito. Todavia, não se está tratando, no ponto, de qualquer proteção, mas apenas daquela que é assegurada em tempo razoável⁴³³ e que expressa uma tutela efetiva aos direitos fundamentais dos administrados.

Aliás, especificamente em matéria administrativa a questão assume grande importância quando se percebe que é a Administração Pública quem mantém contato mais próximo com os cidadãos e, por isso, apresenta maior probabilidade de atingir seus direitos fundamentais⁴³⁴.

Note-se que a proteção dos direitos dos particulares, no âmbito administrativo e em qualquer outro, acaba por ser exigida, mais cedo ou mais tarde, pela via jurisdicional⁴³⁵. Tanto assim que o artigo 20º, nº 1, da Constituição portuguesa, assegura a todos o acesso aos tribunais para a defesa de direitos e interesses legalmente protegidos, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios econômicos.

⁴³³ A mesma preocupação, cumpre reparar, está presente na Constituição brasileira, que no artigo 5º, LXXVIII, é clara ao afirmar que a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

⁴³⁴ José Carlos Vieira de Andrade, *A proteção dos direitos fundamentais na justiça administrativa reformada*, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, nº 3929, 2001, p. 226.

⁴³⁵ Jorge Miranda, *Manual...*, tomo IV, p. 257, afirma que, por definição, os direitos fundamentais têm de receber, no Estado de Direito, proteção jurisdicional. Só assim valerão inteiramente como direitos, ainda que em termos e graus diversos consoante sejam direitos, liberdades e garantias ou direitos econômicos, sociais e culturais.

Como forma de densificar tal direito genérico à proteção jurisdicional no âmbito da Administração, a Carta Magna de Portugal traz a previsão do artigo 268º, nº 4, dispondo ser garantida aos administrados a tutela jurisdicional efetiva⁴³⁶ dos seus direitos ou interesses legalmente protegidos, incluindo, nomeadamente, o reconhecimento desses direitos ou interesses, a impugnação de quaisquer atos administrativos que os lesem, independentemente da sua forma, a determinação da prática de atos administrativos legalmente devidos e a adoção de medidas cautelares adequadas.

Considerando o exposto, claro está que o Código de Processo nos Tribunais Administrativos, ao criar o contencioso das normas regulamentares, genericamente, e a ação de ilegalidade por omissão (artigo 77º), especificamente, acabou por fornecer importante meio de proteção aos direitos fundamentais dos particulares também na esfera administrativa, concretizando as cláusulas constitucionais que asseguram a tutela jurisdicional efetiva⁴³⁷.

Sendo assim, embora o tema central desta investigação seja a inércia legislativa inconstitucional, é impossível deixar de tratar da inércia normativa da Administração, não só porque a ação de ilegalidade por omissão é inspirada na ação de inconstitucionalidade por omissão, mas também porque os direitos fundamentais devem ser igualmente protegidos na esfera administrativa, tarefa cujo adequado desempenho passa, inclusive, pela eficiência da relação que vier a ser estabelecida entre lei e regulamento.

Logo, para que se possa entender, no final, de que maneira a ação do artigo 77º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos é capaz de auxiliar os particulares na defesa de seus direitos, mostra-se essencial analisar como a Administração pode exercer seu poder normativo e qual o regime que o legislador português atribuiu à impugnação de normas regulamentares.

⁴³⁶ Jorge Miranda, *Manual...*, tomo IV, p. 261, esclarece que tutela jurisdicional não significa o mesmo que tutela judicial. Segundo o autor, no Direito português há diferentes categorias de tribunais ou de ordens de jurisdição: além do Tribunal Constitucional, há tribunais judiciais, tribunais administrativos e tributários e o Tribunal de Contas; em estado de guerra são constituídos tribunais militares; e podem existir tribunais marítimos, tribunais arbitrais e julgados de paz.

⁴³⁷ Segundo observa José Carlos Vieira de Andrade, *A protecção...*, p. 233, fora dos casos de urgência, são a ação administrativa comum e a ação administrativa especial, em que se inclui a ação de ilegalidade por omissão [artigo 46º, nº 2, d), do Código de Processo nos Tribunais Administrativos], bem como as respectivas providências cautelares, que fornecem os remédios para assegurar a tutela judicial efetiva dos direitos dos cidadãos.

5.2 O poder normativo da Administração

5.2.1 Considerações gerais

No Estado liberal, a função administrativa foi encarada como poder secundário de execução de normas legais. No entanto, a evolução no sentido da atuação estatal na prestação de serviços públicos e na intervenção no domínio econômico levou o poder administrativo a alargar cada vez mais sua atuação. Simultaneamente a esse fenômeno, percebeu-se que as constantes transformações sociais fizeram com que o legislador tivesse cada vez mais dificuldade em regular de forma efetiva e exaustiva as diversas situações submetidas à tutela estatal⁴³⁸.

Dessa maneira, rumou-se para o entendimento de que certas questões, por serem de menor importância, ou por dependerem de pressupostos só aferíveis diante da proximidade dos fatos, não deveriam ser reguladas por lei, com seu caráter de maior permanência. Da mesma sorte, não seria adequado, por razões de igualdade de tratamento e de transparência da atividade administrativa, permitir-se deixar essas questões à decisão casuística dos órgãos administrativos. Assim, surgem os regulamentos administrativos, como categoria intermediária entre a lei e o ato administrativo concreto⁴³⁹.

Portanto, pode-se afirmar, em caráter introdutório, que o regulamento é uma norma emanada da Administração no exercício da função administrativa e, por regra, com matiz executivo e/ou complementar da lei⁴⁴⁰. É um ato normativo e não um ato administrativo singular ou oriundo da manifestação do legislador. Devido ao fato de se tratar de uma norma jurídica secundária, condicionada por lei, o regulamento está, por um lado, submetido ao princípio da legalidade da

⁴³⁸ Sobre o assunto desenvolvido neste capítulo, ver o excelente relatório apresentado na parte escolar do Mestrado em Direito na área de Ciências Jurídico-Políticas por Milena Rebouças Nery, *Impugnação de normas administrativas*, Coimbra, [s. n.], 2004.

⁴³⁹ José Carlos Vieira de Andrade, *O Ordenamento Jurídico Administrativo Português, in Contencioso Administrativo*, Braga, Livraria Cruz, 1986, p. 58.

⁴⁴⁰ Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo, Malheiros, 2002, p. 203, esclarece que “regulamento” não é um *nomen juris* que isola com precisão uma categoria de atos uniformes, pois se trata de designação que, em diferentes países e em diferentes épocas, tem servido para recobrir atos de virtualidades jurídicas distintas e nem sempre oriundos de fonte normativa equivalente. Segundo o autor, disso resulta que o denominador comum dos atos compreendidos sob tal nome é apenas o caráter geral e normalmente abstrato que possuem, a par da circunstância de serem expedidos por órgão diverso daquele ao qual está cometida a edição de leis.

Administração, e, por outro, o poder regulamentar, isto é, a prerrogativa administrativa de editar normas jurídicas, deve ter um fundamento jurídico-constitucional⁴⁴¹.

5.2.2 Do fundamento do poder normativo da Administração

Apesar da existência de justificativas políticas, materiais ou práticas para o poder regulamentar⁴⁴², percebe-se que o real fundamento que deve ser buscado para embasá-lo é o de cunho jurídico. Para encontrá-lo, basta recorrer à Constituição, pois é a partir dela que a Administração está autorizada a emitir normas.

Nessa linha, verificando o texto constitucional, nota-se que seu artigo 199º, alínea c), atribui ao Governo competência para, no exercício da função administrativa, fazer os regulamentos necessários à boa execução das leis; o artigo 227º, alínea d), concede poderes aos órgãos das regiões autônomas para regulamentarem a legislação regional e as leis gerais emanadas dos órgãos de soberania; e o artigo 241º atribui poderes regulamentares às assembleias das autarquias locais⁴⁴³.

Não se pode esquecer, contudo, que além desses poderes regulamentares previstos constitucionalmente poderão ser atribuídos outros da mesma natureza à Administração, desde que compatíveis com a Lei Fundamental. Isso só será possível devido ao sistema aberto relativo ao poder normativo da Administração, diferentemente do sistema fechado, típico das normas legais. É o que acontece hoje, por exemplo, em relação aos poderes regulamentares das entidades administrativas independentes⁴⁴⁴.

⁴⁴¹ José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, p. 833.

⁴⁴² As normas jurídicas editadas pela Administração recebem, comumente, a designação de regulamentos, embora, a rigor, eles não esgotem o rol de normas administrativas. Ao lado dos regulamentos aparecem, por exemplo, os estatutos das autarquias corporativas, as normas contidas em convenções jurídicas celebradas entre órgãos administrativos e os regimentos dos órgãos colegiais. No entanto, será usado o termo "regulamento" e a expressão "normas administrativas" para se fazer referência, em sentido amplo, ao conjunto de disposições normativas emanadas sob a égide de disposições de Direito Administrativo. No sentido da conveniência e cabimento da utilização dessas formas de referência, Mário Aroso de Almeida, *O Novo Regime do Processo nos Tribunais Administrativos*, Coimbra, Almedina, 2007, p. 233; e José Carlos Vieira de Andrade, *O Ordenamento...*, p. 33.

⁴⁴³ José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, p. 834.

⁴⁴⁴ José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, p. 834.

5.2.3 Dos limites ao poder normativo da Administração

É comum os limites da atividade administrativa, inclusive na sua manifestação normativa, serem relacionados ao princípio da legalidade. Porém, essa associação, apesar de justificada pela subordinação mais direta e frequente entre esses atos, não se mostra inteiramente correta. Isso porque, a legitimidade jurídica dos atos administrativos não resulta apenas da sua compatibilidade com a lei, mas também do respeito que vierem a ter pela Constituição e pelas normas de Direito Internacional⁴⁴⁵, conforme determina expressamente o artigo 266º, nº 2, da Carta Magna portuguesa, quando dispõe que os órgãos e agentes administrativos estão subordinados à Constituição e à lei.

Posto isto, cabe agora analisar qual a abrangência que deve ser dada aos conceitos de “Constituição”, “lei” e “normas de Direito Internacional”, para efeito de parâmetro de subordinação da atividade normativa da Administração.

Quanto à questão da constitucionalidade, pode-se dizer que a Administração deverá respeitar não só as regras dispostas na Constituição, mas também os princípios nela consignados, consoante artigo 277º, nº 1, da Lei Fundamental, aí compreendidos os princípios constitucionais escritos e os princípios constitucionais que, embora não escritos, representem uma densificação ou revelação específica de princípios constitucionais positivamente plasmados, como, por exemplo, o princípio da não retroatividade, o princípio da proteção da confiança e o princípio do não retrocesso social, que apesar de não se encontrarem expressos no texto constitucional representam a concretização do Estado de Direito e dos princípios referentes a direitos econômicos e sociais⁴⁴⁶.

Embora o artigo 266º, nº 2, não discipline expressamente a necessidade de a Administração submeter-se a normas de Direito Internacional, não é possível alcançar conclusão que lhe seja diversa. Até porque, jurisprudência e doutrina dominantes afirmam que as normas internacionais estão em um nível infraconstitucional e supralegal na hierarquia das fontes, de modo que a opinião majoritária, apesar de polêmica, já é suficiente para colocar tal categoria de normas em patamar superior às de caráter administrativo.

⁴⁴⁵ José Carlos Vieira de Andrade, *O Ordenamento...*, p. 32-33.

⁴⁴⁶ José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, p. 920-921.

O conceito de lei ao qual estão submetidas as normas administrativas não significa somente lei da Assembleia da República, pois abrange também os demais atos aos quais a Constituição atribui “valor de lei” ou “força de lei”. Nesses termos, estão aí incluídas as formas típicas de pronúncia dos órgãos aos quais são reconhecidas competências legislativas, ou seja, leis, decretos-leis⁴⁴⁷ e decretos legislativos regionais, bem como as formas atípicas de pronúncia legislativa, como os Estatutos político-administrativos das regiões autónomas, além das resoluções de suspensão ou de recusa de ratificação de decretos-leis e os princípios gerais de Direito Administrativo⁴⁴⁸.

Além disso, não é possível perder de vista que o conceito de legalidade, na matéria de que se trata, não deve ser compreendido apenas no seu sentido negativo, ou seja, a Administração pode fazer tudo aquilo que a lei não proíbe, mas principalmente no seu aspecto positivo, segundo o qual a Administração só poderá atuar com base na lei⁴⁴⁹. O conceito de legalidade contemporâneo conduziu a um ponto em que a lei deixou de ser o limite, para ser pressuposto e fundamento da atividade administrativa⁴⁵⁰.

Note-se, todavia, que nem sempre a subordinação da norma regulamentar à lei ocorre na mesma medida, de maneira que é possível fazer distinção entre os regulamentos executivos, os complementares, os delegados, os independentes e os autónomos⁴⁵¹.

Os *regulamentos executivos* são aqueles que se destinam apenas a complementar a lei, estabelecendo os pormenores necessários à sua execução concreta e representando uma atividade secundária de estrita subordinação. Podem ser chamados de atos administrativo-normativos típicos.

⁴⁴⁷ A Constituição portuguesa atribui competência legislativa normal ao Governo, que a princípio pode legislar sobre qualquer matéria por intermédio de decretos-leis, independentemente de circunstâncias especiais. A Carta Magna brasileira, por sua vez, confere competência legislativa excepcional ao Governo, que somente pode legislar sobre matérias previamente definidas e uma vez observados os requisitos constitucionalmente estabelecidos para a edição de medidas provisórias e de leis delegadas.

⁴⁴⁸ Tais princípios são diretrizes extraídas pela doutrina e jurisprudência do conjunto das normas legais de Direito Administrativo, mas ainda não expressamente consagrados legislativamente, não devendo ser confundidos com os princípios gerais de direito ou princípios jurídicos fundamentais, que são princípios constitucionais suprapositivos.

⁴⁴⁹ José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, p. 833.

⁴⁵⁰ José Carlos Vieira de Andrade, *O Ordenamento...*, p. 40.

⁴⁵¹ José Carlos Vieira de Andrade, *O Ordenamento...*, p. 62-67.

Os *regulamentos complementares* ocorrem quando a Administração complementa uma lei, que se limita a fixar as bases gerais para a regulamentação de certa matéria. Nesse caso, haverá inovação controlada na ordem jurídica por parte da norma regulamentar, pois as diretrizes já foram firmadas pela lei.

Os *regulamentos delegados* existem quando a lei, a título excepcional, expressamente autoriza a Administração a emitir regras normativas em áreas reservadas ordinariamente aos órgãos legislativos, inovando na ordem jurídica.

Os *regulamentos independentes* são aqueles que poderão inovar na ordem jurídica sobre matérias implícita ou explicitamente autorizadas pela Constituição, podendo ser subdivididos para criar a categoria dos *regulamentos autônomos*, que seriam aqueles emitidos pelos entes públicos não estaduais no uso de poderes de produção normativa inicial ou primária⁴⁵².

5.3 A impugnação de normas administrativas

5.3.1 Antecedentes históricos

A impugnação judicial direta de normas administrativas não se impôs no Direito e jurisprudência portugueses de forma pacífica. Durante muito tempo, defendeu-se a ideia de inimpugnabilidade dessas normas⁴⁵³, o que foi seguido, inclusive, pela jurisprudência do Supremo Tribunal Administrativo, baseando-se em dois argumentos principais: (a) a insuscetibilidade de normas regulamentares produzirem lesões diretas na esfera jurídica dos administrados; e (b) o caráter de opção política dos regulamentos governamentais.

Quanto ao primeiro aspecto, pode-se afirmar que tal ideia se encontrava inserida na crença de que as normas administrativas, devido ao seu caráter geral e abstrato, eram incapazes de causar prejuízo direto aos particulares. A lesão,

⁴⁵² A classificação acima exposta é doutrinária e trata das espécies regulamentares. Todavia, a análise do cabimento ou não dessas categorias nos ordenamentos jurídicos de Brasil e Portugal é polêmica, complexa e não pode ser exaustivamente analisada nesta investigação. Até porque, o objetivo deste capítulo é posicionar a ação de ilegalidade por omissão no contencioso da impugnação de normas e demonstrar sua importância enquanto instrumento de concretização da cláusula constitucional de tutela jurisdicional efetiva. Aliás, a grande questão a resolver em matéria de ilegalidade por omissão é identificar quando um regulamento, qualquer que ele seja, faz-se ou não necessário para dar plena aplicabilidade à lei.

⁴⁵³ Marcello Caetano, *Manual de Direito Administrativo*, volume II, Coimbra, Almedina, 1982, p. 1350-1351.

segundo esse ponto de vista, resultaria do ato concreto de aplicação de ditas normas, que, por isso, era o único objeto da impugnação contenciosa.

Quanto ao segundo aspecto, convém assinalar que constituía resquício de um período anterior ao Estado de Direito, quando ainda imperavam as concepções de poder absoluto do Estado e a ideia de que a Administração Pública era uma esfera de atuação livre do controle judicial, apenas subordinada ao controle do *jus politiae*⁴⁵⁴. Essa visão era ainda fortalecida pela concepção do princípio da separação de poderes defendida à época da Revolução Francesa, que não via com bons olhos a interferência de um dos poderes constitucionais em outro, principalmente se o poder interventor fosse o Judiciário⁴⁵⁵.

O fato é que, desde 1956, a jurisprudência do Supremo Tribunal Administrativo firmou-se no sentido de não admitir a impugnação direta de normas regulamentares, com exceção para aqueles casos em que a lei expressamente o permitisse. Aceitava-se apenas a suscetibilidade de apreciação contenciosa indireta ou incidental da ilegalidade das normas administrativas, através da impugnação dos atos de aplicação do regulamento. Essa posição causava prejuízo aos particulares, que ficavam desprotegidos nos casos de regulamentos imediatamente operantes (em que não havia um ato concreto a impugnar), e gerava transtorno ao Estado, que tinha de suportar o ônus de diversas ações fundamentadas na mesma ilegalidade e manter, em seu ordenamento jurídico, um regulamento contrário à hierarquia das normas⁴⁵⁶.

A posição jurisprudencial só se abrandava nos casos em que, apesar da forma regulamentar, se estivesse diante de atos administrativos desprovidos de generalidade, isto é, comandos administrativos executórios e concretos, de sorte que os tribunais admitiam a impugnação nessa hipótese⁴⁵⁷.

⁴⁵⁴ Maria Sylvania Di Pietro, *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*, São Paulo, Atlas, 2001, p. 26.

⁴⁵⁵ Nesse contexto é esclarecedor o artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789: “*Toda sociedade na qual não existe garantia dos direitos nem separação dos poderes não tem Constituição*”.

⁴⁵⁶ Wladimir Brito, *A Impugnação Contenciosa dos Regulamentos*, in Revista do Ministério Público, nº 33 e nº 34, 1988, p. 50-51.

⁴⁵⁷ Mário Esteves de Oliveira, *A Impugnação e Anulação Contenciosa dos Regulamentos*, in Revista de Direito Público, nº 2, ano I, p. 29.

No entanto, a expansão da atuação estatal, que levou a Administração a emitir um número cada vez maior de regulamentos, e a constatação de que esses atos eram muitas vezes diretamente lesivos aos interesses e direitos dos particulares, redundou na conseqüente necessidade de alargamento das exigências dos princípios da legalidade e da juridicidade administrativa, bem como no aprofundamento das garantias dos administrados, tornando insustentáveis os argumentos contrários à possibilidade de impugnação direta das normas administrativas⁴⁵⁸.

Como decorrência dessa mudança na atuação estatal, acabou por prevalecer a possibilidade de impugnação direta dos regulamentos⁴⁵⁹, consagrada constitucionalmente com a Lei de Revisão nº 1/97, que atribuiu aos cidadãos o direito de impugnar as normas administrativas com eficácia externa lesivas dos seus direitos ou interesses legalmente protegidos (artigo 268º, nº 5).

Tal dispositivo, somado ao princípio da garantia da tutela jurisdicional efetiva (artigo 268º, nº 4, da Constituição), impulsionou o legislador português a promover mudanças nas regras relativas ao contencioso de normas administrativas, estabelecendo, inclusive, a possibilidade de ajuizamento de ação de ilegalidade por omissão, nos moldes do controle constitucional do silêncio legislativo.

5.3.2 A questão da competência⁴⁶⁰

Não são todos os casos de violação cometida a partir da edição de regulamentos que serão fiscalizados pela justiça administrativa. Isso porque, como a atividade administrativa não está submetida apenas ao princípio da legalidade,

⁴⁵⁸ Fernando Alves Correia, *A Impugnação Jurisdicional de Normas da Administração*, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº 16, 1999, p. 16.

⁴⁵⁹ Afonso Rodrigues Queiró, *Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo (Tribunal Pleno) de 18 de Janeiro de 1962*, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, nº 3280, ano 97, p. 300-304.

⁴⁶⁰ Deve-se destacar que os meios de impugnação de normas administrativas consagrados na legislação portuguesa sofreram inúmeras influências do sistema de fiscalização da constitucionalidade de normas previsto na Constituição de 1976. A simultânea possibilidade de controle incidental e principal, a ação de declaração de ilegalidade por omissão e os efeitos *ex tunc* da sentença obrigatória geral são alguns exemplos de manifestações dessa influência. Portanto, a consciência da relação existente entre a fiscalização da constitucionalidade e o controle da legalidade das normas é de extrema importância, uma vez que as características daquela estão amplamente difundidas na doutrina e auxiliam na transposição de conceitos já delineados no Direito Constitucional para o Direito Administrativo.

mas a um princípio de juridicidade que abrange todo o ordenamento jurídico a ela superior, a determinação da competência jurisdicional para o controle dos regulamentos dependerá da posição hierárquica ocupada pela norma que restou vulnerada pela atividade normativa da Administração.

Dessa maneira, caso um regulamento atinja uma regra ou um princípio constitucional, tem-se uma situação de inconstitucionalidade, cuja competência para declaração com força obrigatória geral pertencerá ao Tribunal Constitucional. Além disso, uma vez esgotadas as instâncias ordinárias no controle incidental, caberá também ao guardião da Constituição o julgamento do recurso a partir da aplicação das normas processuais do controle de constitucionalidade das leis.

Será também da competência do Tribunal Constitucional a apreciação da chamada “ilegalidade qualificada”⁴⁶¹, que se dará nos casos de ilegalidade que o legislador constituinte expressamente atribuiu à competência de controle do guardião da Constituição. Dita hipótese far-se-á presente, por exemplo, quando uma norma constante em um diploma regional contrariar estatuto de região autónoma ou de lei geral da República [Constituição portuguesa, artigo 280º, nº 2, alínea b), e artigo 281º, nº 1, alínea c)], ou quando uma norma constante em diploma emanado de um dos órgãos de soberania violar o estatuto de uma região autónoma [Constituição portuguesa, artigo 280º, nº 2, alínea c) e artigo 281º, nº 1, alínea d)]. Em tais situações, caberá igualmente ao Tribunal Constitucional, uma vez exaurida a instância ordinária no controle incidental, apreciar os recursos sobre a matéria.

A competência da justiça administrativa para fiscalização da juridicidade de normas administrativas ocorrerá quando a norma violada pelo regulamento seja lei e não se tratar de uma das hipóteses de “ilegalidade qualificada” acima referidas⁴⁶². Reitere-se, nesse cenário, que o conceito de lei deve ser entendido no sentido amplo já destacado, de sorte a abranger todos aqueles atos aos quais a

⁴⁶¹ Mário Esteves de Oliveira, *ob. cit.*, p. 33, e Fernando Alves Correia, *A Impugnação...*, p. 25.

⁴⁶² Licínio Lopes Martins, *ob. cit.*, p. 605, diz que os atos normativos de caráter regulamentar, independentemente da forma que revistam (decretos regulamentares, portarias, despachos normativos, posturas municipais etc.) podem constituir objeto imediato de controle pelo Tribunal Constitucional se violarem diretamente as normas constitucionais. Todavia, se apresentarem outros vícios (ilegalidade) o respectivo controle abstrato é da competência da jurisdição administrativa. Aqui, consoante o autor, perante o problema da existência simultânea de dois vícios (ilegalidade e inconstitucionalidade) deve dar-se primazia ao segundo, por ser mais grave.

Lei Fundamental atribui “força de lei”, e não simplesmente os atos legislativos emitidos pela Assembleia da República.

5.3.3 A competência da justiça constitucional

À justiça constitucional poderá caber o juízo de conformidade entre regulamentos e outras normas do ordenamento jurídico, sobretudo quando as normas administrativas violarem diretamente regras ou princípios constitucionais ou quando houver situações de ilegalidade em que, por determinação expressa da Constituição, o conhecimento da matéria venha a pertencer ao âmbito de competência do Tribunal Constitucional⁴⁶³.

5.3.3.1 A fiscalização da constitucionalidade

No que concerne à violação de regras ou de princípios constitucionais por um ato normativo da Administração, pode-se dizer que a questão se desloca do campo da ilegalidade para o âmbito da inconstitucionalidade: a possibilidade de controle, em tais casos, está juridicamente afirmada na Carta Magna portuguesa, quando ela determina que o Tribunal Constitucional aprecia e declara, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade de quaisquer normas [artigo 281º, nº 1, a)], o que pode abranger não só os atos normativos secundários (como os regulamentos), mas também os atos normativos terciários (como os despachos normativos), bastando, apenas, que preencham os requisitos firmados e exigidos pelo guardião da Constituição para sua caracterização como norma⁴⁶⁴.

Quanto ao momento em que se realiza o controle, esse só poderá acontecer de modo sucessivo e por ação, não sendo cabível o controle preventivo

⁴⁶³ Destaque-se que o tratamento dado à possibilidade de controle da inconstitucionalidade por ação de normas infralegais pela jurisprudência brasileira tem sido diferente do que ocorre em Portugal. No Brasil, consoante Alexandre de Moraes, *ob. cit.*, p. 697-698, um regulamento que, editado para regulamentar a lei, venha a violar uma disposição constitucional, será considerado ilegal apenas, e não inconstitucional. Além disso, o Supremo Tribunal Federal entende que, se o ato normativo da Administração estiver de acordo com a lei e, ainda assim, violar a Constituição, isso ocorre porque é a lei em causa que contém preceito inconstitucional, sendo ela o ato normativo a ser objeto da fiscalização de constitucionalidade.

⁴⁶⁴ José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, p. 932, esclarece que, diversamente de outros sistemas jurídicos, nos quais a fiscalização da constitucionalidade tem apenas por objeto as leis ou atos equiparáveis (atos normativos primários), o controle de normas é, em Portugal, extensivo a todos os atos jurídico-normativos vigentes na ordem jurídica.

do artigo 278º, ou o controle da inconstitucionalidade por omissão do artigo 283º⁴⁶⁵, ambos da Constituição portuguesa.

No entanto, mencionado controle sucessivo por ação poderá ocorrer de forma abstrata ou pela via concreta, seguindo os mesmos moldes processuais fixados para a fiscalização da constitucionalidade de atos legislativos, *mutatis mutandis*, isto é, respeitado o caráter das normas que servem de parâmetro em um e em outro caso.

No controle abstrato, serão legitimadas para propor a ação apenas as entidades referidas no artigo 281º, nº 2, da Constituição, não sendo possível a impugnação junto a tribunais administrativos por parte dos legitimados pelo Código de Processo nos Tribunais Administrativos.

O controle concreto da constitucionalidade de uma norma regulamentar, por sua vez, ocorrerá quando, num determinado processo, perante qualquer tribunal administrativo, for proferida uma decisão que recuse a aplicação de uma norma administrativa com fundamento na sua invalidade, podendo ser suscitado por qualquer parte interessada. Nesse caso, o processo correrá normalmente perante a justiça administrativa, mas, uma vez esgotados os recursos ordinários, caberá recurso para o Tribunal Constitucional das decisões: (a) que tiverem aplicado a norma cuja inconstitucionalidade haja sido suscitada durante o processo [Constituição portuguesa, artigo 280º, nº 1, alínea b)]; (b) que apliquem norma anteriormente julgada inconstitucional pelo próprio Tribunal (Constituição portuguesa, artigo 280º, nº 5); e (c) que recusem a aplicação de uma norma com fundamento na sua inconstitucionalidade, sendo o recurso obrigatório para o Ministério Público quando a norma impugnada tratar-se de decreto regulamentar [Constituição portuguesa, artigo 280, nº 1, alínea a), e nº 3].

5.3.3.2 A fiscalização da “ilegalidade qualificada”

A fiscalização da “ilegalidade qualificada” por parte do Tribunal Constitucional também será cabível pela via principal ou pela via incidental.

⁴⁶⁵ Saliente-se que tal constatação torna ainda mais importante a questão tratada no presente capítulo, pois a inércia normativa da Administração não pode ser atacada no Tribunal Constitucional por meio dos mecanismos de controle da constitucionalidade, mas apenas na jurisdição administrativa, através da ação de ilegalidade por omissão.

Haverá fiscalização de ilegalidade de normas administrativas pelo Tribunal Constitucional, a título principal, quando a questão de ilegalidade for suscitada com fundamento na alegação da ocorrência de uma das situações previstas no artigo 281º, nº 1, alínea c) e d), e nº 3, da Constituição⁴⁶⁶.

Nesse caso, a ilegalidade não poderá ser requerida por qualquer pessoa, mas apenas pelos legitimados do artigo 281º, nº 2, da Constituição.

O controle concreto da legalidade de normas administrativas por parte do Tribunal Constitucional ocorrerá quando, no âmbito de um processo concreto ou incidental perante a justiça administrativa, for proferida uma decisão que se enquadre nas hipóteses em que, segundo a Constituição, caberá recurso para o Tribunal Constitucional [Constituição portuguesa, artigo 280º, nº 2, alíneas b), c) e d), e nº 5].

5.3.4 A competência da justiça administrativa

5.3.4.1 Normas administrativas impugnáveis: conceito

O Código de Processo nos Tribunais Administrativos, em seu artigo 72º, nº 1, trata da declaração de ilegalidade de normas emanadas ao abrigo de disposições de Direito Administrativo, por vícios próprios ou derivados da invalidade de atos praticados no âmbito do respectivo procedimento de aprovação.

Logo, importa fazer, para melhor compreensão do assunto, algumas considerações sobre o conceito dessas normas para efeitos de fiscalização judicial por parte da justiça administrativa.

Segundo a doutrina e jurisprudência atuais, o conceito de norma administrativa compreende qualquer norma emanada no exercício dos poderes de

⁴⁶⁶ Note-se que tanto na fiscalização concreta como na abstrata, o critério utilizado para determinação das situações de "ilegalidade qualificada", sujeitas ao controle da justiça constitucional, tem o claro intuito de garantir a autonomia político-administrativa das regiões autónomas. No sentido de considerar positiva essa atribuição de competências e elogiar o papel do Tribunal Constitucional como defensor destes valores, Fernando Alves Correia, *A Impugnação...*, p. 26. Em sentido contrário, Wladimir Brito, *ob. cit.*, p. 68, para quem os regulamentos regionais, isto é, das regiões autónomas, assumem uma dignidade especial que os protege da crítica dos tribunais administrativos conducente à sua anulação com efeito *erga omnes*.

Direito Administrativo, independentemente do ramo do Direito em que as normas administrativas terão aplicação (civil, penal, trabalhista etc.)⁴⁶⁷. O que importa para a configuração da norma como administrativa são as regras sobre a sua produção (competência, forma etc.) pertencerem ao campo do Direito Administrativo, já não a matéria tratada no seu conteúdo⁴⁶⁸.

Todavia, os regulamentos devem ser distinguidos em externos e internos, consoante o círculo a que se dirigem e que por eles restam obrigados. Desse modo, externos são os regulamentos destinados não só à Administração, mas também a terceiros pessoas, a particulares ou a administrados que se encontrem em face dela, implicando uma relação de subordinação geral, enquanto internos são os que esgotam sua eficácia no âmbito da própria Administração, vez que dirigidos ao interior da organização administrativa para que aí produzam efeitos⁴⁶⁹.

Essa distinção mostra-se essencial para o deslinde da questão ora tratada, pois os regulamentos internos não estão sujeitos à impugnação contenciosa, por não afetarem direitos dos particulares⁴⁷⁰. Tal diferença de grau lesivo entre regulamentos internos e externos foi identificada pela própria Constituição portuguesa, que acabou por estabelecer, no artigo 268º, nº 5, que “os cidadãos têm igualmente direito de impugnar as normas administrativas com eficácia externa lesivas dos seus direitos ou interesses legalmente protegidos”.

Aliás, não se deve esquecer que a impugnação direta de normas administrativas apenas será cabível em relação a atos normativos em sentido material, ou seja, regulamentos que contenham disposições gerais e abstratas. Caso se esteja diante de um ato administrativo concreto sob forma de

⁴⁶⁷ Tal observação é de grande relevância nos dias de hoje, época em que o fenómeno da regulamentação estatal da economia leva o Estado a emitir, cada vez com mais frequência e maior amplitude, normas reguladoras relativas a variados setores da sociedade, conforme analisa Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Direito Regulatório: a alternativa participativa e flexível para a Administração Pública de relações setoriais complexas no Estado democrático*, Rio de Janeiro, Renovar, 2003.

⁴⁶⁸ Mário Aroso de Almeida, *ob. cit.*, p. 233.

⁴⁶⁹ Afonso Rodrigues Queiró, *Teoria dos Regulamentos*, in Revista de Direito e de Estudos Sociais, nº 1 a nº 4, 1980, p. 5.

⁴⁷⁰ José Carlos Vieira de Andrade, *O Ordenamento...*, p. 61, ressalta, entretanto, que embora tal espécie regulamentar não possa ser alvo de impugnação contenciosa, isso não significa que ela não tenha influência na determinação de vícios de atos administrativos que a apliquem. Caso os regulamentos internos sejam ilegais ou ignorados, os atos que os aplicarem poderão ser impugnados, por demonstrarem sintomas de ilegalidade ou de violação do princípio da igualdade.

regulamento, o pedido de impugnação direta não será idôneo e deverá ser rejeitado⁴⁷¹, sendo possível, apenas, impugná-lo como se verdadeiro ato administrativo fosse.

Todavia, não deve ser confundida a categoria dos atos administrativos concretos sob forma de regulamento com a categoria das normas administrativas gerais e abstratas imediatamente operativas, pois estas estão incluídas na categoria de atos normativos em sentido material, apesar de projetarem-se na esfera jurídica dos administrados independentemente de atos jurídicos de aplicação. Em tal hipótese, é necessário que os particulares preencham em concreto os requisitos definidos abstratamente na norma para que ela passe a irradiar seus efeitos⁴⁷².

Diferenciam-se, ainda, os regulamentos mediata ou indiretamente operativos, ou seja, aqueles que surtem efeito em situações individuais e concretas através de atos administrativos que deem aplicação aos preceitos gerais e abstratos neles contidos. Antes disso, as previsões contidas na norma não terão interferência na esfera jurídica de seus potenciais destinatários, pois os benefícios ou sacrifícios previstos em nível normativo só potencialmente favorecem ou prejudicam os administrados, havendo necessidade de um ato concreto de aplicação para transformar tais potencialidades em realidade⁴⁷³.

Para concluir, cabe lembrar que as normas administrativas não estão todas posicionadas no mesmo nível hierárquico, porque dentro do âmbito administrativo existe um escalonamento entre elas, estabelecido a partir da qualidade do sujeito que as editou. Os regulamentos do Governo prevalecerão sobre os demais, inclusive os das administrações autônomas, desde que não invadam o âmbito de competência dessas. O controle da legalidade das normas administrativas aplicar-se-á às normas regulamentares de diferentes níveis hierárquicos, estejam elas diretamente baseadas na lei ou não⁴⁷⁴.

⁴⁷¹ Fernando Alves Correia, *A Impugnação...*, p. 23.

⁴⁷² Mário Esteves de Oliveira, *ob. cit.*, p. 29.

⁴⁷³ Mário Esteves de Oliveira, *ob. cit.*, p. 30.

⁴⁷⁴ José Carlos Vieira de Andrade, *O Ordenamento...*, p. 68. De toda sorte, não se deve perder de vista a observação de José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, p. 835, segundo a qual a norma regulamentar, qualquer que ela seja, não pode contrariar um ato legislativo ou equiparado. A lei tem absoluta prioridade sobre os regulamentos, sendo vedados os regulamentos modificativos, suspensivos ou revogatórios das leis.

5.3.4.2 Contencioso de normas administrativas: natureza jurídica

O contencioso administrativo, sob o ponto de vista da situação jurídica que fundamenta o pedido, pode ser classificado em duas categorias: o contencioso objetivo e o contencioso subjetivo.

Está-se diante de um contencioso objetivo quando o que se pretende é o restabelecimento da legalidade geral, devendo a atividade do juiz recair sobre a investigação acerca da existência ou não de violação do direito, enquanto o contencioso subjetivo faz-se presente quando se requer ao tribunal a resolução de uma questão de direito subjetivo.

O contencioso da legalidade das normas administrativas vigente hoje em Portugal caracteriza-se simultaneamente como objetivo e subjetivo, garantindo a proteção dos direitos ou interesses legalmente protegidos dos cidadãos, ao mesmo tempo em que cumpre sua função objetiva de garantir o respeito à lei e aos princípios jurídicos fundamentais, expurgando da ordem jurídica, de forma obrigatória e geral, os atos normativos com ela em desacordo⁴⁷⁵.

5.3.4.3 A impugnação de normas por via principal

A Seção III do Código de Processo nos Tribunais Administrativos estabelece as regras legais para que se possa impugnar diretamente e a título principal as normas administrativas contrárias ao princípio da legalidade. De acordo com o regime instituído por tal diploma, a conduta ilegal da Administração poderá derivar tanto de sua ação, como de sua omissão, sendo que a causa de pedir do processo será a ilegalidade da norma regulamentar editada ou a ausência de ato normativo legalmente exigido, respectivamente.

A ilegalidade poderá resultar de vícios próprios ou decorrentes de atos praticados no âmbito do respectivo processo de aprovação. No primeiro caso, tratar-se-á da verificação material da compatibilidade do ato normativo com a lei. No segundo, estar-se-á diante da inobservância, por parte da Administração, das

⁴⁷⁵ Na mesma linha, ao tratar do contencioso anterior, Fernando Alves Correia, *A Impugnação...*, p. 23. Em sentido contrário, também no regime revogado e atribuindo ao contencioso de normas administrativas um cariz puramente objetivo, Wladimir Brito, *ob. cit.*, p. 72.

normas legais que regulam o procedimento de elaboração de normas administrativas, resultando na ilegalidade formal da norma.

