

O tratamento das omissões inconstitucionais no âmbito dos direitos fundamentais sociais em Portugal e no Brasil*

Dealing with unconstitutional omissions regarding fundamental social rights in Portugal and Brazil

Carolina de Freitas e Silva** e António Luís Silva Baptista***

Resumo: O objetivo do texto é explorar as respostas que os ordenamentos jurídicos português e brasileiro dão ao problema da omissão inconstitucional em face das normas constitucionais que consagram direitos sociais. Os textos fundamentais dos dois países são aqui confrontados, bem como a doutrina e a jurisprudência de referência, com o propósito de, por um lado, identificar como podem ser manejados os instrumentos processuais disponíveis para realizar a fiscalização da constitucionalidade, e, por outro, revelar os tipos de decisões utilizadas pelos tribunais de cúpula para resolver as situações apresentadas. O estudo acaba por revelar uma postura de maior contenção do Tribunal Constitucional, por oposição a um maior ativismo e criatividade judicial no Brasil, sendo as consequências, positivas e negativas, dessas atitudes analisadas e ponderadas. Esta análise é precedida de um breve debate sobre a jusfundamentalidade dos direitos sociais e a sua força vinculativa face ao Estado.

Palavras-chave: controle da constitucionalidade; omissão inconstitucional; direitos sociais; direitos fundamentais e justiça constitucional.

Abstract: The goal of this text is to explore the answers provided by the Portuguese and Brazilian legal orders to the problems arising from unconstitutional

* O texto é escrito em português do Brasil, com a adoção do acordo ortográfico, segundo as regras aplicadas naquele país.

** Tem formação de base em direito brasileiro, é mestre em Direito do Trabalho pela Universidade de Coimbra, doutorada em Direitos Sociais pela Universidade Nova de Lisboa e Investigadora Integrada do Centro de Investigação e Desenvolvimento sobre Direito e Sociedade (CEDIS) da FDUNL; Advogada na CLA Advogados; e-mail: carolinafreitass@gmail.com

*** Licenciado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, doutorado em Teoria Política pela Universidade de Lisboa e pós-doutor pela Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo (Brasil). Membro Integrado do Centro de Ética Política e Sociedade (CEPS) da Universidade do Minho; e-mail: alsbaptista@gmail.com.

omissions regarding social rights. A comparison is drawn between the constitutional texts of both countries, as well as essential constitutional jurisprudence and case law, so as to, on the one hand, identify the procedural devices constitutive of judicial review and, on the other hand, reveal the sort of decisions used by supreme courts to settle issues on these matters. This study reveals a more self-restrained conduct by the Portuguese Constitutional Court and a more active and creative judiciary in Brazil. The consequences of these different attitudes, both positive and negative, are analyzed and weighed. This analysis is preceded by a debate on the fundamentality of social rights and their juridical bindingness against the state.

Keywords: judicial review; unconstitutional omission; social rights; fundamental rights; constitutional justice.

1. Introdução

As constituições brasileira e portuguesa são ambas caracterizadas pela sua generosidade na consagração de direitos fundamentais, particularmente no âmbito dos chamados direitos sociais. Estes direitos fundamentais, além do mais, estão enquadrados naquilo que se poderia considerar um contrato social de natureza igualitária e um projeto “emancipatório” fundado na “dignidade da pessoa humana” (artigo 1.º da Constituição Portuguesa e artigo 1.º da Constituição Brasileira). Este projeto constitucional traduz-se, mais adiante, em inúmeras normas ditas “programáticas” ou “dirigentes”, que vinculam o Estado a um conjunto de “tarefas”, “fins”, “objetivos” e “incumbências” que buscam dar realização efetiva, e não meramente retórica, aos ideais do “Estado de direito democrático”, da “democracia económica, social e cultural”, da “igualdade real” (artigos 2.º e 9.º da Constituição Portuguesa) e levar à erradicação “da pobreza e (...) marginalização” e à promoção do “bem de todos” (incisos III e IV do artigo 3.º da Constituição Brasileira).