Os tribunais administrativos só poderão conhecer de pedidos relativos ao cumprimento de normas e princípios jurídicos que vinculam a Administração, não sendo possível o julgamento da conveniência ou oportunidade da sua atuação (artigo 3º, nº 1, do Código de Processo nos Tribunais Administrativo), o que, todavia, não significa que o mérito administrativo seja um campo insindicável da atuação da Administração ou não submetido a regras jurídicas⁴⁷⁶.

5.3.4.3.1 A declaração de ilegalidade com efeitos obrigatórios gerais

a) Aspectos gerais

A declaração de ilegalidade com força obrigatória geral tem caráter objetivo, buscando harmonizar a ordem jurídica no seu conjunto, dela expurgando as normas que a violem. Contudo, a legitimação do particular lesado ou previsivelmente lesado para propor a ação mostra-se como traço do caráter subjetivo do instituto em epígrafe.

O pedido poderá ser formulado tanto para a impugnação de regulamento imediatamente operativo, quanto para a impugnação de regulamento mediamente operativo.

b) Legitimidade ativa

A declaração da ilegalidade de uma norma administrativa, com efeitos obrigatórios gerais, poderá ser requerida por quem seja prejudicado pela aplicação da norma ou possa vir a sê-lo em momento próximo, ou pelo Ministério Público.

Atente-se ao fato de que a lei não exige que o prejuízo do particular seja atual, bastando a previsibilidade de sê-lo em momento próximo. No caso de quem seja prejudicado pela aplicação da norma ou possa vir a sê-lo formular o pedido,

⁴⁷⁶ Sobre a distinção entre discricionariedade e vinculação, os limites de aplicação de uma e outra e seu controle pelo Poder Judiciário, ver Maria Sylvia Di Pietro, *Direito Administrativo*, São Paulo, Atlas, 2006, p. 221-229.

somente poderá fazê-lo caso a aplicação da norma tenha sido recusada, com fundamento na sua ilegalidade, por qualquer tribunal, em três casos concretos.

Na hipótese de as três recusas não ocorrerem, o particular não se verá desprotegido, pois apesar de não lhe ser permitido impugnar a norma com efeitos obrigatórios gerais, poderá sempre impugnar o ato de aplicação da norma num caso concreto, tendo como fundamento do seu pedido a alegação de ilegalidade ou, no caso do regulamento não depender de um ato de aplicação, ou seja, for imediatamente operativo, poderá obter a desaplicação da norma com efeitos circunscritos ao caso concreto, nos termos do artigo 73º, nº 2, do Código de Processo nos Tribunais Administrativos. Apenas acontecerá da norma ilegal permanecer em vigor, até que seja possível impugná-la com força obrigatória geral⁴⁷⁷.

Também o Ministério Público poderá requerer a declaração de ilegalidade com força obrigatória geral, oficiosamente ou a requerimento de quaisquer das entidades elencadas no nº 2 do artigo 9º⁴⁷⁸, não havendo, nesse caso, a necessidade do requisito de verificação da recusa de aplicação em três casos concretos. Caso tenha conhecimento da desaplicação em três casos concretos, o Ministério Público terá o dever de mover a ação (artigo 73º, nº 4, do Código de Processo nos Tribunais Administrativos).

Logo, para que o Ministério Público possa ter ciência da ocorrência desse fato, a lei determina que a secretaria do tribunal remeta ao representante do Ministério Público certidão das sentenças transitadas em julgado que tenham desaplicado, com fundamento em ilegalidade, quaisquer normas emitidas sob disposições administrativas (artigo 73º, nº 5, do Código de Processo nos Tribunais Administrativos).

Registre-se que, conforme já destacado, o Ministério Público, ao tomar conhecimento das três desaplicações da norma, terá o dever, e não a faculdade, de propor o pedido de declaração com força obrigatória geral. O particular, a seu

⁴⁷⁷ Impugnação essa que poderá ser feita tanto pelo particular, depois das três desaplicações, como pelo Ministério Público.

⁴⁷⁸ Segundo o citado artigo, são legitimados *"independentemente de ter interesse pessoal na demanda, qualquer pessoa, bem como as associações e fundações defensoras dos interesses em causa, as autarquias locais e o Ministério Público"*.

turno, nessa mesma hipótese, poderá sempre optar entre pedir a declaração de ilegalidade com efeitos obrigatórios gerais, solicitar a desaplicação da norma no seu caso concreto, ou impugnar o ato de aplicação com fundamento na ilegalidade da norma, dependendo daquilo que se mostre mais favorável aos seus interesses em determinadas circunstâncias.

c) Fundamentos do pedido

De acordo com o que determina o artigo 72º, nº 2, do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, não é possível invocar os fundamentos previstos no artigo 281º, nº 1, da Constituição portuguesa, para obter-se, na justiça administrativa, declaração de ilegalidade de norma com força obrigatória geral⁴⁷⁹. Em verdade, tal ressalva nem precisaria ser expressamente incluída na lei, pois a competência para declarar, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade e a “ilegalidade qualificada” de quaisquer normas, inclusive as administrativas, pertence ao Tribunal Constitucional⁴⁸⁰.

Os argumentos apresentados pelo requerente contra a norma impugnada não limitam o juiz, que poderá decidir com fundamento na ofensa de princípios ou normas jurídicas diversos daqueles cuja violação haja sido invocada pelos interessados (artigo 75º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos).

d) Prazo

Independentemente de quem seja o requerente, não há prazo para a interposição da ação (artigo 74º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos).

⁴⁷⁹ Confirmando tal posição, José Carlos Vieira de Andrade, *A Justiça Administrativa (Lições)*, Coimbra, Almedina, 2006, p. 247, ensina que o pedido de declaração de ilegalidade com força obrigatória geral nunca pode, porém, fundar-se em inconstitucionalidade direta, nem em violação de Estatuto regional, pois tais casos foram subtraídos da jurisdição administrativa e atribuídos ao Tribunal Constitucional.

⁴⁸⁰ Nesse sentido observa Fernando Alves Correia, *Direito Constitucional...*, p. 68, ao afirmar que objeto da fiscalização da constitucionalidade são, desde logo, os atos legislativos, isto é, as leis, os decretos-leis e os decretos legislativos regionais. Mas, segundo o autor, caem também no âmbito do controle da constitucionalidade os restantes atos normativos do Poder Público, designadamente os atos de natureza regulamentar, provenham eles do Estado, de institutos públicos, de associações públicas ou de entes públicos territoriais distintos do Estado, como as regiões autónomas e as autarquias locais, em especial os municípios.

e) Efeitos da sentença

Uma das novidades introduzidas pelo Código de Processo nos Tribunais Administrativos diz respeito ao momento em que se produzem os efeitos obrigatórios gerais da sentença que declara a ilegalidade de uma norma.

Seguindo a orientação adotada no sistema de controle da constitucionalidade ou ilegalidade por parte da justiça constitucional, o Código de Processo nos Tribunais Administrativos determina que a declaração de ilegalidade produzirá seus efeitos desde a data da emissão da norma, ou seja, *ex tunc*. Assim, passou a existir uniformidade entre os efeitos das declarações de ilegalidade de normas administrativas por parte dos tribunais administrativos, que até então eram *ex nunc*, e as declarações de inconstitucionalidade e “ilegalidade qualificada” proferidas pelo Tribunal Constitucional, que já tinham efeitos retroativos (Constituição portuguesa, artigo 282º, nº 1).

Todavia, o Tribunal poderá, por razões de segurança jurídica, de equidade ou de interesse público de excepcional relevo, devidamente fundamentados, determinar que os efeitos da sentença se produzam apenas a partir da data do trânsito em julgado da sentença (artigo 76º, nº 2, do Código de Processo nos Tribunais Administrativos). Saliente-se que essa possibilidade de eventual limitação de efeitos da declaração de ilegalidade não tem o poder de tornar válida a norma em causa, para o efeito de impossibilitar a impugnação de atos administrativos concretos praticados ao seu abrigo⁴⁸¹.

A retroatividade da decisão, no entanto, deverá respeitar os casos julgados e os atos administrativos que se tenham tornado inimpugnáveis (artigo 76º, nº 3, 1ª parte, Código de Processo nos Tribunais Administrativos), garantindo-se, assim, a segurança jurídica das situações consolidadas. Porém, o Tribunal poderá decidir pela retroatividade, mesmo em tais casos, quando a norma anterior seja menos favorável ao particular em matéria sancionatória (artigo 76º, nº 3, do Código de Processo nos Tribunais Administrativos), nos mesmos moldes em que já constava na Constituição (artigo 282º, nº 3).

⁴⁸¹ Mário Aroso de Almeida, *ob. cit.*, p. 235-236, esclarece que tal possibilidade de limitação de efeitos não torna válidas para o passado as normas em causa, pois o que se pretende com o alcance geral é fazer com que as disposições atingidas somente sejam eliminadas da ordem jurídica para o futuro.

Veja-se, porém, que a aplicação retroativa da norma sancionatória mais benéfica nos casos julgados e atos administrativos inimpugnáveis não ocorrerá automaticamente, como mera decorrência lógica da sentença que declarar a ilegalidade da norma⁴⁸², pois cabe ao tribunal competente fazer declaração expressa em tal sentido (artigo 76º, nº 3, do Código de Processo nos Tribunais Administrativos).

A declaração de ilegalidade com força obrigatória geral causa efeitos, ainda, em matéria de repristinação da norma ou das normas que ela haja revogado (artigo 76º, nº 1, 2ª parte, Código de Processo nos Tribunais Administrativos). Nesse caso, contudo, ao contrário da situação acima, não será necessária decisão expressa do tribunal competente determinando a repristinação ou especificando quais as normas que voltarão a vigorar⁴⁸³.

Por derradeiro, convém notar que a sentença que nega provimento à impugnação de certa norma não surte efeitos fora do respectivo processo, não constitui caso julgado e não produz efeito preclusivo, o que significa que poderão ser, mais tarde, admitidas novas ações de impugnação direta do regulamento e a interposição de recurso incidental com fundamento na mesma ilegalidade⁴⁸⁴.

Em outros termos, transportando a prática da justiça constitucional quanto às sentenças de rejeição de inconstitucionalidade para o campo do processo de impugnação de normas a tramitar na justiça administrativa, pode-se dizer que, se uma decisão de não declaração de ilegalidade tivesse força de caso julgado, tal implicaria a consagração, em Portugal, da regra do *stare decisis* ou da vinculação a precedentes judiciais, regra esta estranha ao sistema europeu continental e só admissível quando estabelecida através de processos constitucionalmente reconhecidos⁴⁸⁵.

⁴⁸² Referindo-se à situação semelhante no campo da inconstitucionalidade, José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, p. 1016, esclarece que a declaração de inconstitucionalidade tem efeitos retroativos mesmo em relação aos casos julgados se da revisão retroativa das decisões transitadas em julgado resultar um regime mais favorável aos cidadãos condenados por ilícito criminal, ilícito disciplinar ou ilícito contraordenacional. Em conclusão, observa o autor que tal exceção ao princípio da intangibilidade do caso julgado não opera automaticamente, devendo ser expressamente decidida pelo tribunal que declarar a inconstitucionalidade da norma.

⁴⁸³ José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, p. 1016.

⁴⁸⁴ Nessa linha, Mário Esteves de Oliveira, *ob. cit.*, p. 51; e Fernando Alves Correia, *A Impugnação...*, p. 20.

⁴⁸⁵ José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, p. 1022-1023.

5.3.4.3.2 A declaração com efeitos circunscritos ao caso concreto

a) Aspectos gerais

A ação que deduz pedido de declaração de ilegalidade limitada ao caso concreto só será cabível para impugnação de uma norma cujos efeitos se produzam imediatamente e sem dependência de um ato administrativo ou jurisdicional de aplicação, ou seja, quando a norma for imediatamente operativa⁴⁸⁶.

Apesar de seus efeitos serem circunscritos ao caso concreto, deve-se ter em conta que tal ação é forma de impugnação da norma a título principal, não se confundindo com a desaplicação incidental no âmbito de um processo de impugnação de um ato administrativo, hipótese em que a ilegalidade da norma apenas servirá de fundamento para a anulação ou declaração de nulidade de um ato administrativo concreto nela baseado. Na declaração de ilegalidade com efeitos circunscritos ao caso concreto, a seu turno, o objeto da ação será a declaração de ilegalidade em si. Entre as duas, há apenas a similaridade de que ambas visam a proteger direitos e interesses subjetivos, não apenas a inteireza da ordem jurídica.

Comparando a ação de ilegalidade com efeitos circunscritos ao caso concreto com a ação de ilegalidade com efeitos obrigatórios gerais, pode-se afirmar que, enquanto esta revela um caráter eminentemente objetivo de defesa e preservação do ordenamento jurídico, aquela se mostra como instrumento de defesa de direitos eminentemente subjetivos.

b) Legitimidade ativa

Quando uma norma administrativa tiver efeitos imediatos, independentemente de um ato administrativo ou jurisdicional de aplicação, o lesado ou as entidades legitimadas no artigo 9º, nº 2, poderão pedir a declaração

⁴⁸⁶ José Carlos Vieira de Andrade, *A Justiça Administrativa...*, p. 249, diz que são exemplos de regulamentos imediatamente operativos as normas que proíbem ou impõem condutas específicas a cidadãos que se encontrem em condições determinadas ou que modifiquem o estatuto jurídico de uma categoria de pessoas, a norma que fixa o preço de um determinado bem ou serviço, a que prive um órgão de uma parte da competência, interessando o momento imediato e o modo direto como os efeitos se produzem na esfera jurídica dos destinatários das vantagens ou desvantagens previstas.

de ilegalidade com efeitos circunscritos ao caso concreto (artigo 73º, nº 2, do Código de Processo nos Tribunais Administrativos).

Quanto à legitimidade do lesado, cabem duas observações.

A primeira diz respeito à desnecessidade da prévia desaplicação da norma em três casos concretos para que o particular possa impugná-la, ao contrário do que acontece no pedido com efeitos obrigatórios gerais.

A segunda concerne à exigência de que o particular tenha sido, de fato, lesado pelos efeitos da norma ilegal, não sendo suficiente a mera previsibilidade, suficiente para fundamentar o pedido de declaração com força obrigatória geral.

No que se refere à legitimidade atribuída às entidades do artigo 9º, nº 2, deve-se ressaltar que seu exercício deverá estar condicionado à defesa dos valores mencionados no próprio artigo.

c) Fundamentos do pedido

O pedido de impugnação com efeitos circunscritos ao caso concreto poderá restar fundamentado no artigo 281º, nº 1, da Constituição portuguesa, não havendo impedimento legal⁴⁸⁷ ou constitucional⁴⁸⁸ nesse sentido.

Caso um desses fundamentos venha a ser utilizado, a ação correrá normalmente perante a justiça administrativa, cabendo recurso para o Tribunal Constitucional, depois de exaurida a instância de origem.

d) Prazo

Assim como o pedido de declaração de ilegalidade com força obrigatória geral, a impugnação da norma com efeitos restritos ao caso concreto não estará sujeita a prazo (artigo 74º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos).

⁴⁸⁷ O artigo 72º, nº 2, do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, só exclui expressamente a possibilidade de invocação desses fundamentos para a declaração de ilegalidade com força obrigatória geral.

⁴⁸⁸ Note-se que nesse caso não haverá invasão da competência do Tribunal Constitucional para apreciar e declarar, com força obrigatória geral, as inconstitucionalidades e ilegalidades nesse contexto estabelecidas.

e) Efeitos da sentença

Os efeitos da declaração de ilegalidade sob exame são circunscritos ao caso concreto e correspondem à desaplicação da norma ao caso do requerente. Destaque-se, contudo, que tal situação não se confunde com a desaplicação da norma no âmbito de um processo de impugnação de ato administrativo, em que a ilegalidade da norma é deduzida a título incidental, como fundamento do pedido de impugnação do ato concreto.

O Código de Processo nos Tribunais Administrativos não esclarece o momento em que os efeitos da declaração de ilegalidade no caso concreto se manifestam. No entanto, deve entender-se que, à semelhança do que ocorre na pronúncia de efeitos obrigatórios gerais, eles operam *ex tunc*, mas apenas no âmbito daquele caso, o que não significa, necessariamente, que tenham de se produzir estritamente *inter partes*⁴⁸⁹.

Verificar-se-á aqui, que não poderá o juiz limitar os efeitos da declaração de ilegalidade com efeitos restritos ao caso concreto. Isso significa que, ainda que tenha havido a desaplicação da norma em três casos concretos e que o particular esteja apto a impugnar a norma com efeitos obrigatórios gerais, o pedido com efeitos circunscritos ao caso concreto mostrar-se-á mais seguro, uma vez que não haverá o risco de ver os efeitos da sentença limitados pelo juiz⁴⁹⁰.

5.3.4.3.3 A declaração de ilegalidade por omissão⁴⁹¹

a) Aspectos gerais

Não é apenas a ação positiva do Poder Público que pode violar o ordenamento jurídico, pois sua abstenção indevida é igualmente capaz de desrespeitar o Direito. Essas ideias, já consagradas quanto às omissões

⁴⁸⁹ José Carlos Vieira de Andrade, *A Justiça Administrativa...*, p. 252.

⁴⁹⁰ Até porque, conforme esclarece José Carlos Vieira de Andrade, *A Justiça Administrativa...*, p. 252-253, os fundamentos legais dessa limitação respeitam exclusivamente aos efeitos gerais da declaração da ilegalidade, o que torna o pedido de declaração de ilegalidade restrita ao caso concreto ainda mais favorável para o requerente.

⁴⁹¹ Segundo José Carlos Vieira de Andrade, *A protecção...*, p. 234, a ação administrativa especial é, por imposição legal, o meio próprio a ser utilizado quando esteja em causa a prática ou a omissão indevida de decisões de autoridade, quer se trate de atos administrativos impugnáveis ou de regulamentos.

legislativas de preceitos constitucionais, passaram a ter influência no campo da atividade normativa da Administração, com a ação de ilegalidade por omissão de normas administrativas, consagrada pelo artigo 77º da Lei nº 15/2002 [Código de Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA)]⁴⁹², *in verbis*: “1. O Ministério Público, as demais pessoas e entidades defensoras dos interesses referidos no nº 2 do artigo 9º e quem alegue um prejuízo directamente resultante da situação de omissão podem pedir ao tribunal administrativo competente que aprecie e verifique a existência de situações de ilegalidade por omissão das normas cuja adopção, ao abrigo de disposições de direito administrativo, seja necessária para dar exequibilidade a atos legislativos carentes de regulamentação. 2. Quando o tribunal verificar a existência de uma situação de ilegalidade por omissão, nos termos do número anterior, disso dará conhecimento à entidade competente, fixando prazo, não inferior a seis meses, para que a omissão seja suprida”.

Uma vez que a ação sob análise apresenta-se sob marcada influência da fiscalização da inconstitucionalidade por omissão (artigo 283º da Constituição portuguesa), é possível utilizar, em certas situações e com as devidas adaptações, as construções doutrinárias e jurisprudenciais acerca do tema, com o intuito de compreender o problema decorrente da falta de norma da Administração⁴⁹³.

Importante destacar, desde logo, que não é toda e qualquer omissão normativa da Administração que poderá ser caracterizada como ilegal. Não

⁴⁹² Maria Sylvia Di Pietro, *Direito...*, p. 105, observa que no Brasil continuam desprotegidas as hipóteses em que a falta de regulamento atinge exclusivamente o cumprimento da legislação infraconstitucional, porquanto a ausência de norma administrativa deve violar de alguma forma a Carta Magna, ainda que reflexamente. Mas, por outro lado, enquanto a Constituição portuguesa não consagrou a possibilidade de controle de omissões inconstitucionais de normas administrativas, uma vez que determina como objeto destas ações as “*omissões de medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais*” (artigo 283º, nº 1), a Constituição brasileira instituiu três remédios para a omissão administrativo-normativa inconstitucional: o mandado de injunção (artigo 5º, LXXI), a ação de inconstitucionalidade por omissão (artigo 103, parágrafo 2º) e a arguição de descumprimento de preceito fundamental (artigo 102, parágrafo 1º).

⁴⁹³ Segundo aqui se defende, em Portugal a relação entre a ação de inconstitucionalidade por omissão (artigo 283º da Carta Magna) e a ação de ilegalidade por omissão (artigo 77º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos) pode ser assim resumida: (a) havendo Constituição e não havendo lei, a questão da inexistência de regulamento sobre a matéria não se coloca, remetendo o problema para o âmbito do artigo 283º; (b) havendo Constituição e lei suficiente e não existindo regulamento, o problema deve ser resolvido no âmbito do artigo 77º; (c) havendo Constituição, lei insuficiente e regulamento suficiente quanto à parte prevista na legislação ordinária incompleta, a questão se resolve no âmbito do artigo 283º; (d) havendo Constituição, lei suficiente e regulamento insuficiente, a questão se resolve no âmbito do artigo 77º; (e) havendo Constituição, lei insuficiente e regulamento insuficiente, nada impede que sejam desencadeadas simultaneamente as ações do artigo 283º e do artigo 77º, cada uma dentro de seus respectivos limites; e (f) havendo Constituição, lei suficiente e regulamento suficiente, evidentemente nenhuma das ações se justifica.

bastará o simples dever geral⁴⁹⁴ de emitir regulamentos para dar fundamento à ação de declaração de ilegalidade por omissão. Esse entendimento, consagrado na doutrina da inconstitucionalidade por omissão, foi também adotado pelo legislador da reforma administrativa, ao estabelecer que a declaração de ilegalidade por omissão será cabível para a verificação de situações em que a norma administrativa seja necessária (e não apenas “desejável” ou “útil”) para dar exequibilidade a atos legislativos carentes de regulamentação (artigo 77º, nº 1, do Código de Processo nos Tribunais Administrativos)⁴⁹⁵.

No entanto, nem sempre tal dever de regulamentação deixará de ser cumprido na sua integralidade⁴⁹⁶, o que levou a doutrina das omissões legislativas inconstitucionais a classificar a inércia em total ou absoluta, e parcial ou relativa. Logo, tal distinção também pode ser aplicada às omissões normativas ilegais, ou seja, a omissão será total quando a Administração se abster integralmente de emitir a norma necessária para dar exequibilidade aos atos legislativos e será parcial quando o Poder Público tiver atuado de forma incompleta ou deficiente no processo de regulamentação exigido. Em qualquer caso, destaque-se, será cabível a ação de declaração da ilegalidade por omissão⁴⁹⁷.

b) Legitimidade ativa

Estão legitimados para propor a ação de ilegalidade o Ministério Público, as demais pessoas e entidades defensoras dos interesses referidos no artigo 9º,

⁴⁹⁴ José Joaquim Gomes Canotilho, *Tomemos a sério o silêncio dos poderes públicos: o direito à emanção de normas jurídicas e a proteção judicial contra as omissões normativas*, in Sálvio de Figueiredo Teixeira, *As Garantias do Cidadão na Justiça*, São Paulo, Saraiva, 1993, p. 354, ao tratar das omissões legislativas inconstitucionais.

⁴⁹⁵ Com tal conceito é possível começar a resolver a questão levantada por Jónatas Machado, *Breves considerações em torno da justiça administrativa*, in Reforma da Justiça Administrativa, *Stvdia Iuridica*, nº 86, 2005, p. 79 e seguintes, para sujeitar à possibilidade de declaração de ilegalidade por omissão as normas regulamentares sob forma de decreto-lei, quando, pelo respectivo silêncio, tornem inexecutáveis as leis que pretendem regulamentar.

⁴⁹⁶ Tratando do poder regulamentar, o Supremo Tribunal Administrativo, no Processo nº 00310/06, julgado em 30.01.2007 (www.stadministrativo.pt), considerou que a Administração, habilitada para o efeito pela lei, pode determinar o “quando” da regulamentação, mas nada exclui que seja investida na faculdade de decidir também sobre “se” deve atuar, de modo a escolher em que circunstâncias, dentre um conjunto mais vasto definido por lei, devem ou não ser emitidos regulamentos.

⁴⁹⁷ Destacando a relação entre lei e regulamento, o Supremo Tribunal Administrativo, no Processo nº 01158/05, julgado em 21.02.2008 (www.stadministrativo.pt), decidiu que não se indicando, na petição, o ato legislativo relativamente ao qual se torna necessário adotar normas de natureza regulamentar, bem como a especificação dos motivos que justificam a necessidade de regulamentação, o pedido de declaração de ilegalidade por omissão improcede.

nº 2⁴⁹⁸, e quem alegue um prejuízo diretamente resultante da situação de omissão⁴⁹⁹.

Destaque-se, nesse ponto, que o Código de Processo nos Tribunais Administrativos exige do particular um prejuízo direto que resulte da omissão, ao contrário do que ocorre com a ação obrigatória geral de impugnação de normas ilegais por ação da Administração, em que basta a previsibilidade do prejuízo em momento próximo.

No que tange à legitimação do Ministério Público e das entidades do artigo 9º, nº 2, independentemente de um interesse concreto lesado, pode-se dizer que se trata de manifestação da natureza objetiva da ação, visando à tutela da ordem jurídica. Já a legitimidade do particular, que depende da existência de prejuízo diretamente resultante da situação de omissão, confere à ação um caráter subjetivo, de garantia de direitos e interesses legalmente protegidos⁵⁰⁰.

c) Efeitos

Uma vez verificada pelo tribunal administrativo a situação de inércia ilegal da Administração, ele dará conhecimento disso à entidade competente, estabelecendo prazo, não inferior a seis meses, para que a omissão seja suprida (artigo 77º, nº 2, do Código de Processo nos Tribunais Administrativos)⁵⁰¹. Observe-se que em virtude do respeito ao princípio da separação de poderes, o legislador, apesar de ter permitido que o Judiciário fixe um prazo para suprimento

⁴⁹⁸ O artigo 9º, nº 2, do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, refere-se à defesa dos valores e bens constitucionalmente protegidos, como a saúde pública, o ambiente, o urbanismo, o ordenamento do território, a qualidade de vida, o património cultural e os bens do Estado, das regiões autónomas e das autarquias locais.

⁴⁹⁹ Mário Aroso de Almeida, *ob. cit.*, p. 30, esclarece que o artigo 9º, nº 2, consagra uma extensão de legitimidade, pois o Código de Processo nos Tribunais Administrativos reconhece ao Ministério Público, às autarquias locais, às associações e fundações defensoras dos interesses em causa e, em geral, a qualquer pessoa singular, enquanto membro da comunidade, o direito de lançar mão de todo e qualquer meio processual, principal ou cautelar, existente no contencioso administrativo, para defesa dos valores que enuncia.

⁵⁰⁰ Lembre-se que a Constituição portuguesa não contemplou a possibilidade de ações populares universais ou de ações individuais para fiscalização de comportamentos omissivos do legislador.

⁵⁰¹ Mário Aroso de Almeida, *ob. cit.*, p. 240, observa que pode dizer-se que o Código procurou, neste domínio, uma via intermédia entre a solução, de alcance mais limitado, de atribuir ao juiz um mero poder de declaração da omissão (que existe em sede de fiscalização da constitucionalidade), e a solução, de alcance mais longo, de lhe atribuir o poder de condenar a Administração à emissão de regulamento devido; portanto, enveredou pelo caminho de instituir uma pronúncia declarativa de conteúdo impositivo.

da omissão, deixou de prever a possibilidade de imposição de sanções na hipótese de descumprimento do *decisum* pela Administração⁵⁰².

Todavia, embora reste ausente previsão expressa acerca da possibilidade de ser aplicada sanção pecuniária compulsória nos casos de ilegalidade por omissão, tal não significa que referida medida coercitiva, já em tese, possa ser afastada: o Código de Processo nos Tribunais Administrativos é claro ao dispor, em seu artigo 3º, nº 2, que para assegurar proteção eficaz ao particulares, os tribunais administrativos podem fixar oficiosamente um prazo para o cumprimento dos deveres que imponham à Administração e aplicar, quando tal se justifique, sanções pecuniárias compulsórias.

Desse modo, segundo aqui se defende, apesar da ausência de norma a densificar a cláusula “*quando tal se justifique*”, não há motivo suficiente para que seja afastada a possibilidade de aplicação da sanção pecuniária compulsória nos casos de ilegalidade por omissão, pois cabe aos tribunais administrativos, em face das circunstâncias do pedido deduzido em juízo, colmatar tal lacuna e utilizar a medida coercitiva quando considerarem razoável, tendo por parâmetro os princípios da Constituição que disciplinam a proteção aos direitos fundamentais, em especial o da tutela jurisdicional efetiva.

Outra solução possível para tornar efetivas as decisões de ilegalidade por omissão é dar ao tribunal, nos casos em que a ação for proposta pelo particular lesado em seus interesses subjetivos, poderes para, na hipótese de a Administração não regulamentar a matéria no prazo estabelecido, garantir o exercício do direito no caso concreto, ou, no mínimo, para assegurar ao autor um título jurídico para obter do Poder Público reparação por perdas e danos⁵⁰³.

⁵⁰² José Carlos Vieira de Andrade, *A Justiça...*, p. 254, entende que apesar da formulação legal apontar para uma pronúncia declarativa, uma sentença associada à fixação de prazo deve ser entendida como condenatória e não apenas como recomendação ou comunicação, embora não esteja especificamente armada com a possibilidade de aplicação de sanções pecuniárias compulsórias e falte, no título reservado ao processo executivo, a previsão normativa dos termos da respectiva execução. Nesse contexto, Mário Aroso de Almeida, *ob. cit.*, p. 241, sustenta que não há sentido em prever a fixação de um prazo razoável para o cumprimento do dever reconhecido pela sentença e não permitir que sua eventual inobservância seja qualificada como um ato de desobediência capaz de habilitar o beneficiário da decisão a desencadear os mecanismos de execução adequados, inclusive com imposição de sanção pecuniária compulsória aos responsáveis pela persistência da omissão.

⁵⁰³ Tal alternativa baseia-se na prática brasileira do mandado de injunção, que apesar de poder dar origem a decisões mais eficazes, assemelha-se à declaração de ilegalidade por omissão quanto à natureza subjetiva contra omissões do Poder Público que ambas apresentam.

Curioso observar, por derradeiro, que o artigo 119º, nº 1, do Código de Procedimento Administrativo, demonstra preocupação ao tentar evitar a ocorrência de omissões normativas ilegais da Administração, ao dispor que os regulamentos necessários à execução das leis em vigor não podem ser objeto de revogação global sem que a matéria seja simultaneamente objeto de nova regulamentação.

5.3.4.4 A impugnação de normas por via incidental

A impugnação indireta ou incidental, também designada impugnação em via de exceção, pode ser requerida no âmbito de um processo de impugnação de atos que as tenham aplicado, para efeito de obter a anulação deles, ou, ainda, noutro processo administrativo, como ação para o reconhecimento de um direito ou interesse legalmente protegido: na via de exceção, pode-se alegar tanto a ilegalidade como a inconstitucionalidade de uma norma administrativa, cabendo, no segundo caso, recurso para o Tribunal Constitucional, depois de esgotados os recursos ordinários.

Caso o tribunal considere procedente a alegação de ilegalidade ou de inconstitucionalidade da norma administrativa, existe a possibilidade de sua aplicação ao caso concreto ser recusada.

Note-se que, em tal hipótese, estar-se-á diante do recurso contencioso de um ato administrativo fundamentado na ilegalidade ou inconstitucionalidade da norma que deu origem ao ato, não perante uma ação de impugnação da norma. Assim, as regras a serem seguidas no processo serão as relativas à impugnação de ato administrativo e não aquelas atinentes à impugnação de norma administrativa.

Em outras palavras, não vigorará, na espécie, a regra da inexistência de prazo para declaração de ilegalidade (artigo 74º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos), devendo-se respeitar o lapso temporal previsto para o recurso do ato administrativo, caso haja vício de anulabilidade (artigo 58º, nº 2, do Código de Processo nos Tribunais Administrativos).

Da mesma forma, a comprovação da ilegalidade da norma administrativa só produzirá efeitos entre as partes do processo, resultando na anulação ou

declaração de nulidade do ato administrativo objeto da ação, não na declaração de ilegalidade da norma, que permanecerá em vigor.

Lembre-se que o pedido de declaração de ilegalidade com força obrigatória geral de uma norma mediatamente operativa poderá ser cumulado com o pedido de anulação ou declaração de nulidade ou inexistência de um ato administrativo, bem como com o pedido de condenação da Administração ao restabelecimento da situação que existiria se o ato não tivesse sido praticado [artigo 4º, nº 2, b), Código de Processo nos Tribunais Administrativos].

Além disso, poderá o pedido de declaração de ilegalidade de uma norma imediatamente operativa, em que não há ato de aplicação para ser impugnado, ser cumulado com pedidos dirigidos à reconstituição da situação atual hipotética e/ou à reparação de danos⁵⁰⁴, uma vez que, devido à operatividade imediata das normas em causa, poderá ter havido repercussões cuja reparação seja necessária⁵⁰⁵.

No entanto, pode-se optar por apenas impugnar o ato de aplicação, como expressamente determina o artigo 52º, nº 2, do Código de Processo nos Tribunais Administrativos. O não exercício do direito de impugnar um ato contido em diploma regulamentar não obsta à impugnação dos seus atos de aplicação ou de execução⁵⁰⁶.

⁵⁰⁴ Diogo Freitas do Amaral e Mário Aroso de Almeida, *Grandes Linhas da Reforma do Contencioso Administrativo*, Coimbra, Almedina, 2002, p. 71.

⁵⁰⁵ José Manuel Sérvulo Correia, *Unidade ou Pluralidade de Meios Processuais Principais no Contencioso Administrativo*, in *Reforma do Contencioso Administrativo: O Debate Universitário*, volume I, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 529.

⁵⁰⁶ O Direito brasileiro adotou o sistema de jurisdição una, pelo qual o Poder Judiciário tem o monopólio da função jurisdicional, isto é, do poder de apreciar, com força de coisa julgada, lesão ou ameaça de lesão a direitos fundamentais. Assim, diferentemente do que ocorre em Portugal, no Brasil foi afastado o sistema da dualidade de jurisdição, no qual, paralelamente ao Judiciário, existem órgãos do contencioso administrativo que exercem, como aquele, função jurisdicional sobre lides que envolvam a Administração Pública. Logo, resta clara, fora os casos de arguição de descumprimento de preceito fundamental e de escassas hipóteses de regulamentos autônomos (artigo 84, VI, da Constituição brasileira), a impossibilidade de normas administrativas serem impugnadas “em abstrato” no Brasil, já que o controle de legalidade a seu respeito apenas pode ser feito a partir do momento em que forem aplicadas a relações jurídicas posteriormente submetidas à apreciação judicial.

6 MANDADO DE INJUNÇÃO

(Artigo 5º, LXXI, da Constituição da República Federativa do Brasil)

6.1 Origens

Na doutrina não existe consenso sobre a origem do mandado de injunção, ação constitucional prevista no Brasil⁵⁰⁷, mas que não foi estabelecida pela Constituição da República Portuguesa.

Assim, há quem entenda ser o mandado de injunção um instituto originário do direito anglo-saxônico, mais precisamente do *writ of injunction* norte-americano, que tem uma aplicação cada vez maior na proteção dos direitos humanos para impedir, por exemplo, violações da liberdade de associação, da liberdade religiosa e contra a denegação de igual oportunidade de educação por razões puramente raciais. Nesse sistema, a injunção é uma providência outorgada com base num juízo de equidade, a requerimento de uma parte, impondo à outra a obrigação de abster-se ou de praticar um ato determinado⁵⁰⁸.

Para outros, o mandado de injunção, no Direito anglo-saxônico, tem objetivos muito mais amplos do que no Direito brasileiro, pois naquele o *writ of injunction* presta-se a solucionar questões de Direito público e privado, sendo considerado um dos remédios extraordinários. Dessa forma, para tal corrente, majoritária no Brasil, predomina o entendimento de que o mandado de injunção é

⁵⁰⁷ Gilmar Ferreira Mendes, *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental*, São Paulo, Saraiva, 2007, p. 267, nota que a adoção, pela Constituição brasileira, de um instituto especialmente destinado à defesa dos direitos subjetivos constitucionalmente assegurados contra a inércia do legislador, não dá ensejo a qualquer dúvida quanto à configuração de um direito subjetivo público a ações positivas de índole normativa por parte do legislador. Segundo o autor, a existência do mandado de injunção também demonstra que o constituinte brasileiro partiu de uma precisa distinção entre a ofensa constitucional a partir de atividade positiva do legislador e a afronta constitucional resultante de silêncio legislativo, o que nem sempre se mostra nítido, principalmente em matéria de omissões parciais.

⁵⁰⁸ José Afonso da Silva, *Curso...*, p. 448-453.

semelhante ao *writ of injunctio* apenas na terminologia, não no conteúdo, porque o conceito, estrutura e finalidades dessa ação não encontram termo de comparação em outros ordenamentos jurídicos: cabe à doutrina e à jurisprudência definir os contornos e objetivos desse importante instrumento constitucional de combate à inefetividade das normas constitucionais que não possuem plena aplicabilidade⁵⁰⁹.

6.2 Conceito

O artigo 5º, LXXI, da Constituição brasileira, fixa a disciplina inicial do mandado de injunção ao prever que ele será concedido “*sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania*”⁵¹⁰.

O Supremo Tribunal Federal decidiu pela plena aplicabilidade do mandado de injunção, independentemente, portanto, de edição de lei infraconstitucional⁵¹¹, em face do artigo 5º, parágrafo 1º, da Constituição, que determina que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata⁵¹².

O mandado de injunção consiste em uma ação constitucional de caráter civil e de procedimento especial⁵¹³, que tem por objeto colmatar lacuna legislativa deixada pelo Poder Público, no intuito de viabilizar o exercício de um direito, de

⁵⁰⁹ Hely Lopes Meirelles, *ob. cit.*, p. 252.

⁵¹⁰ Flávia Piovesan, *ob. cit.*, p. 119, salienta que norma regulamentadora significa toda e qualquer medida necessária para tornar efetiva uma disposição constitucional, o que inclui leis complementares, leis ordinárias, decretos, regulamentos, resoluções e portarias, seja de caráter legislativo, seja de caráter administrativo.