Esta preocupação com a efetividade prática dos direitos fundamentais, e com o cumprimento das normas dirigentes, levaram os legisladores constituintes – e os intérpretes da Constituição –, em ambos os países, a procurarem estratégias eficazes para lidar com o problema das omissões inconstitucionais que se revelam particularmente graves em matéria de direitos sociais. Buscar-se-á mostrar aqui os pontos de contato e divergência destas duas abordagens, procurando mostrar os argumentos fundamentais na evolução da realidade constitucional nesta matéria.

Antes, contudo, e atendendo à forte pressão descendente sobre determinados direitos que foram produzidos pela crise económica em Portugal e, mais recentemente, no Brasil, impõe-se, por um lado, defender a igual dignidade e vinculatividade jurídica dos direitos fundamentais sociais face aos demais e, por outro, justificar brevemente a importância do tema das omissões.

2. Os direitos sociais no quadro geral dos direitos fundamentais

Há autores e teses jurídicas que defendem a existência de categorias díspares de direitos fundamentais. Estas diferenças legitimariam a adoção de regimes distintos que, por sua vez, conformariam, por um lado, o grupo dos chamados direitos de liberdade e, por outro, o grupo dos direitos sociais. Seriam direitos fundamentais com características pretensamente distintas que funcionariam a duas velocidades: uns a serem realizados aprioristicamente, porque seriam mais fundamentais ou essenciais do que os outros, enquanto que o segundo grupo de direitos estaria dependente de uma série de condicionantes, podendo eventualmente ser preterido, caso estas não se verificassem. Tentar-se-á agora sumariar e contrariar alguns dos argumentos tipicamente aventados para sustentar essas teses.

Em primeiro lugar, os direitos de liberdade, como os direitos civis e políticos, seriam autoexecutáveis e imediatamente aplicáveis, uma vez que não padeceriam de indeterminabilidade e não exigiriam uma atitude positiva do poder político: reclamariam apenas o dever de abstenção do Estado. Os direitos sociais, por seu turno, como o direito à saúde, à moradia, à educação, não seriam imediatamente exigíveis ou diretamente aplicáveis, em razão do seu alto grau de indeterminabilidade. A efetividade destes últimos estaria carente, portanto, de uma atitude “positiva” do Estado, ou seja, de medidas legislativas densificadoras do conteúdo exato das normas e da criação e manutenção de um conjunto de prestações sociais. Por esta razão, alguns autores identificam os direitos sociais como meras “normas programáticas” que serviriam apenas como orientações ao legislador e à Administração Pública no cumprimento das suas incumbências. Como não existe, em regra, estipulação de prazos, nem, muitas vezes, ordens claras e precisas do poder constituinte, o grau de vinculação para o legislador e para os governos seria, na prática, nulo.

Não há como negar, com efeito, que as constituições, de um modo geral, estão repletas de fórmulas vagas e abstratas que encerram em si várias possibilidades de interpretação e concretização, concedendo ampla margem de atuação aos legisladores democraticamente legitimados quanto ao modo de realizar esses mandamen-

tos constitucionais. Contudo, o poder político nunca poderia estar completamente livre para atuar como bem entender, sob pena de tornar inútil a Constituição enquanto mecanismo conformador da sociedade.

Não se pode negar que existem, de fato, princípios e valores que, operando concertadamente, numa leitura global e interdependente, enformam a ordem jurídica, dando-lhe sentido e apontando um modelo de sociedade e de relações sociais que não é compatível com qualquer solução. O problema que está subjacente aqui é o da pouca clareza ou densificação do conteúdo fundamental no texto constitucional, mas – e este é o ponto fundamental – esta não é uma característica nem necessária, nem exclusiva dos direitos sociais. Como sustenta REIS NOVAIS, as normas que dispõem que “todos têm direito à liberdade de religião” ou que dão corpo à “liberdade de imprensa” encerram idêntico grau de indeterminação, e não menor, do que a norma que prescreve que “todos têm direito à protecção da saúde” ou que “todos têm direito à habitação”, sendo que, tanto no primeiro, como no segundo caso, se levantam diversas questões, inerentes aos limites do seu exercício, cujas respostas não se conseguem encontrar no texto constitucional¹.

Se, na realidade, todos os direitos fundamentais podem padecer do problema da indeterminabilidade no plano constitucional, a única diferença relevante que se perfilaria no horizonte entre os direitos sociais e os de liberdade é o fato de estes últimos já estarem sedimentados na sociedade, quanto ao seu conteúdo, alcance e extensão, tendo em vista a longa tradição legiferante e a prática jurídica que a acompanhou. Ora, por estarem mais sedimentados na sociedade, por terem sido os primeiros a serem promovidos e protegidos na história legiferante moderna e contemporânea, o que fica em destaque, numa análise superficial destes direitos, é a atitude negativa ou de “abstenção” que o Estado deve apresentar perante esses mesmos direitos, de modo a não reduzir o patamar de efetividade já atingido. Também resulta desta “sedimentação” a naturalização desse patamar pela sociedade, que tende a ver estes direitos como indispensáveis, naturais e a-históricos. É por esta razão que determinadas densificações que um juiz possa dar a tais direitos, quando se verifique uma lacuna do poder político, ficam imunes a questionamentos, por parecerem “óbvias” demais.

Alguns exemplos de direitos de liberdade, a partir de preceitos constitucionais pouco densificados, poderão elucidar os poderosos efeitos desta “naturalização”. O artigo 46.º da Constituição Portuguesa (doravante “CRP”) estabelece o direito à *liberdade de associação*. Se, ao contrário do que sucede, nenhuma disposição existisse na Constituição relativamente ao direito à livre formação de *associações sindicais*, considerar-se-ia óbvio, ainda assim, que a liberdade de constituição de sindicatos está abrangida pela garantia da liberdade de constituição de associações

¹ JORGE REIS NOVAIS. *Direitos Sociais. Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*. Coimbra, 2010, pp. 144-145.

a que se refere o artigo 46.º. Este resultado, contudo, é tudo menos óbvio: até porque, historicamente, a liberdade de associação sindical só foi reconhecida muito tempo depois da consagração da liberdade de associação e a duras penas. Na verdade, na França, na mesma época em que se reconhecia como um direito inalienável do homem a liberdade de associação, tornava-se ilegal, através da lei *Le Chapelier* de 1791, constituir associações sindicais (*rectius*, as suas antecessoras)².

Observe-se, ainda, o que dispõe o inciso XXII do artigo 5.º da Constituição Federal Brasileira (doravante “CF/88”): “é garantido o direito de propriedade”. Aqui, a Constituição não indica como se adquire a propriedade, nem como se deve proceder quando esta está sob ameaça. No entanto, ninguém se lembrará de dizer que este direito fundamental é obscuro demais para ser autoexecutável e exigível perante o poder jurisdicional.

Poder-se-ia argumentar, entretanto, que o direito de propriedade passou a ser um direito subjetivo, e por isso mesmo autoexecutável, na medida em que normas infraconstitucionais, nomeadamente as do Código Civil, passaram a protegê-lo adequadamente. No entanto, quando se invoca a aplicabilidade imediata e autoexequibilidade como distintiva dos direitos civis e políticos, assume-se, implicitamente, que eles são independentes da existência de norma regulamentadora. E aqui reside o erro. Da mesma forma, é errôneo pretender que o regime de “aplicação imediata” destes direitos decorra do cumprimento do dever de mera “abstenção” do Estado.