⁵¹¹ Em favor da autoaplicabilidade do mandado de injunção opinam Adhemar Ferreira Maciel, *Mandado de injunção e inconstitucionalidade por omissão*, in *O Direito*, nº 1 e nº 2, 1994, p. 99; Irineu Strenger, *Mandado de Injunção*, Rio de Janeiro, Forense, 1988, p. 33; José Carlos Barbosa Moreira, *Mandado de Injunção*, in *Direito, Política, Filosofia, Poesia*, São Paulo, Saraiva, 1992, p. 507-521; José Joaquim Calmon de Passos, *Mandado de Segurança Coletivo, Mandado de Injunção, Habeas Data: Constituição e Processo*, Rio de Janeiro, Forense, 1989, p. 122; e Ulderico Pires dos Santos, *Mandado de Injunção*, São Paulo, Paumape, 1988, p. 53.

⁵¹² Supremo Tribunal Federal, Mandado de Injunção nº 107, publicado no Diário da Justiça de 02.08.1991. Nesse sentido, José Joaquim Gomes Canotilho, *Tomemos a sério o silêncio...*, p. 364, esclarece que considerar a norma garantidora do mandado de injunção uma norma programática, no sentido de o seu objeto, conteúdo, extensão e limites dependerem de eventual lei reguladora, seria um verdadeiro paradoxo: uma ação constitucional dirigida contra o vazio normativo ficaria inerte em virtude da falta de lei regulamentadora.

⁵¹³ Carlos Augusto Alcântara Machado, *Mandado de Injunção*, São Paulo, Atlas, 2000, p. 44.

uma liberdade ou de uma prerrogativa prevista na Constituição brasileira: juntamente com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, a injunção visa ao combate à síndrome da inefetividade das normas supremas⁵¹⁴. Isso quer dizer que tais remédios foram concebidos diante da experiência histórica de que não bastam normas constitucionais a declarar direitos e assegurar liberdades, se a respectiva legislação integrativa, da qual depende a máxima aplicabilidade da Constituição, não chega a ser editada nos termos exigidos⁵¹⁵.

6.3 Objeto e requisitos

As normas constitucionais que permitem o ajuizamento do mandado de injunção assemelham-se às da ação de inconstitucionalidade por omissão, por dependerem, para alcançar plena aplicabilidade, de uma atuação do Judiciário na colmatação das lacunas deixadas pelo Poder Público no exercício da função normativa.

À luz do disposto no artigo 5º, LXXI, o objeto do mandado de injunção deve corresponder: (a) a todo e qualquer direito e liberdade previstos constitucionalmente⁵¹⁶; e (b) a toda e qualquer prerrogativa inerente à nacionalidade, à cidadania e à soberania, cujo exercício estiver obstado pela falta de norma infraconstitucional integrativa.

Uma longa discussão jurídica foi travada acerca do objeto do mandado de injunção, sendo que três foram as correntes doutrinárias que se apresentaram: (a) a primeira sustenta que a parte final do artigo 5º, LXXI, ao se referir às prerrogativas “*inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania*”, limita o

⁵¹⁴ José Joaquim Gomes Canotilho, *Tomemos a sério o silêncio...*, p. 367, afirma que resta saber como o mandado de injunção poderá ser um passo significativo no contexto da jurisdição constitucional das liberdades. Consoante o autor, tal instrumento só alcançará seus objetivos se: (a) puder, mesmo que modestamente, limitar a arrogante discricionariedade dos órgãos normativos, que ficam calados quando a sua obrigação jurídico-constitucional é emanar regras atuativas de direitos e liberdades constitucionais; (b) conseguir chegar a uma proteção jurídica sem lacunas através de uma vigilância judicial que não extravase da função judicial; e (c) começar a destruir o “rochedo de bronze” da incensurabilidade do silêncio, por meio de pressões jurídicas e políticas.

⁵¹⁵ Sérgio Bermudes, *O mandado de injunção*, in Revista dos Tribunais, nº 642, 1989, p. 23.

⁵¹⁶ Regina Quaresma, *O mandado de injunção e a inconstitucionalidade por omissão: teoria e prática*, Rio de Janeiro, Forense, 1995, p. 49, destaca que, se o objetivo do mandado de injunção é promover a integração harmônica de todas as categorias de direitos e garantias fundamentais, no contexto de um Estado de Direito democrático, não se pode proteger apenas parcela deles; portanto, o mandado de injunção deve ser utilizado para dar efetividade a todos os direitos, incluindo os de ordem social.

alcance da expressão “direitos e liberdades constitucionais” a estes bens jurídicos⁵¹⁷; (b) a segunda entende que a expressão “direitos e liberdades constitucionais” se restringe aos direitos e garantias fundamentais do Título II da Constituição brasileira⁵¹⁸; e (c) a terceira, a que é majoritária e que se adota, considera que os direitos e garantias fundamentais que podem ser protegidos pela injunção não são apenas os constantes no Título II da Carta Maior, mas todos os direitos, liberdades e prerrogativas previstos em qualquer dispositivo da Constituição, tendo em vista a inexistência de restrições no artigo 5º, LXXI.

Entende-se, assim, que o mandado de injunção protege direitos e liberdades constitucionais, e prerrogativas, estas sim, inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania⁵¹⁹.

Portanto, não caberá mandado de injunção para exigir-se uma certa interpretação à aplicação da legislação infraconstitucional⁵²⁰ ou para pleitear uma aplicação “mais justa” da lei existente. Do mesmo modo, não será viável o mandado de injunção contra norma constitucional que já tenha plena aplicabilidade.

Em relação ao objeto, há, ainda, duas discussões dignas de registro.

A primeira diz respeito à utilização do mandado de injunção quando existir legislação integrativa inconstitucional sobre a matéria. Nesse caso, poder-se-ia argumentar que a inconstitucionalidade de norma regulamentadora é equiparável, na prática, à ausência de disposição infraconstitucional sobre dada matéria, em função da invalidade da regra de direito contrária à Constituição. Assim, deveria ser admitida a injunção, cabendo ao legitimado impetrá-la arguindo

⁵¹⁷ Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *ob. cit.*, p. 315-316.

⁵¹⁸ Celso Ribeiro Bastos, *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo, Saraiva, 1990, p. 222.

⁵¹⁹ Flávia Piovesan, *ob. cit.*, p. 140. No mesmo sentido, Celso Antonio Pacheco Fiorillo, *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*, São Paulo, Saraiva, 2006, p. 402-403, entende que as hipóteses de cabimento do mandado de injunção devem ser interpretadas de modo ampliativo, razão pela qual, verificado que o *writ* não tem por objeto apenas a regulamentação das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, pode ele ser utilizado para defesa de todo e qualquer direito constitucional, seja ele difuso, coletivo ou individual (puro ou homogêneo), inclusive em matéria ambiental.

⁵²⁰ Supremo Tribunal Federal, Agravo Regimental no Mandado de Injunção nº 152, publicado no Diário da Justiça de 20.04.1990.

a inconstitucionalidade e, por isso, a ausência de norma capaz de regulamentar o dispositivo constitucional.

Entretanto, tal uso do mandado de injunção é rechaçado pela jurisprudência dos tribunais do Brasil, que afirma não ser cabível o instituto do artigo 5º, LXXI, para a discussão de constitucionalidade, ilegalidade ou descumprimento de norma em vigor, pois apenas a falta de norma regulamentadora é que enseja a impetração⁵²¹.

A segunda questão está relacionada à possibilidade de interposição do mandado de injunção na hipótese de omissões normativas parciais, sobretudo naquelas que impliquem afronta ao princípio da igualdade. Nesse caso, poder-se-ia dizer, por exemplo, na situação de arbitrária exclusão de benefício, que para as pessoas ou grupos desfavorecidos por determinada lei não existe norma regulamentadora sobre a matéria, sendo o mandado de injunção um instrumento útil para suprir tal lacuna.

Contudo, o Supremo Tribunal Federal já afastou essa hipótese, ao afirmar que não cabe mandado de injunção para, sob pretexto de reclamar a edição de norma regulamentadora de dispositivo constitucional, pretender-se a alteração de lei já existente, supostamente incompatível com a Constituição⁵²².

Logo, para a jurisprudência o mandado de injunção somente se refere ao completo vazio de regulamentação de certa norma constitucional⁵²³.

Em verdade, no entanto, segundo aqui se defende, o entendimento dos tribunais nesse aspecto não é o melhor: na hipótese de o vazio normativo decorrer

⁵²¹ Superior Tribunal de Justiça, Mandado de Injunção nº 40, publicado no Diário da Justiça de 10.09.1990.

⁵²² Supremo Tribunal Federal, Mandado de Injunção nº 79, publicado no Diário da Justiça de 24.03.1995. Nesse contexto, Flávia Piovesan, *ob. cit.*, p. 138, observa que, por vezes, especialmente no caso de inércia legislativa parcial que desrespeite o princípio da igualdade, o enfoque do Supremo Tribunal Federal pode se tornar extremamente formalista e contrário à economia processual, ao exigir que por duas vezes o particular recorra ao Judiciário: primeiro para requerer a declaração de inconstitucionalidade da lei pré-existente e, depois, para impetrar mandado de injunção. Assim, conforme a autora, na hipótese em que a inconstitucionalidade da lei pré-existente fosse manifesta, mais conveniente seria equipará-la à falta de norma regulamentadora.

⁵²³ José Carlos Barbosa Moreira, *Mandado de Injunção*, in Revista de Processo, volume 56, 1989, p. 41, esclarece que, ainda que a omissão seja absoluta, se a legislação inexistente se encontra na fase final do processo legislativo, à espera de poucos dias para sua sanção ou promulgação, não é cabível o mandado de injunção.

da inércia do legislador ou do administrador, por evidente deve caber o mandado de injunção nas situações constitucionalmente previstas. Mas não só, pois ainda que haja sido editada legislação integrativa, se esta puder ser considerada total ou parcialmente inconstitucional, tenha ou não ocorrido juízo prévio acerca da questão na via abstrata, caberá o mandado de injunção.

Em outros termos, nada impede que no julgamento do mandado de injunção a inconstitucionalidade por ação, total ou parcial, de certa lei infraconstitucional, seja reconhecida a partir da fiscalização difusa, antes da efetiva solução da controvérsia principal, como é possível acontecer em qualquer caso concreto posto à apreciação do Judiciário. Na sequência, afastada em preliminar a aplicação da norma considerada inconstitucional pelo julgador e configurada a ausência de diploma integrativo, no todo ou em parte, passa-se à apreciação do mandado de injunção propriamente dito, no qual poderá ocorrer a substituição das condições legais consideradas inválidas e a implementação daquelas que se apresentem necessárias para o exercício do direito ou prerrogativa até então regulados por diploma contrário à Constituição.

Note-se que é da essência do controle concreto, tal como construído pela Carta Magna, a possibilidade de ser exercido por qualquer órgão judicial no curso de processo de sua alçada, o que, de resto, é compatível com a competência difusa para o julgamento do mandado de injunção. A decisão, que não é tomada sobre o objeto principal da lide, mas sim sobre questão prévia, indispensável ao julgamento do mérito, tem o condão, apenas, de afastar a incidência da norma viciada⁵²⁴. Como consequência, para efeitos da ação aqui tratada, a inexistência de legislação integrativa deve abranger não só a hipótese de inércia do órgão normativo, mas também as situações em que há edição de lei contrária à Constituição, sendo certo que o juízo de inconstitucionalidade pode ocorrer incidentalmente, nos autos do mandado de injunção, ou em processo autônomo de fiscalização abstrata.

Todavia, deve-se salientar que o reconhecimento preliminar de inconstitucionalidade por meio difuso não pode abranger as omissões normativas, nem mesmo em mandado de injunção, já que estas apenas são verificáveis na forma concentrada e a partir de ação direta, segundo comando constitucional

⁵²⁴ Gilmar Ferreira Mendes, *Direitos Fundamentais...*, p. 247.

expresso. Sucede que, nesse caso, a decisão de inconstitucionalidade em controle incidental é dispensável, pois o mandado de injunção poderá ser ajuizado diretamente para resolver o caso concreto, independentemente da manifestação do Judiciário a respeito de eventuais questões prévias.

Em síntese, são estes os requisitos para o mandado de injunção, consoante proposta ora apresentada: (a) falta de norma reguladora de certa previsão constitucional (inércia normativa do Poder Público ou edição de lei inconstitucional, no todo ou em parte, sobre determinada matéria); (b) impossibilidade de exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania; e (c) nexos de causalidade entre a ausência de legislação integrativa e a inviabilidade de exercício do direito, liberdade ou prerrogativa⁵²⁵.

6.4 Legitimidade ativa e passiva

O mandado de injunção poderá ser ajuizado por qualquer pessoa que tenha o exercício de um direito, liberdade ou prerrogativa constitucional inviabilizado pela falta de norma regulamentadora da Constituição Federal⁵²⁶. Anote-se que, apesar da inexistência de previsão expressa da Lei Fundamental brasileira, é plenamente possível o mandado de injunção coletivo, tendo sido reconhecida, pelo Supremo Tribunal Federal, a legitimidade ativa das associações de classe devidamente constituídas⁵²⁷.

O sujeito passivo será sempre uma pessoa estatal, pois somente ao Poder Público é imputável o encargo constitucional de emanção de provimento normativo para dar plena aplicabilidade à disposição da Carta Magna. Em outras palavras, os particulares não se revestem de legitimidade passiva para o mandado de injunção⁵²⁸, ainda que apenas estes, e não os órgãos públicos, venham a ser

⁵²⁵ Superior Tribunal de Justiça, Mandado de Injunção nº 169, publicado no Diário da Justiça de 25.03.2002.

⁵²⁶ Flávia Piovesan, *ob. cit.*, p. 126.

⁵²⁷ Supremo Tribunal Federal, Mandado de Injunção nº 361, publicado no Diário da Justiça de 23.09.1994.

⁵²⁸ Supremo Tribunal Federal, Agravo Regimental em Mandado de Injunção nº 335, publicado no Diário da Justiça de 19.12.1994. Em sentido contrário, mas sem razão, Walter Claudius Rothenburg, *Inconstitucionalidade por Omissão e Troca de Sujeito*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005, p. 69, sustenta que deve figurar no polo passivo do mandado de injunção aquele que se encontra em condições de satisfazer o direito constitucionalmente previsto, não apenas órgão público estatal, mas também um particular.

obrigados, na prática, ao cumprimento da legislação integrativa que acabe por entrar em vigor.

Nesse passo, quando a lacuna no ordenamento jurídico for decorrente de inércia ou de insuficiência do legislador federal, o mandado de injunção deverá ser ajuizado em face do Congresso Nacional (assim considerado o Senado e a Câmara dos Deputados, já que o regime vigente no Brasil em tal nível é o da bicameralidade), salvo se a iniciativa de lei for privativa do Presidente da República (Constituição brasileira, artigo 61, parágrafo 1º), quando, então, o legitimado passivo para o mandado de injunção será o chefe do Executivo federal⁵²⁹.

6.5 Procedimento e competência

Em relação ao procedimento, no mandado de injunção serão observadas, no que couberem, as normas atinentes ao mandado de segurança, constantes na Lei nº 12.016/2009. Desse modo, o julgador, ao despachar a inicial, notifica o órgão inerte do conteúdo do mandado de injunção ajuizado, a fim de que preste as informações que achar necessárias. Depois, será ouvido o representante do Ministério Público, com posterior remessa dos autos ao órgão judicial competente para proferir a decisão.

Quanto à competência para o julgamento do mandado de injunção, pode-se dizer que ela é estabelecida não em função da autoridade ou do órgão que venha a ser obrigado a suportar os efeitos da sentença, mas em razão da autoridade ou órgão constitucionalmente incumbido da elaboração da norma regulamentadora faltante⁵³⁰.

Sendo assim, o artigo 102, I, alínea q), da Constituição brasileira, atribui ao Supremo Tribunal Federal competência originária para processar e julgar o mandado de injunção quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, da Mesa de uma dessas casas legislativas, do

⁵²⁹ Supremo Tribunal Federal, Agravo Regimental em Mandado de Injunção nº 153, publicado no Diário da Justiça de 30.03.1990.

⁵³⁰ Carlos Mário Velloso, *A nova feição do mandado de injunção*, in Revista Trimestral de Direito Público, volume II, 1993, p. 281.

Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal.

A Constituição do Brasil prevê, ainda, no artigo 105, I, alínea h), competir ao Superior Tribunal de Justiça processar e julgar originariamente o mandado de injunção quando a elaboração da norma regulamentadora faltante for atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta ou indireta, excetuados os casos cuja competência é atribuída ao Supremo Tribunal Federal e aos órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal⁵³¹.

Por derradeiro, também o artigo 121, parágrafo 4º, V, da Constituição brasileira, configura regra de competência, pois prevê que caberá ao Tribunal Superior Eleitoral julgar, em grau de recurso, o mandado de injunção que tiver sido denegado pelo Tribunal Regional Eleitoral.

Além disso, a lei poderá, respeitadas as hipóteses já destacadas e previamente definidas na Constituição, regulamentar a competência remanescente para outros casos de mandado de injunção.

6.6 Decisão e efeitos

Em relação à natureza jurídica e aos efeitos da decisão no mandado de injunção, há variadas opiniões doutrinárias e jurisprudenciais. Sendo assim, os diversos posicionamentos acerca do tema podem ser divididos em duas grandes correntes, a saber, a concretista e a não concretista.

Pela posição *concretista*, presentes os requisitos constitucionais exigidos para o mandado de injunção, o Poder Judiciário, através de decisão

⁵³¹ Carlos Roberto de Siqueira Castro, *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*, Rio de Janeiro, Forense, 1989, p. 365, salienta, a respeito das regras de competência originária do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça para processar e julgar o mandado de injunção, que a Carta Magna brasileira não suprimiu a jurisdição dos órgãos do Poder Judiciário de primeira instância para a apreciação da garantia constitucional de que se cogita. Nem seria adequado, conforme o autor, que uma ação de matriz constitucional voltada para a proteção do cidadão em face de omissões normativas do Poder Público pudesse constituir monopólio de apenas dois tribunais, ambos sediados em Brasília, o que, por certo, em um país com as dimensões do Brasil, inviabilizaria a utilização de tal instrumento pela maior parte do povo.

constitutiva, declara a existência da inércia administrativa ou legislativa⁵³² e implementa o exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa constitucional, até que sobrevenha regulamentação do poder competente. Essa posição divide-se em duas espécies, ou seja, concretista geral e concretista individual, conforme a abrangência de seus efeitos:

(a) Pela *concretista geral*, a decisão do Poder Judiciário terá efeitos *erga omnes*, implementando a completa eficácia da norma constitucional através de uma normatividade geral, até que o vazio seja preenchido pelo órgão competente. Essa posição é pouco aceita na doutrina, pois ao proclamar, em sede de mandado de injunção, uma decisão com efeitos *erga omnes*, estaria o juiz, ou tribunal que decidisse o litígio, exercendo função do Poder Legislativo, o que seria incompatível, em tese, com a separação de poderes⁵³³;

(b) Pela *concretista individual*, a decisão do Judiciário só produzirá efeitos para o autor do mandado de injunção, que poderá exercer plenamente o direito, liberdade ou prerrogativa prevista na Constituição. Assim, o mandado de injunção não tem por objeto a emanção, a cargo do juiz, de legislação integrativa com eficácia *erga omnes*, pois apenas viabiliza, no caso concreto, o exercício de um direito constitucional perturbado pela falta de atuação do legislador. Se a sentença judicial pretendesse ser uma norma com valor de lei, ela seria considerada nula por usurpação de poderes, ao menos em princípio.

Esta espécie, a seu turno, se subdivide em outras duas, isto é, direta e intermediária:

⁵³² Walter Claudius Rothenburg, *Inconstitucionalidade...*, p. 65-66, esclarece que, usualmente, pensa-se no cabimento do mandado de injunção apenas quando falta regulamentação num primeiro nível, quer dizer, ato normativo imediatamente exigido por norma constitucional, seja de cariz legislativo (do tipo "lei"), seja de origem administrativa (do tipo "regulamento"). No entanto, segundo o autor, quando o cumprimento do comando constitucional demanda integração por via de lei, pode ocorrer que a Carta Magna não reste suficientemente densificada com uma primeira regulamentação (em nível legal), exigindo, ainda, uma segunda complementação normativa (em nível regulamentar) para que se possa considerar plenamente aplicável o dispositivo constitucional. Nessa hipótese, apesar de já editada a disposição legislativa, continua possível o acesso ao Judiciário para suprir a lacuna normativa oriunda da falta de norma administrativa.

⁵³³ Nuno Piçarra, *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional*, Coimbra, Coimbra Editora, 1989, p. 262, afirma que ganha progressiva importância, na atualidade, o entendimento do princípio da separação dos poderes como princípio de organização ótima das funções estaduais, cujo contributo tem sido significativo para precisar sua capacidade de fornecer critérios de solução quanto à exata delimitação de competências entre os órgãos constitucionais, sobretudo nos casos mais problemáticos, como o controle jurisdicional da discricionariedade administrativa e da inconstitucionalidade por omissão.

(b.1) Pela primeira, *concretista individual direta*, o Poder Judiciário, imediatamente ao julgar procedente o mandado de injunção, trata de implementar a eficácia da norma constitucional ao autor, beneficiando apenas o sujeito ativo da ação;

(b.2) Pela segunda, *concretista individual intermediária*, depois de o mandado de injunção ser julgado procedente fixa-se prazo para que o órgão competente elabore a norma regulamentadora. Ao término desse lapso temporal, se o vazio permanecer, o Judiciário deve estabelecer as condições necessárias ao exercício do direito por parte do autor. Contudo, tal entendimento é difícil de ser aceito, pois o julgador, ao fixar prazo para a edição de legislação integrativa como requisito para a adoção das medidas judiciais cabíveis, acaba por interferir desnecessariamente na esfera de atuação de outro Poder, ainda mais em hipótese não expressamente prevista na Constituição e com ofensa ao princípio da separação de poderes⁵³⁴.

Pela posição *não concretista*, adotada como regra pelo Supremo Tribunal Federal até bem pouco tempo, não é possível estabelecer, desde logo, as condições viabilizadoras do exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa constitucionalmente prevista, pois é atribuído ao mandado de injunção o simples efeito de reconhecimento formal da inércia do Poder Público. Todavia, esse entendimento é criticável, por tornar os efeitos do mandado de injunção idênticos aos da ação de inconstitucionalidade por omissão (Constituição brasileira, artigo 103, parágrafo 2º), apesar de serem institutos diversos.

Nesse contexto, dentre as citadas opiniões aquela que expressa a real potencialidade do mandado de injunção e permite aos tribunais assegurar ao impetrante o exercício imediato dos direitos, liberdades e prerrogativas constitucionais é a *concretista individual direta*. Tal é assim, porque dessa forma o Poder Judiciário, ao enfrentar as lacunas inconstitucionais, pode criar normas individuais válidas para o caso concreto, com efeitos de coisa julgada, sendo certo que a eliminação das omissões legislativas do sistema jurídico, como um todo, será feita pelo Legislativo, em regra, quando da elaboração da norma jurídica geral e abstrata faltante.

⁵³⁴ Maria Sylvania Di Pietro, *Direito...*, p. 726-731, e Alexandre de Moraes, *ob. cit.*, p. 156-166.

Em outros termos, no julgamento do mandado de injunção os tribunais competentes, através do processo de concretização, podem emprestar eficácia a preceito da Constituição que reclame regulamentação: se for possível atribuir razoável eficácia à norma suprema sem a intervenção do Legislativo, devem os julgadores aplicá-la, ao fundamento de que o legislador não honrou o encargo que lhe foi imposto pela Carta Magna⁵³⁵.

Além disso, tal perspectiva permite ver no mandado de injunção um instrumento que traduz possibilidades genuínas de eficácia da Constituição, a depender do grau de responsabilidade do Poder Judiciário na tarefa de concretizar as normas supremas carecedoras de densificação. Todavia, não se pretende, com isso, que os juízes desempenhem funções que são próprias dos legisladores (ou seja, a produção de atos legislativos), ou mesmo dos administradores (isto é, a prática de atos administrativos): o que se sustenta é atribuir ao Judiciário poderes que estejam de acordo com a função tradicional da sentença, que é resolver o caso concreto⁵³⁶, salvo em situações extremas, já referidas, em que casuisticamente o julgador deve estar autorizado a atuar mesmo em abstrato.

Saliente-se que o mandado de injunção produz efeitos a partir do momento em que é executado por meio de comunicação ao Poder, órgão ou autoridade competente para cumpri-la, nos termos indicados na decisão judicial. Essa comunicação equivale à ordem de execução do julgado, que é mandamental e poderá ser feita por ofício, com a transcrição completa da decisão a ser cumprida. Sendo assim, na execução o impetrado deverá atender ao decidido, conforme fixado pelo Judiciário, e possibilitar ao impetrante o exercício de seu direito ou liberdade constitucional a partir dos parâmetros estabelecidos pelo julgado⁵³⁷, como se a norma regulamentadora tivesse sido efetivamente expedida nos termos exigidos pela Constituição.

6.7 O novo entendimento do Supremo Tribunal Federal

Em raras situações o Supremo Tribunal Federal havia deixado de manifestar a posição não concretista antes da decisão no Mandado de Injunção nº

⁵³⁵ Gilmar Ferreira Mendes, *Controle de constitucionalidade...*, p. 57-59.

⁵³⁶ Flávia Piovesan, *ob. cit.*, p. 170-171.

⁵³⁷ Hely Lopes Meirelles, *ob. cit.*, p. 265.

721, cuja análise será feita adiante, por configurar verdadeiro ponto de viragem da jurisprudência do guardião da Constituição sobre o assunto.

Assim, por exemplo, em uma ocasião o Supremo havia adotado a posição concretista individual intermediária⁵³⁸, com declaração do estado de mora em que se encontrava o Congresso Nacional, para exigir que no prazo de seis meses fossem tomadas as providências legislativas necessárias ao cumprimento da imposição decorrente do artigo 195, parágrafo 7º, da Lei Fundamental do Brasil⁵³⁹, sob pena de vencido o lapso temporal sem o cumprimento da obrigação passasse o requerente a usufruir do benefício fiscal constitucionalmente previsto.

Em outra oportunidade, o Supremo Tribunal Federal havia feito uso da posição concretista individual direta⁵⁴⁰: nesse caso, e na ausência de lei, o impetrante exigia reparação econômica por danos causados por portarias do Ministério da Aeronáutica, com base no artigo 8º, parágrafo 3º, do Ato das Disposições Transitórias⁵⁴¹. Decidiu o Supremo Tribunal Federal que, passados então quatorze anos da ordem de legislar fixada constitucionalmente, e tendo ele mesmo cientificado o Congresso Nacional anteriormente, como resultado de outros mandados de injunção sobre tema idêntico, deveria ser assegurado ao impetrante o imediato exercício do direito à indenização, mediante ação de liquidação e independentemente de sentença condenatória.

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal, que nas decisões acima já havia sinalizado a mudança de posicionamento acerca dos efeitos da ação sob análise, definitivamente alterou sua opinião a partir do julgamento do caso da aposentadoria especial do servidor público, afirmando que a timidez inicial quanto ao alcance do instituto e o zelo excessivo à separação de poderes deveriam ser superados em virtude da frustração gerada pela postura até então adotada, que transformou o mandado de injunção em ação simplesmente declaratória do ato

⁵³⁸ Supremo Tribunal Federal, Mandado de Injunção nº 232, publicado no Diário da Justiça de 27.03.1992.

⁵³⁹ Artigo 195, parágrafo 7º: “São isentas de contribuição para a seguridade social as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei”.

⁵⁴⁰ Supremo Tribunal Federal, Mandado de Injunção nº 562, publicado no Diário da Justiça de 20.06.2003.

⁵⁴¹ Artigo 8º, parágrafo 3º: “Aos cidadãos que foram impedidos de exercer, na vida civil, atividade profissional específica, em decorrência das Portarias Reservadas do Ministério da Aeronáutica nº S-50-GM5, de 19 de junho de 1964, e nº S-285-GM5, será concedida reparação de natureza econômica, na forma que dispuser lei de iniciativa do Congresso Nacional e a entrar em vigor no prazo de doze meses a contar da promulgação da Constituição”.

omissivo e resultou em algo que não interessa ao cidadão no tocante à prestação jurisdicional⁵⁴².

Nesse contexto, o artigo 40, parágrafo 4º, da Constituição brasileira, dispõe que a aposentadoria especial no serviço público, em razão do exercício de atividades de risco ou em condições capazes de prejudicar a saúde ou a integridade física do servidor, será deferida quando preenchidos requisitos e critérios diferenciados, a serem definidos em lei complementar. Contudo, depois de vinte anos da promulgação da Carta Magna de 1988, até então a legislação infraconstitucional exigida sobre a matéria ainda não fora editada, impedindo o exercício do direito garantido pela *lex superior*.

Em razão disso, a impetrante, funcionária do Ministério da Saúde, ajuizou mandado de injunção no Supremo Tribunal Federal dirigindo-o contra o Presidente da República, a quem cabe a iniciativa de lei em matéria de aposentadoria e reforma dos servidores públicos no Direito brasileiro⁵⁴³, alegando ter exercido atividade insalubre por mais de vinte e cinco anos, já que por tal período manteve contato com agentes nocivos, próprios de ambientes hospitalares.

Assim, o mandado de injunção foi intentado porque a lei complementar referida pelo artigo 40, parágrafo 4º, da Constituição brasileira, ainda não havia sido elaborada nos termos exigidos, o que estaria inviabilizando o exercício do direito de aposentadoria da impetrante, com requerimento para que o Supremo Tribunal Federal suprisse o vazio normativo e assegurasse as condições para que a reforma pudesse ocorrer.

O Presidente da República, a partir de informações prestadas pela Advocacia Geral da União, sustentou ser faculdade do Estado aprovar ou não a legislação integrativa exigida pela Constituição, até pelo receio de que as exceções suficientes para autorizar a aposentadoria especial fossem tantas que se tornariam regras.

⁵⁴² Supremo Tribunal Federal, Mandado de Injunção nº 721, julgado em 30.08.2007 e publicado no Diário da Justiça de 30.11.2007.

⁵⁴³ Artigo 61, parágrafo 1º, II, alínea c), da Constituição brasileira: “São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que: (...) II – disponham sobre: (...) c) servidores públicos da União e Territórios, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria”.

A Procuradoria Geral da República, a seu turno, na condição de *custos legis*, emitiu parecer a respeito, considerando não ser cabível o mandado de injunção *in casu* porque a simples referência à definição em lei complementar, inscrita no artigo 40, parágrafo 4º, da Constituição, não cria direito subjetivo à aposentadoria pelo exercício de atividades insalubres, penosas ou perigosas, e não gera obrigatoriedade do legislador infraconstitucional editar a norma regulamentadora faltante. Além disso, ainda segundo a Procuradoria, o juízo político acerca da conveniência e oportunidade da edição da lei complementar pleiteada não pode ser substituído pela decisão judicial, sob pena de invasão desautorizada da esfera de atuação dos demais poderes da República.

Decidindo a questão, o Supremo Tribunal Federal considerou que foi justamente em razão de disposições como a do artigo 40, parágrafo 4º, que a Constituição brasileira previu o mandado de injunção, isto é, para que o pronunciamento judicial ganhasse contornos mandamentais, respeitadas as balizas subjetivas da impetração, e para que houvesse um instrumento capaz de conferir maior concretude à Lei Fundamental: cabe ao guardião da Constituição, porque por esta autorizado, estabelecer para o caso concreto, e pelo menos até que a lei complementar exigida seja editada, parâmetros para o exercício do direito assegurado constitucionalmente, não sendo correta a ideia segundo a qual a Carta Magna teria atribuído mera faculdade para elaboração do diploma legal integrativo.

Além disso, também ficou consignado que apesar de a decisão judicial implicar a produção de norma para o caso concreto, a partir de interpretação sistemática do Direito, não há que se falar em agressão à separação de poderes, mesmo porque foi a própria Carta Magna que instituiu o mandado de injunção. De resto, segundo o guardião da Constituição, não se deve esquecer que o Judiciário não tem apenas o poder, mas sim o poder-dever de formular supletivamente a norma regulamentadora não elaborada pelo Legislativo, nos termos constitucionalmente fixados.

Dessa maneira, tendo em vista a necessidade de ser suprimida a lacuna legislativa oriunda da falta de concretização do artigo 40, parágrafo 4º, da Constituição brasileira, o Supremo Tribunal Federal decidiu que à aposentadoria especial no serviço público deveria ser aplicada a regra sobre a matéria existente

quanto ao regime privado, assegurando à impetrante o exercício imediato do direito por ela invocado⁵⁴⁴.

Posteriormente, no julgamento do Mandado de Injunção nº 708, o Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o caso do direito de greve no serviço público⁵⁴⁵, ratificou sua mudança de opinião a respeito do instituto sob análise e confirmou os fundamentos que lançara quando do julgamento do Mandado de Injunção nº 721.

6.8 Mandado de injunção e ação de inconstitucionalidade por omissão

Embora o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão sejam assemelhadas por terem como objetivo suprir o vazio deixado pelo legislador em razão do incumprimento dos mandamentos constitucionais, ditas ações apresentam distinções relevantes e que devem ser destacadas, para melhor compreensão do alcance de cada um dos institutos⁵⁴⁶.

De tal sorte, é possível afirmar que o mandado de injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão diferenciam-se em cinco aspectos⁵⁴⁷, conforme segue:

⁵⁴⁴ Nesse contexto, o artigo 57 da Lei nº 8.213/91 determina que a aposentadoria especial é devida, uma vez cumprida a carência exigida, ao segurado que tiver trabalhado em condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco anos), a partir do regime previsto nos artigos 64 a 70 do Decreto nº 3.048/99.

⁵⁴⁵ Supremo Tribunal Federal, Mandado de Injunção nº 708, julgado em 25.10.2007 e publicado no Diário da Justiça de 31.10.2008. Nesse cenário, o artigo 37, VII, da Constituição brasileira, dispõe que o direito de greve, na Administração Pública, será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica, que até agora não foi editada. Em virtude de tal situação, o Sindicato dos Trabalhadores em Educação do Município de João Pessoa, na Paraíba, ajuizou mandado de injunção contra o Congresso Nacional, tendo por objetivo dar plena aplicabilidade à norma constitucional de efeitos limitados e total viabilidade ao exercício do direito tolhido em face da inércia legislativa. Como resultado, o Supremo Tribunal Federal conheceu do mandado de injunção e acolheu a pretensão nele deduzida para que, enquanto não suprida a omissão legislativa, fosse aplicada ao exercício do direito de greve dos servidores públicos a disciplina constante na Lei nº 7.783/89, que trata do direito de greve dos trabalhadores da iniciativa privada, colmatando lacuna existente no sistema, apesar da natureza diversa dos serviços envolvidos.

⁵⁴⁶ Em razão das diferenças existentes entre os institutos não é possível transformar mandado de injunção em ação direta de inconstitucionalidade por omissão e vice-versa. Consoante decidiu o Supremo Tribunal Federal, Mandado de Injunção nº 395, publicado no Diário da Justiça de 11.09.1992, não existe nessa matéria o instituto da fungibilidade de ações, a permitir que o juiz, de ofício ou a pedido decorrente de dúvida do autor, tenha uma ação (a própria) por outra (a imprópria), restando juridicamente impossível o pedido de conversão do mandado de injunção em ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

⁵⁴⁷ Flávia Piovesan, *ob. cit.*, p. 179-182.

(a) *Quanto aos legitimados ativos*: podem propor a ação de inconstitucionalidade por omissão o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, o Procurador-Geral da República, a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador de Estado ou do Distrito Federal, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados, partido político com representação no Congresso Nacional e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. O mandado de injunção, por sua vez, pode ser impetrado por toda e qualquer pessoa, preenchidas as regras processuais fixadas para a propositura das ações em geral;

(b) *Quanto à competência*: na ação de inconstitucionalidade por omissão o órgão competente para julgamento é unicamente o Supremo Tribunal Federal (hipótese de competência concentrada), enquanto no mandado de injunção a competência pode se estender para outros órgãos jurisdicionais, ou seja, ao Superior Tribunal de Justiça, à Justiça Militar, à Justiça Eleitoral, à Justiça do Trabalho e à Justiça Federal (hipótese de competência difusa);

(c) *Quanto ao procedimento*: a ação de inconstitucionalidade por omissão segue o procedimento previsto na Lei nº 9.868/99, alterada pela Lei nº 12.063/2009 (artigo 12-A a artigo 12-H). O mandado de injunção, a seu turno, segue o rito do mandado de segurança, estabelecido pela Lei nº 12.016/2009, nos termos do artigo 24, parágrafo único, da Lei nº 8.038/90;

(d) *Quanto ao objeto*: na ação de inconstitucionalidade por omissão ocorre o controle abstrato, enquanto no mandado de injunção dá-se a fiscalização concreta do vazio legislativo⁵⁴⁸, ou seja, naquela o objetivo é tornar efetiva uma norma constitucional, saneando a ordem jurídica, e, neste, o intento é tornar viável o exercício de direitos e liberdades assegurados pela Constituição. Em outras palavras, na ação de inconstitucionalidade constata-se a inércia e no mandado de injunção declara-se o direito, ou, como é preferível e aqui se defende, aquela trata de omissões, enquanto este cuida de lacunas;

⁵⁴⁸ Conforme esclarece Eros Roberto Grau, *A ordem econômica na Constituição de 1988*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1991, p. 293, não é objeto do mandado de injunção obter do Judiciário o desempenho de funções normativas que são próprias do Legislativo e do Executivo. Segundo o autor, o que se quer, sob o manto do princípio da supremacia da Constituição, é fornecer ao Judiciário os meios pelos quais ele possa assegurar a pronta exequibilidade dos direitos e garantias constitucionalmente previstos, sem que daí se possa retirar uma atribuição indiscriminada para estatuir normas abstratas e gerais.

(e) *Quanto aos efeitos*: na ação de inconstitucionalidade por omissão os efeitos são *erga omnes*, pela própria natureza do controle abstrato; no mandado de injunção os efeitos são *inter partes*, restritos ao caso concreto⁵⁴⁹.

Na verdade, os efeitos do mandado de injunção tornam claro o motivo pelo qual essa ação constitucional não é meio de resolução de omissões, mas forma de colmatação de lacunas. Explique-se: embora o cabimento do mandado de injunção, em tese, dependa da existência de vazio inconstitucional, assim consideradas a atuação normativa deficiente e a inércia do legislador ou do administrador que deixa de concretizar determinada norma da Constituição, na prática a procedência da ação em tela não completa a ordem jurídica, limitando-se a resolver o caso concreto.

Em outras palavras, embora a procedência do mandado de injunção venha a resolver uma lacuna, permitindo ao impetrante o exercício de determinado direito, tal situação não afasta a possibilidade de ser ajuizada e julgada procedente eventual ação direta de inconstitucionalidade por omissão sobre a mesma matéria. Assim, o mandado resolveria a lacuna, enquanto a ação direta, ainda que posterior ao deferimento da injunção e relativa a idêntico vazio, poderia ser julgada procedente com efeitos *erga omnes*⁵⁵⁰.

⁵⁴⁹ Recentemente, a legislação infraconstitucional brasileira passou a prever a possibilidade de medida cautelar em ação de inconstitucionalidade por omissão, a ser concedida em caso de urgência e relevância da matéria e por decisão da maioria absoluta dos membros do Supremo Tribunal Federal. Tal medida cautelar poderá consistir na suspensão da aplicação da lei ou do ato normativo questionado, no caso de omissão parcial, bem como na suspensão de processos judiciais ou de procedimentos administrativos, ou, ainda, em outra providência a ser fixada pelo Tribunal (artigo 12-F e artigo 12-G da Lei nº 12.063/2009).

⁵⁵⁰ Gilmar Ferreira Mendes, *Direitos Fundamentais...*, p. 208, considera que a ampla legitimação conferida ao controle abstrato, com a possibilidade de se enviar qualquer questão constitucional ao Supremo Tribunal Federal, operou uma mudança substancial no modelo de fiscalização da constitucionalidade até então vigente no Brasil. Em outros termos, a Constituição de 1988 reduziu o significado do controle de constitucionalidade incidental ou difuso ao ampliar a legitimação para propositura da ação direta de inconstitucionalidade, permitindo que praticamente todas as controvérsias constitucionais relevantes sejam apreciadas por meio de fiscalização abstrata. Todavia, o raciocínio do autor não se aplica às omissões inconstitucionais, uma vez que debates importantes são travados no Supremo Tribunal Federal sobre o assunto, mas o guardião da Constituição efetivamente não põe fim ao silêncio legislativo. Portanto, considerando que a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção são institutos criados para a apreciação de problema semelhante, ainda que com efeitos distintos, duas são as conclusões desde já possíveis: (a) a diminuição da relevância do controle abstrato das omissões no Brasil, já insuficiente pela própria forma como foi concebido pelo constituinte originário, sobretudo em face do novo perfil atribuído pela jurisprudência ao mandado de injunção; e (b) o progressivo acúmulo de mandados de injunção no Supremo Tribunal Federal, pois em vez de determinada omissão ser desde logo excluída a partir de um único processo de fiscalização abstrata, com efeitos *erga omnes*, várias injunções com efeitos *inter partes* serão necessárias para suprir em concreto o vazio normativo deixado pelo legislador ordinário.

7 ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

(Artigo 102, parágrafo 1º, da Constituição da República Federativa do Brasil)

7.1 Origens

A arguição de descumprimento de preceito fundamental brasileira foi inspirada na Constituição Federal alemã, que prevê a “reclamação constitucional”, ou “queixa constitucional” (*Verfassungsbeschwerde*)⁵⁵¹, cuja importância dá a característica de sua essência: proteger a todos contra o descumprimento de preceitos constitucionais fundamentais perpetrado pelo Poder Público⁵⁵². Na Alemanha, portanto, é da natureza de tal ação ser deduzida por qualquer pessoa no Tribunal Constitucional Federal⁵⁵³. Todavia, apesar de o instituto alemão ter sido utilizado como modelo pela Constituição brasileira para a criação da arguição de descumprimento⁵⁵⁴, não se admite no Brasil o manejo desse meio processual pelos cidadãos em geral, ainda que comprovadamente lesados.

Do mesmo modo, a arguição de descumprimento também teve influência da Constituição espanhola, que prevê ação análoga denominada “recurso de

⁵⁵¹ Artigo 93, nº 4a, da Constituição alemã.

⁵⁵² Luís Afonso Heck, *O Tribunal Constitucional Federal e o Desenvolvimento dos Princípios Constitucionais: Contributo para uma Compreensão da Jurisdição Constitucional Federal Alemã*, Porto Alegre, Fabris Editor, 1995, p. 141, observa a duplicidade de fundamento da *Verfassungsbeschwerde*, afirmando existir um papel subjetivo e uma função objetiva no instituto. De fato, por meio da reclamação constitucional germânica é possível que: (a) qualquer pessoa dirija-se ao Tribunal Constitucional Federal em caso de desrespeito a direitos fundamentais cometido pelo Poder Público; e (b) sejam preservados o ordenamento jurídico constitucional e a integridade da Lei Fundamental, servindo à sua interpretação e desenvolvimento ao afastar eventual violação cometida pelo legislador infraconstitucional. No mesmo sentido expõe Peter Häberle, *O recurso de amparo no sistema germânico de justiça constitucional*, in *Sub Judice*, nº 20 e nº 21, 2001, p. 33-64.

⁵⁵³ Nelson Nery Jr., *Código de Processo Civil Comentado*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, p. 1480.

⁵⁵⁴ Jorge Miranda, *Manual...*, tomo VI, p. 115, analisando o sistema brasileiro, esclarece que a arguição de descumprimento de preceito fundamental é um meio de defesa de direitos fundamentais passível de utilização quando esgotadas ou inviáveis as demais alternativas (subsidiariedade), aproximável da *Verfassungsbeschwerde* alemã. Nesse contexto, aqui se acrescenta para afirmar que a arguição de descumprimento brasileira também é semelhante ao recurso de amparo espanhol.

amparo⁵⁵⁵, que só cabe contra atos do Poder Público, seja porque vulneraram diretamente liberdades públicas ou outros direitos fundamentais, seja porque não puseram termo a tal violação, devendo tê-lo feito.

Em síntese, tanto na Alemanha como na Espanha o recurso de amparo pode ser interposto no Tribunal Constitucional por qualquer pessoa que se considere prejudicada, tendo por objeto ações ou omissões do Executivo, do Legislativo e do Judiciário⁵⁵⁶.

Nesse cenário, o artigo 102, parágrafo 1º, da Carta Magna brasileira, prevê que “a arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei”. E o diploma legal constitucionalmente exigido acabou por ser editado, já que as normas de processo e julgamento da arguição, consistente em espécie de queixa constitucional ou de recurso de amparo de julgamento exclusivo do Supremo Tribunal Federal, como expressão do controle concentrado, se encontram fixadas na Lei nº 9.882/99.

Com efeito, quando se considera o rol de legitimados ativos (que são os mesmos da ação declaratória de constitucionalidade e das ações diretas de inconstitucionalidade, entre estas a de verificação das omissões legislativas), a competência, a natureza do pronunciamento (que poderá declarar em tese a inconstitucionalidade ou constitucionalidade de ato normativo), a eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante atribuído às decisões, verifica-se que a arguição de descumprimento de preceito fundamental, ao menos no Brasil, aproxima-se muito mais da fiscalização abstrata do que do controle concreto, configurando, assim, um instrumento destinado preponderantemente à defesa da ordem constitucional, com caráter de processo objetivo⁵⁵⁷.

⁵⁵⁵ Artigo 53, nº 2, da Constituição espanhola.

⁵⁵⁶ Javier Pérez Royo, *ob. cit.*, p. 366.

⁵⁵⁷ Ingo Wolfgang Sarlet, *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Alguns Aspectos Controversos*, in André Ramos Tavares e Walter Claudius Rothenburg, *ob. cit.*, p. 156. Além disso, Walter Claudius Rothenburg, *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental*, in André Ramos Tavares e Walter Claudius Rothenburg, *ob. cit.*, p. 201-202, sustenta que a arguição pode ter por objeto tanto lesões concretas resultantes de ato do Poder Público, como lesões em tese, de índole normativa. Segundo o autor, tal natureza ambivalente do instituto pode desencadear quer o controle concreto, quer o controle abstrato da Constituição, mas sempre concentrado e de competência do Supremo Tribunal Federal, que poderá ser acionado diretamente, embora não imediatamente, em virtude da natureza subsidiária de que a arguição de descumprimento de preceito fundamental em regra se reveste.

Note-se que com a criação do instituto aperfeiçoou-se o sistema brasileiro de controle da constitucionalidade⁵⁵⁸, pois o Supremo Tribunal Federal é chamado, por meio da arguição, a pronunciar-se sobre o descumprimento ou não de preceito constitucional fundamental por ação ou omissão do Poder Público: uma das funções da arguição é o controle da constitucionalidade das leis e dos atos normativos, enquanto a outra é a prevenção ou reparação do descumprimento da Constituição por ato de autoridade ou de órgão público.

7.2 Legitimidade ativa e passiva

Os legitimados para a propositura da arguição de descumprimento são os mesmos das ações diretas de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade, previstos no artigo 103, I a IX, da Constituição brasileira, isto é, o Presidente da República, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa do Senado Federal, as Mesas das Assembleias Legislativas, os Governadores de Estado, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados, partidos políticos com representação no Congresso Nacional e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Aliás, o rol de legitimados ativos para a arguição de descumprimento de preceito fundamental, consoante já salientado, deixa clara a inserção do instituto no âmbito da fiscalização concentrada da constitucionalidade.

Entretanto, muito se critica a impossibilidade de qualquer do povo fazer uso da arguição de descumprimento, prerrogativa que, apesar de ter sido aprovada pelo Legislativo, foi vetada pelo Executivo e restou afastada, o que é adequado em face da natureza e do objetivo da ação nesse contexto criada⁵⁵⁹.

⁵⁵⁸ Gilmar Ferreira Mendes, *Direitos Fundamentais...*, p. 370, afirma que as questões até então não apreciadas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle abstrato de constitucionalidade (ação declaratória de constitucionalidade e ações diretas de inconstitucionalidade) passaram a poder ser objeto de exame no âmbito da arguição de descumprimento.

⁵⁵⁹ Com entendimento contrário expõe Néelson Nery Jr., *ob. cit.*, p. 1482, para quem, independentemente de previsão expressa, qualquer pessoa pode deduzir demanda diretamente no Supremo Tribunal Federal, pleiteando a defesa de preceito constitucional fundamental descumprido pela autoridade ou órgão do Poder Público, isto em razão do princípio constitucional do direito de ação, que proíbe a lei de subtrair do controle jurisdicional ameaça ou lesão a direito. Em verdade, no entanto, segundo aqui se defende, o fato de as controvérsias poderem ser deduzidas perante o Judiciário não justifica, por si só, a inobservância das regras procedimentais e materiais estabelecidas também a partir de previsão constitucional.

Tal é assim porque a arguição proposta pelos cidadãos em geral representaria um mecanismo de acesso direto, irrestrito e individual ao Supremo Tribunal Federal, o que seria incompatível com o controle concentrado de legitimidade dos atos estatais, modalidade em que a ação sob análise se insere. Ademais, a inexistência de qualquer requisito específico a ser ostentado pelo proponente da arguição e a generalidade do objeto da impugnação acarretariam a elevação excessiva do número de feitos a reclamar apreciação pelo Supremo Tribunal Federal, sem a correspondente exigência de relevância social e consistência jurídica das arguições propostas⁵⁶⁰.

Em outros termos, eventual benefício proporcionado pelo acesso direto de qualquer do povo ao guardião da Constituição seria facilmente suplantado pela demora na tramitação e resolução dos inúmeros litígios que certamente preencheriam a pauta da Corte Constitucional, desnaturando a finalidade da arguição de descumprimento de preceito fundamental e causando atraso nos demais processos constitucionais e até na justiça ordinária⁵⁶¹.

Desse modo, é razoável a restrição estabelecida acerca dos legitimados para intentar a arguição, já que a filtragem das ações propostas é essencial para o êxito do recurso de amparo brasileiro.

Ademais, a Constituição do Brasil, à semelhança da Carta Magna portuguesa, consagra o direito de petição⁵⁶², que pode ser exercido inclusive em face dos legitimados para a propositura da arguição de descumprimento de preceito fundamental, sobretudo o Procurador-Geral da República, invocando sua

⁵⁶⁰ José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, p. 902, esclarece que pela inflação dos processos de controle que a ação popular universal poderia originar, a regra é a restrição da legitimidade ativa, qualquer que seja o tipo de fiscalização. No controle abstrato de normas, os titulares de legitimidade para formular eventual impugnação são certos e determinados entes (Presidente da República, Provedor de Justiça etc.); na fiscalização concreta, por sua vez, a legitimidade está naturalmente circunscrita ao juiz, Ministério Público e partes na causa submetida ao juízo.

⁵⁶¹ Pedro Cruz Villalón, *El recurso de amparo constitucional: el juez y el legislador*, in *Los Procesos Constitucionales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, p. 117-120.

⁵⁶² José Carlos Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 362, considera que o particular não pode interpor recurso direto para o Tribunal Constitucional a fim de que este declare, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade da norma, tal como não pode requerer-lhe que recomende aos órgãos legislativos as medidas adequadas, em caso de omissão. Em outras palavras, ao particular resta apenas uma via indireta de acesso à jurisdição constitucional por via abstrata: exercer seu direito de petição ou o direito de recurso ao Provedor de Justiça (ou, eventualmente, outros meios políticos), e esperar que as entidades com poder de iniciativa deem razão ao seu protesto e desencadeiem, por elas, em vez dele, o processo de fiscalização da constitucionalidade.

atenção para determinada questão ou situação⁵⁶³ e compensando, por via reflexa, o fato de o instituto ser diretamente inacessível aos cidadãos⁵⁶⁴.

Perceba-se que a finalidade do direito de petição, nesse cenário, é dar notícia do fato ilegal ou abusivo ao legitimado ativo para a arguição de descumprimento, visando ao ajuizamento desta, não sendo exigido o endereçamento correto do inconformismo ao órgão competente, pois quem o receber deverá encaminhá-lo a quem de direito⁵⁶⁵.

Quanto à legitimidade passiva, importa destacar que, diante de seu caráter predominantemente objetivo, a arguição de descumprimento é uma ação sem réu. Pode-se, no máximo, considerar que as entidades responsáveis pelo ato impugnado sejam idôneas a figurar no pólo passivo, constituindo, no entanto, parte em sentido meramente formal⁵⁶⁶.

7.3 Cabimento

7.3.1 Arguição de descumprimento: preceito fundamental e subsidiariedade

A Constituição brasileira, ao criar a arguição de descumprimento, sinalizou no sentido de que somente a partir da análise das normas constitucionais é possível verificar aquilo que, no caso posto à apreciação do Supremo Tribunal Federal, deve ser considerado como preceito fundamental, de sorte que tal noção decorre expressa ou implicitamente da Carta Magna, não da legislação infraconstitucional.

Aliás, o próprio legislador ordinário assim reconheceu ao disciplinar a arguição de descumprimento, deixando de elencar quais seriam os preceitos

⁵⁶³ O artigo 5º, XXXIV, da Constituição brasileira, dispõe ser assegurado a todos, independentemente do pagamento de taxas, o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder.

⁵⁶⁴ Nessa linha tem decidido o Supremo Tribunal Federal, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 11, publicada no Diário da Justiça de 05.08.2005, segundo o qual o particular não tem legitimidade para propor a arguição, ainda que violado preceito fundamental no caso concreto, pois apenas os legitimados ativos para a ação declaratória de constitucionalidade e para a ação direta de inconstitucionalidade podem fazê-lo. Ainda conforme o Supremo, ao cidadão resta apenas solicitar a propositura da arguição ao Procurador-Geral da República.

⁵⁶⁵ Alexandre de Moraes, *ob. cit.*, p. 168.

⁵⁶⁶ Daniel Sarmiento, *ob. cit.*, p. 107.

fundamentais suficientes para ensejá-la, até porque não caberia a ele estabelecer um rol que meramente repetisse todos os termos constitucionais, ou que, na pretensão de completude, alargasse o campo de incidência da ação, ou ainda que, a pretexto de síntese, deixasse de indicar hipóteses de descumprimento⁵⁶⁷, violando a Constituição por omissão.

Portanto, a tarefa de identificar os preceitos constitucionais fundamentais cabe precipuamente ao Supremo Tribunal Federal, como intérprete máximo da Constituição, a partir da análise da controvérsia a ser por ele resolvida e tendo em vista o sistema jurídico-constitucional pelo qual deve zelar, sempre auxiliado pelas discussões travadas nos tribunais ordinários e pelas construções doutrinárias levadas a efeito sobre o assunto⁵⁶⁸.

Dessa maneira, embora seja possível afirmar que os preceitos fundamentais são valores jurídicos basilares de um determinado ordenamento, isto é, aqueles que compõem a essência de um conjunto normativo-constitucional, é inviável enumerar exaustivamente, já em tese, todos os casos passíveis de lesão ou ameaça de lesão que justifiquem, desde logo, o ajuizamento e julgamento da arguição de descumprimento. Contudo, não há dúvida de que os direitos fundamentais e as cláusulas constitucionais de limitação material à atividade do constituinte derivado podem ser enquadrados como possíveis objetos do instituto sob exame⁵⁶⁹.

A Lei nº 9.882/99, no artigo 1º, prevê três hipóteses em que é viável a arguição de descumprimento: (a) para evitar lesão a preceito fundamental resultante de ato do Poder Público; (b) para reparar lesão a preceito fundamental resultante de ato do Poder Público; e (c) quando for relevante o fundamento da

⁵⁶⁷ André Ramos Tavares, *Tratado da Arguição de Preceito Fundamental*, São Paulo, Saraiva, 2001, p. 112-114.

⁵⁶⁸ André Ramos Tavares, *ob. cit.*, p. 122, afirma que “preceito” é qualquer norma em sentido estrito (regras e princípios que formam o corpo constitucional), enquanto “preceito fundamental” traduz-se, mais precisamente, na soma entre, de um lado, parcela dos próprios princípios constitucionais (já que nem todos são preceitos fundamentais), e, de outro, regras cardeais de um sistema constitucional, representadas, essencialmente, pelo conjunto normativo assecuratório dos direitos humanos.

⁵⁶⁹ Gilmar Ferreira Mendes, *Direitos Fundamentais...*, p. 442, observa que a interpretação e a aplicação dos preceitos fundamentais configuram um dos maiores desafios da jurisdição constitucional: não permitir a eliminação do núcleo essencial da Constituição, mediante decisão ou gradual processo de erosão, nem ensejar que uma interpretação ortodoxa acabe por colocar a ruptura como única alternativa à impossibilidade de um desenvolvimento constitucional legítimo.

controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição⁵⁷⁰.

Veja-se que a noção de “inconstitucionalidade”, para fins de cabimento das ações tradicionais de controle concentrado (declaratória de constitucionalidade e diretas de inconstitucionalidade), é a incompatibilidade existente entre ato normativo ou omissão legislativa estatal e determinada Constituição. A ideia de “descumprimento”, a seu turno, é mais ampla do que a de inconstitucionalidade, podendo abranger não só comportamentos de natureza legislativa e regulamentar, mas também todo tipo de ações e inações que configurem fatos contrários à realidade normativa criada pelo ordenamento constitucional⁵⁷¹.

Todavia, não cabe a arguição, em qualquer das hipóteses legais, quando houver outro meio eficaz para evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, pois tal ação não substitui as demais previsões constitucionais em suas respectivas hipóteses de incidência, tais como o *habeas corpus*, o *habeas data*, o mandado de segurança, o mandado de injunção, a ação popular, a ação declaratória de constitucionalidade e as ações diretas de inconstitucionalidade, aí incluída a de inconstitucionalidade por omissão.

De igual forma, o ajuizamento da arguição de descumprimento, em regra, não deve implicar supressão de graus de jurisdição, o que, no entanto, pode ser desconsiderado, principalmente quando se fizer necessária a antecipação de soluções sobre controvérsias constitucionais relevantes, num cenário em que o afastamento da insegurança jurídica não for compatível com a demora do trâmite processual até decisões definitivas.

Note-se, então, que o caráter subsidiário do instituto não quer dizer que a arguição só será cabível na hipótese de absoluta inexistência de qualquer outro meio eficaz para evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, o que retiraria o significado prático da ação em tela. Assim, apesar de, em princípio, existir o dever

⁵⁷⁰ José Joaquim Gomes Canotilho, *Estudos...*, p. 81, enumera os seguintes pressupostos para a ação constitucional de defesa, conceito em que a arguição de descumprimento se insere: (a) violação imediata, atual e autônoma de um direito, liberdade e garantia; (b) esgotamento das vias judiciais normais; (c) especificidade do direito constitucional em causa; e (d) agressão oriunda de ato de entidades públicas.

⁵⁷¹ André Ramos Tavares, *ob. cit.*, p. 192-197.

de exaurimento das vias ordinárias⁵⁷², isso não implica que o Supremo Tribunal Federal não possa decidir de imediato a arguição, se for demonstrado que a questão é de interesse geral, que o requerente pode sofrer grave lesão caso recorra às instâncias infraconstitucionais ou que o prosseguimento por alternativas judiciais diversas não tem efeitos úteis para afastar a violação ou ameaça de violação a preceito fundamental⁵⁷³.

7.3.2 Arguição de descumprimento preventiva e repressiva

A arguição de descumprimento de preceito fundamental caberá preventivamente com o objetivo de evitar lesões a princípios, direitos e garantias previstos na Constituição Federal, ou, repressivamente, para repará-las, quando causadas por ato do Poder Público, possibilitando uma maior efetividade no controle dos abusos do Estado e na concretização das disposições jusfundamentais⁵⁷⁴.

O ato do Poder Público acima referido pode ser normativo ou administrativo, comissivo ou omissivo, pois tudo fica sujeito à fiscalização por meio da arguição de descumprimento. Por Poder Público, a seu turno, deve ser entendido o Poder Executivo, em geral, e as autoridades públicas e órgãos da Administração Pública direta e indireta, em especial, aí incluídos os particulares que se encontrem no exercício de função pública ou delegada pelo setor público, além do Poder Legislativo e Judiciário.

Por meio da arguição, o Supremo Tribunal Federal poderá, de forma rápida, geral e obrigatória, sobretudo em face da possibilidade de medidas antecipatórias e da existência de efeitos *erga omnes* e vinculantes, evitar ou fazer cessar condutas dos entes públicos que estejam colocando em risco os preceitos

⁵⁷² Javier Pérez Royo, *ob. cit.*, p. 366, esclarece que o recurso de amparo, equivalente espanhol da arguição de descumprimento de preceito fundamental prevista no Brasil, é um recurso subsidiário e, por isso mesmo, só pode ser usado quando tenha sido utilizada a via judicial prévia. Consoante o autor, é indispensável que tenham sido insuficientes todos os mecanismos do sistema de proteção dos direitos para que o Tribunal Constitucional possa intervir em amparo.

⁵⁷³ Gilmar Ferreira Mendes, *Arguição...*, p. 111-113, expõe que o princípio da subsidiariedade, ou do exaurimento das instâncias, atua, também, nos sistemas que conferem legitimidade ativa para o recurso de amparo ao indivíduo atingido, como pressuposto de admissibilidade de índole objetiva, destinado a impedir a banalização do instituto e o excessivo número de processos nas Cortes Constitucionais.

⁵⁷⁴ Alexandre de Moraes, *ob. cit.*, p. 735-736.

fundamentais da República, a dignidade da pessoa humana e os direitos e garantias a ela inerentes.

Perceba-se que, com a autorização legal para que a ação em comento não seja admitida quando não for o caso ou quando houver outro meio eficaz de sanar a lesividade, concedeu-se certa discricionariedade ao Supremo Tribunal Federal, que poderá escolher as arguições que deverão ser processadas e deixar de conhecer aquelas em que for constatada a inexistência de relevante interesse público, sob pena de o guardião da Constituição tornar-se uma nova instância recursal para todos os julgados dos tribunais superiores e inferiores.

Logo, está permitido ao Supremo Tribunal Federal exercer um juízo de admissibilidade discricionário sobre as arguições propostas, levando em conta o interesse público e a ausência de outros mecanismos jurisdicionais efetivos⁵⁷⁵.

Importante ressaltar que dita discricionariedade conferida ao Supremo decorre do fato de que toda Corte que exerce a jurisdição constitucional não é apenas um órgão judiciário comum, mas também um órgão político e diretivo das condutas estatais, na medida em que interpreta o significado dos preceitos da Carta Magna e vincula todas as condutas dos demais órgãos, devendo, nessa condição, dar prioridade aos casos de relevante interesse público⁵⁷⁶.

7.3.3 Arguição de descumprimento por equiparação

A Lei nº 9.882/99 equiparou ao descumprimento de preceito fundamental qualquer controvérsia constitucional relevante sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição.

Discute-se, entretanto, a constitucionalidade de tal equiparação, pois controvérsias entre leis ou atos normativos e normas constitucionais, por mais relevantes que sejam, não são hipóteses idênticas ao descumprimento de preceito fundamental pelo Poder Público, de maneira que o legislador teria se valido de

⁵⁷⁵ Gilmar Ferreira Mendes, *Arguição...*, p. 117, entende que a fórmula da relevância do interesse público para justificar a admissão da arguição de descumprimento está implícita no sistema criado pelo legislador brasileiro, tendo em vista o caráter marcadamente objetivo que foi conferido ao instituto.

⁵⁷⁶ Alexandre de Moraes, *ob. cit.*, p. 735-736.

manobra para ampliar, por diploma infraconstitucional, as competências do Supremo Tribunal Federal, que só podem ser fixadas por disposições oriundas da Lei Superior⁵⁷⁷.

Sucedo que, segundo aqui se defende, eventual inconstitucionalidade dessa hipótese legal pode e deve ser superada a partir de interpretação conforme à Constituição, isto é, será viável o ajuizamento da arguição em caso de controvérsia constitucional relevante sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição, desde que em razão desse debate possa haver lesão ou ameaça de lesão a preceito fundamental.

Em síntese, o cabimento da ação em tela, na modalidade equiparada, pressupõe que o proponente demonstre a existência de relevante discussão em face da Carta Magna, oriunda, por exemplo, de processo judicial que tenha por objeto, precisamente, o descumprimento de preceito constitucional passível de análise por meio da arguição⁵⁷⁸.

7.3.4 Arguição de descumprimento e vazios normativos

A arguição de descumprimento de preceito fundamental não é cabível em matéria de vazios normativos quando a respeito for possível ajuizar mandado de injunção ou ação de inconstitucionalidade por omissão, pois apresenta caráter subsidiário e não substitutivo.

Resta ver, então, em que casos a arguição pode ser útil diante de omissões e lacunas, questão esta diretamente relacionada ao conceito de recepção.

Uma Constituição nova nunca faz tábua rasa do Direito ordinário existente quando de sua promulgação, pois há normas infraconstitucionais que podem ser recebidas por Carta Magna posterior a partir de um juízo de compatibilidade material. Assim, como todas as normas retiram sua validade da Constituição, a mudança de Lei Fundamental acarreta alteração do fundamento de validade do sistema jurídico, de sorte que as disposições infraconstitucionais,

⁵⁷⁷ Alexandre de Moraes, *ob. cit.*, p. 737.

⁵⁷⁸ Néelson Nery Jr., *ob. cit.*, p. 1484.

ainda que formalmente inalteradas, deixam de ser as mesmas se analisadas em conjunto⁵⁷⁹.

Em suma, duas situações diferentes se apresentam nesse contexto: (a) uma é a que atinge o Direito Constitucional anterior, que cessa com a entrada em vigor da nova Constituição; (b) outra é a que se relaciona ao Direito ordinário anterior, que, salvo em caso de contradição material com a nova Carta Magna, continua em vigor com fundamento de validade renovado⁵⁸⁰.

Tal ideia de recepção de normas anteriores em face da alteração do ordenamento constitucional tem pelo menos dois desdobramentos importantes: (a) os princípios gerais de todos os ramos do Direito passam a ser os que constam na nova Constituição ou os que podem ser deduzidos a partir dela; e (b) as normas legais e regulamentares em vigor na data da nova Constituição têm de ser reinterpretadas em face desta e apenas permanecem vigentes se não a contrariarem⁵⁸¹.

Repare-se que a conformidade entre a legislação ordinária anterior e a nova Constituição deve ser apurada exclusivamente a partir de um juízo material, ou seja, de correspondência de conteúdo com a Carta Magna atual. Logo, torna-se dispensável verificar se o processo legislativo anteriormente adotado no âmbito infraconstitucional foi compatível ou não com as normas superiores de forma então vigentes, ou se está ou não de acordo com os aspectos formais agora em vigor, sendo também desnecessário examinar a adequação material da legislação anterior com a Constituição revogada: a nova Constituição não convalida, nem deixa de convalidar, pois simplesmente dispõe *ex novo*⁵⁸².

Nesse contexto, segundo aqui se defende, é possível que determinada norma infraconstitucional vigente não fosse omissa em face de Constituição

⁵⁷⁹ Jorge Miranda, *Manual...*, tomo II, p. 308.

⁵⁸⁰ Jorge Miranda, *Manual...*, tomo II, p. 308-309, diferencia as situações acima expostas, definindo a não revogação de norma constitucional anterior como “recepção” e a não revogação de norma infraconstitucional anterior como “novação”. No entanto, segundo aqui se defende, não há motivo para se fazer diferença entre “novação” e “recepção”, na medida em que, uma e outra, designam situações em que direito anteriormente vigente continua válido em face de nova Constituição. Emprega-se, então, indistintamente, o termo “recepção” para análise do fenômeno sob comentário, pois auxilia a compreensão do assunto com seu simples uso, além de não gerar dúvidas em face da noção existente no Direito Civil.

⁵⁸¹ Jorge Miranda, *Manual...*, tomo II, p. 309.

⁵⁸² Jorge Miranda, *Manual...*, tomo II, p. 311-312.

anterior, mas que, apesar de recebida, acarrete intolerável vazio diante da nova Carta Magna. Da mesma forma, é viável que certa legislação ordinária fosse omissa sobre determinadas matérias da Lei Fundamental anterior, mas que, depois de recebida, acabe por densificar suficientemente a nova Carta Magna editada.

Assim, percebe-se, desde logo, que o vazio de que aqui se trata não é total, mas parcial⁵⁸³, pois a ausência completa de diploma integrativo não permite cogitar da existência de recepção ou não de determinada lei, até por impossibilidade lógica.

Afirmado o mesmo por outras palavras, só se pode falar em vazios normativos relacionados ao fenômeno da recepção e em face de sucessivas Constituições se, apesar de existente certa lei infraconstitucional, esta não tratar de todas as matérias de que deveria se ocupar, ou se disciplinar de modo insuficiente os assuntos que constituírem seu objeto, disso resultando violação a preceito fundamental.

Além disso, é irrazoável entender-se que determinado diploma, densificando ou não suficientemente a Constituição anterior, não estará sujeito à recepção se deixar espaços em aberto diante de nova Constituição. Não se esqueça que se trata aqui de vazio parcial, não devendo ser afastada a concretização até então obtida, salvo se a incompatibilidade da disciplina parcialmente fixada com a nova ordem constitucional for de tal porte que seja mais acertado e útil concluir pela existência de inconstitucionalidade superveniente ou pela ocorrência de revogação por inconstitucionalidade, o que só poderá ser apreciado com eficácia diante da situação concreta.

⁵⁸³ Ao longo do texto, a análise da relação entre a arguição de descumprimento e o juízo de recepção ficou restrita à inércia normativa parcial porque é esta que oferece maiores alternativas de discussão. No entanto, a arguição também será cabível, sem qualquer ligação com o juízo de recepção, no caso de vazio normativo total que atinja dispositivo de Constituição posteriormente substituída por nova Carta Magna. Note-se que, a partir daí, dois cenários podem ser construídos: (a) se a norma constitucional anterior, vulnerada por silêncio normativo total, não for repetida pela nova Constituição, em face daquela somente caberá a arguição de descumprimento, enquanto diante desta não será viável arguição, mandado de injunção ou ação de inconstitucionalidade por omissão, pois não há dispositivo constitucional a ser desenvolvido; e (b) se a norma constitucional anterior, totalmente carente de regulamentação, for repetida pela nova Constituição, em face daquela poderá ser proposta apenas a arguição, enquanto perante esta será cabível mandado de injunção e ação de inconstitucionalidade por omissão, servindo a arguição como instituto subsidiário.

Fixadas as premissas para o exame do cabimento da arguição no caso de vazios normativos parciais, três são as hipóteses que se colocam perante Constituições sucessivas e tendo em vista a ocorrência de juízo positivo de recepção, consoante a proposta ora apresentada: (a) legislação ordinária que é completa em face de Constituição anterior, passou pelo juízo de recepção e se revela deficiente diante de nova Carta Magna; (b) legislação ordinária que é deficiente em face de Constituição anterior, passou pelo juízo de recepção e se revela completa diante de nova Carta Magna; e (c) legislação ordinária que era deficiente em face de Constituição anterior, passou pelo juízo de recepção e permanece deficiente diante de nova Carta Magna.

Na primeira hipótese, a legislação ordinária que, apesar de completa em face de Carta Magna revogada, acaba por restar deficiente perante novo ordenamento constitucional, deve ser, assim mesmo, recepcionada, havendo compatibilidade material da disciplina que estabelece com a nova Constituição. Sucede que, aqui, em face da antiga Constituição, não caberá a arguição, já que as normas infraconstitucionais eram perfeitas em relação a ela, mas será viável a utilização do instituto sob análise tendo por objeto a legislação recebida diante da nova Constituição.

Veja-se que, apesar da ideia inicial de que o diploma infraconstitucional poderia estar sujeito ao controle concentrado “tradicional”, em verdade assim não acontece. Isso porque, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido da inadmissibilidade do controle concentrado por meio da ação declaratória de constitucionalidade, ou da ação direta de inconstitucionalidade, em relação à lei ou ato normativo editado anteriormente à Constituição em vigor⁵⁸⁴. O raciocínio é que não haveria, no caso, interesse processual, porque se a

⁵⁸⁴ O Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2, publicada no Diário da Justiça de 14.02.1992, considerou que o vício da inconstitucionalidade é congênito à lei e há de ser apurado em face da Constituição vigente ao tempo de sua elaboração, pois lei anterior não pode ser inconstitucional em relação à Constituição superveniente, nem o legislador poderia infringir Constituição futura. De acordo com o Supremo, Constituição sobrevinda não torna inconstitucionais leis anteriores com ela conflitantes, pois as revoga, de sorte que nova Carta Magna, pelo fato de ser superior, não deixa de produzir efeitos revogatórios. Seria ilógico que a Lei Fundamental, por ser suprema, não revogasse, ao ser promulgada, leis ordinárias, já que, do contrário, a Lei Maior valeria menos que a lei ordinária. Diferentemente, no entanto, ocorre no Direito português, em que a vulneração de lei ordinária por Constituição posterior não recebe o nome de revogação. De acordo com José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, p. 1013, quando uma nova norma constitucional (de uma nova Constituição ou de uma lei de revisão constitucional) estabelece disciplina assente em regras ou princípios contrários a leis anteriores, existe inconstitucionalidade superveniente.

legislação infraconstitucional estivesse em desconformidade com a nova ordem constitucional ela simplesmente não teria sido recepcionada⁵⁸⁵.

Na segunda hipótese, a legislação ordinária que, apesar de deficiente em face de Carta Magna revogada, acaba por ser amplamente densificadora da nova Lei Fundamental, acarreta problema inverso, ou seja, não será viável a arguição diante da Constituição vigente, mas caberá a ação, com base nessa mesma lei, recepcionada e agora perfeita, em face da Constituição anterior. A lógica, aqui, é fornecer aos prejudicados pela inércia normativa um título capaz de exigir do Estado sua responsabilização pelo exercício insuficiente da função legislativa, bem como para esclarecer eventual controvérsia a respeito de relações jurídicas consolidadas sob a égide de Carta Magna anterior.

Na terceira hipótese, se a legislação ordinária era deficiente em relação à Constituição anterior e continua sendo diante da nova, deve a lei ser recepcionada, conforme já exposto, cabendo a arguição em face de qualquer delas, dependendo do interesse do legitimado ativo que a intentar. Lembre-se, por oportuno, que o juízo positivo de recepção afasta a possibilidade de controle concentrado por meio de ação direta de inconstitucionalidade, ou declaratória de constitucionalidade.

Note-se que, independentemente do juízo de recepção, pode acontecer que certa norma infranconstitucional deficiente tenha sido revogada por legislação ordinária posterior. Nesse caso, apesar de constatada a revogação e de ter se tornado impossível a fiscalização abstrata no Brasil a partir das ações tradicionais, o diploma omissivo continua sendo passível de apreciação por meio da arguição de descumprimento, tendo por parâmetro qualquer uma das Constituições vigentes enquanto a lei ordinária esteve em vigor⁵⁸⁶.

⁵⁸⁵ Nélson Nery Jr., *ob. cit.*, p. 1479.

⁵⁸⁶ De outra maneira, todavia, acontece em Portugal, onde apesar de não existir ação do gênero da arguição de descumprimento é admissível o controle de constitucionalidade de normas revogadas, em determinadas circunstâncias. Segundo José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, p. 946-947, a fiscalização da constitucionalidade visa, em princípio, apreciar a conformidade ou desconformidade com a Constituição de normas existentes no ordenamento jurídico. Todavia, não se trata de regra absoluta, segundo o autor, pois pode haver um interesse jurídico relevante na apreciação de inconstitucionalidade de normas já revogadas, como, por exemplo, para destruir os efeitos por elas produzidos até o momento da revogação. Veja-se que dita fiscalização só será admissível se for adequada, necessária e proporcional, não fazendo sentido quando os efeitos já produzidos sejam pouco relevantes ou possam ser eliminados com recurso a outros meios ou remédios para a defesa de direitos.

Portanto, nessa matéria, diversamente do que sucede no âmbito das ações diretas de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade, a arguição de descumprimento de preceito fundamental poderá ser proposta contra ato normativo já revogado, tendo em vista o interesse jurídico na solução quanto à legitimidade de sua aplicação no passado⁵⁸⁷. Saliente-se que o objetivo, também aqui, não é preencher o vazio, mas obter título executivo apto a desencadear os mecanismos de proteção secundária, em especial a responsabilização do Estado pela inércia normativa.