Na realidade, todos os direitos fundamentais, sejam eles mais ou menos densificados, exigem mais do que uma postura meramente negativa do Estado³. Todos os direitos exigem simultaneamente, do Estado, atitudes de *respeito* (ou seja, abstenção de agressão), *proteção* (contra terceiros) e um esforço de *realização* que dê concretização ou efetividade prática⁴ aos mesmos. E, em última análise, estas três dimensões dos direitos

² P. C. TIMBAL E ANDRÉ CASTALDO. *Histoire des institutions et des faits sociaux*. Sixième édition. Paris, 1979, p. 517.

³ É por isso mesmo que todos os direitos são simultaneamente “negativos” e “positivos” e que todos têm custos substanciais: custos orçamentais e custos em termos da limitação que impõem à realização de outros direitos, princípios ou valores constitucionalmente relevantes. Daí também que todos os direitos, e não apenas os sociais, estejam sujeitos à “reserva do financeiramente possível”. Neste sentido, a única diferença entre os direitos sociais e os de liberdade proviria da naturalização destes (e das suas “densificações” infraconstitucionais e modos de realização ou institucionalização material) que leva a “invisibilidade” dos custos que lhes estão associados. Para um argumento sólido e conclusivo nesse sentido. Cf.: STEPHEN HOLMES / CASS SUNSTEIN. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York, 1999. No mesmo sentido, ver: 1) MIGUEL CARBONELL. Prólogo, in, *Teoría e ideología de la interpretación Constitucional*. Madrid, 2008, pp. 11-13; 2) JORGE MIRANDA. *Manual de Direito Constitucional – Direitos Fundamentais*, tomo IV. Coimbra, 2000, p. 109. Em sentido contrário, ver: JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra, 2012.

⁴ Sobre esta tripartição, veja-se JORGE REIS NOVAIS. *Direitos sociais*, pp. 42 e ss.

pressupõem a existência e manutenção de um vasto conjunto de custosas instituições – o que significa dizer que todos os direitos fundamentais exigem a ação positiva do Estado. O direito de propriedade e o direito à vida só existem e são seguros na medida em que existam as instituições que assegurem a coercibilidade face a terceiros (isto é, face a potenciais agressões de privados e até do próprio Estado). Ou seja, estes direitos carecem de um Estado que mantenha em funcionamento um forte aparato policial, um sistema prisional e judiciário e uma burocracia administrativa que assegure o registo preciso de bens, pessoas e titularidades. Também a liberdade de expressão e o direito à participação democrática pressupõem um complexo aparato administrativo e coercivo para fiscalizar a transparência e correção do processo político e proteger os cidadãos contra os potenciais violadores destes direitos. Simplesmente, os processos de naturalização e legitimação destas instituições ocultam a forte dimensão positiva dos “direitos de liberdade” ou ocultam a dependência estrutural destes face àquelas.

À luz destes argumentos, não parece haver, portanto, qualquer fundamento para uma distinção *a priori* ou de “natureza” entre os direitos sociais e os demais. As diferenças que efetivamente existirem serão consequência das opções dos legisladores constituinte e ordinário, assim como dos governos.

Ocorre que o caráter vago de algumas fórmulas consagradoras de direitos sociais, associado ainda à precária naturalização e legitimação das instituições e ações do Estado que lhes dão substância, coloca-os numa situação particularmente frágil e essa fragilidade torna, pois, manifestamente relevante o papel dos mecanismos processuais de fiscalização da constitucionalidade face às ações e sobretudo omissões do poder político. Daí que o tratamento e fiscalização das omissões inconstitucionais pelo poder judiciário se assevere decisivo para assegurar a vinculatividade real da Constituição nesta matéria⁵ e para que os direitos sociais possam ser “levados a sério”⁶.