Em síntese, no Direito Constitucional brasileiro só são viáveis a ação de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção em relação a leis e atos normativos editados posteriormente à nova Constituição e que estejam em vigor. Contudo, será possível a verificação do silêncio normativo, a partir da arguição de descumprimento de preceito fundamental: (a) se o vazio estiver presente em diploma infraconstitucional já revogado, qualquer que seja a Constituição que lhe sirva de parâmetro; (b) se o vazio tiver de ser apurado em face de Constituição anterior, ainda que a lei que o contiver haja sido recepcionada pela nova ordem constitucional⁵⁸⁸; e (c) se o vazio estiver presente em legislação infraconstitucional que passou pelo juízo de recepção, mas, mesmo assim, atingir a concretização da Constituição vigente.

Além disso, também será cabível a arguição de descumprimento de preceito fundamental em duas outras hipóteses: (a) em face de inércia normativa do administrador; e (b) contra decisão judicial, inclusive a que vier a ser proferida em sede de mandado de injunção ou de ação de inconstitucionalidade por omissão.

Quanto ao cabimento da arguição de descumprimento de preceito fundamental em face de vazios deixados pela inexistência ou insuficiência de

⁵⁸⁷ Nessa linha entende Gilmar Ferreira Mendes, *Arguição...*, p. 78. Em sentido contrário, mas sem razão, Alexandre de Moraes, *ob. cit.*, p. 738, afirma que a arguição só é cabível contra lei ou ato normativo que ainda estejam em vigor, seguindo decisão do Supremo Tribunal Federal na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 50, publicada no Diário da Justiça de 02.03.2006.

⁵⁸⁸ Walter Claudius Rothenburg, *Arguição...*, p. 213, considera que se o direito anterior à atual Constituição pode ser objeto da arguição, tal também vale quanto ao parâmetro, isto é, também a violação a preceito fundamental decorrente de Constituição anterior pode ser discutida em arguição. Do mesmo modo, consoante o autor, não só em normas constitucionais de ordenamento pretérito pode fundar-se a arguição, mas também em normas constitucionais alteradas por reforma da Constituição atual.

atuação do administrador no desempenho da função normativa, pode-se dizer que ela permite, juntamente com a ação de inconstitucionalidade por omissão, a realização do controle concentrado nessa matéria, ao lado do controle difuso feito por meio do mandado de injunção.

Do contrário, não aceita a arguição em casos de violação a preceitos fundamentais a partir de regulamentos, restaria esvaziado o significado do princípio da legalidade, enquanto princípio constitucional vinculado à atividade normativa do Executivo. De fato, o Supremo Tribunal Federal estaria impedido de conhecer de eventual afronta sob o argumento de falta de ofensa direta à Constituição⁵⁸⁹.

Quanto ao cabimento da arguição de descumprimento contra decisões judiciais, importa notar que o instituto não será útil apenas como meio subsidiário de controle da inércia dos órgãos normativos, mas também como forma de fiscalização do juízo feito pelos tribunais nos casos postos à sua apreciação, sobretudo nos processos que tenham por objeto o exame de eventuais omissões e lacunas⁵⁹⁰.

Tal significa que a arguição de descumprimento de preceito fundamental poderá ser ajuizada, inclusive, contra decisão judicial que considere não haver lacuna a ser colmatada por mandado de injunção, ou omissão a ser verificada por meio de ação direta de inconstitucionalidade. Nessa hipótese, e desde que ocorra lesão, ou ameaça de lesão, a preceito fundamental, e desde que tenham sido tomadas as providências estabelecidas nas leis de processo, a arguição funcionará como genuíno sucedâneo recursal.

⁵⁸⁹ Gilmar Ferreira Mendes, *Arguição...*, p. 87. Ainda segundo o autor, a arguição para converter a relação lei/regulamento numa questão constitucional deve ser aceita sob pena de o princípio da legalidade se tornar extremamente flexível, seja sob a forma de postulado da supremacia da lei, seja sob a modalidade de princípio da reserva legal.

⁵⁹⁰ Luis Maria Díez-Picazo, *Dificultades prácticas y significado constitucional del recurso de amparo*, in Revista Española de Derecho Constitucional, nº 40, 1994, p. 35-37, observa que o modelo concentrado típico de justiça constitucional deixou de ser suficiente em face das características estruturais dos ordenamentos contemporâneos. Conforme o autor, o esquema austríaco-kelseniano, em que o controle da constitucionalidade se exerce exclusivamente sobre normas com força de lei, era suficiente em um tipo de ordenamento em que a lei ocupava uma posição central e incontestada, principalmente quando os diplomas legais eram poucos, estáveis e bem sistematizados. No entanto, em uma época de descodificação e de crescente relevância prática da criação judicial do Direito, não basta tentar defender a supremacia da Constituição apenas através do tradicional controle da constitucionalidade das leis, sendo necessária a criação de um instituto nos moldes do recurso de amparo.

Logo, por meio da arguição de descumprimento contra decisões judiciais, o Supremo Tribunal Federal, como Corte Constitucional que é, acaba por contribuir para que outros tribunais também tomem parte na concretização eficiente e na tutela efetiva dos preceitos fundamentais, aí incluídos os direitos, liberdades e garantias, além dos direitos econômicos, sociais e culturais⁵⁹¹.

7.4 Efeitos

No Direito brasileiro, a decisão em arguição de descumprimento proferida pelo guardião da Carta Magna tem eficácia *erga omnes* e efeitos vinculantes relativamente aos demais órgãos do Poder Público, assim considerado o Poder Executivo, em geral, e a Administração Pública, em especial, bem como o Poder Judiciário.

Repare-se que não é possível pretender que a vinculação, nesse contexto, venha a atingir o próprio Supremo Tribunal Federal, sob pena de ser produzido um insuperável congelamento da ordem jurídica⁵⁹².

Da mesma forma, também não existe efeito vinculante contra o Poder Legislativo, em face da possibilidade de engessamento do sistema jurídico e da dificuldade de sua renovação, de sorte que eventual procedência da arguição não impede o legislador de promulgar lei de conteúdo idêntico ao do texto anteriormente censurado⁵⁹³.

Em relação à amplitude e aos efeitos temporais da decisão, o Supremo Tribunal Federal, ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo no processo de arguição, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá, por maioria de dois terços de seus membros,

⁵⁹¹ Javier Pérez Royo, *ob. cit.*, p. 368, afirma que o Tribunal Constitucional tem admitido o recurso de amparo contra atos do Poder Judiciário por violação da generalidade dos direitos fundamentais e das liberdades públicas, o que configura, inclusive, a hipótese mais frequente de utilização do instituto na Espanha. Conforme o autor, o recurso de amparo, naquele ordenamento, é basicamente um recurso contra atos do Poder Judiciário.

⁵⁹² Gilmar Ferreira Mendes, *Arguição...*, p. 191-192, esclarece não haver autovinculação do Supremo Tribunal Federal aos fundamentos determinantes de decisões anteriores, pois isso poderia implicar renúncia ao desenvolvimento da Constituição, afazer imanente aos órgãos de jurisdição constitucional. Contudo, segundo o autor, a Corte Constitucional só poderá alterar determinada orientação jurisprudencial se o fizer com base em crítica fundada do entendimento anterior, suficiente para explicitar e justificar a mudança.

⁵⁹³ Gilmar Ferreira Mendes, *Arguição...*, p. 185 e 197.

restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado⁵⁹⁴: a decisão que julgar procedente ou improcedente o pedido em arguição de descumprimento é irrecorrível, sendo que as autoridades ou órgãos responsáveis dela serão comunicados, fixando-se as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental.

Importa salientar, nesse cenário, a dificuldade em estabelecer quais as providências que o Supremo Tribunal Federal poderá ordenar na decisão de arguição de descumprimento que tenha em vista a inércia normativa, à míngua de previsão legal, o que, por si só, é um paradoxo. Todavia, não se deve olvidar que a ação em tela, apesar de fazer parte dos mecanismos de controle concentrado da constitucionalidade, não tem por objeto imediato fiscalizar ações e omissões contrárias à Constituição, mas sim evitar ou reparar lesão a preceito fundamental que tenha por causa de pedir a conduta do Poder Público contrária ao ordenamento jurídico.

Tal significa, segundo aqui se defende, que no caso de vazios normativos o pedido na arguição de descumprimento não será o de verificação da existência de eventual silêncio inconstitucional, mas sim a fixação de medidas que ponham termo à lesão ou ameaça de lesão a preceito fundamental com origem na inércia legislativa ou regulamentar.

Portanto, sob pena de restar comprometida a efetividade da arguição de descumprimento, o Supremo Tribunal Federal está autorizado a determinar todas as providências indispensáveis para preservar o preceito constitucional fundamental ameaçado ou vulnerado, aí incluídas as medidas de caráter geral e abstrato que se fizerem necessárias em face dos interesses em conflito.

Nesse passo, ao guardião da Constituição deve igualmente ser permitido estabelecer medidas análogas às do mandado de injunção, se nesse contexto forem exigidas condutas positivas, com a fixação do regramento necessário para

⁵⁹⁴ A limitação de efeitos também é prevista no artigo 282º, nº 4, da Constituição portuguesa, ao dispor que *“quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo, que deverá ser fundamentado, o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com alcance mais restrito do que o previsto nos nºs 1 e 2”*.

afastar a lesão ou a ameaça de lesão a preceito fundamental objeto da arguição posta à apreciação do juízo⁵⁹⁵, sem que daí decorra resolução, propriamente dita, da causa que ensejou a violação⁵⁹⁶.

7.5 Arguição de descumprimento na Constituição portuguesa?

Na Constituição portuguesa não existe arguição de descumprimento nem outras ações congêneres, tais como o recurso de amparo espanhol e a queixa constitucional alemã⁵⁹⁷. De toda sorte, tem-se considerado que um instituto nesses moldes seria desnecessário e inconveniente no Direito Constitucional português.

Quanto à desnecessidade, argumenta-se que através do controle abstrato e, sobretudo, por meio do recurso concreto de constitucionalidade de normas jurídicas, que frequentemente tem por objeto a questão da constitucionalidade da norma tal como foi interpretada pela decisão recorrida ou na dimensão interpretativa constante na decisão jurisdicional impugnada, o Tribunal Constitucional tem oportunidade de aplicar as regras e princípios constitucionais relativos aos direitos fundamentais, assegurando, pela via da negação da eficácia às normas infraconstitucionais que contrariem os mesmos, o seu respeito e a sua efetivação⁵⁹⁸.

⁵⁹⁵ Gilmar Ferreira Mendes, *Arguição...*, p. 76-77, sustenta que o artigo 10 da Lei nº 9.882/99, ao estatuir que o Supremo Tribunal Federal fixará as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental vulnerado, abre uma nova perspectiva, não por criar uma via processual própria, mas justamente por fornecer suporte legal direto ao desenvolvimento de técnicas que permitam superar o estado de inconstitucionalidade decorrente da omissão.

⁵⁹⁶ Javier Pérez Royo, *ob. cit.*, p. 365, expõe que no recurso de amparo a sentença resolve unicamente sobre a vulneração de determinado direito fundamental de que se trate, repondo a situação ao momento anterior à ocorrência da violação. Portanto, no recurso de amparo não interessa nem deve interessar a disputa ou conflito que lhe é subjacente, mas exclusivamente se na resolução de dito conflito foram atingidos ou não direitos fundamentais, com o decorrente afastamento de eventual contrariedade.

⁵⁹⁷ José Carlos Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 360, esclarece que, no ordenamento constitucional português, os particulares não gozam, em regra, de um direito autônomo de ação, nas jurisdições ordinárias ou na jurisdição constitucional, contra a violação dos seus direitos, liberdades e garantias por atos normativos ou por atos das autoridades públicas não administrativas, ao contrário do que acontece noutros países dotados de uma jurisdição constitucional autônoma, em que se admite o “recurso de amparo”.

⁵⁹⁸ Fernando Alves Correia, *Direito Constitucional...*, p. 23. Nesse contexto, Jorge Bacelar Gouveia, *Manual...*, p. 1357-1358, sustenta que a combinação das intervenções dos tribunais, em geral, e do Tribunal Constitucional, em especial, redonda na existência de três possibilidades, em matéria de fiscalização concreta: (a) a decisão de fiscalização, com recurso para categorias de tribunais superiores, e posterior recurso para o Tribunal Constitucional; (b) a decisão de fiscalização, havendo outras categorias de tribunais superiores, mas com recurso direto (*per saltum*) para o Tribunal Constitucional; e (c) a decisão de fiscalização, sem outras instâncias de tribunais superiores, e com recurso imediato para o Tribunal Constitucional.

Quanto à inconveniência, várias objeções são lançadas⁵⁹⁹.

A uma, a dificuldade de harmonização do instituto com o sistema português de controle da constitucionalidade de normas jurídicas, em especial com o recurso concreto de constitucionalidade para o Tribunal Constitucional, que pode ter origem em três tipos de decisões: (a) as que recusem a aplicação de certa norma com fundamento em inconstitucionalidade ou em ilegalidade ou em contradição com uma convenção internacional; (b) as que apliquem norma cuja inconstitucionalidade ou ilegalidade haja sido suscitada durante o processo; e (c) as que apliquem norma anteriormente julgada inconstitucional ou ilegal pelo próprio Tribunal Constitucional, ou anteriormente julgada inconstitucional pela Comissão Constitucional, ou que apliquem norma legislativa em desconformidade com o anteriormente decidido pelo Tribunal Constitucional⁶⁰⁰.

Nesse contexto, o recurso de amparo não seria útil na Constituição portuguesa, especialmente quando a fiscalização concreta tem como base a suscitação pela parte, durante o processo, da norma jurídica aplicável ao caso, hipótese em que o recurso de constitucionalidade exerce um papel determinante na proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos⁶⁰¹.

A duas, a existência no ordenamento jurídico português da garantia constitucional da tutela jurisdicional efetiva dos direitos ou interesses legalmente protegidos dos particulares diante da Administração, o que preencheria boa parte dos fins que justificariam a adoção do recurso de amparo.

A três, o receio do elevado número de processos, comprometendo, assim, a operacionalidade e a eficácia do recurso de amparo.

⁵⁹⁹ Nessa linha, Fernando Alves Correia, *Direito Constitucional...*, p. 23-24. Do mesmo modo, Rui Medeiros, *A Decisão...*, p. 352-359, afirmando que no sistema português os custos advenientes da consagração de uma espécie de queixa constitucional ou de recurso de amparo são largamente superiores às vantagens que poderiam resultar da adoção de uma solução desse tipo. Consoante o autor, em Portugal, ao contrário do que sucede na Alemanha e na Espanha, a criação de uma ação constitucional de defesa não é indispensável para fazer da Constituição um "texto vivo", porque, mesmo sem tal instituto, o sistema português já faz do Tribunal Constitucional um "tribunal do cidadão".

⁶⁰⁰ Jorge Miranda, *Manual...*, tomo VI, p. 196-197.

⁶⁰¹ Jorge Miranda, *Manual...*, tomo VI, p. 197, elucidando a questão, afirma que os recursos das decisões que apliquem norma cuja inconstitucionalidade ou ilegalidade haja sido suscitada durante o processo não se reconduzem a recursos de amparo. O direito de os interpor pode ser considerado um direito de natureza análoga à dos direitos, liberdades e garantias, mas os recursos não se configuram, em si mesmos, como meios específicos de defesa de direitos, liberdades e garantias, embora na prática possam realizar tarefa nesse sentido.

A quatro, a possibilidade de surgimento de dificuldades de relacionamento entre o Tribunal Constitucional e os restantes tribunais, sobretudo os Supremos Tribunais, no caso em que o recurso de amparo ou a arguição de descumprimento tivesse como objeto a própria decisão judicial, por ser ela mesma violadora de um direito fundamental⁶⁰².

No entanto, se a desnecessidade e a inconveniência da arguição de descumprimento na Constituição portuguesa podem ser razoalmente sustentadas em sede de ações inconstitucionais, o mesmo não ocorre em matéria de omissões inconstitucionais. Não se esqueça que o Direito português não dispõe do mandado de injunção e que a fiscalização do silêncio legislativo só pode ocorrer pela via abstrata, prevista no artigo 283º da Carta Magna, com efeitos em regra limitados, o que também acontece com a ação de ilegalidade por omissão estabelecida no artigo 77º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos⁶⁰³.

Em outras palavras, segundo aqui se defende, a arguição de descumprimento em Portugal poderia ser útil não apenas como meio de fiscalização direta das omissões, mas também, e principalmente, como forma de controle indireto do silêncio legislativo, tendo por objeto: (a) as decisões judiciais em si mesmas inconstitucionais por omissão, isto é, que deixem de apreciar ou que apreciem a inércia do legislador de modo insuficiente à luz da Constituição; e (b) as decisões judiciais que apliquem atos normativos privados de suprimento de vazios legislativos aos casos concretos, o que permitiria que a densificação feita pelos particulares fosse examinada judicialmente em contato mais próximo com a Carta Magna⁶⁰⁴.

⁶⁰² Ingo Wolfgang Sarlet, *Arguição...*, p. 165, manifesta preocupação semelhante em face do Direito brasileiro ao afirmar que a livre manipulação dos efeitos da arguição, especificamente quando somada ao efeito vinculante das decisões, poderá desestabilizar o frágil equilíbrio entre os órgãos de poder estatais, gerando uma superinstância controladora não necessariamente desejável no Estado de Direito.

⁶⁰³ Jorge Miranda, *Ideias...*, p. 29, chegou a propor a introdução, no artigo 280º da Constituição portuguesa, da seguinte disposição: “Esgotados os recursos ordinários, cabe também recurso, nos termos da lei, para o Tribunal Constitucional de decisões de outros tribunais, quando arguidas de violação de direitos, liberdades e garantias”.

⁶⁰⁴ O controle das decisões judiciais inconstitucionais, salvo na hipótese de violação a caso julgado do Tribunal Constitucional, é inviável em Portugal, sobretudo em razão de aí não existirem ações constitucionais de defesa, o que poderia ser superado com a sugestão acima exposta, ao menos em matéria de omissões legislativas. Nesse contexto, José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, p. 942-943, observa que as decisões dos tribunais, como atos públicos concretamente aplicativos do direito, também podem violar regras e princípios constitucionais. No entanto, conforme o autor, a fiscalização da constitucionalidade é um controle incidente sobre normas e não sobre decisões judiciais aplicadoras de normas.

Assim, o recurso de amparo ou a arguição de descumprimento, mantido o seu caráter subsidiário e o rol restrito de legitimados ativos, poderia configurar alternativa útil no Direito português diante de inércia normativa suscetível de causar lesão ou ameaça de lesão a determinado preceito constitucional fundamental⁶⁰⁵.

⁶⁰⁵ José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, p. 895-896, sem se manifestar sobre o mérito da introdução do instituto sob exame em Portugal, afirma que a justiça constitucional é hoje também um amparo para a defesa de direitos fundamentais, possibilitando-se aos cidadãos, em determinados termos e observados certos limites, o direito de recurso aos tribunais constitucionais, a fim de defenderem, de forma autônoma, os direitos fundamentais violados ou ameaçados (a justiça constitucional no sentido de “jurisdição das liberdades”).

8 SANÇÕES À INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

8.1 Linhas gerais

A ação de inconstitucionalidade por omissão, apesar de prevista no artigo 283º da Constituição portuguesa e no artigo 103, parágrafo 2º, da Constituição brasileira, não deve ser vista exclusivamente como instrumento de controle jurídico, mas também como meio de fiscalização política do cumprimento da Carta Magna⁶⁰⁶.

Sendo assim, apesar da ideia corrente de que o instituto em comento oferece um controle sem sanção⁶⁰⁷, em verdade isso assim não acontece, pois a fiscalização das omissões legislativas não é um instrumento de todo ineficaz: em primeiro lugar, porque desencadeia os mecanismos de proteção secundária dos direitos fundamentais; e, em segundo lugar, porque pode permitir, excepcional e temporariamente, o suprimento do vazio mesmo em abstrato, diante dos interesses em conflito no caso posto à apreciação do Tribunal Constitucional.

Em outras palavras, se o controle da inconstitucionalidade por omissão for comparado com a fiscalização da inconstitucionalidade por ação, que fulmina de invalidez determinada disposição infraconstitucional, os efeitos jurídicos tradicionais daquele parecerão insuficientes. Todavia, se for visto pelo menos como forma de atuação política, pode-se notar que o controle das omissões tem sido relativamente bem-sucedido: das sete ações até hoje propostas em Portugal,

⁶⁰⁶ Jorge Miranda, *Inconstitucionalidade por omissão*, in Estudos sobre a Constituição, Lisboa, Petrony, 1977-1979, p. 334, esclarece que as sanções e os meios de fiscalização da inconstitucionalidade por omissão diferenciam-se dos adequados à inconstitucionalidade por ação, pois enquanto nesta o caminho para a jurisdicionalização parece ser irreversível, naquela o controle se coloca muito mais no domínio político do que na área jurídica.

⁶⁰⁷ Nesse sentido entende Carlos Blanco de Moraes, *ob. cit.*, p. 347, para quem a verificação da inconstitucionalidade por omissão trata-se de um controle desprovido de sanção que recai sobre o legislador quando este se abstém de aprovar leis que devem, nos termos constitucionais, complementar normas da Lei Fundamental inexecutáveis por si próprias.

uma não era hipótese de omissão; quatro eram casos de inércia contrária à Constituição, que, entretanto, não foi verificada pelo Tribunal Constitucional por ter sido aprovada, no curso da ação, a legislação integrativa exigida; uma era situação de omissão total, verificada em fevereiro de 1989 e logo afastada pela Assembleia da República, que se apressou em aprovar a lei necessária para o efeito⁶⁰⁸; e uma era hipótese de omissão parcial, suprida recentemente⁶⁰⁹.

Em suma, o fato de na grande maioria das situações aptas a caracterizar um silêncio legislativo inconstitucional, em tese, ter sido editada a legislação integrativa necessária em tempo razoável e independentemente da fixação de prazo pelo Tribunal Constitucional, demonstra que a verificação das omissões do legislador é, no mínimo, um bom instrumento de pressão política sobre o Legislativo⁶¹⁰.

Pesa contra o argumento, contudo, a circunstância de a omissão verificada com maior possibilidade de repercussão no orçamento, qual seja, a do subsídio de desemprego em relação aos trabalhadores do setor público, ter sido suprida pelo legislador somente anos depois da decisão proferida pelo Tribunal Constitucional. Sucede que dito desrespeito à verificação levada a efeito pelo guardião da Constituição apenas reforça o caráter político, em sentido amplo, do controle das omissões, que, como tal, acaba ficando sujeito às vicissitudes próprias da política⁶¹¹.

⁶⁰⁸ Jorge Miranda, *O Provedor de Justiça e a inconstitucionalidade por omissão*, in *Provedor de Justiça: 20º aniversário (1975-1995)*, Lisboa, Divisão de Documentação da Provedoria de Justiça, 1996, p. 54.

⁶⁰⁹ A Lei nº 11/2008, publicada no Diário da República, I Série, de 20.02.2008, especialmente em seu artigo 9º, criou a proteção no desemprego de trabalhadores da Administração Pública.

⁶¹⁰ Nesse contexto, Jorge Bacelar Gouveia, *Manual...*, p. 1313-1319, destaca que a responsabilidade por atos inconstitucionais não se limita às esferas civil e criminal, porquanto se estende, também, para o âmbito político. Não é por outro motivo que esta é a previsão constante no artigo 117º, nº 1, da Constituição portuguesa: "*Os titulares de cargos políticos respondem política, civil e criminalmente pelas acções e omissões que pratiquem no exercício das suas funções*".

⁶¹¹ A ideia de controle político da constitucionalidade não é alheia ao Direito Constitucional luso-brasileiro. Conforme observa Fernando Alves Correia, *Direito Constitucional...*, p. 38-39, embora a garantia jurisdicional da Constituição seja seguramente a mais fiável e a mais eficaz, não é, porém, a única nos Estados contemporâneos. Ao lado dela, sustenta o autor, existem os mecanismos políticos de garantia da Constituição, que se baseiam nos controles interorgânicos e intraorgânicos dos órgãos de soberania, decorrentes do princípio da separação e interdependência de poderes. De fato, os esquemas previstos na Constituição de responsabilidade e controle entre os vários órgãos de soberania e, bem assim, os instrumentos de autocontrole da constitucionalidade dos atos de tais órgãos, transformam-se também em fatores de garantia da observância da Constituição.

Veja-se a seguinte reportagem feita com Jorge Miranda a propósito do Acórdão nº 474/02⁶¹² do Tribunal Constitucional, que embora tenha verificado a existência de omissão parcial em matéria de subsídio de desemprego já em 2002, apenas foi atendido pelo legislador com a edição da Lei nº 11/2008, introduzindo com precisão o tema que se pretende desenvolver neste capítulo:

Desde 1982 que nenhum dos Presidentes da República eleitos requereu a fiscalização do não cumprimento da Constituição por omissão de medidas legislativas, disse ao PÚBLICO o professor universitário e constitucionalista Jorge Miranda.

O artigo 283º da Constituição prevê que essa fiscalização com vista a tornar exigíveis as normas constitucionais pode ser pedida pelo Presidente da República, pelo Provedor de Justiça ou com fundamento da violação de direitos das regiões autónomas pelos presidentes das assembleias legislativas regionais.

A Constituição estabelece ainda que, quando o Tribunal Constitucional "verificar a existência de inconstitucionalidade por omissão, dará disso conhecimento ao órgão legislativo competente". As poucas situações que têm sido levantadas, contudo, apenas o foram por iniciativa dos Provedores de Justiça, como os casos do referendo local ou da responsabilidade criminal dos titulares dos cargos políticos que foram corrigidas pela Assembleia da República, adianta Jorge Miranda.

No seu entender, a omissão de medidas legislativas quanto à atribuição do subsídio de desemprego, apesar de o Tribunal Constitucional ter acordado que a Constituição não estava a ser cumprida nesta matéria, já há quatro anos, "é um caso lamentável de reiterada inconstitucionalidade por omissão".

"Apesar de advertido pelo órgão de fiscalização", o legislador não tomou quaisquer medidas, nota o professor universitário. "Não é razoável", considera. "Pode ser considerado um caso de inconstitucionalidade por omissão agravada"⁶¹³.

⁶¹² Tribunal Constitucional, Acórdão nº 474/02, publicado no Diário da República, II Série, de 18.12.2002.

⁶¹³ Jorge Miranda, *Omissão legislativa sobre atribuição do subsídio de desemprego é "um caso lamentável"*, in Público, edição de 07.02.2007. Saliente-se que a própria natureza do impresso que deu destaque à notícia, periódico de grande circulação diária em Portugal, por si só demonstra a repercussão que o prolongado desrespeito à decisão do Tribunal Constitucional sob análise causou na sociedade.

Tendo em vista o exposto, importa saber de que maneira é possível superar, ou, ao menos, minimizar os efeitos decorrentes de eventual inobservância de decisão tomada com base no artigo 283º, isto em face da repercussão jurídica limitada que a Carta Magna atribui à verificação da inconstitucionalidade por omissão e sem considerar a excepcional possibilidade, aqui sustentada, de preenchimento do vazio pelo Tribunal Constitucional já em abstrato, de acordo com as exigências da casuística.

Desde já, duas são as alternativas que na teoria se colocam no caso de desrespeito à decisão do guardião da Constituição que se limite a verificar a ocorrência de silêncio normativo inconstitucional, conforme será desenvolvido a seguir: (a) a perda da competência do sujeito inerte; e (b) a responsabilização civil do Estado por omissões legislativas.

8.2 Perda da competência por inércia normativa

8.2.1 Destituição do sujeito omissor pelo guardião da Constituição

Como forma de emprestar maior eficácia ao controle das omissões normativas, tem sido apontada como sugestão a possibilidade de ser determinada a perda da competência do sujeito inerte no exercício da função legiferante⁶¹⁴: nessa hipótese, o tribunal encarregado da fiscalização da constitucionalidade estaria autorizado, em casos-limite, visando a garantir a implementação de certo comando constitucional, a admitir que um terceiro sujeito se encarregasse desse cumprimento, isto é, dar-se-ia um afastamento da competência constitucionalmente prevista e uma correspondente atribuição não prevista pela Lei Fundamental, cabendo ao Judiciário destituir um sujeito constitucionalmente previsto para conferir a outro a tarefa de concretizá-la.

Isso significa, segundo a ideia da perda de competência, que o Tribunal Constitucional, sem assumir as tarefas do sujeito omissor, estaria adstrito à finalidade determinada pela Carta Magna e deveria colocar o objetivo de cumprir as normas supremas acima da observância do órgão ao qual as atribuições foram conferidas, redistribuindo-as por meio de decisão judicial.

⁶¹⁴ Trata-se da tese defendida por Walter Claudius Rothenburg, *Inconstitucionalidade...*, p. 19-210.

Nesse passo, mesmo para os adeptos de tal opinião a troca de titular como sanção pela incompetência em atuar os comandos constitucionais deveria ser aceita apenas como alternativa extrema, quando outros modos menos drásticos de controle do cumprimento da Constituição hajam sido insuficientes e se revele adequado levar as possibilidades de solução jurídica a tais consequências, assim que já não importe tanto quem, desde que seja realizado o objetivo constitucionalmente estabelecido⁶¹⁵.

Todavia, apesar da alternativa em questão ter origem em intenção positiva, não é possível admitir a modificação do sujeito competente a partir de decisão do Tribunal Constitucional e do Supremo Tribunal Federal nem mesmo em situações extremas, pois isso implicaria desconsiderar aspectos político-democráticos e orgânico-institucionais cuja importância dificilmente é superada por outras questões.

Afirmando o mesmo por outros termos, não é viável aceitar que o guardião da Constituição tenha poderes para destituir determinado sujeito omissor e para nomear órgão diverso daquele previsto pela Carta Magna para realizar certa tarefa legislativa, sob pena de dupla violação ao constituinte originário⁶¹⁶: a primeira, a atingir a definição de competências por ele prevista; a segunda, a violar a separação de poderes também estabelecida quando da elaboração da Constituição.

Perceba-se, desde já, que o problema acima detectado e abaixo analisado também se coloca quando sujeitos e competências são fixados pelo constituinte derivado, pois diante de leis de revisão, ou de emendas constitucionais, inclusive quando contenham normas sobre aludidas matérias, duas são as alternativas que se apresentam: (a) o constituinte derivado produz diploma incompatível com as disposições do constituinte originário, acarretando

⁶¹⁵ Walter Claudius Rothenburg, *Inconstitucionalidade...*, p. 210.

⁶¹⁶ Veja-se, a propósito do malsucedido projeto de Constituição europeia, que as noções de povo, poder constituinte e legitimidade são indissociáveis, compondo o fundamento de validade da própria Constituição, motivo pelo qual devem ser afastadas as propostas que, a exemplo da perda da competência legislativa, possam influir em seu significado e alcance. Aliás, a fragilidade de tal trinômio na prática certamente contribuiu para que a denominada Constituição europeia não fosse adiante, pois, conforme ressalta Jorge Miranda, *Constituição e constituições perante a integração europeia*, in *Uma Constituição para a Europa*, Coimbra, Almedina, 2004, p. 91, não existe um povo europeu do qual possa emanar um poder constituinte equivalente ao que é exercido no interior de cada Estado e suficiente para atribuir legitimidade a um tratado pretensamente constitucional.

inconstitucionalidade; ou (b) o constituinte derivado elabora diploma conforme as normas estabelecidas originariamente, hipótese em que a nova legislação se incorpora à Carta Magna e passa a ter a mesma natureza das disposições constitucionais primitivas. No primeiro caso, não é viável cogitar acerca da destituição do sujeito omissor, inclusive por impossibilidade lógica, uma vez que a inconstitucionalidade que se manifesta invalida a lei de revisão em comentário⁶¹⁷. No segundo caso, a seu turno, o titular inerte da competência estabelecida pelo constituinte derivado também não poderá ser modificado pelo Tribunal Constitucional, agora porque a lei de revisão encontra seu fundamento de validade nas normas constitucionais originárias, a estas se equiparando quanto à hierarquia e se assemelhando quanto à legitimidade⁶¹⁸.

No que diz respeito à *definição de competências*, pode-se dizer que ela resulta de previsão do constituinte assim como a existência do Tribunal Constitucional⁶¹⁹. Assim, o guardião da Constituição só pode atuar na fiscalização do cumprimento das normas supremas dentro dos limites autorizados pela interpretação sistemática da Lei Fundamental, o que, até pela existência de medidas menos severas e mais eficientes (caso da já referida atuação judicial direta), não inclui a decretação da perda de competência do sujeito omissor e a faculdade de conferi-la a terceiro *a priori* não indicado pela Carta Magna⁶²⁰: admitir-se a ingerência do Tribunal Constitucional no sentido de alterar os sujeitos

⁶¹⁷ Paulo Bonavides, *Curso...*, p. 186-187, salienta que o poder constituinte derivado, em razão das limitações constitucionais explícitas e implícitas que o cercam, é poder de certa forma imperfeito, porque não se pode mover além do círculo de restrições que lhe foram impostas pelo constituinte originário, criador da Constituição. Portanto, segundo o autor, o constituinte derivado não tem legitimidade suficiente para fazer uma nova Constituição, o que implicaria reconhecer sua indevida capacidade de elidir o fundamento de sua própria competência, oriunda do poder maior que o gerou.

⁶¹⁸ Jorge Miranda, *Manual...*, tomo II, p. 171, afirma que uma Constituição, como expressão de determinada legitimidade (democrática, monárquica, ambas conjuntamente ou outra), deve consignar uma forma de revisão em harmonia com essa legitimidade. Se não a consigna, como se observa em algumas Cartas Constitucionais, ela assume um conteúdo que a faz convolar, logo à nascença, em Constituição de regime diferente daquele que lhe terá dado origem.

⁶¹⁹ Walter Claudius Rothenburg, *Inconstitucionalidade...*, p. 122, destaca que a determinação dos âmbitos constitucionais deferidos à atuação exclusiva ou preponderante do legislador é questão a ser tratada com extremo cuidado. Consoante o autor, a preocupação com o reconhecimento e a valorização das opções feitas pelo legislador (aí incluído o constituinte), porque dotado de uma legitimidade e uma consequente atuação principal nesse domínio, é externada pela moderna teoria constitucional, do que dão conta, por exemplo, as teses do espaço de conformação legislativa e da interpretação conforme a Constituição.

⁶²⁰ Francisco Lucas Pires, *Legitimidade da justiça constitucional e princípio da maioria*, in *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, p. 171-172, observa que deve prevalecer um método, uma atitude que deixe o legislador (inclusive o constituinte) exprimir-se primeiro e até ao fim sob formas largas, diferentes e variáveis. Segundo o autor, essa é a forma do respeito da precedência, da plenitude da vontade legislativa, a única que em democracia pode aspirar a uma visão global projetada para diante.

constitucionalmente previstos para realizar determinadas tarefas legislativas implicaria não apenas desrespeitar os limites postos na Lei Fundamental para a atuação do guardião da Constituição, mas também desconsiderar as opções legitimamente feitas pelo constituinte em momento raro, com observância de uma série de condicionamentos⁶²¹.

Nesse sentido, a definição de competências pela Carta Magna inviabiliza a designação de um terceiro sujeito para o cumprimento de imposição legiferante, o que está ligado aos princípios da tipicidade e da indisponibilidade: de acordo com a tipicidade, as competências dos órgãos constitucionais são, em regra, apenas as expressamente enumeradas na Constituição, enquanto, segundo a indisponibilidade, as competências constitucionalmente fixadas não podem ser transferidas para órgãos diferentes daqueles a quem a Constituição as atribuiu⁶²².

No que diz respeito à *separação de poderes*⁶²³, princípio diretamente associado à repartição de competências e que está consagrado nas Constituições portuguesa⁶²⁴ e brasileira⁶²⁵, se conclui que ele também funciona como obstáculo à designação de um terceiro sujeito não estabelecido pela *lex superior* para o cumprimento de tarefa legislativa: (a) diante da inexistência de autorização da Carta Magna, tal alternativa colocaria o exercício das competências constitucionais em uma zona cinzenta e causaria indesejável instabilidade institucional, já que ao legislador não seria permitido saber, desde logo, a partir de que momento sua inércia poderia acarretar a sanção da perda de competência, gerando insegurança

⁶²¹ Rogério Soares, *O conceito ocidental de Constituição*, in Revista de Legislação e de Jurisprudência, nº 3744, 1986, p. 71, considera que acima de qualquer Constituição formal afirmam-se princípios constitucionais materiais apoiados na tradição de certa cultura e demonstrados na sua experiência histórica. Conforme o autor, se é certo que não há unanimidade na pormenorização do elenco desses princípios, a verdade é que não pode deixar de reconhecer-se que todos decorrem duma ideia central do primado da pessoa.

⁶²² José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, p. 546-547.

⁶²³ Charles-Louis de Secondat ("Barão de Montesquieu"), *O Espírito das Leis*, Curitiba, Juruá, 2000, p. 92, já reconhecia a importância de os poderes atuarem de acordo uns com os outros, apesar de considerar tal situação mais uma necessidade que uma virtude. Segundo o autor, os três poderes deveriam formar uma pausa ou uma inação, mas como, pelo movimento necessário das coisas, eles são obrigados a caminhar, serão forçados a andar de concerto.

⁶²⁴ Artigo 2º da Constituição portuguesa: "A República Portuguesa é um Estado de direito democrático, baseado na soberania popular, no pluralismo de expressão e organização política democráticas, no respeito e na garantia de efectivação dos direitos e liberdades fundamentais e na separação e interdependência de poderes, visando a realização da democracia económica, social e cultural e o aprofundamento da democracia participativa". Além disso, ainda a Constituição portuguesa, em seu artigo 111º, nº 1, dispõe: "Os órgãos de soberania devem observar a separação e a interdependência estabelecidas na Constituição".

⁶²⁵ Artigo 2º da Constituição brasileira: "São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário".

quanto às exigências da função legiferante e quanto aos limites do controle jurisdicional; e (b) a possibilidade de destituição do sujeito omissis colocaria em xeque o núcleo da Constituição, pois a repartição de tarefas e a designação dos órgãos competentes para desempenhá-las é matéria de alçada do poder constituinte, como manifestação do Legislativo, de sorte que a atuação do Tribunal Constitucional, como expressão do Judiciário, careceria de legitimidade, até mesmo porque interferiria em funções próprias de outros poderes sem amparo em norma constitucional e, o que é pior, contra norma constitucional que confere certa competência a determinado agente.

8.2.2 Suprimento da omissão legislativa e modificação do sujeito competente

A aceitação da teoria segundo a qual o guardião da Constituição pode destituir um sujeito previamente designado para realizar determinada tarefa legislativa em razão de seu silêncio, transferindo-a para outro ente, tudo a partir de hipótese e de procedimento não previstos pela Carta Magna, conduz ao surgimento de um paradoxo insustentável. Isso porque, o Tribunal Constitucional, cuja tarefa é exatamente zelar pela integridade da Carta Magna⁶²⁶, violaria sua força normativa ao destituir o órgão legislativo omissis da competência que lhe foi constitucionalmente atribuída, mormente à margem de disposição expressa nesse sentido, e colocaria em um plano secundário o diploma que justifica a própria existência da Corte Constitucional e que a esta confere legitimidade.

Como decorrência desse paradoxo, algumas questões são dignas de registro.

Em primeiro lugar, havendo modificação dos sujeitos constitucionais por decisão judicial, não se percebe a diferença entre alterar competências dentro do mesmo Poder ou modificá-las entre órgãos distintos de soberania, pois em um e noutro caso há violação da vontade do constituinte, que faz parte do Legislativo, pelo Tribunal Constitucional, que integra o Judiciário.

⁶²⁶ Paulo Bonavides, *Curso...*, p. 301, considera não haver dúvida de que, exercido no interesse dos cidadãos, o controle jurisdicional se compadece melhor com a natureza das Constituições rígidas e, sobretudo, com o centro de sua inspiração primordial, ou seja, a garantia da liberdade humana. Conforme o autor, a introdução de tal controle no ordenamento jurídico é coluna de sustentação do Estado de Direito, que se alicerça, sobretudo, no formalismo hierárquico das leis.

Em segundo lugar, a perda da competência do sujeito omissis pressupõe previsão constitucional, seja a partir do exercício do poder constituinte originário, seja através do constituinte derivado. Em qualquer hipótese, contudo, dita providência não deve ser incluída no texto constitucional: (a) no que tange ao constituinte originário, não faz sentido estabelecer a possibilidade de o Tribunal Constitucional determinar a perda da competência, pois seria preferível conferir ao guardião da Constituição a prerrogativa de preencher imediatamente o vazio deixado pelo legislador a apontar mecanismos secundários de suprimento da omissão; e (b) no que diz respeito ao constituinte derivado, não apenas a possibilidade de perda da competência a ser determinada pelo Tribunal Constitucional é inviável, como também a própria previsão nesse sentido constante em lei de revisão ou em emenda constitucional afrontaria a separação de poderes estabelecida originariamente⁶²⁷.

Em terceiro lugar, a autorização de perda da competência por meio de criação jurisprudencial e à margem de dispositivo constitucional exposto contraria, inclusive, os imperativos da racionalidade: se é possível aceitar que o Tribunal Constitucional destitua sujeitos originariamente competentes para determinadas matérias e transfira suas atribuições para outros entes independentemente de previsão constitucional, também é possível apontar como adequada, *a fortiori*, a possibilidade de o guardião da Constituição substituir diretamente o sujeito inerte no exercício da função normativa, pelo menos até que este venha a se manifestar, com fundamento nas razões já expostas nesta investigação.

Veja-se que não se pretende colocar a repartição de competências e a separação de poderes como cláusulas absolutas e insuperáveis, até porque a proteção aos direitos fundamentais pode exigir o afastamento de qualquer delas, em conjunto ou separadamente, diante das peculiaridades do caso posto à apreciação judicial. O que se diz, apenas, é que a elasticidade exigida na interpretação de tais conceitos, a ponto de permitir a transferência de atribuições a ser feita pelo guardião da Constituição e à revelia do constituinte, é muito maior e

⁶²⁷ José Afonso da Silva, *Curso...*, p. 68, afirma que toda modificação constitucional feita com desrespeito ao procedimento especial estabelecido (iniciativa, votação, quorum etc.), ou a preceito que não possa ser objeto de emenda ou de lei de revisão, padecerá de vício de inconstitucionalidade formal ou material, conforme o caso, e assim ficará sujeita ao controle de constitucionalidade pelo Judiciário, tal como se dá com as leis ordinárias.

menos eficaz do que a necessária para autorizar o Tribunal Constitucional a substituir imediatamente o órgão normativo omissivo, emitindo o regramento integrativo necessário. Assim, embora em qualquer caso a finalidade de cumprir a Lei Maior seja colocada acima da repartição de competências e da separação de poderes, a atuação do Tribunal Constitucional em face dos vazios normativos é mais célere se for direta e se estipular imediatamente a disciplina indispensável à proteção de determinado direito fundamental, do que se optar apenas por decretar a perda da competência de um determinado sujeito para atribuí-la a outro, sendo certo que nada está a garantir que este efetivamente atuará e tutelarará adequadamente os direitos fundamentais⁶²⁸.

Em suma, não se pode admitir, em nenhum caso, que o Tribunal Constitucional retire a competência de um determinado órgão para atribuí-la a um terceiro sujeito não designado previamente pela Carta Magna. Diversamente, no entanto, segundo aqui se defende, o Judiciário poderá se substituir diretamente ao Legislativo, mesmo em abstrato, de modo excepcional e justificado pelas circunstâncias do caso, quando a tutela dos direitos fundamentais assim o exigir em confronto com outros fundamentos da Constituição, ao menos até que o órgão normativo silente venha a atuar: a uma, porque se trata de medida temporária, válida até que a Constituição seja cumprida pelo legislador ordinário; a duas, porque a resolução de casos litigiosos cabe precisamente aos tribunais, independentemente da ação de outras esferas de competência; a três, porque se trata de medida menos severa do que a atribuição da competência a um terceiro sujeito, implicando menor movimentação dos pilares da República; e, a quatro, porque a decisão direta do Tribunal Constitucional é garantia de suprimento do vazio, o que pode não acontecer a partir da construção ora criticada.

Não se deve esquecer, aliás, que a decretação de perda da competência legislativa como resposta ao silêncio inconstitucional, apesar de apontada, em tese, como sanção ao sujeito omissivo, na prática poderá não assumir tal condição. Isso porque, a inércia do legislador ao deixar de concretizar determinada norma constitucional não tem origem apenas na sua falta de vontade em cumprir a

⁶²⁸ José Carlos Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 339, esclarece, em lição que pode ser tomada como exemplo de vedação à perda e à alteração de competências, que a ausência de intervenção do legislador não transfere para o poder administrativo uma competência normativa para concretizar, regulamentar ou restringir os preceitos constitucionais relativos aos direitos, liberdades e garantias, nem lhe deixa uma competência lata para limitar as liberdades de acordo com as exigências do interesse público.

Constituição, pois concorre para a omissão normativa a implicação orçamental da lei a ser editada, o nível de aceitação que o regramento infraconstitucional encontrará entre os cidadãos e o grau de comprometimento institucional que a aprovação do diploma poderá exigir. Assim, a decretação da perda de competência e sua atribuição a terceiro, longe de configurar sanção ao sujeito inerte, poderá servir como estímulo à permanência do silêncio, não só em face da possibilidade de transferência do dever jurídico de atuação, mas também, e principalmente, do ônus político daí decorrente.

Diferentemente, contudo, nos termos da proposta aqui apresentada, ocorre na hipótese de atuação substitutiva direta do Tribunal Constitucional para suprir o vazio, que é medida excepcional e, por ser temporária, não retira do legislador o dever de cumprir as imposições da Lei Fundamental.

Em síntese, ou se admite, em casos extremos, o suprimento direto do vazio pelo Tribunal Constitucional⁶²⁹, e aí a designação de novo sujeito é desnecessária (até porque a competência foi exercida, ao menos momentaneamente, pela atuação substitutiva e excepcional do Judiciário), ou não se aceita o preenchimento imediato do vazio pelo guardião da Constituição, e então os fundamentos para a perda da competência também não se fazem presentes.

Logo, tendo em vista que a destituição do sujeito inerte da competência legislativa que lhe foi atribuída é inconstitucional, e que a atuação direta do Tribunal Constitucional contra a omissão do legislador, embora admissível, é medida temporária e de exceção, eventual descumprimento do julgado que se limite a verificar a existência de inconstitucionalidade por inércia tem, em princípio, apenas uma resposta possível em face das Constituições portuguesa e brasileira: a responsabilização civil do Estado com fundamento no silêncio legislativo.

⁶²⁹ Reitere-se, segundo aqui se defende, que tal alternativa é de admissibilidade rara e deve ser empregada com cautela: se o guardião da Constituição considerar, em situações cujo caráter extremo só a questão posta em juízo permitirá avaliar, que a preservação da força normativa e da máxima efetividade da Carta Magna passa pela redução da importância da separação entre os órgãos de soberania e pela ampliação da tutela aos direitos fundamentais (sobretudo diante da necessidade de proteção à dignidade da pessoa humana), um e outro fundamentos da República, o vazio existente pode ser preenchido de pronto a partir da atividade jurisdicional, com a utilização da lógica da colmatação de lacunas e sem restrição do julgamento à verificação da inconstitucionalidade por omissão, cujos efeitos limitados previstos pelo artigo 283º podem ser nocivos à adequada solução da controvérsia.

8.3 Responsabilidade civil do Estado por omissões legislativas

8.3.1 Linhas gerais

Durante muito tempo, o problema da responsabilidade do Estado-legislador foi resolvido de uma maneira simplista⁶³⁰. Afirmava-se que o aparato estatal não poderia ser responsabilizado por atos legislativos, sob os seguintes argumentos: (a) a lei é manifestação da soberania, conceito absoluto que a todos se impõe e a todos obriga, sendo insuscetível, portanto, de ser causa de responsabilidade; (b) o legislador edita normas gerais e abstratas dirigidas a toda a coletividade, o que faz com que o ônus delas decorrente seja igual para todas as pessoas que se encontram na mesma situação; e (c) os cidadãos não podem responsabilizar o Estado por atos de parlamentares por eles mesmos eleitos⁶³¹.

Desse modo, se a irresponsabilidade do Estado por atos do legislador podia ser apontada como regra, que dirá por omissões legislativas inconstitucionais, em geral muito menos visíveis do que as ações legislativas contrárias à Constituição⁶³².

Todavia, no pensamento constitucional contemporâneo, contra os argumentos acima se pode dizer que: (a) mesmo exercendo parcela de soberania, o legislador tem de observar a Constituição, de modo que deve existir responsabilidade do Estado quando edita leis inconstitucionais ou quando se omite em matérias em que a Constituição exige sua atuação; (b) nem sempre a atividade do legislador, e a sua inatividade, produzem efeitos gerais e abstratos, de modo que o Estado deve responder por danos causados por comportamentos do legislador que atinjam pessoas determinadas⁶³³; e (c) a eleição de parlamentar

⁶³⁰ Fésas Vital, *Da responsabilidade do Estado no exercício da função legislativa*, in Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, nº 11 a nº 20, 1915-1916, p. 269.

⁶³¹ Maria Sylvia Di Pietro, *Direito...*, p. 625-626.

⁶³² Manuel Afonso Vaz, *A responsabilidade civil do Estado: considerações breves sobre o seu estatuto constitucional*, Porto, Universidade Católica, 1995, p. 5, destaca que a admissibilidade da responsabilidade civil estatal, mesmo quando restrita à atividade administrativa, não acompanhou a instauração do Estado de Direito, sendo em alguns países continentais europeus uma afirmação jurídica dos anos trinta do século XX. De acordo com o autor, conjugaram-se até aí, fundamentando a tese dominante da irresponsabilidade estadual, o fato de o Estado, sendo ainda abstencionista, não intervir, ou intervir pouco, na vida econômica e social, com a cultura da irresponsabilidade do poder, pois era inerente à soberania impor-se a todos sem compensações, dado que o rei não cometia erros.

⁶³³ Jorge Miranda, *Manual...*, tomo VI, p. 293, salienta que a generalidade da lei não obsta à subjetivação de eventuais prejuízos.

implica delegação para fazer leis conforme determinam as imposições constitucionais⁶³⁴.

Nesse cenário, portanto, deve-se dizer que as omissões legislativas inconstitucionais podem ser vistas como um resultado, ou seja, como a ausência de uma norma legal constitucionalmente devida, ou como uma conduta, isto é, como um comportamento omissivo do legislador, que, dolosa ou culposamente, não cumpriu o dever de atuação que lhe foi imposto pela Lei Fundamental⁶³⁵: a primeira hipótese encontra-se no âmbito da fiscalização da constitucionalidade, em que será verificada a ocorrência de inconstitucionalidade por omissão em regra com as providências permitidas pelo artigo 283º da Constituição portuguesa e pelo artigo 103, parágrafo 2º, da Constituição brasileira; a segunda hipótese, a seu turno, pode ser útil para atribuir ao legislador uma conduta censurável, com o propósito de buscar a responsabilização civil do Estado.

Sendo assim, as inconstitucionalidades, inclusive as decorrentes de inércia do legislador, podem ser pressuposto da responsabilidade civil estatal, já que tão inconstitucional quanto a edição de leis contrárias à Constituição é a omissão de providências legislativas exigidas por normas constantes no texto da Carta Magna⁶³⁶.

Além disso, o silêncio legislativo resulta de um comportamento que, apesar de passivo, não é neutro, gerando consequências variadas, entre as quais o dever do Estado reparar danos eventualmente causados⁶³⁷: à proteção jurisdicional primária, efetuada através da fiscalização da constitucionalidade, deve ser adicionada a proteção jurisdicional secundária, exercida por meio da ação de responsabilidade civil do Estado por omissões normativas⁶³⁸.

⁶³⁴ Maria Sylvania Di Pietro, *Direito...*, p. 626.

⁶³⁵ Jorge Pereira da Silva, *ob. cit.*, p. 18.

⁶³⁶ Jorge Miranda, *Manual...*, tomo VI, p. 99, observa que a par da responsabilidade por atos inconstitucionais, e mais ou menos conexas com ela, pode haver responsabilidade civil do Estado por omissões inconstitucionais, sobretudo por omissões legislativas.

⁶³⁷ Manuel Afonso Vaz, *A responsabilidade civil...*, p. 11, nota que o espaço de conformação legislativa não pode constituir entrave à responsabilidade do Estado, porque a liberdade do legislador é expressamente condicionada pela Constituição, que estabelece, ela própria, os limites da licitude, ou da ilicitude, legislativa. Só, porém, quando houver ilícito legislativo, por violação da Lei Fundamental, é que existirá responsabilidade, passando por aqui, ainda, uma salvaguarda da liberdade de conformação legislativa.

⁶³⁸ Jorge Pereira da Silva, *ob. cit.*, p. 291, sustenta que em muitos casos de silêncio total do legislador, por exemplo, a proteção secundária poderá mesmo ser a única forma capaz de assegurar um mínimo de tutela aos direitos fundamentais dos cidadãos.

Não é outro, aliás, o entendimento majoritário da doutrina brasileira, ao afirmar de modo conservador que, embora a ação direta de inconstitucionalidade por omissão não possua nenhum efeito direto, já que a exortação judicial não afasta o silêncio legislativo, ao menos ela é suficiente para tornar evidente a existência de inércia normativa inconstitucional, facultando à parte lesada a obtenção de indenização por responsabilidade do Estado com fundamento no não exercício da função legislativa⁶³⁹.

Nesse contexto, pode-se dizer, ainda, que a figura da responsabilidade civil do Estado por inércia do legislador encontra nos direitos constitucionais carentes de concretização legal um campo privilegiado (abrangendo os direitos de defesa e os direitos a prestações, que apesar de terem natureza diversa podem exigir, mesmo que com sentidos diferentes, atuações legislativas eficazes no sentido de dar-lhes cumprimento), justificando-se a sua utilização como forma de proteção destinada a suprir, na medida do possível, as deficiências eventualmente apresentadas pela fiscalização abstrata da constitucionalidade do silêncio legislativo⁶⁴⁰.

É de se reparar, nesse cenário, que o instituto da responsabilidade do Estado por omissões legislativas tem sido tratado mais intensamente a propósito do incumprimento do dever de transposição de diretivas comunitárias, que tem como paradigma o Acórdão Francovich, de 19 de Novembro de 1991, do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias.

Nesse caso, o Estado italiano havia deixado de dar operatividade à Diretiva 80/987, em que se impunha aos Estados-membros a harmonização das legislações nacionais em matéria de proteção dos trabalhadores assalariados, nas hipóteses de falência ou insolvência da entidade patronal. Andrea Francovich, que fora prejudicado pela omissão estatal em transpor a diretiva, intentou ação de responsabilidade contra o Estado italiano na respectiva jurisdição interna, vindo a chegar ao Tribunal de Justiça das Comunidades sob a forma de questão prejudicial. Este, então, não deixou dúvida quanto à responsabilidade do Estado

⁶³⁹ Nesse sentido, Roque Antônio Carraza, *Curso de Direito Constitucional Tributário*, São Paulo, Malheiros, 1993, p. 220. Com a mesma orientação, Luiz Alberto David Araújo, *A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência*, Brasília, Corde, 1994, p. 187-190, e Regina Maria Nery Ferrari, *Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1990, p. 234.

⁶⁴⁰ Jorge Pereira da Silva, *ob. cit.*, p. 331.

italiano, que deveria ter legislado de forma a cumprir as imposições comunitárias, mas não o fez, passando a ser responsável pelos prejuízos derivados da não emissão das disposições legislativas, regulamentares e administrativas necessárias e adequadas⁶⁴¹.

Dessa forma, o Tribunal de Justiça acabou por condenar o Estado violador ao ressarcimento dos prejuízos causados por sua omissão legislativa a partir de dois argumentos principais: (a) do seu ponto de vista, pouco importava o fato de, na ordem interna, a omissão ser imputável ao legislador, uma vez que ela se consubstanciava sempre no incumprimento de obrigação imposta ao Estado pela ordem comunitária, sendo o Legislativo um de seus poderes; e (b) no caso concreto, dito incumprimento acarretara violação de direitos que a mesma ordem já atribuía a particulares, pelo que cabia ao Estado em falta eliminar, por intermédio de concessão de indenização, todas as consequências ilícitas decorrentes do silêncio legislativo⁶⁴².

Assim, embora não houvesse previsão expressa sobre a matéria, o Tribunal de Justiça considerou que o princípio da responsabilidade dos Estados-membros por danos oriundos de ações ou de omissões contrárias ao Direito Comunitário que lhes sejam imputáveis é um princípio inerente ao sistema do tratado⁶⁴³.

Veja-se, no entanto, que não apenas as omissões, mas igualmente as lacunas podem ensejar a responsabilidade civil do Estado. Todavia, segundo aqui se defende, enquanto a responsabilidade por omissões tem origem exclusiva na função legislativa, já que em princípio é do legislador a incumbência de suprir mencionados vazios, a responsabilidade do Estado por lacunas, viável em hipóteses muito mais restritas, também pode ter causa no exercício deficiente da função jurisdicional, sobretudo quando a atividade dolosa ou gravemente

⁶⁴¹ José Joaquim Gomes Canotilho, *Constituição...*, p. XXVIII-XXIX.

⁶⁴² Maria Lúcia Amaral, *Responsabilidade do Estado e dever de indemnizar do legislador*, Coimbra, Coimbra Editora, 1998, p. 704-705.

⁶⁴³ Rui Medeiros e Diogo Freitas do Amaral, *Responsabilidade civil do Estado por omissão de medidas legislativas: o caso Aquaparque*, in *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, nº 3 e nº 4, 2000, p. 322, destacam que o Tribunal de Justiça considerou que a reparação dos danos pelo Estado-membro é indispensável quando, como no caso Francovich, o pleno efeito das normas comunitárias esteja subordinado a uma ação por parte de um Estado-membro e, por conseguinte, os particulares não possam, no caso de omissão, invocar perante os órgãos jurisdicionais nacionais os direitos que lhes sejam reconhecidos pelo Direito Comunitário.

negligente do magistrado provocar um dano injusto aos particulares, pois igualmente ao Judiciário incumbe o afastamento de tal forma de vazio⁶⁴⁴.

8.3.2 Legislação de regência

O artigo 22º da Constituição portuguesa dispõe que “o Estado e as demais entidades públicas são civilmente responsáveis, em forma solidária com os titulares dos seus órgãos, funcionários ou agentes, por ações ou omissões praticadas no exercício das suas funções e por causa desse exercício, de que resulte violação dos direitos, liberdades e garantias ou prejuízo para outrem”.

Dessa forma, dito dispositivo não faz remissão expressa à legislação infraconstitucional, limitando-se a estabelecer um princípio geral de responsabilização patrimonial do Estado e das demais entidades públicas⁶⁴⁵. Apesar disso, como tal regime podia ser objeto de um procedimento legislativo de concretização ou densificação dos pressupostos dessa forma de responsabilidade estatal, parte da doutrina afirmava subsistir, no artigo 22º, uma omissão legislativa⁶⁴⁶.

De toda sorte, o artigo 22º, por si só, já constituía fundamento suficiente para a responsabilização do Estado por danos resultantes do exercício das

⁶⁴⁴ José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, p. 509, alerta sobre a necessidade de um regime particularmente cauteloso na responsabilização do Estado por fato da função jurisdicional (agora previsto expressamente no Direito português a partir dos artigos 12º a 14º da Lei nº 67/2007), sob pena de paralisação do funcionamento da justiça e perturbação da independência dos juizes. Todavia, segundo o autor, é de se admitir a responsabilidade civil estatal quando: (a) houver grave violação da lei resultante de negligência grosseira; (b) ocorrer a afirmação de fatos cuja inexistência é manifestamente comprovada pelo processo; (c) acontecer a negação de fatos cuja existência é indelével a partir dos atos processuais; (d) forem adotadas medidas privativas de liberdade fora das hipóteses legais; e (e) houver denegação da justiça oriunda da recusa, omissão ou atraso do magistrado no cumprimento dos seus deveres funcionais. Tratam do assunto, igualmente, Luís Guilherme Catarino, *A Responsabilidade do Estado pela Administração da Justiça*, Coimbra, Almedina, 1999, e João Aveiro Pereira, *A Responsabilidade Civil por Actos Jurisdicionais*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001.

⁶⁴⁵ José Joaquim Gomes Canotilho, *Anotação ao Acórdão de 7 de maio de 2002*, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, nº 3927 e nº 3928, 2001, p. 221, adverte que o âmbito de proteção do artigo 22º da Constituição portuguesa não distingue, em geral, para efeitos de imputação de responsabilidade às entidades públicas, entre ação e omissão. Assim, em sede de responsabilização estatal pelo exercício da função legislativa, em especial, deve-se considerar incluída no citado dispositivo constitucional a responsabilidade do Estado por fato das leis e da ausência delas. Da mesma forma, Jorge Pereira da Silva, *ob. cit.*, p. 310-311, salienta que o artigo 22º comporta uma pluralidade de segmentos normativos (pelo menos um por função do Estado que abarca) e, portanto, sua interpretação tem de ser feita em separado, considerando a natureza e o regime constitucional da função estadual que estiver em causa.

⁶⁴⁶ Nesse sentido, Jorge Miranda, *Informática...*, p. 576, e *O Provedor...*, p. 56, e Fausto de Quadros, *ob. cit.*, p. 60-61.

funções política, legislativa, administrativa e jurisdicional⁶⁴⁷, tendo em vista que o silêncio legislativo existente na altura não configurava omissão, mas lacuna suprável pelo julgador.

Em outros termos, a falta de uma maior concretização legislativa do artigo 22º não impedia o exercício do direito à indenização pelos particulares lesados, já que os pressupostos da responsabilidade civil do legislador podiam e deviam ser retirados, por via interpretativa, do próprio texto constitucional: a ausência de regulação, em nível infraconstitucional, dos pressupostos da responsabilidade do Estado pelo não exercício da função legislativa, tornava potencialmente mais difícil, mas não eliminava a fruição do direito pelos cidadãos, que ficavam dependentes do grau de incerteza inerente a qualquer processo de concretização judicial⁶⁴⁸.

Cumprido destacar que na revisão constitucional de 1989 houve propostas no sentido de acrescentar ao artigo 22º um número que especificava, desde logo, a possibilidade de responsabilizar o Estado por atos legislativos⁶⁴⁹, o que não obteve êxito. A não adesão à sugestão resultou do fato de se ter entendido que o artigo 22º não necessitava da explicitação contida na proposta, pois já consagrava de forma suficiente a responsabilidade do Estado-legislador no Direito português⁶⁵⁰.

No entanto, o diploma densificador, suficiente para tornar mais claro o direito imediatamente aplicável previsto no artigo 22º da Constituição portuguesa,

⁶⁴⁷ José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição...*, 1993, p. 168, ressaltam que o teor literal do artigo 22º leva a considerar a responsabilidade do Estado por atos legislativos e por atos jurisdicionais, dado que a Constituição se refere, sem quaisquer restrições, a atos e omissões praticados no exercício das funções estatais pelos titulares dos seus órgãos, funcionários ou agentes.

⁶⁴⁸ Maria Luísa Duarte, *O artigo 22º da Constituição portuguesa e a necessária concretização dos pressupostos da responsabilidade extracontratual do legislador: ecos da jurisprudência comunitária recente*, in *Legislação*, nº 17, 1996, p. 33

⁶⁴⁹ A proposta de nº 2 para o artigo 22º dispunha: "A responsabilidade do Estado abrange as acções ou omissões praticadas no exercício das funções legislativa e jurisdicional quando desse exercício resulta violação particularmente grave dos direitos, liberdades e garantias".

⁶⁵⁰ Em sentido contrário, Maria Lúcia Amaral, *Responsabilidade do Estado e dever...*, p. 689-700, antes da Lei nº 67/2007, esclarecia que a inconstitucionalidade de lei se não configurava como expressão de um ilícito civil, capaz de fazer nascer na esfera jurídica estadual uma obrigação de ressarcir que decorresse da contrariedade do ato legislativo à norma fundamental. De acordo com a autora, não existindo um direito fundamental dos privados à constitucionalidade das leis, a violação da Constituição pelo legislador não implicava omissão de um comportamento devido que o vinculasse especificamente perante terceiros.

foi editado⁶⁵¹. Trata-se da Lei nº 67/2007, que disciplina o regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas⁶⁵².

Segundo a Lei nº 67/2007, em seu artigo 1º, nº 1, o âmbito de aplicação do regramento que estabelece diz respeito à responsabilidade civil extracontratual do Estado e das demais pessoas coletivas de direito público por danos resultantes do exercício da função legislativa, jurisdicional e administrativa, em tudo o que não esteja previsto em lei especial.

Especificamente no que tange à responsabilidade decorrente do exercício da função legislativa, o artigo 15º, nº 3, da Lei nº 67/2007, determina que o Estado e as regiões autónomas são civilmente responsáveis pelos danos anormais que, para os direitos ou interesses legalmente protegidos dos cidadãos, resultem da omissão de providências legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais.

Em complemento, o nº 4 do mesmo dispositivo salienta que a existência e a extensão da responsabilidade do Estado são determinadas atendendo às circunstâncias concretas de cada caso e, designadamente, ao grau de clareza e precisão da norma violada, ao tipo de inconstitucionalidade e ao fato de terem sido adotadas ou omitidas as diligências necessárias para evitar a situação ilícita.

Além disso, continuando a análise das repercussões do artigo 22º da Constituição portuguesa na legislação infraconstitucional, importa dizer que a esta foi atribuída pela Carta Magna a tarefa de definir os tribunais competentes para conhecer de eventuais ações de responsabilidade civil por ação ou omissão do legislador.

Nesse sentido, o Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais de 2002, em seu artigo 4º, nº 1, alínea g), incluiu no âmbito da jurisdição administrativa a apreciação de litígios que tenham por objeto questões em que se

⁶⁵¹ Veja-se que a ausência de tal lei não impedia a responsabilização civil do Estado, aí incluída a decorrente de omissões legislativas. Segundo José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição...*, 1993, p. 170, o artigo 22º, na falta de lei concretizadora, era uma norma diretamente aplicável, cabendo aos juízes e aos tribunais criar uma “norma de decisão” tendente a assegurar a reparação de danos resultantes de atos lesivos de direitos, liberdades e garantias ou dos interesses juridicamente protegidos dos cidadãos.

⁶⁵² Lei nº 67/2007, publicada no Diário da República, I Série, de 31.12.2007.

discuta a responsabilidade civil extracontratual das pessoas coletivas de direito público por atos decorrentes do exercício da função legislativa⁶⁵³. Tal dispositivo é importante não só porque tem um caráter aditivo, já que o Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais de 1984 excluía expressamente o julgamento de tais ações do âmbito da jurisdição administrativa⁶⁵⁴, mas também porque o legislador, através de uma regra de competência, acabou por assumir posição favorável à existência de uma ação de responsabilidade por danos decorrentes da função legislativa e, por decorrência, ao direito à indenização por prejuízos eventualmente sofridos pelos particulares, hipótese que, naquele momento, não encontrava amparo em qualquer outro diploma legal infraconstitucional.

Note-se que na Constituição brasileira a cláusula geral de responsabilidade civil do Estado está no artigo 37, parágrafo 6º, que determina que *“as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”*⁶⁵⁵.

Nesse dispositivo constitucional estão compreendidas duas regras: a da responsabilidade objetiva do Estado e a da responsabilidade subjetiva do funcionário. Além disso, a exemplo do que ocorria no Direito português antes da Lei nº 67/2007, no Brasil a ação de responsabilidade decorrente do exercício da função legislativa não se encontra disciplinada no âmbito infraconstitucional, sendo

⁶⁵³ Redação dada pela Lei nº 107-D, publicada no Diário da República, I Série-A, de 31.12.2003. Nesse contexto, Rui Medeiros, *Brevíssimos tópicos para uma reforma do contencioso administrativo da responsabilidade*, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº 16, 1999, p. 36, esclarece que a atribuição de competência aos tribunais administrativos para conhecer das ações de responsabilidade por danos causados pelo exercício da função legislativa é justificada pela conexão que existe entre tais ações e as ações de responsabilidade da Administração. De resto, nesses casos, a Constituição não define, ela própria, a jurisdição competente, nada parecendo impedir que o legislador preencha o vazio constitucional conferindo aos tribunais administrativos competência para conhecer das ações de responsabilidade por danos causados no exercício da função legislativa.

⁶⁵⁴ Conforme o artigo 4º, nº 1, alínea b), do Estatuto de 1984. No entanto, permanece fora do âmbito da jurisdição administrativa o conhecimento da impugnação de atos legislativos, segundo o artigo 4º, nº 2, alínea a), do Estatuto de 2002.

⁶⁵⁵ Maria Helena Diniz, *Código Civil Anotado*, São Paulo, Saraiva, 2009, p. 90, comentando o artigo 43 do Código Civil brasileiro, sustenta que o Estado que paga indenização por ação ou omissão legislativa que cause danos a terceiros por falta de operatividade prática de direitos constitucionalmente garantidos não terá ação regressiva contra o legislador faltoso, por dois motivos: (a) porque a lei é um ato jurídico complexo, isto é, oriundo da fusão de vontades ideais de vários órgãos, que funcionam como vontade única para sua formação; e (b) porque o artigo 53 da Constituição brasileira determina que *“os Deputados e Senadores são invioláveis civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos”*.

indispensável que os pressupostos para o pagamento de indenização sejam retirados da norma por via interpretativa⁶⁵⁶.

8.3.3 Pressupostos

Os pressupostos da responsabilidade civil do Estado por omissões legislativas são: (a) acórdão do Tribunal Constitucional ou do Supremo Tribunal Federal; (b) nexos de causalidade; e (c) dano⁶⁵⁷.

8.3.3.1 Acórdão do Tribunal Constitucional

Três soluções são admissíveis, em tese, para o problema da articulação entre a fiscalização abstrata da inconstitucionalidade por omissão legislativa (proteção primária) e a ação de responsabilidade por inércia do legislador (proteção secundária): a consunção, a autonomia e a subsidiariedade⁶⁵⁸.

Para a primeira alternativa, a decisão de inconstitucionalidade por omissão consome ou elimina a questão da responsabilidade, sendo esta desnecessária, pois aquela asseguraria os direitos dos particulares de forma efetiva e suficiente (em especial através da sua eficácia retroativa). Entretanto, dita opinião deve ser excluída, não só em virtude da presença constitucional (artigo 22º) e infraconstitucional (artigo 15º da Lei nº 67/2007) de disposições sobre a responsabilidade do legislador omissor, mas também pelos efeitos limitados em

⁶⁵⁶ O Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário nº 510.467, publicado no Diário da Justiça de 30.03.2007, manifestou opinião segundo a qual, não sendo possível, pela via do controle abstrato, obrigar o ente público a tomar providências legislativas necessárias para prover omissão declarada inconstitucional, com mais razão não pode fazê-lo o Poder Judiciário, por via oblíqua, no controle concreto de constitucionalidade, deferindo pedido de indenização em face do Estado pela existência de omissão contrária à Constituição. Ocorre, no entanto, segundo aqui se defende, que é exatamente o caráter limitado da verificação da inconstitucionalidade por omissão que justifica o ajuizamento de ações contra o Estado com base na inércia do legislador, sendo certo que o fato desta alternativa ser “oblíqua” não implica a inviabilidade de sua utilização, principalmente porque a possibilidade de responsabilização estatal é expressamente prevista em norma da Lei Fundamental.

⁶⁵⁷ Convém notar que, teoricamente, a expressão “omissão legislativa” pode não corresponder sempre à ideia de “omissão do legislador”: segundo aqui se defende, na hipótese, por exemplo, de determinado projeto de lei ter sido aprovado pelo Legislativo, mas vetado pelo Executivo, sem dúvida se estará diante de “omissão legislativa”, no sentido de inexistência do diploma legal necessário para densificar a Carta Magna, embora não tenha havido “omissão do legislador”. No entanto, ao longo desta investigação ditos conceitos são utilizados como sinônimos, porque: (a) no plano geral, o artigo 283º da Constituição portuguesa e o artigo 103, parágrafo 2º, da Constituição brasileira, não fazem tal distinção, de sorte que as duas situações são por eles abrangidas; e (b) no plano específico, seja por omissão do Legislativo, seja por omissão do Executivo, a responsabilidade civil por falta de lei acaba sendo atribuída ao Estado.

⁶⁵⁸ Jorge Pereira da Silva, *ob. cit.*, p. 335-336.

tese previstos para a verificação de inconstitucionalidade por omissão a cargo do Tribunal Constitucional.

A segunda solução, a seu turno, pressupõe a possibilidade de dissociar a ação de responsabilidade do legislador do controle da constitucionalidade das omissões, podendo os particulares optar livremente pela via de defesa que mais lhes convenha. Todavia, essa faculdade também não deve ser admitida, porquanto em Portugal e no Brasil só pode ser chamado de omissão o vazio legislativo assim caracterizado pelo guardião da Carta Magna a partir do processo de fiscalização abstrata.

A terceira posição, a que se adota, defende que a decisão de inconstitucionalidade não é, ou pode não ser, suficiente para eliminar todas as consequências negativas decorrentes da omissão legislativa. Dessa forma, a efetivação da responsabilidade tem como pressuposto a existência de decisão prévia do Tribunal Constitucional verificando a ocorrência de inconstitucionalidade por omissão, procurando corrigir os seus efeitos, para só depois se poder avançar para a responsabilização do Estado, entendimento que, aliás, também é adotado pela doutrina brasileira⁶⁵⁹.

Em verdade, o grande embate travado nessa matéria ocorre entre a autonomia e a subsidiariedade, tendo o Tribunal Constitucional português já se manifestado sobre o assunto no Acórdão nº 238/97⁶⁶⁰.

No processo que levou à decisão acima referida, o guardião da Constituição foi chamado a se manifestar sobre a interpretação que o Supremo Tribunal de Justiça dera ao artigo 4º, nº 1, alínea b), do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais de 1984, que dispunha estar fora do âmbito da jurisdição administrativa o julgamento das ações de responsabilidade do Estado pelo exercício da função legislativa.

⁶⁵⁹ Yussef Said Cahali, *Responsabilidade Civil do Estado*, São Paulo, Malheiros, 1996, p. 657, adverte que para surgir a pretensão indenizatória é necessário que a lei ou a omissão tenha sido reconhecida e declarada inconstitucional (controle abstrato), sendo insuficiente que os juízes e tribunais neguem aplicação à lei ou identifiquem a existência de uma omissão no caso *sub judice* (controle concreto). No mesmo sentido, Maria Sylvia Di Pietro, *Direito...*, p. 626, entende que a responsabilidade do Estado por leis e omissões inconstitucionais depende da prévia declaração do vício pelo Supremo Tribunal Federal.

⁶⁶⁰ Tribunal Constitucional, Acórdão nº 238/97, publicado no Diário da República, II Série, de 14.05.1997.

Em primeira instância, a autora intentou com êxito, nos tribunais judiciais, ação de responsabilidade civil contra o Estado por omissão das medidas legislativas necessárias para dar plena exequibilidade ao artigo 62º, nº 2, da Constituição, que dispunha sobre o pagamento de indenizações por expropriações e nacionalizações feitas ao abrigo da legislação sobre reforma agrária.

A Relação de Lisboa confirmou a competência dos tribunais judiciais para julgar a matéria, mas o Supremo Tribunal de Justiça discordou, afirmando que, a partir da interpretação do artigo 4º, nº 1, alínea b), do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais de 1984, não eram competentes para analisar a questão nem os tribunais administrativos (porque se tratava de responsabilidade do Estado no exercício de função legislativa) nem os tribunais judiciais (porque da responsabilidade do Estado pelo exercício da função legislativa só lhes seria lícito conhecer de comportamentos ativos). Em outras palavras, para apreciar e julgar esses atos lesivos cometidos por omissão dos órgãos legislativos só seria competente o Tribunal Constitucional, nos termos do artigo 283º da Constituição portuguesa, que prevê ação vedada aos particulares.