⁵ A primeira previsão explícita da inconstitucionalidade por omissão surgiu na Constituição Iugoslava de 1974 e surgiu posteriormente nas Constituições Portuguesa de 1976 e Brasileira de 1988, bem como noutros textos constitucionais do mundo lusófono. Todas estas constituições, portanto, destacam-se pela relevância dada ao problema do combate às desigualdades e à preocupação com a efetividade das disposições constitucionais, sobretudo em matéria de direitos sociais. Constituições como a Italiana, Alemã, ou mesmo Espanhola (posterior à Portuguesa e Iugoslava) não preveem a inconstitucionalidade por omissão. Contudo, segundo JORGE MIRANDA, os tribunais constitucionais destes países têm vindo a conseguir obter resultados similares a uma fiscalização e censura do Estado pelas omissões por meio de interpretações criativas em ações movidas contra inconstitucionalidades cometidas por ação. Até mesmo algo similar tem vindo a ocorrer com Supremo Tribunal Federal americano, apesar de o texto constitucional ser marcadamente antigo e de cunho liberal, o que revela a importância que assume o problema das omissões para a realização de qualquer ideal constitucional igualitário. Cf.: JORGE MIRANDA. *Manual de Direito Constitucional – Inconstitucionalidade e Garantia da Constituição*, tomo VI. Coimbra, 2006, p. 298.

⁶ Tomamos a expressão de empréstimo ao livro de RONALD DWORKIN. *Taking Rights Seriously*. Cambridge, Mass. 1977.

Como se poderá ver nas próximas seções, a forma como as Constituições Portuguesa e Brasileira lidaram com este problema foi diferente.

3. A distinção entre direitos, liberdades e garantias e direitos sociais na Constituição portuguesa

Se até agora se considerou não haver nenhuma razão para distinguir em termos teóricos os direitos de liberdade e os direitos sociais, não se deve deixar de referir que, no direito constitucional português, existe um fato jurídico incontornável: é o próprio texto constitucional que parece separar as águas entre os chamados “direitos, liberdades e garantias” e os “direitos (e deveres) económicos, sociais e culturais”, não apenas colocando-os em títulos diferentes na estrutura do texto, mas, sobretudo, criando um regime específico e aparentemente exclusivo para os primeiros.

Com efeito, e conforme o disposto no artigo 17.º, “o regime dos direitos, liberdades e garantias aplica-se aos enunciados no título II e aos direitos fundamentais de natureza análoga”. Há, portanto, um regime diferenciado a afetar alguns direitos fundamentais. Sendo assim, em que consistiria esse regime?

Segundo o artigo 18.º, as normas relativas aos *direitos, liberdades e garantias constitucionais* são diretamente aplicáveis, diretamente reguladoras de relações jurídico-materiais⁷ e vinculativas das entidades públicas e privadas. Elas também não podem, como regra, sofrer restrições por lei infraconstitucional, a não ser que haja permissão constitucional expressa nesse sentido, ou que, por outro lado, seja absolutamente necessário restringi-las para salvaguardar outros direitos e interesses constitucionalmente protegidos. Caso haja uma restrição constitucionalmente autorizada a direitos, liberdades e garantias, esta restrição deve obedecer às características de abstração e de generalidade, não podendo ter efeitos retroativos nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos mesmos.

Assim sendo, seria possível concluir que a própria Constituição estabeleceu uma diferença entre os direitos fundamentais, reconhecendo inferioridade de estatuto aos direitos sociais exceto quando apresentem “natureza análoga” aos “direitos liberdades e garantias”.

⁷ Contudo, de acordo com GOMES CANOTILHO: “a aplicabilidade directa das normas consagradoras de direitos, liberdades e garantias não implica sempre, de forma automática, a transformação destes em *direitos subjectivos, concretos e definitivos*”. JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª Edição. Coimbra, 2003, p. 438.