Encaminhada a controvérsia à Corte Constitucional, as partes travaram discussão de grande relevância para o tema sob análise, sendo que a recorrente, de um lado, fundamentou seu posicionamento em dois argumentos principais:

(a) Na ação de responsabilidade civil por inércia normativa não se pede a verificação de inconstitucionalidade por omissão, mas apenas o arbitramento de indenização suficiente para suprir os prejuízos que o silêncio legislativo causou ao particular e que não devem ser suportados por este, inclusive por imperativo constitucional. Dessa maneira, o julgamento da ação em tela não deve ser atribuído à jurisdição constitucional, uma vez que não foi pleiteada a fiscalização abstrata, mas somente a condenação do Estado ao pagamento de indenização resultante de inércia no exercício da função legislativa⁶⁶¹;

(b) A interpretação que atribui exclusivamente ao Tribunal Constitucional o julgamento de ações de responsabilidade por omissões dá à legislação um

⁶⁶¹ Jorge Miranda, *Manual...*, tomo VI, p. 298, destaca que a inexistência de um sistema de fiscalização difusa da inconstitucionalidade por omissão, análogo ao da inconstitucionalidade por ação, não impede o reconhecimento jurisdicional do silêncio legislativo que seja pressuposto da responsabilidade.

sentido inconstitucional, pois aos cidadãos ficará vedado o acesso aos tribunais para demandarem o Estado por silêncio ilícito, culposo e lesivo do legislador, ficando impedidos de recorrer ao Judiciário para obter a tutela de direitos constitucionalmente reconhecidos e garantidos.

O recorrido, por outro lado, lastreou seu entendimento em duas ideias centrais:

(a) A ilicitude de eventual silêncio legislativo dos órgãos constitucionalmente competentes é incindível da apreciação da inconstitucionalidade do comportamento omissivo do legislador, pois ela pressupõe um dever de legislar oriundo de uma exigência constitucional de ação;

(b) A verificação da existência ou inexistência do dever de legislar só pode ser apreciada pelo Tribunal Constitucional e como *thema decidendum* do processo de verificação da inconstitucionalidade por omissão, não incumbindo aos restantes tribunais pronunciarem-se sobre a matéria de forma incidental ou como questão prejudicial relativamente à pretensão indenizatória nesse contexto deduzida contra o Estado.

Em face do exposto, o guardião da Constituição entendeu ser inconstitucional a interpretação dada pelo Supremo Tribunal de Justiça ao artigo 4º, nº 1, alínea b), do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais de 1984, pois ela violava o direito de acesso aos tribunais⁶⁶². Aliás, com mencionado entendimento o Tribunal Constitucional acabou por aceitar, ainda que implicitamente, o instituto da responsabilidade civil do Estado por omissões legislativas, já que ao direito de acesso aos tribunais deve corresponder um direito substantivo carecido de tutela jurisdicional, que, na decisão sob comentário, só pode ser o direito à indenização por danos causados a partir de silêncio legislativo inconstitucional.

E mais. Considerando a argumentação deduzida pelas partes, referido julgado do guardião da Constituição, do ponto de vista jurisprudencial, tornou a

⁶⁶² Apesar de tal conclusão ter sido obtida em face do revogado Estatuto de 1984, e de o Estatuto de 2002 ter excluído as ações de responsabilidade do Estado-legislador da competência dos tribunais judiciais, a posição adotada pelo Tribunal Constitucional permanece compreensível em face do ordenamento português vigente.

ação de indenização por omissões legislativas independente da fiscalização abstrata prevista no artigo 283º da Carta Magna⁶⁶³.

Em verdade, no entanto, segundo aqui se defende, não deve ser admitida a autonomia aceita pela Corte Constitucional, porque é inaceitável que o Estado seja responsabilizado por inércia do legislador sem que o único tribunal competente para verificar a ocorrência de inconstitucionalidade por omissão se manifeste: uma ação proposta a partir de um conceito de autonomia seria, ela mesma, inconstitucional.

Veja-se, inclusive, que a questão sob análise foi legislativamente superada com a opção pela subsidiariedade na fixação do regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado⁶⁶⁴, o que, entretanto, não impede a permanência do debate na doutrina e na jurisprudência⁶⁶⁵.

E não se diga que tal posicionamento é prejudicial aos particulares porque eles não têm acesso direto ao Tribunal Constitucional. Não se esqueça que os cidadãos podem apresentar queixas por ações ou omissões do Poder Público (inclusive do Legislativo) ao Provedor de Justiça (artigo 23º, nº 1, da Constituição portuguesa), compensando, assim, ainda que indiretamente, a ausência de ação direta de inconstitucionalidade acessível aos particulares.

⁶⁶³ Jorge Pereira da Silva, *ob. cit.*, p. 307, observa que é possível retirar a seguinte conclusão do Acórdão nº 238/97: o Tribunal Constitucional, ao reconhecer a competência dos tribunais comuns para o julgamento das ações de responsabilidade civil do Estado por omissão do legislador, reconheceu também que eles podem discutir e decidir, como questão prévia da responsabilidade, a inconstitucionalidade (e a ilicitude) da omissão legislativa, ou seja, o guardião da Constituição acabou por admitir a fiscalização concreta das omissões legislativas, pelo menos quando estiver em causa o julgamento da responsabilidade do Estado-legislador.

⁶⁶⁴ Maria Lúcia Amaral, *Responsabilidade do Estado por danos decorrentes do exercício da função política e legislativa*, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº 40, 2003, p. 43-44, comentando o Projeto de Lei nº 148/IX, apresentado à Assembleia da República, sustentava que a responsabilização do Poder Público fundada na omissão de providências legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais devia depender de prévia declaração de inconstitucionalidade pelo Tribunal Constitucional, opinião esta que constou expressamente no artigo 15º, nº 5, da Lei nº 67/2007. No mesmo sentido, Paulo Otero, *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*, Lisboa, Lex, 1993, p. 147, ressalta que a verificação da inconstitucionalidade por omissão por parte do Tribunal Constitucional se traduz em interpelação para o cumprimento de um dever, sendo que a inércia do legislador assume, a partir de então, natureza ilícita para efeitos de responsabilidade civil do Estado.

⁶⁶⁵ Nessa linha, Rui Medeiros e Diogo Freitas do Amaral, *ob. cit.*, p. 354, e Jorge Pereira da Silva, *ob. cit.*, p. 337-338, afirmam ser inconstitucional condicionar a procedência da ação de responsabilidade civil por omissão legislativa a uma decisão do Tribunal Constitucional, nos termos do artigo 283º. Conforme os autores, como os cidadãos não têm legitimidade para desencadear esta modalidade de fiscalização, fazer depender a efetivação da responsabilidade do legislador omissor de um fato futuro e incerto representaria uma restrição intolerável ao direito à proteção jurisdicional efetiva e, em consequência, ao direito à indenização por inércia legislativa ilícita.

Ademais, o Provedor de Justiça, ao exercer seu poder de iniciativa na sequência de petições dos cidadãos, acaba realizando uma necessária filtragem na proposição dos mecanismos de controle concentrado da constitucionalidade.

Dessa forma, é o Tribunal Constitucional que deve apreciar a existência de ilicitude⁶⁶⁶ (decorrente de dolo ou culpa) do silêncio legislativo do qual decorra violação de direitos dos cidadãos ou que implique desrespeito a normas que, pela sua posição na ordem jurídica, se imponham igualmente ao legislador e tenham por objeto a proteção de posições jurídicas dos particulares⁶⁶⁷. Até porque, para que se possa falar em omissão legislativa ilícita também é necessário que o legislador esteja, de forma inequívoca, vinculado a um específico dever de legislar⁶⁶⁸. E saber se há um específico dever de legislar é requisito para a verificação de inconstitucionalidade por omissão, de competência exclusiva do guardião da Constituição⁶⁶⁹.

Em outros termos, cabe ao Tribunal Constitucional, quando da verificação da inconstitucionalidade por omissão, e não aos tribunais administrativos, quando da propositura da ação de responsabilidade do Estado por inércia normativa, analisar as variáveis envolvidas no procedimento legislativo, tais como o tempo decorrido entre o surgimento do dever constitucional de atuação legislativa e o momento em que o guardião da Constituição é chamado a verificar a ocorrência de inconstitucionalidade por omissão, a clareza com que o dever de legislar resulta das normas constitucionais, a complexidade e extensão da legislação a emanar e a existência de projetos legislativos sobre determinada matéria. Aos tribunais administrativos incumbe examinar, apenas, se há decisão

⁶⁶⁶ Manuel Afonso Vaz, *A responsabilidade civil...*, p. 12-13, esclarece que se a inércia do legislador em emanar a legislação integrativa for lícita, ou ainda for lícita, o Tribunal Constitucional não deve dar por verificada a inconstitucionalidade por omissão, já que esta tem por requisito a ilicitude do vazio normativo, fazendo com que falte um dos pressupostos para a responsabilização civil do Estado no exercício da função legislativa.

⁶⁶⁷ Jorge Pereira da Silva, *ob. cit.*, p. 327, considera que as normas não precisam ter por objeto único a proteção de posições jurídicas dos particulares, embora esse fim, extraível por via de interpretação, tenha de estar sempre presente. No fundo, conforme o autor, não podem considerar-se normas de proteção aquelas que se destinam exclusivamente à comunidade em geral, embora a sua aplicação possa beneficiar mediata ou reflexamente interesses dos particulares.

⁶⁶⁸ Jorge Pereira da Silva, *ob. cit.*, p. 328.

⁶⁶⁹ Jorge Miranda, *Nos dez anos de funcionamento do Tribunal Constitucional, in Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, p. 102-103, sugere, de *jure condendo*, que o conhecimento das ações de responsabilidade do Estado por atos ou omissões da função legislativa deveria ser cometido ao próprio Tribunal Constitucional, tendo em conta o laço estreito entre tais litígios e a apreciação da constitucionalidade.

prévia do Tribunal Constitucional a respeito, se o dano alegado realmente ocorreu e se está presente o nexo de causalidade, elementos que devem ser demonstrados pelo particular⁶⁷⁰.

8.3.3.2 Dano

É o prejuízo do lesado que está no centro da responsabilidade civil do Estado, em geral, e da responsabilidade civil do Estado-legislador, em especial, pois o que se pretende remover é o dano, transferindo-o ou deslocando-o para o patrimônio do agente causador. Assim, considerando que o principal objetivo da responsabilização estatal é eliminar o prejuízo eventualmente ocorrido, deve-se concluir que o artigo 22º da Constituição portuguesa pressupõe que a violação dos direitos fundamentais seja necessariamente danosa⁶⁷¹.

Tal significa que as perdas e danos são o equivalente do prejuízo suportado em razão de o legislador ter se omitido, total ou parcialmente, ao cumprimento da Constituição, devendo compreender não só a recomposição daquilo que o particular efetivamente perdeu (*damnum emergens*), como também aquilo que tinha fundada esperança de auferir e que razoavelmente deixou de lucrar (*lucrum cessans*). Além disso, a indenização deve expressar-se em uma soma em dinheiro, porque este é o denominador comum dos valores e é nesta espécie que se estima o desequilíbrio sofrido pelo particular.

Em outros termos, na indenização deverá estar abrangido o dano decorrente da omissão inconstitucional. No entanto, aquilo que exorbita do que seria o incremento obtido se a disposição constitucional tivesse sido cumprida não

⁶⁷⁰ Perceba-se, segundo aqui se defende, que condicionar a ação de responsabilidade à fiscalização abstrata da inconstitucionalidade por omissão oferece mais vantagens do que desvantagens, porque: (a) a filtragem realizada pelo Provedor de Justiça nas ações de controle concentrado acaba repercutindo nos tribunais administrativos, que certamente enfrentarão menor número de demandas infundadas em razão da exigência de manifestação anterior do Tribunal Constitucional sobre o silêncio legislativo; (b) o juízo prévio do Tribunal Constitucional verificando a existência de inconstitucionalidade por omissão superará *a priori* muitas questões que certamente teriam de ser debatidas ao longo da instrução da ação de responsabilidade, caso prevalecesse a autonomia, reduzindo o tempo de tramitação do processo nos tribunais administrativos; e (c) inconstitucional não é condicionar a ação de responsabilidade à fiscalização abstrata, mas sim deixar de prever consequências para a inércia do legislador, de maneira que a ideia de subsidiariedade da demanda indenizatória, que atribui à decisão do Tribunal Constitucional a natureza de verdadeiro título executivo, assegura a necessária proteção aos direitos fundamentais em tempo razoável.

⁶⁷¹ Rui Medeiros, *Ensaio sobre a responsabilidade civil do Estado por actos legislativos*, Coimbra, Almedina, 1992, p. 110.

pode ser conferido ao particular a título de indenização, pois, se o fosse, traduzir-se-ia em oportunidade de enriquecimento, em vez de restabelecimento do equilíbrio. Assim, não é indenizável o chamado dano remoto, que seria consequência indireta da omissão inconstitucional, envolvendo prejuízos para cuja efetiva configuração tivessem de concorrer outros fatores que não apenas o incumprimento do dever de legislar a que o Estado faltou. Note-se, aliás, que no caso de omissão o legislador pode ter a oportunidade de reduzir sensivelmente ou mesmo eliminar os danos resultantes de sua inércia, editando a lei em falta e conferindo-lhe, na medida do possível, eficácia retroativa⁶⁷².

É interessante observar, ainda, que o artigo 22^o, *in fine*, da Constituição portuguesa, trata de forma autônoma as expressões “*de que resulte a violação de direitos, liberdades e garantias*” e “*de que resulte prejuízo para outrem*”. Logo, é possível afirmar que a garantia de indenização também abrange lesões a direitos ou interesses legítimos com natureza diversa dos direitos, liberdades e garantias⁶⁷³, sendo certo que a responsabilização do Estado, em qualquer hipótese, deve cobrir todos os danos causados, inclusive os não patrimoniais⁶⁷⁴.

8.3.3.3 Nexo de causalidade

A responsabilidade do Estado por atos legislativos exige uma relação de causalidade entre a inconstitucionalidade por omissão verificada pelo Tribunal Constitucional e o dano causado, de sorte a não bastar que o legislador permaneça inerte e que o particular aponte um prejuízo, pois é indispensável a sua interligação de molde a assentar-se ter havido o dano porque o legislador não procedeu nos termos da Constituição.

⁶⁷² Jorge Pereira da Silva, *ob. cit.*, p. 334.

⁶⁷³ Maria da Glória Dias Garcia, *A responsabilidade civil do Estado e demais pessoas colectivas públicas*, Lisboa, Conselho Económico e Social, 1997, p. 66.

⁶⁷⁴ Este é o teor do artigo 3^o da Lei nº 67/2007: “1) *Quem esteja obrigado a reparar um dano, segundo o disposto na presente lei, deve reconstituir a situação que existiria se não se tivesse verificado o evento que obriga à reparação.* 2) *A indemnização é fixada em dinheiro quando a reconstituição natural não seja possível, não repare integralmente os danos ou seja excessivamente onerosa.* 3) *A responsabilidade prevista na presente lei compreende os danos patrimoniais e não patrimoniais, bem como os danos já produzidos e os danos futuros, nos termos gerais de direito*”. Em sentido contrário, antes da edição da Lei nº 67/2007, Rui Medeiros, *Ensaio...*, p. 120, entendia que a indenização por violação de direitos, liberdades e garantias deveria cobrir todos os danos causados, incluindo os danos não patrimoniais, enquanto a indenização por violação de outros direitos ou interesses legalmente protegidos só deveria garantir a reparação dos danos materiais, isto é, prejuízos, na terminologia constitucional.

Em verdade, a grande discussão acerca do nexos causal como pressuposto da responsabilidade do Estado por omissões legislativas foi travada no denominado “caso do Aquaparque”, decidido pela Relação de Lisboa no Acórdão de 30 de Janeiro de 1997⁶⁷⁵.

No processo que redundou na decisão acima mencionada, os autores, com fundamento no artigo 22º da Constituição portuguesa, intentaram ação de responsabilidade civil contra o Estado com o objetivo de obter indenização pela morte de seu filho, ocorrida no dito parque aquático, apresentando como causa de pedir a omissão do Estado em não emanar legislação específica em matéria de segurança no tipo de recintos em questão.

De todo o litígio, deve-se notar o fato de a primeira instância ter indeferido liminarmente a inicial, com dois fundamentos: (a) o artigo 22º só seria aplicável no âmbito da função administrativa; e (b) a omissão legislativa só daria lugar à responsabilidade civil se fosse ilícita, cabendo aos autores invocar e provar a violação de um dever jurídico de legislar contido na Constituição.

A Relação de Lisboa, porém, ordenou o prosseguimento da ação, considerando a insuficiência do primeiro fundamento ao afirmar que o artigo 22º abarcava inclusive a função legislativa. Contudo, não houve manifestação *ad quem* sobre o segundo fundamento, o que só aconteceu no Acórdão de 7 de Maio de 2002⁶⁷⁶, quando foi decidido que os deveres específicos de legislar não decorrem apenas de imposições constitucionais explícitas, mas também do dever de proteção dos direitos fundamentais nesse contexto previstos.

Cumprido destacar, igualmente, que a discussão judicial ora em destaque ensejou a elaboração de três pareceres: o de Gomes Canotilho⁶⁷⁷, o de Maria Lúcia Amaral⁶⁷⁸ e o de Rui Medeiros e Freitas do Amaral⁶⁷⁹, os dois primeiros em

⁶⁷⁵ Tribunal da Relação de Lisboa, Acórdão de 30 de Janeiro de 1997, publicado na Colectânea de Jurisprudência, ano XXII, tomo I, p. 107-109.

⁶⁷⁶ Tribunal da Relação de Lisboa, Acórdão de 7 de Maio de 2002, publicado na Revista de Legislação e de Jurisprudência, nº 3927 e nº 3928, 2001, p. 202-220.

⁶⁷⁷ José Joaquim Gomes Canotilho, *Omissões normativas e deveres de proteção*, in Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues, volume II, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, p. 111-124.

⁶⁷⁸ Maria Lúcia Amaral, *Dever de legislar e dever de indemnizar a propósito do caso “Aquaparque do Restelo”*, in Themis, nº 2, 2000, p. 67-99.

⁶⁷⁹ Rui Medeiros e Diogo Freitas do Amaral, *ob. cit.*, p. 299-383.

sentido contrário e o terceiro com posição favorável à responsabilização do Estado por omissões legislativas⁶⁸⁰.

Sendo assim, Rui Medeiros e Freitas do Amaral observam que a inércia legislativa será ilícita e, portanto, pressuposto da responsabilidade civil do Estado, quando ao dever de legislar corresponder uma pretensão de proteção subjetiva do particular, ou seja, sempre que o legislador, tendo uma obrigação específica de produzir uma norma jurídica, não a cumprir.

Nessa linha, o dever constitucional de legislar pode ter diversos fundamentos, não se esgotando nas hipóteses de ausência de medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais, referidas no artigo 283º, nº 1, da Constituição portuguesa, assumindo especial significado os casos em que a necessidade de lei densificadora resulta da obrigação do Estado em proteger os direitos fundamentais.

Em outras palavras, no caso em tela haveria, conforme os autores, um direito subjetivo à emanção de normas protetoras de direitos fundamentais, constituindo um dever de legislar que, não tendo sido cumprido, daria margem à inconstitucionalidade por omissão e à respectiva indenização, pois a falta de disposições legais adequadas sobre parques aquáticos não atingiu apenas marginalmente a esfera jurídica dos particulares.

Gomes Canotilho, a seu turno, afirma que há três dimensões das normas de direitos fundamentais: (a) a que impõe uma *tarefa de proteção* ao Estado, pois qualquer norma garantidora de um direito fundamental é uma norma protetora de um bem ou de um valor; (b) a que implica um dever de proteção atual, que transmuta, em determinadas situações, a tarefa de proteção num *dever concreto de proteção*; e (c) a que conduz a um *dever legislativo*, quando o dever concreto de proteção reclama a emanção de normas legislativas⁶⁸¹.

⁶⁸⁰ Apesar de o Estado ter sido condenado pela Relação de Lisboa, o acordo entretanto celebrado pelas partes interrompeu o seguimento do processo, sendo que o recurso interposto ao Supremo Tribunal de Justiça não chegou a ser julgado.

⁶⁸¹ José Joaquim Gomes Canotilho, *Estudos...*, p. 76, assevera que é necessário distinguir entre direito à proteção jurídica e direito de defesa perante o Estado: aquele é o direito que qualquer titular de um direito fundamental tem de exigir do Estado que o proteja perante agressões de outros cidadãos, enquanto este é um direito cujo conteúdo se traduz em exigir que o próprio Estado se abstenha de intervenções coativas na esfera jurídica do particular.

Dessa maneira, consoante o autor, o que há de especificamente novo na ideia de dever de proteção é o fato de se pretender recortar um direito subjetivo público à legislação quando a omissão normativa se configurar, no caso concreto, como ato omissivo de agressão. No entanto, não se deve esquecer que o pressuposto básico de um direito subjetivo à emanção de leis será a existência de um dever objetivo de legislar especificamente consagrado na Constituição, o que não ocorreu no “caso do Aquaparque”, até porque não ficou demonstrado que a emissão de medidas legislativas sobre parques aquáticos teria evitado, com alto grau de probabilidade, a causação do dano morte⁶⁸².

De fato, aqui se defende que não há como concordar com o julgado da Relação de Lisboa e com a responsabilização do Estado por omissões legislativas na hipótese, porquanto a subjetivação do direito à legislação só pode ser admitida se o particular demonstrar que a edição de normas é indispensável para a adequada proteção dos direitos fundamentais e que estes serão concretamente lesados no caso de inércia do legislador, o que não ficou configurado no “caso do Aquaparque”:

(a) *Primo*, não resta dúvida que a natureza do fato ensejava a fixação de reparação em favor dos autores, apesar do equívoco na formulação e no direcionamento do pedido;

(b) *Secundo*, o fundamento correto da ação não era a ausência de lei, mas sim o ilícito praticado pelo Aquaparque ao não manter equipamentos tecnicamente perfeitos para a exploração da atividade que desempenhava. Note-se que o fato de poder existir legislação sobre segurança em parques aquáticos não significa que o funcionamento adequado de sua estrutura e que a manutenção

⁶⁸² José Joaquim Gomes Canotilho, *Anotação...*, p. 224, a propósito do “caso do Aquaparque”, iniciou o exame do fato do lesado em sede de responsabilidade do Estado por atos legislativos, com o objetivo de atenuar o nexo de causalidade. Dessa maneira, o autor sugeriu que deveria ser levado em conta o papel dos pais na adoção de medidas de cautela relativamente à frequência do filho a parques aquáticos pública e notoriamente perigosos. Nesse contexto, assim dispôs o artigo 4º da Lei nº 67/2007, aplicável, *mutatis mutandis*, às omissões legislativas: “Quando o comportamento culposo do lesado tenha concorrido para a produção ou agravamento dos danos causados, designadamente por não ter utilizado a via processual adequada à eliminação do acto jurídico lesivo, cabe ao tribunal determinar, com base na gravidade das culpas de ambas as partes e nas consequências que delas tenham resultado, se a indemnização deve ser totalmente concedida, reduzida ou mesmo excluída”. Como se percebe, considerando que os particulares não podem recorrer ao Tribunal Constitucional para afastar o silêncio legislativo contrário à Constituição, o fato do lesado só poderá ser encontrado a partir da análise das circunstâncias do caso concreto, sob pena de pouco influir na fixação de eventual indenização.

de seus equipamentos pelos proprietários só seriam exigíveis se constassem em lei, sob pena de ser imposta ao Estado a tutela legislativa do óbvio;

(c) *Tertio*, o ilícito praticado pelo Aquaparque e o dano sofrido pelos autores da ação reparatória tiveram origem em relação entabulada entre sujeitos privados, como tantas outras que são constituídas diariamente, sendo que o Estado, pelo menos em princípio, não necessitava interferir e não se revestia de legitimidade passiva para responder ao processo;

(d) *Quarto*, se alguma responsabilidade do Estado houve, a ser apurada a partir da prova feita nos autos, ela não estaria relacionada à eventual omissão legislativa, mas à possível deficiência estatal no exercício da função administrativa, quer por ter concedido autorização de funcionamento a estabelecimento sem condições ideais de segurança, quer por não ter realizado fiscalização eficiente da estrutura do Aquaparque.

Tal significa que a configuração da inconstitucionalidade do silêncio legislativo continua a exigir um dever específico de legislar, cuja presença depende da verificação prevista no artigo 283º da Constituição portuguesa e no artigo 103, parágrafo 2º, da Constituição brasileira, bem como da conclusão segundo a qual somente através de medidas legislativas é possível proteger suficientemente os direitos fundamentais em causa.

Dessa forma, só haverá nexo de causalidade quando, em circunstâncias normais, a emanção tempestiva da lei constitucionalmente exigida teria sido idônea para evitar o dano. Ademais, o tribunal que julgar a ação de responsabilidade do Estado por omissões legislativas deve levar em conta que, em linha de princípio, as leis em vigor são aplicadas às situações da vida que pretendem regular, pelo que a não emanção do diploma legal é causa adequada dos danos sofridos por quem se encontra nessas mesmas situações⁶⁸³: o nexo entre a omissão e o dano precisa ser direto, no sentido de que só houve prejuízo porque o legislador permaneceu inerte, mas não precisa ser imediato, pois o silêncio legislativo condicionante e o dano ulterior podem até mesmo estar distanciados por um largo período de tempo⁶⁸⁴.

⁶⁸³ Jorge Pereira da Silva, *ob. cit.*, p. 335.

⁶⁸⁴ Rui Medeiros, *Ensaio...*, p. 199-200.

CONCLUSÃO

O método adotado nesta investigação foi o de expor as conclusões obtidas na medida em que os temas iam sendo desenvolvidos ao longo do texto. De toda sorte, para se alcançar maior sistematização e coerência, passa-se a destacar as considerações mais relevantes para a compreensão do assunto sob análise, o que não impede que haja outras, igualmente importantes, nos capítulos em que o presente estudo foi dividido.

1) Dentre as diversas concepções possíveis de Constituição no âmbito jurídico, político e sociológico, a ideia de abertura constitucional é a mais adequada para o desenvolvimento do tema sob exame, porque a verificação da inconstitucionalidade por omissão está ligada a maior ou menor capacidade de se assegurar a força normativa da Lei Maior e de enfrentar as dificuldades que se colocam para que ela não seja mera folha de papel, utilizando-se a parcial contraposição entre Ferdinand Lassale e Konrad Hesse.

2) A Constituição portuguesa e a Constituição brasileira consagraram os denominados direitos de primeira, segunda e terceira dimensões em sua totalidade, tendo assumido, na sua essência, o compromisso de integrar essas diferentes categorias num todo harmônico, mediante influências recíprocas e a partir das noções de acumulação, variedade e abertura, todas lastreadas no princípio da dignidade da pessoa humana, que confere certa estabilidade espacial e temporal aos direitos fundamentais.

3) A Carta Magna portuguesa e a Carta Magna brasileira são integradas por normas abertas e que, no geral, apresentam feição programática, não só pela natureza jurídica dos direitos fundamentais que preveem, mas também pela maneira por meio da qual tais direitos são consagrados. Assim, ditas Constituições não se limitam a estabelecer os direitos originários do Estado liberal, porquanto

buscam também a transformação social, sem perder de vista as relevantes questões postas pela modernidade: o sucesso na realização das Constituições portuguesa e brasileira está condicionado ao controle das omissões do Poder Público, aí incluído o legislador, capaz de frustrar o cumprimento da Lei Maior.

4) A possibilidade de verificação das omissões legislativas decorre da supremacia da Constituição na ordem jurídica, já que é espécie de fiscalização concentrada da constitucionalidade. Desse modo, apesar de ter sido previsto em Portugal apenas em 1976 e no Brasil somente em 1988, o controle do silêncio do legislador sofre influência do debate em que muitos anos antes se viu envolvida a criação dos Tribunais Constitucionais, ao fim do qual a concepção de Hans Kelsen (“legislador negativo”) prevaleceu sobre a ideia de Carl Schmitt (“alta instância política”).

5) O caráter jurisdicional do controle feito pelo guardião da Constituição, aí incluída a fiscalização do silêncio legislativo, assume maior relevo quando na controvérsia sob sua apreciação estiverem envolvidos direitos fundamentais, que não podem restar desamparados a pretexto de eventual vedação ao desempenho de função política por parte do Tribunal Constitucional e do Supremo Tribunal Federal. Dessa maneira, todos os comportamentos, quaisquer que eles sejam, são sindicáveis pelo guardião da Constituição quando houver lesão ou ameaça de lesão à dignidade da pessoa humana, ainda que a matéria seja considerada predominantemente política, até por imposição da cláusula constitucional da tutela jurisdicional efetiva.

6) A inconstitucionalidade por omissão, tal como posta no Direito Constitucional luso-brasileiro, se aproxima muito mais do campo político do que do âmbito jurídico, sendo certo que a resistência à possibilidade de o Tribunal Constitucional atuar politicamente já do ponto de vista formal tem servido de escudo e de justificativa para que igualmente o julgador se abstenha de tomar providências suficientes para a concretização de direitos fundamentais consagrados em Portugal e no Brasil. Assim, a fiscalização concentrada, nessa seara, só poderá ser útil se for superada a ideia de que o juiz constitucional deve se limitar a averiguar se a lei é ou não contrária à Constituição, atuando apenas como contralegislador, para admitir que ele se substitua ao legislador, ao menos de forma excepcional e temporária, na formulação de soluções adequadas ao

máximo alcance da Carta Magna, dando ao princípio da maioria e da separação de poderes uma interpretação conforme à máxima efetividade dos direitos fundamentais.

7) Na verificação da constitucionalidade das omissões legislativas, duas questões distintas devem ser percebidas: (a) uma é saber se a Corte Constitucional pode interferir no Legislativo para determinar se existe ou não o dever de editar a lei ordinária exigida por norma constitucional e até mesmo para suprir o vazio legislativo em casos extremos de incumprimento, o que deve ser permitido ao julgador, segundo aqui se defende, por se tratar de matéria insensível à escolha do legislador (questão de princípio); e (b) outra é saber se a Corte Constitucional, depois de fixado o dever de legislar e tendo este sido assumido pelo Legislativo, pode intervir na opção a ser feita ou que tiver sido feita pelo legislador diante de alternativas igualmente razoáveis para concretizar a Constituição, o que deve ser vedado ao julgador, por se tratar de matéria suscetível de escolha (questão política).

8) A existência de eventual conflito entre as decisões da Corte Constitucional a respeito da inércia do legislador e a vontade legislativa (ou a falta de vontade legislativa) poderá ser menos grave à preservação do ordenamento jurídico do que a violação que de tal silêncio resulta, sobretudo em matéria de direitos fundamentais, de sorte que a verificação da inconstitucionalidade não deve ser vista apenas como mero juízo objetivo de carência de lei, mas também como verdadeira censura ao órgão legislativo inerte, suficiente para autorizar, em situações-limite e casuisticamente definidas, que o guardião da Constituição se substitua ao legislador na emissão da norma faltante.

9) Apesar de serem espécies diferentes de normas constitucionais, tanto as regras como os princípios escritos consagrados na Lei Maior portuguesa e na Carta Magna brasileira podem servir como ponto de partida para a verificação da inconstitucionalidade por omissão, cuja existência não deve ser afastada somente em virtude da natureza qualitativa da norma que traz em seu conteúdo o dever de atuação legislativa.

10) A existência de omissão legislativa inconstitucional apresenta os seguintes pressupostos: (a) que o incumprimento da Constituição derive da

violação de certa e determinada norma; (b) que se trate de norma constitucional inexecutável por si mesma; e (c) que nas circunstâncias concretas da prática legislativa faltem as medidas necessárias para tornar executável aquela norma. Nesse passo, para que a inércia legislativa contrária à Lei Fundamental se caracterize, a necessidade de intervenção do legislador deve advir não do dever geral de legislar, mas de uma específica e concreta incumbência ou encargo imposto pela Constituição.

11) Embora a existência de omissões inconstitucionais dependa não de um dever geral, mas de um dever específico de legislar fundado em determinada norma da Constituição, em um primeiro momento é de menor importância identificar qual é a natureza desse dever específico, já que se trata de um problema geralmente posterior à constatação do vazio e cuja solução é necessária para a atividade integrativa do legislador, não para a mera verificação efetuada pela Corte Constitucional. Isso significa que o legislador depende da identificação da natureza dos deveres específicos para preencher o vazio, mas a Corte Constitucional, *a priori*, pode não precisar de tal constatação para verificar as omissões, até porque muitas vezes quem vai dizer qual é o dever específico em questão, *a posteriori*, é o próprio guardião da Constituição.

12) A inconstitucionalidade por omissão pode ser: (a) total (omissão do legislador), identificando-se com a falta de ação, ou seja, em face do dever jurídico de agir manifesta-se o absoluto silêncio do legislador; e (b) parcial (omissão da lei), consistindo na falta de ação nos termos exigidos pela Carta Magna, isto é, quando a atividade legislativa é imperfeita e incapaz de responder aos exatos termos do comando constitucional. Note-se que o cumprimento incompleto pode decorrer de errônea interpretação das normas constitucionais que estabelecem o dever de atuação legislativa, de avaliação deficiente das circunstâncias fáticas, da não consideração de certos grupos ou categorias de pessoas e até de intenção expressa do legislador.

13) Em sede de omissões parciais, assumem maior importância aquelas que decorrem de inobservância ao princípio da igualdade, sendo duas as alternativas que se apresentam para a atuação dos tribunais: ou declaram a inconstitucionalidade das normas que contenham tal violação, na perspectiva de que houve inconstitucionalidade por ação, ou verificam a ocorrência de

inconstitucionalidade por omissão parcial, permitindo a extensão do âmbito normativo e o respeito à isonomia. No entanto, tendo em vista as opções que se colocam, a melhor forma de solucionar os casos de omissão parcial é não paralisar a concretização já alcançada, procurando obter o suprimento do vazio por meio dos mecanismos de fiscalização da inércia do legislador, por mais tênues que sejam: só no limite, quando tiverem sido criados verdadeiros privilégios e discriminações arbitrários, a lei deverá ser julgada inválida pela Corte Constitucional.

14) Para que a inconstitucionalidade por omissão se configure, é preciso que norma regulamentadora não tenha sido elaborada e posta em vigor no prazo constitucionalmente estabelecido, quando houver, ou, na sua falta, no prazo que o tribunal competente entenda razoável. Antes de decorrido tal prazo não há que se falar em omissão do poder competente, já que a demora se incluirá dentro da previsão constitucional e, assim, também a provisória impossibilidade de exercício dos direitos fundamentais garantidos pela norma ainda não regulamentada: o que é danoso para os direitos fundamentais não é a demora, em si mesma considerada, mas a demora incompatível com o que se possa ter como previsto e programado pela Constituição.

15) Omissões legislativas e lacunas legais são espécies do gênero vazio normativo e o que as distingue é a possibilidade de preenchimento a partir da atividade do juiz, ou seja, sem que a intervenção do legislador seja indispensável (embora possa ser desejável). Em outras palavras, se o vazio acerca de determinado assunto puder ser suprido pelos meios tradicionais de colmatação em Direito Constitucional (como as decisões integrativas e aditivas, por exemplo, além das técnicas comuns de hermenêutica jurídica), ou puder ser resolvida por meio de normas legais ou regulamentares que não correspondem ao cumprimento do dever de atuação legislativa, mas podem ser utilizadas no caso a partir da analogia (disposições pré-constitucionais, por exemplo), estar-se-á diante de uma lacuna. Se, pelo contrário, o vazio normativo não puder ser suprido pela atividade judicial (sobretudo porque ela invadiria domínios do legislador, vulnerando o princípio da separação de poderes), sendo inviável recorrer a normas jurídicas vigentes e a determinados institutos, estar-se-á diante de uma omissão, sujeita ao controle abstrato de competência do Tribunal Constitucional e do Supremo Tribunal Federal.

16) No que diz respeito aos vazios que se colocam em concreto, cabe ao julgador preenchê-los independentemente da matéria que estiver em causa, pois o simples fato de certa controvérsia ter sido posta no âmbito judicial exige, em princípio, uma atuação suficiente para evitar o *non liquet*, sobretudo em matéria de direitos, liberdades e garantias e de direitos sociais prestacionais ligados ao mínimo vital. No que diz respeito aos vazios que se colocam em abstrato, contudo, a aplicação da lógica da colmatação de lacunas é excepcional, não só porque normalmente consistem em omissões, mas também porque a atuação positiva da Corte Constitucional em substituição ao legislador em regra acarreta violação à separação de poderes. Todavia, cumpre lembrar que mais do que o fato de a questão sobre o vazio normativo ter sido posta no âmbito judicial é a natureza dos direitos deduzidos em juízo que pode exigir atividade do Judiciário no sentido de fazer as vezes do legislador inerte, mesmo em abstrato, afastando o princípio da repartição de competências entre os órgãos de soberania, que não é absoluto.

17) A inconstitucionalidade por omissão de normas constitucionais deve ser admitida em duas hipóteses: (a) quando as Constituições portuguesa e brasileira, apesar de preverem determinado direito, deixarem de desenvolvê-lo adequadamente, de maneira que da norma constitucional não se consiga extrair nada além de um dever geral de legislar em domínios fundamentais, sobretudo em matérias aceitas na generalidade dos países e num contexto em que outros mecanismos de proteção também não são estabelecidos; e (b) quando o constituinte derivado deixar de adaptar a Constituição portuguesa para permitir a plena efetividade das normas jurídico-comunitárias no âmbito interno, porquanto os diplomas emanados das instituições europeias, não só em razão de disposições dos tratados, mas também por dispositivo expresso da Carta Magna (artigo 8º, nº 4, incluído pela 6ª Revisão), devem ser aplicados nos ordenamentos dos Estados-membros.

18) Embora o princípio da dignidade da pessoa humana possa ser fundamento direto para o reconhecimento de posições jurídico-subjetivas, ainda que não oriundas dos direitos fundamentais já consagrados no texto constitucional, não se deve perder de vista que ele apresenta alto grau de abstração e indeterminação e, por si só, na maior parte dos casos, não é parâmetro suficiente para a verificação da inconstitucionalidade por omissão, diversamente do que acontece na via de ação, em que a dignidade é padrão ou

critério possível para a emissão de um juízo de constitucionalidade sobre normas jurídicas: não se deve esquecer que as omissões inconstitucionais exigem deveres específicos de atuação legislativa, de sorte que o parâmetro para a pronúncia da inconstitucionalidade por ação se afigura muito mais amplo. Todavia, se não houver direito fundamental expresso ou implícito a que se possa recorrer para dar solução ao caso *sub judice*, ou qualquer outro meio de proteção eficaz do qual se possa lançar mão, o princípio da dignidade poderá ser fundamento isolado para a verificação das omissões.