Todavia, a ordem jurídica portuguesa não admite que os direitos sociais sejam reduzidos ou limitados livremente como seria possível depreender, *a contrario*, a partir do que dispõe o artigo 18.º. Com efeito, que sentido faria consagrar na Constituição um direito, qualquer que ele seja, se ele pudesse ser limitado de tal modo que fosse afetado o seu conteúdo essencial⁸? Um direito constitucionalmente consagrado mas na livre disponibilidade do legislador seria um oxímoro, uma contradição nos seus próprios termos. Em última análise, os direitos consagram-se para serem exercidos, para terem alguma realidade material, e as constituições incorporam-nos precisamente para os defenderem de contrações que governos e maiorias democráticas possam querer fazer dos mesmos⁹. Porque, caso contrário, seria possível reduzir os direitos a “poesia constitucional”, nas palavras de ALEXY¹⁰, colocando-se em causa a ideia fundacional da Constituição como documento jurídico efetivamente vinculante, destinado a proteger alguns direitos vistos como particularmente valiosos (os direitos fundamentais) contra as mudanças súbitas e arbitrárias das preferências de maiorias democráticas.

Se os direitos sociais já consagrados pudessem ser restringidos no seu conteúdo essencial sem que se colocassem obstáculos, o que significaria na vida real dos cidadãos a existência de um direito social fundamental na Constituição? Mais radicalmente até, muitos dos direitos políticos (e mesmo civis) tornar-se-iam, também eles, puramente “formais” – e, portanto, de pouco valor, para a esmagadora maioria da população –, se os cidadãos titulares desses direitos não usufruíssem de pré-condições socioeconômicas que tornam o seu exercício uma real possibilidade¹¹.

⁸ No fundo, a desvalorização dos direitos sociais, como bem assinala Jorge Miranda, acarreta o risco “de desvalorização das próprias normas constitucionais, afinal degradadas ao domínio da política legislativa”. JORGE MIRANDA. *Manual de Direito Constitucional*, tomo IV, p. 114.

⁹ Daí que LUIGI FERRAJOLI diga que os direitos fundamentais funcionam como “a lei do mais fraco” contra o que, de outro modo, seria a “lei do mais forte”. LUIGI FERRAJOLI. *Sobre los derechos fundamentales*, in, *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*. Madrid, 2007, p.82.

¹⁰ ROBERT ALEXY. Los derechos fundamentales en el Estado Constitucional Democrático, in, *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid, 2003, p. 33.

¹¹ Chamando a atenção para a função desempenhada pelos direitos sociais como mecanismo efetivador dos direitos civis e políticos, veja-se: RUI MEDEIROS. O estado de direitos fundamentais português: alcance, limites e desafios, *Anuário Português de Direito Constitucional*, vol II. Coimbra, 2002, pp. 41-42. Este mesmo autor, de resto, sustenta que tem havido um progressivo esboroar da visão radicalmente dicotômica entre estas várias categorias de direitos, valorizando-se, por contraste, a noção de interdependência. Contudo, ressalva que “[n]ão significa isto que o caminho (...) passe pelo alargamento da força normativa directa das normas constitucionais que consagram direitos sociais a situações necessariamente carecedoras de interposição legislativa...”, e isto porque tal operação, “levaria a uma compressão desmesurada da liberdade de conformação que, num Estado democrático, deve caber ao legislador legitimado democraticamente” (idem, *ibid*). O mesmo tipo

Esta interrogação é pertinente, na medida em que, como se sabe, a CRP pretende explicitamente enformar uma sociedade democrática, não apenas num sentido formal, mas também material, através da consecução da democracia econômica, social e cultural (artigo 2.º), garantindo, para isso, aos seus cidadãos, o gozo de um conjunto de pré-condições que lhes permitam ser participantes informados e politicamente iguais do processo decisório. Parece impossível conseguir assegurar essas pré-condições sem assegurar simultaneamente que o conteúdo essencial dos direitos sociais seja respeitado pelo legislador em termos similares ao que estatui o artigo 18.º da CRP para os direitos, liberdades e garantias.