19) Os direitos fundamentais de defesa implicam obrigações de abstenção por parte do Estado, que deve respeitar os interesses individuais omitindo intervenções na esfera da liberdade pessoal. No entanto, dita função defensiva não exclui totalmente o Estado e não é incompatível com a ingerência do Poder Público sob determinadas condições e pressupostos de natureza material e procedimental: a intervenção é vedada apenas na medida em que sua desconformidade com a Constituição configure uma agressão e desde que a omissão não seja obstáculo à outorga de plena efetividade aos direitos fundamentais.

20) A aplicabilidade direta dos direitos de defesa independe e até prescinde de específica previsão constitucional nesse sentido, uma vez que decorre do próprio conteúdo dos direitos, liberdades e garantias. Veja-se que já o constituinte foi influenciado pela natureza de tais direitos ao inserir a cláusula de aplicabilidade direta, e é dessa mesma influência que devem ser extraídas alternativas para a solução de controvérsias que os envolvam. No entanto, tal circunstância não impede que o próprio texto da Carta Magna atribua ao legislador ordinário a tarefa de regulamentar um ou mais aspectos do regime de certo direito, definindo seu âmbito de proteção, seus efeitos jurídicos e eventuais restrições necessárias à harmonização com outros direitos igualmente fundamentais. E é aí que o problema do silêncio legislativo inconstitucional se coloca no âmbito dos direitos de conteúdo defensivo.

21) Os direitos fundamentais prestacionais, diversamente do que acontece com os direitos de defesa (que têm nas abstenções estatais sua exigência preponderante), não se limitam à não intervenção estatal na esfera de liberdade pessoal dos cidadãos, pois necessitam de uma postura ativa do Estado,

que se encontra obrigado a colocar à disposição dos indivíduos prestações de natureza jurídica e material.

22) As normas de feição programática são, por excelência, o meio utilizado pelo constituinte para consagrar os direitos sociais prestacionais, de modo que não se pode dar a elas um sentido de disposições meramente políticas e sem juridicidade, mas sim de verdadeiras normas que estabelecem programas, finalidades e tarefas a serem implementadas pelos órgãos estatais e que exigem mediação legislativa. Nesse passo, a edição de diploma legal integrativo no campo dos direitos a prestações pode depender da análise da conjuntura econômica e da existência de limitações orçamentárias, justamente em razão da natureza que eles apresentam, cenário em que se coloca a denominada reserva do possível. Entretanto, quando estiver em questão a salvaguarda do mínimo vital, o custo de realização dos direitos sociais não pode impedir que o julgador busque alternativas viáveis diretamente no texto da Constituição para lhes dar ampla efetividade.

23) Os direitos fundamentais internacionais integram o Direito português e o Direito brasileiro na medida em que encontram fundamento nas respectivas Constituições nacionais. De toda sorte, em Portugal afigura-se problemática a questão de saber se eles são ou não parâmetro para a verificação da inconstitucionalidade por omissão: (a) a Declaração Universal dos Direitos do Homem está integrada à Constituição portuguesa e, como tal, também se reveste de supremacia no âmbito interno, motivo pelo qual as normas por aquela previstas compõem o bloco de constitucionalidade e servem como padrão para fiscalização do silêncio legislativo; (b) a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, apesar de seu caráter supralegal, é pacto internacional não expressamente contemplado na Carta Magna e não têm hierarquia constitucional, não sendo referência para a verificação das omissões legislativas; e (c) a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, em razão das alterações promovidas pelo Tratado de Lisboa e do disposto no artigo 8º, nº 4, da Lei Maior portuguesa, tem nível constitucional no âmbito interno e pode servir como parâmetro autônomo para o controle da inércia do legislador.

24) No Brasil, em princípio todos os diplomas normativos de origem internacional são incorporados ao âmbito interno na condição de leis ordinárias, restando equiparados a estas em todos os aspectos e sem integrar o bloco de

constitucionalidade. Apenas em 2004, com a Emenda Constitucional nº 45, passou a ser previsto, no artigo 5º, parágrafo 3º, da Constituição, que *“os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”*. No entanto, até o momento nenhum tratado passou por tal procedimento, o que confirma o entendimento inicialmente exposto.

25) Os direitos fundamentais previstos na Constituição são aplicáveis às relações jurídico-privadas, de molde que, ainda que ocorra omissão legislativa inconstitucional, os particulares poderão estabelecer disciplina para as relações que entabularem no exercício da autonomia privada. Dessa forma, o vazio existente em abstrato pode ser superado pela densificação que os particulares farão da norma constitucional para seu caso concreto, resolvendo a questão como se de lacuna se tratasse. Note-se que é a atividade dos particulares no sentido de aplicar a Constituição às suas necessidades e à revelia da inércia do legislador que poderá permitir que o Judiciário, na hipótese de o regramento privado chegar à sua apreciação por violação de um direito fundamental, acabe suprimindo, em concreto e igualmente por meio de superação de lacunas, a omissão do legislador que em abstrato não editou os comandos exigidos pela Carta Magna.

26) A ação para verificação abstrata das omissões inconstitucionais está prevista no artigo 283º da Constituição portuguesa e no artigo 103, parágrafo 2º, da Constituição brasileira. Trata-se de instrumento que permite a obtenção de declaração judicial de inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma da Carta Magna, disso dando simples conhecimento ao órgão competente (Constituição portuguesa) ou dando ciência para adoção das providências necessárias (Constituição brasileira): tal declaração judicial será feita pelo Tribunal Constitucional, em Portugal, e pelo Supremo Tribunal Federal, no Brasil, órgãos jurisdicionais que têm a atribuição precípua de guardar a Constituição em seus respectivos ordenamentos.

27) O contributo do Tribunal Constitucional e do Supremo Tribunal Federal na prática da fiscalização das omissões é pequeno, mais aproveitando as construções doutrinárias do que auxiliando a desenvolvê-las, ao contrário do que acontece na maioria dos demais casos. Isso se deve, de um lado, aos efeitos

limitados que a Constituição atribui à fiscalização abstrata das omissões e, de outro, às poucas oportunidades em que o guardião da Lei Fundamental foi chamado a se manifestar a respeito. Não existe fiscalização concreta e preventiva das omissões do legislador em Portugal e no Brasil.

28) Além da fiscalização das omissões legislativas, o Direito português também prevê o controle das omissões normativas da Administração Pública, a ser feita a partir da ação prevista no artigo 77º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, até porque a adequada proteção dos direitos fundamentais arrolados na Constituição passa, inclusive, pela eficiência da relação que vier a ser estabelecida entre lei e regulamento. Repare-se que, ao menos em tese, a ação de ilegalidade por omissão tem efeitos mais vinculativos do que a ação de inconstitucionalidade por omissão, já que uma vez verificada pelo tribunal administrativo a situação de inércia ilegal da Administração, aquele dará conhecimento disso à entidade competente, mas com o estabelecimento de um prazo, não inferior a seis meses, para que o vazio seja suprido.

29) Em Portugal, a relação entre a ação de inconstitucionalidade por omissão (artigo 283º da Carta Magna) e a ação de ilegalidade por omissão (artigo 77º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos) pode ser assim resumida: (a) havendo Constituição e não havendo lei, a questão da inexistência de regulamento sobre a matéria não se coloca, remetendo o problema para o âmbito do artigo 283º; (b) havendo Constituição e lei suficiente e não existindo regulamento, o problema deve ser resolvido no âmbito do artigo 77º; (c) havendo Constituição, lei insuficiente e regulamento suficiente quanto à parte prevista na legislação ordinária incompleta, a questão se resolve no âmbito do artigo 283º; (d) havendo Constituição, lei suficiente e regulamento insuficiente, a questão se resolve no âmbito do artigo 77º; (e) havendo Constituição, lei insuficiente e regulamento insuficiente, nada impede que sejam desencadeadas simultaneamente as ações do artigo 283º e do artigo 77º, cada uma dentro de seus respectivos limites; e (f) havendo Constituição, lei suficiente e regulamento suficiente, evidentemente nenhuma das ações se justifica.

30) No Brasil, não existe ação análoga a de ilegalidade por omissão, de maneira que continuam desprotegidas as hipóteses em que a falta de regulamento atinge exclusivamente o cumprimento da legislação infraconstitucional: o controle

judicial da falta de regulamentos só é viável quando a ausência de norma administrativa viole de alguma forma a Carta Magna, ainda que reflexamente. Mas, por outro lado, enquanto a Constituição portuguesa não consagrou a possibilidade de fiscalização da inconstitucionalidade por omissão de normas administrativas, a Constituição brasileira instituiu três remédios para tal controle: a ação de inconstitucionalidade por omissão (artigo 103, parágrafo 2º), o mandado de injunção (artigo 5º, LXXI) e a arguição de descumprimento de preceito fundamental (artigo 102, parágrafo 1º).

31) O mandado de injunção consiste em ação constitucional de caráter civil e de procedimento especial que tem por objeto colmatar lacuna legislativa deixada pelo Poder Público, no intuito de viabilizar o exercício de um direito, de uma liberdade ou de uma prerrogativa, nos termos do artigo 5º, LXXI, da Constituição brasileira: juntamente com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, a injunção visa ao combate à síndrome da inefetividade das normas supremas.

32) O mandado de injunção não é meio de resolução de omissões, mas forma de colmatação de lacunas. Isso significa que embora o cabimento do mandado de injunção, em tese, dependa da existência de vazio inconstitucional, assim consideradas a atuação normativa deficiente e a inércia do legislador ou do administrador que deixa de concretizar determinada norma da Constituição, na prática a procedência da ação em tela não completa a ordem jurídica, limitando-se a resolver o caso concreto. Em outras palavras, embora a procedência do mandado de injunção venha a resolver uma lacuna, permitindo ao impetrante o exercício de determinado direito, tal situação não afasta a possibilidade de ser ajuizada e julgada procedente eventual ação direta de inconstitucionalidade por omissão sobre a mesma matéria. Assim, o mandado resolveria a lacuna, enquanto a ação direta, ainda que posterior ao deferimento da injunção e relativa a idêntico vazio, poderia ser julgada procedente com efeitos *erga omnes*.

33) A arguição de descumprimento de preceito fundamental está consignada no artigo 102, parágrafo 1º, da Constituição brasileira, com inspiração na “queixa constitucional” alemã e no “recurso de amparo” espanhol. Examinando tal instituto, em especial o rol de legitimados ativos (que são os mesmos da ação declaratória de constitucionalidade e das ações diretas de inconstitucionalidade), a

competência (exclusiva do Supremo Tribunal Federal), a natureza do pronunciamento (que poderá declarar em tese a inconstitucionalidade ou constitucionalidade de ato normativo), a eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante atribuído às decisões, verifica-se que ele se aproxima muito mais da fiscalização abstrata do que do controle concreto, configurando um instrumento destinado preponderantemente à defesa da ordem constitucional, com caráter de processo objetivo.

34) Em matéria de omissões legislativas, a arguição de descumprimento, com o caráter subsidiário de que se reveste, será cabível: (a) se o vazio estiver presente em diploma infraconstitucional já revogado, qualquer que seja a Constituição que lhe sirva de parâmetro; (b) se o vazio tiver de ser apurado em face de Constituição anterior, ainda que a lei que o contiver haja sido recepcionada pela nova ordem constitucional; (c) se o vazio estiver presente em legislação infraconstitucional que passou pelo juízo de recepção, mas, mesmo assim, atingir a concretização da Constituição vigente; (d) em face de inércia normativa do administrador; e (e) contra decisão judicial, inclusive a que vier a ser proferida em sede de mandado de injunção ou de ação de inconstitucionalidade por omissão.

35) Os efeitos jurídicos limitados que a Carta Magna portuguesa e a Carta Magna brasileira expressamente atribuem à verificação da inconstitucionalidade por omissão não autorizam dizer que se está diante de um controle sem sanção, já que ela deve ser vista como mecanismo jurídico de pressão política sobre o legislador, além de permitir, excepcionalmente, o suprimento do vazio mesmo em abstrato, diante do conflito posto à apreciação da Corte Constitucional. De toda sorte, nada impede que sejam encontradas alternativas para a hipótese de a decisão do guardião da Lei Fundamental ser desrespeitada, sendo estas as que têm sido apontadas: (a) a perda da competência do sujeito inerte a partir de decisão do Tribunal Constitucional e do Supremo Tribunal Federal; e (b) a responsabilização civil do Estado por omissões legislativas.

36) A perda da competência do legislador em razão de seu silêncio contrário à Lei Maior e a transferência da tarefa legislativa para sujeito diverso do constitucionalmente previsto é medida a ser afastada. Veja-se que não se trata

aqui de colocar a repartição de competências e a separação de poderes como cláusulas insuperáveis, até porque a proteção aos direitos fundamentais pode exigir o afastamento de qualquer delas, em conjunto ou separadamente, diante das peculiaridades do caso posto à apreciação judicial. O problema é que a elasticidade exigida na interpretação de tais conceitos, a ponto de permitir a modificação de competências a ser feita pelo guardião da Constituição e à revelia do constituinte, é muito maior e menos eficaz do que a necessária para autorizar a Corte Constitucional a substituir diretamente o órgão normativo omissor, emitindo o regramento integrativo necessário. Assim, embora em qualquer caso a finalidade de cumprir a Constituição seja posta acima da repartição de competências e da separação de poderes, a atuação da Corte Constitucional em face dos vazios normativos é mais célere se for direta e se estipular imediatamente a disciplina indispensável à proteção de determinado direito fundamental, ainda que temporariamente, do que se optar apenas por decretar a perda da competência de um determinado sujeito para atribuí-la a outro, sendo certo que nada está a garantir que este efetivamente atuará e tutelará adequadamente os direitos fundamentais.

37) As inconstitucionalidades, inclusive as decorrentes de inércia do legislador, podem ser pressuposto da responsabilidade civil estatal, já que tão inconstitucional quanto a edição de leis contrárias à Constituição é a omissão de providências legislativas exigidas pela Carta Magna. Dessa maneira, à proteção jurisdicional primária, efetuada através da fiscalização da constitucionalidade, deve ser adicionada a proteção jurisdicional secundária, exercida a partir da ação de responsabilidade civil do Estado por omissões normativas, que tem por requisitos: (a) acórdão da Corte Constitucional verificando a ocorrência de inconstitucionalidade por omissão e procurando corrigir os efeitos negativos do silêncio do legislador no ordenamento; (b) nexos de causalidade, que deve ser direto, no sentido de que só houve prejuízo porque o legislador permaneceu inerte, mas que não precisa ser imediato, pois o silêncio legislativo condicionante e o dano ulterior podem até mesmo estar distanciados por um longo período de tempo; e (c) dano, seja de caráter material, seja de natureza não patrimonial.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXANDRINO, José de Melo; e SOUSA, Marcelo Rebelo de. *Constituição da República Portuguesa Comentada*, Lisboa, Lex, 2000.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, São Paulo, Malheiros, 2008.
- ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição de 1988*, in *Revista do Advogado*, nº 99, 2008.
- ALMEIDA, Luís Nunes de. *A justiça constitucional no quadro das funções do Estado*, in *Revista do Ministério Público*, nº 32, 1987.
- ALMEIDA, Mário Aroso de; e AMARAL, Diogo Freitas do. *Grandes Linhas da Reforma do Contencioso Administrativo*, Coimbra, Almedina, 2002.
- ALMEIDA, Mário Aroso de. *O Novo Regime do Processo nos Tribunais Administrativos*, Coimbra, Almedina, 2007.
- AMARAL, Diogo Freitas do; e MEDEIROS, Rui. *Responsabilidade civil do Estado por omissão de medidas legislativas: o caso Aquaparque*, in *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, nº 3 e nº 4, 2000.
- AMARAL, Maria Lúcia. *Dever de legislar e dever de indemnizar a propósito do caso "Aquaparque do Restelo"*, in *Themis*, nº 2, 2000.
- _____. *Responsabilidade do Estado e dever de indemnizar do legislador*, Coimbra, Coimbra Editora, 1998.
- _____. *Responsabilidade do Estado por danos decorrentes do exercício da função política e legislativa*, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº 40, 2003.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *A Carta Europeia dos Direitos Fundamentais e as Constituições Nacionais*, in *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001.

_____. *A fiscalização da constitucionalidade das “normas privadas” pelo Tribunal Constitucional*, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, nº 3921, 2001.

_____. *A Justiça Administrativa (Lições)*, Coimbra, Almedina, 2006.

_____. *A protecção dos direitos fundamentais na justiça administrativa reformada*, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, nº 3929, 2001.

_____; COSTA, José Manuel Cardoso da; e MELO, António Barbosa de. *Estudo e Projecto de Revisão da Constituição da República Portuguesa de 1976*, Coimbra, Coimbra Editora, 1981.

_____. *Legitimidade da justiça constitucional e princípio da maioria*, in *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995.

_____. *O Ordenamento Jurídico Administrativo Português*, in *Contencioso Administrativo*, Braga, Livraria Cruz, 1986 .

_____. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra, Almedina, 2001.

_____. *Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares*, in Ingo Wolfgang Sarlet, *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2006.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. *A protecção constitucional das pessoas portadoras de deficiência*, Brasília, Corde, 1994.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *O direito: introdução e teoria geral*, Coimbra, Almedina, 1991.

-
- BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?*, Coimbra, Almedina, 1994.
- BADURA, Peter. A “*identidade nacional*” dos Estados-membros na Constituição da Europa, in *Uma Constituição para a Europa*, Coimbra, Almedina, 2004.
- BARBERO, Javier Roldán. *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, in *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 16, 2003.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*, São Paulo, Saraiva, 1996.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo, Saraiva, 1990.
- BERMUDES, Sérgio. *O mandado de injunção*, in *Revista dos Tribunais*, nº 642, 1989.
- BOBBIO, Norberto. *Era dos Direitos*, Rio de Janeiro, Campus, 1992.
- BONAVIDES, Paulo. *A Constituição Aberta*, Belo Horizonte, Del Rey, 1993.
- _____. *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo, Malheiros, 2008.
- BRITO, José de Sousa e. *Jurisdição constitucional e princípio democrático*, in *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995.
- BRITO, Wladimir. *A Impugnação Contenciosa dos Regulamentos*, in *Revista do Ministério Público*, nº 33 e nº 34, 1988.
- CAETANO, Marcello. *Manual de Direito Administrativo*, volume II, Coimbra, Almedina, 1982.
- CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade Civil do Estado*, São Paulo, Malheiros, 1996.
- CAMPOS, João Mota de. *Manual de Direito Comunitário*, Lisboa, Calouste Gulbenkian, 2000.
-

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*, Coimbra, Almedina, 2006.

CANAS, Vitalino. *Introdução às decisões de provimento do Tribunal Constitucional*, Lisboa, Cognition, 1984.

_____ ; NADAIS, António; e VITORINO, António. *Constituição da República Portuguesa*, Lisboa, AAFDL, 1983.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Acórdão nº 359/91*, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, nº 3811, 1992.

_____. *Anotação ao Acórdão de 7 de maio de 2002*, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, nº 3927 e nº 3928, 2001.

_____. *“Brançosos” e Interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*, Coimbra, Almedina, 2006.

_____. *Compreensão jurídico-político da Carta*, in *Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001.

_____ ; e MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Coimbra, Coimbra Editora, 1993.

_____ ; e MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, volume I, Coimbra, Coimbra Editora, 2007.

_____. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001.

_____. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, Almedina, 2003.

_____. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004.

_____ ; e MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*, Coimbra, Coimbra Editora, 1991.

-
- _____. *Omissões normativas e deveres de proteção*, in Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues, volume II, Coimbra, Coimbra Editora, 2001.
- _____. *O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos*, Coimbra, Almedina, 1974.
- _____. *Revisar la/o romper con la Constitución Dirigente?*, in Revista Española de Derecho Constitucional, nº 43, 1995.
- _____. *Tomemos a sério o silêncio dos poderes públicos: o direito à emanção de normas jurídicas e a protecção judicial contra as omissões normativas*, in Sálvio de Figueiredo Teixeira, *As Garantias do Cidadão na Justiça*, São Paulo, Saraiva, 1993.
- CARRAZA, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*, São Paulo, Malheiros, 1993.
- CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*, Rio de Janeiro, Forense, 1989.
- CATARINO, Luís Guilherme. *A Responsabilidade do Estado pela Administração da Justiça*, Coimbra, Almedina, 1999.
- CERVATI, Angel Antonio. *El legislador de los derechos fundamentales*, in Antonio Lopez Pina, *La Garantía Constitucional de los Derechos Fundamentales*, Madrid, Civitas, 1991.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*, São Paulo, Saraiva, 2003.
- COOLEY, Thomas. *Treatise of the Constitutional Limitations*, Boston, Brown and Co., 1890.
- CORREIA, Fernando Alves. *A Impugnação Jurisdicional de Normas da Administração*, in Cadernos de Justiça Administrativa, nº 16, 1999.
- _____. *Direito Constitucional: A Justiça Constitucional*, Coimbra, Almedina, 2001.
-

CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Unidade ou Pluralidade de Meios Processuais Principais no Contencioso Administrativo*, in *Reforma do Contencioso Administrativo: O Debate Universitário*, volume I, Coimbra, Coimbra Editora, 2003.

COSTA, José Manuel Cardoso da. *A Jurisdição Constitucional em Portugal*, Coimbra, 1992.

_____. *Algumas reflexões em torno da justiça constitucional*, in *Stvdia Ivridica*, nº 41, 1999.

COURTIS, Christian. *La eficacia de los derechos humanos en las relaciones entre particulares*, in Ingo Wolfgang Sarlet, *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2006.

CUNHA, Paulo de Pitta e. *A Constituição Europeia: Um Olhar Crítico sobre o Projecto*, Coimbra, Almedina, 2004.

DIEZ-PICAZO, Luis Maria. *Dificultades practicas y significado constitucional del recurso de amparo*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 40, 1994.

DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado*, São Paulo, Saraiva, 2009.

_____. *Norma constitucional e seus efeitos*, São Paulo, Saraiva, 1992.

DUARTE, Maria Luísa. *A União Europeia e os Direitos Fundamentais: métodos de proteção*, in *Stvdia Ivridica*, nº 40, Coimbra, Coimbra Editora, 1999.

_____. *O artigo 22º da Constituição portuguesa e a necessária concretização dos pressupostos da responsabilidade extracontratual do legislador: ecos da jurisprudência comunitária recente*, in *Legislação*, nº 17, 1996.

DWORKIN, Ronald. *A Matter of Principle*, Oxford, Oxford University Press, 1996.

_____. *Taking Rights Seriously*, Massachusetts, Harvard University Press, 1977.

-
- ESTEVES, Maria da Assunção. *Legitimação da justiça constitucional e princípio maioritário*, in *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995.
- FERRARI, Regina Maria Nery. *Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1990.
- FERRAZ, Anna Cândida Cunha. *Processos Informais de Mudança da Constituição*, São Paulo, Max Limonad, 1986.
- FILHO, Carlos Marés de Souza. *O Direito Constitucional e as lacunas da lei*, in *Revista de Informação Legislativa*, nº 133, 1997.
- FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo, Saraiva, 1997.
- FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*, São Paulo, Saraiva, 2006.
- FREITAS, Juarez. *A Interpretação Sistemática do Direito*, São Paulo, Malheiros, 1998.
- GARCÍA, Eusebio Fernández; e MARTINEZ, Gregorio Peces-Barba; *Historia de los Derechos Fundamentales*, tomo I, Madrid, Dykinson, 2003.
- GARCIA, Maria da Glória Dias. *A responsabilidade civil do Estado e demais pessoas colectivas públicas*, Lisboa, Conselho Económico e Social, 1997.
- GOUVEIA, Jorge Bacelar. *A Declaração Universal dos Direitos do Homem e a Constituição Portuguesa*, in *AB VNO AD OMNES: 75 anos da Coimbra Editora*, Coimbra, Coimbra Editora, 1998.
- _____. *Inconstitucionalidade por omissão: consultas directas aos cidadãos a nível local*, in *O Direito*, nº 2, 1990.
- _____. *Manual de Direito Constitucional*, volume II, Coimbra, Almedina, 2005.
-

GRAU, Eros Roberto. *A Constituição brasileira e as normas programáticas*, in Revista de Direito Constitucional e Ciência Política, nº 4, 1986.

_____. *A ordem econômica na Constituição de 1988*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1991.

_____. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*, São Paulo, Malheiros, 2000.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*, Porto Alegre, Fabris Editor, 1997.

_____. *O recurso de amparo no sistema germânico de justiça constitucional*, in Sub Judice, nº 20 e nº 21, 2001.

HECK, Luís Afonso. *O Tribunal Constitucional Federal e o Desenvolvimento dos Princípios Constitucionais: Contributo para uma Compreensão da Jurisdição Constitucional Federal Alemã*, Porto Alegre, Fabris Editor, 1995.

HERRERA, Carlos Miguel. *La polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la Constitución*, in Revista de Estudios Políticos, nº 86, 1994.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*, Porto Alegre, Fabris Editor, 1991.

_____. *Escritos de Derecho Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

HILF, Meinhard. *Os direitos fundamentais na Constituição Europeia*, in Uma Constituição para a Europa, Coimbra, Almedina, 2004.

KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*, São Paulo, Martins Fontes, 2003.

_____. *Teoria Pura do Direito*, volume II, Coimbra, Armênio Amado, 1962.

KIRCHMANN, Julius Hermann von. *La jurisprudencia no es ciencia*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1961.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*, Lisboa, Calouste Gulbenkian, 1989.

LASSALE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*, Rio de Janeiro, Liber Juris, 1985.

LATORRE, Angel. *Introdução ao Direito*, Coimbra, Almedina, 1978.

LEITE, Serafim. *Monumenta Brasiliae*, tomo IV (1563-1568), Roma, 1960.

_____. *Nóbrega “o Doutíssimo” ou a entrada da literatura jurídica no Brasil*, in *Novas Páginas de História do Brasil*, São Paulo, Companhia Editora Nacional, 1965.

LESSA, Pedro. *Do Poder Judiciário*, Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1915.

LOPES, Vítor Silva. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Lisboa, Centro do Livro Brasileiro, 1977.

LUÑO, Antonio Pérez. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 1995.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. *Mandado de Injunção*, São Paulo, Atlas, 2000.

MACHADO, Jónatas. *A jurisprudência constitucional portuguesa diante das ameaças à liberdade religiosa*, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, volume LXXXII, 2006.

_____. *Breves considerações em torno da justiça administrativa*, in *Reforma da Justiça Administrativa*, *Stvdia Ivridica*, nº 86, 2005.

_____. *O regime concordatário entre a “libertas ecclesiae” e a liberdade religiosa*, Coimbra, Coimbra Editora, 1993.

MACIEL, Adhemar Ferreira. *Mandado de injunção e inconstitucionalidade por omissão*, in *O Direito*, nº 1 e nº 2, 1994.

MARTINEZ, Gregorio Peces-Barba. *Derecho y Derechos Fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

MARTINS, Licínio Lopes. *O conceito de norma na jurisprudência do Tribunal Constitucional*, in Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, volume LXXV, 1999.

MEDEIROS, Rui. *A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem e o Estado Português*, in Nos 25 Anos da Constituição da República Portuguesa de 1976, Lisboa, AAFDL, 2001.

_____. *A Decisão de Inconstitucionalidade*, Lisboa, Universidade Católica Portuguesa, 1999.

_____. *Brevíssimos tópicos para uma reforma do contencioso administrativo da responsabilidade*, in Cadernos de Justiça Administrativa, nº 16, 1999.

_____; e MIRANDA, Jorge. *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo I, Coimbra, Coimbra Editora, 2005.

_____. *Ensaio sobre a responsabilidade civil do Estado por actos legislativos*, Coimbra, Almedina, 1992.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança*, Malheiros, São Paulo, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo, Malheiros, 2002.

_____. *Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social*, Florianópolis, 1982.

MENAUT, António Carlos Pereira. *Convite ao estudo da Constituição Europeia*, in Revista Jurídica da Universidade Portucalense Infante D. Henrique, nº 6, 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental*, São Paulo, Saraiva, 2007.

_____. *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*, São Paulo, Saraiva, 1990.

_____. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*, São Paulo, Saraiva, 2007.

MIRANDA, Jorge. *Constituição e constituições perante a integração europeia*, in *Uma Constituição para a Europa*, Coimbra, Almedina, 2004.

_____. *Ideias para uma revisão constitucional*, Lisboa, Cosmos, 1996.

_____. *Inconstitucionalidade por omissão*, in *Estudos sobre a Constituição*, Lisboa, Petrony, 1977-1979.

_____. *Informática e inconstitucionalidade por omissão*, in *O Direito*, nº 3, 1989.

_____. *Manual de Direito Constitucional*, tomo II, Coimbra, Coimbra Editora, 1991 e 2003.

_____. *Manual de Direito Constitucional*, tomo IV, Coimbra, Coimbra Editora, 2000.

_____. *Manual de Direito Constitucional*, tomo VI, Coimbra, Coimbra Editora, 2001.

_____. *Nos dez anos de funcionamento do Tribunal Constitucional*, in *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995.

_____. *Omissão legislativa sobre atribuição do subsídio de desemprego é "um caso lamentável"*, in *Público*, edição de 07.02.2007.

_____. *O Provedor de Justiça e a inconstitucionalidade por omissão*, in *Provedor de Justiça: 20º aniversário (1975-1995)*, Lisboa, Divisão de Documentação da Provedoria de Justiça, 1996.

_____. *Sobre a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, volume XLI, nº 1, 2000.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*, São Paulo, Atlas, 2006.

-
- MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça Constitucional*, tomo I, Coimbra, Coimbra Editora, 2002.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Mandado de Injunção*, in *Direito, Política, Filosofia, Poesia*, São Paulo, Saraiva, 1992.
- _____. *Mandado de Injunção*, in *Revista de Processo*, volume 56, 1989.
- MOREIRA, Vital. *Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade*, in *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995.
- NERY, Milena Rebouças. *Impugnação de normas administrativas*, Coimbra, [s. n.], 2004.
- NERY JR., Néilson. *Código de Processo Civil Comentado*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002.
- NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. *Direito Regulatório: a alternativa participativa e flexível para a Administração Pública de relações setoriais complexas no Estado democrático*, Rio de Janeiro, Renovar, 2003.
- NEUNER, Jörg. *Los Derechos Humanos Sociales*, in *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, nº 9, 2005.
- NEVES, António Castanheira. *A Revolução e o Direito*, Lisboa, Petrony, 1976.
- NINO, Santiago. *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1992.
- NÓBREGA, Manoel da. *Cartas do Brasil e mais escritos (Opera Omnia)*, Coimbra, 1955.
- NORONHA, Ibsen José Casas. *Aspectos do Direito no Brasil Quinhentista*, Coimbra, Almedina, 2005.
- OBERNDORFER, Peter. *A justiça constitucional no quadro das funções do Estado, relatório austríaco*, in *VII Conferência dos Tribunais Constitucionais Europeus*, Lisboa, 1987.
-

-
- OLIVEIRA, Mário Esteves de. *A Impugnação e Anulação Contenciosa dos Regulamentos*, in *Revista de Direito Público*, nº 2, ano I.
- OTERO, Paulo. *Declaração Universal dos Direitos do Homem e Constituição: a inconstitucionalidade de normas constitucionais*, in *O Direito*, nº 3 e nº 4, 1990.
- _____. *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*, Lisboa, Lex, 1993.
- PANIAGUA, Enrique Linde. *Constitución abierta*, Linde Editores, Madrid, 1991.
- PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Mandado de Segurança Coletivo, Mandado de Injunção, Habeas Data: Constituição e Processo*, Rio de Janeiro, Forense, 1989.
- PEREIRA, João Aveiro. *A Responsabilidade Civil por Actos Jurisdicionais*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001.
- PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional*, Coimbra, Coimbra Editora, 1989.
- PIETRO, Maria Sylvia Di. *Direito Administrativo*, São Paulo, Atlas, 2006.
- _____. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*, São Paulo, Atlas, 2001.
- PINTO, Paulo Mota. *Autonomia privada e discriminação: algumas notas*, in Ingo Wolfgang Sarlet, *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2006.
- PIOVESAN, Flávia. *Proteção Judicial contra Omissões Legislativas*, São Paulo, *Revista dos Tribunais*, 2003.
- PIRES, Francisco Lucas. *Legitimidade da justiça constitucional e princípio da maioria*, in *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995.
- QUADROS, Fausto de. *Omissões legislativas sobre direitos fundamentais*, in *Nos dez anos da Constituição*, Lisboa, Imprensa Nacional, 1986.
-

QUARESMA, Regina. *O mandado de injunção e a inconstitucionalidade por omissão: teoria e prática*, Rio de Janeiro, Forense, 1995.

QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. *Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo (Tribunal Pleno) de 18 de Janeiro de 1962*, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, nº 3280, ano 97.

_____. *Teoria dos Regulamentos*, in *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, nº 1 a nº 4, 1980.

QUEIROZ, Cristina. *Direitos Fundamentais: Teoria Geral*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002.

_____. *Interpretação Constitucional e Poder Judicial*, Coimbra, Coimbra Editora, 2000.

RAMOS, Rui Manuel Moura. *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, in *Da Comunidade Internacional e do seu Direito*, Coimbra, Coimbra Editora, 1996.

_____. *O Projecto de Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa: breve reflexão*, in *Temas de Integração*, nº 15 e nº 16, Coimbra, Almedina, 2003.

REVORIO, Francisco Javier Díaz. *El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas relativas en el Derecho Comparado Europeo*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 61, 2001.

REZENDE, Carlos Penteado de. *Coimbra e os Cursos Jurídicos de São Paulo e Olinda*, in *Enciclopédia Saraiva do Direito*, 15º volume, 1977.

RODRIGUES, Manuel Augusto. *As Universidades de Salamanca e de Coimbra: Eixo Cultural Ibérico*, Coimbra, Arquivo da Universidade, 1992.

RODRÍGUEZ, Jose Julio Fernández. *La inconstitucionalidad por omisión*, Madrid, Civitas, 1998.

ROYO, Javier Pérez. *Curso de Derecho Constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 1998.

ROTHENBURG, Walter Claudius. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental*, in André Ramos Tavares e Walter Claudius Rothenburg, *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Análises à Luz da Lei nº 9.882/99*, São Paulo, Atlas, 2001.

_____. *Inconstitucionalidade por Omissão e Troca de Sujeito*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005.

RUIZ, Maria Angeles Ahumada. *El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas*, in Revista del Centro de Estudios Constitucionales, nº 8, 1991.

SANTOS, Ulderico Pires dos. *Mandado de Injunção*, São Paulo, Paumape, 1988.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2007.

_____. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Alguns Aspectos Controversos*, in André Ramos Tavares e Walter Claudius Rothenburg, *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Análises à Luz da Lei nº 9.882/99*, São Paulo, Atlas, 2001.

_____. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2008.

SARMENTO, Daniel. *Apontamentos sobre a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental*, in André Ramos Tavares e Walter Claudius Rothenburg, *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Análises à Luz da Lei nº 9.882/99*, São Paulo, Atlas, 2001.

SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza, 1992.

SECONDAT, Charles-Louis de ("Barão de Montesquieu"). *O Espírito das Leis*, Curitiba, Juruá, 2000.

SILVA, Jorge Pereira da. *Dever de legislar e protecção jurisdicional contra omissões legislativas*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2003.

-
- SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, São Paulo, Malheiros, 2001.
- _____. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, São Paulo, Malheiros, 2008.
- SILVA, Vasco Pereira da. *Acórdão nº 39/84 do Tribunal Constitucional*, in *O Direito*, 1974-1987.
- SOARES, António Goucha. *A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002.
- SOARES, Rogério. *O conceito ocidental de Constituição*, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, nº 3744, 1986.
- SOUSA, Marcelo Rebelo de. *Direito Constitucional*, Braga, Livraria Cruz, 1979.
- STRENGER, Irineu. *Mandado de Injunção*, Rio de Janeiro, Forense, 1988.
- TAVARES, André Ramos. *Tratado da Arguição de Preceito Fundamental*, São Paulo, Saraiva, 2001.
- TEIXEIRA, José Elaeres Marques, *A doutrina das questões políticas no Supremo Tribunal Federal*, Porto Alegre, Fabris Editor, 2005.
- VANOSI, Jose Reinaldo. *Teoría constitucional: supremacía y control de constitucionalidad*, Buenos Aires, Depalma, 1976.
- VAZ, Manuel Afonso. *A responsabilidade civil do Estado: considerações breves sobre o seu estatuto constitucional*, Porto, Universidade Católica, 1995.
- _____. *O enquadramento jurídico-constitucional dos direitos económicos, sociais e culturais*, in *Nos 20 anos da Faculdade de Direito da UCP*, Porto, 1998.
- VELLOSO, Carlos Mário. *A nova feição do mandado de injunção*, in *Revista Trimestral de Direito Público*, volume II, 1993.
- VIEIRA, Iacyr Aguiar. *A essência da Constituição no pensamento de Lassale e de Konrad Hesse*, in *Revista de Informação Legislativa*, nº 139, 1998.
-

VILLALÓN, Pedro Cruz. *El legislador de los derechos fundamentales*, in Antonio Lopez Pina, *La Garantía Constitucional de los Derechos Fundamentales*, Madrid, Civitas, 1991.

_____. *El recurso de amparo constitucional: el juez y el legislador*, in Los Procesos Constitucionales, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992.

VILLAVÉRDE, Ignacio. *La inconstitucionalidad por omisión de los silencios legislativos*, in Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario, nº 8, 1996.

VITAL, Fésas. *Da responsabilidade do Estado no exercício da função legislativa*, in Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, nº 11 a nº 20, 1915-1916.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *La giustizia costituzionale*, Bolonia, Il Mulino, 1988.

ZEIDLER, Wolfgang. *A justiça constitucional no quadro das funções do Estado, relatório alemão*, in VII Conferência dos Tribunais Constitucionais Europeus, Lisboa, 1987.