Ora, será plausível sustentar que a Constituição quis determinado objetivo (a democracia econômica social e cultural), estabeleceu mesmo os meios abstratos através dos quais se deveria tentar obter esse objetivo (os direitos sociais fundamentais como pré-condições da democracia), mas depois esvaziou de qualquer sentido prático as suas normas e deixou órfãos de qualquer garantia concreta esses mesmos meios abstratos para realizar um dos seus fins mais importantes?

Na prática, poder-se-á sempre argumentar que aquilo que é negado aos “meros” direitos fundamentais neste artigo 18.º, parece ser reconquistado (pelo menos parcialmente) através do princípio da proibição do excesso implícito à Constituição – um princípio, SEGUNDO GOMES CANOTILHO¹², intuído a partir do n.º 2 do artigo 18.º e do n.º 2 do artigo 266.º, que se manifesta também, de forma mais concretizada no n.º 4 do artigo 19.º e no n.º 1 do artigo 272.º (princípios da tipicidade e da necessidade)¹³.

de preocupações é expresso por MARIA LÚCIA AMARAL que alerta para os perigos de um “fundamentalismo dos direitos fundamentais”, reiterando que é fundamental reservar “espaço de respiração” para a lei enquanto “veículo autónomo para a prossecução do interesse público”. Embora não seja este o lugar para responder detidamente aos autores, note-se que todos os direitos, e não apenas os sociais, carecem sempre de interposição legislativa, têm custos, orçamentais e sociais e, em última análise, comprimem o espaço de manobra do legislador democraticamente legitimado, pelo que se recoloca a questão de saber porque é que só as normas que consagram direitos sociais não devem ter a sua “força normativa directa” alargada...

¹² JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 271.

¹³ Cf.: MANUELA BAPTISTA LOPES. Protecção dos Direitos Económicos e Sociais na Constituição e nos Tratados Internacionais. Relatório Português, in, *VIII Conferência Ibero-Americana de Justiça Constitucional*. Nicarágua, Julho de 2010, disponível a partir de <http://www.tribunalconstitucional.pt>: “(...) se aceitarmos a indivisibilidade dos direitos humanos, que resulta desde logo de estarem ancorados no princípio da dignidade da pessoa humana, a diferença de grau na exigibilidade dos direitos, liberdades e garantias, por um lado e dos direitos económicos, sociais e culturais, por outro, terá de se fundar apenas na eventual maior dificuldade de garantir alguns dos segundos por escassez de recursos. Aliás, vários autores sustentam que o pretense regime constitucional especial aplicável

Além disso, a redução dos direitos sociais também está limitada pelo princípio (implícito) da proibição do retrocesso social. O Tribunal Constitucional Português, ao analisar o pedido de apreciação preventiva da constitucionalidade formulado pelo Presidente da República a respeito de uma alteração legislativa que restringia o acesso a prestações sociais (denominadas “rendimento social de inserção”), delimitou o alcance e limites do princípio da proibição do retrocesso social: “é necessário harmonizar a estabilidade da concretização legislativa já alcançada no domínio dos *direitos sociais* com a *liberdade de conformação* do legislador”. Portanto, “a margem de liberdade do legislador para *retroceder* no grau de protecção já atingido é necessariamente mínima, já que só o poderá fazer na estrita medida em que a alteração legislativa pretendida não venha a consequenciar uma *inconstitucionalidade por omissão* (...)”. Para o Tribunal, a aplicação do princípio da proibição do retrocesso social deve ser considerada no sentido de proibir que haja uma “aniquilação” do *núcleo essencial* ou que a redução do conteúdo do direito social viole o princípio da igualdade, da protecção da confiança ou, ainda, que atinja “o conteúdo de um direito social cujos contornos se hajam iniludivelmente enraizado ou sedimentado no seio da sociedade”.

4. O tratamento da omissão inconstitucional no ordenamento jurídico português

O sistema português de garantia da Constituição segue um modelo “híbrido”, simultaneamente com o controle abstrato da constitucionalidade “no topo” e difuso “na base”, o que o torna único no panorama europeu, porque permite a fiscalização concentrada diretamente pelo Tribunal Constitucional, ao mesmo tempo que concede, por outro lado, no âmbito da fiscalização concreta, um poder-dever ao juiz *a quo* para emitir autonomamente sentença de desaplicação de normas que repute contrárias à Constituição. Não tem o juiz, por isso, que remeter as questões de constitucionalidade para o Tribunal Constitucional, suspendendo a instância, como sucede, por exemplo, na Espanha¹⁴. Contudo, das decisões deste tribunal *a*

aos direitos, liberdades e garantias nos termos da CRP é, afinal o regime constitucional geral aplicável a todos os direitos fundamentais”.

¹⁴ Cf.: FERNANDO ALVES CORREIA. *Direito Constitucional. A Justiça Constitucional*. Coimbra, 2001, p. 52. Sublinhando, contudo, a insegurança jurídica que assim é promovida, veja-se: MARIA LÚCIA AMARAL. *Justiça constitucional, protecção dos direitos fundamentais e segurança jurídica ou que modelo de justiça constitucional melhor protege os direitos fundamentais. Anuário Português de Direito Constitucional*. Coimbra, 2002, pp. 11-22.

quo cabe recurso direto (caso o juiz deixe de aplicar uma norma por considerá-la inconstitucional)¹⁵ para o Tribunal Constitucional¹⁶.

A verificação e apreciação das omissões inconstitucionais somente podem ser realizadas no âmbito da fiscalização abstrata da constitucionalidade, e a legitimidade para propor o respectivo requerimento, de acordo com o artigo 283.º da CRP, estende-se apenas ao Presidente da República, ao Provedor de Justiça ou, se for caso de violação de direitos das regiões autónomas (da Madeira e dos Açores), aos presidentes das Assembleias Legislativas dessas regiões. É por meio da fiscalização abstrata da constitucionalidade, portanto, que se deve arguir a existência de omissão inconstitucional legislativa que impeça o acesso a um bem jurídico fundamental, não sendo possível, para este fim e por este meio, que uma pessoa ou um grupo de pessoas aceda diretamente ao Tribunal Constitucional, podendo fazê-lo somente de forma indireta, ou mediata, dirigindo-se a um dos legitimados a fim de que este, convencido da sua pretensão, faça o requerimento¹⁷.

Não é possível, portanto, que o pleito de reconhecimento da omissão seja analisado incidentalmente, no domínio da fiscalização difusa ou concreta de constitucionalidade, porque a apreciação da inconstitucionalidade, nestes casos, segundo o artigo 204.º da CRP, é realizada com base em *normas existentes*. O recurso ao Tribunal Constitucional, nesse sentido, e consoante o disposto no artigo 280.º da CRP, deverá estar fundado na *aplicação de normas* inconstitucionais e não na inexistência delas¹⁸.

¹⁵ No caso contrário, isto é, quando o juiz aplicar norma alegadamente inconstitucional só haverá recurso, em regra, para o Tribunal Constitucional quando a decisão do juízo *a quo* não seja suscetível de recurso ordinário, “por a lei o não prever ou por já haverem sido esgotados todos que no caso cabiam” (n.º 2 do artigo 70 da Lei n.º 28/82, de 15/11, que regula a organização, o funcionamento e o processo do Tribunal Constitucional).

¹⁶ Cf.: CRISTINA QUEIROZ. *Direito Constitucional. As instituições do Estado Democrático e Constitucional*. São Paulo, 2009, p. 319.

¹⁷ JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 343.

¹⁸ De resto, assim foi decidido pelo Tribunal Constitucional, por exemplo, no acórdão 116/1995 (julgamento em 23/02/1995, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19950116.html>), que reflete a atual posição deste Tribunal e também tem sido sustentada pela doutrina dominante. Nesse sentido, ver: JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO. *Constituição dirigente e vinculação do legislador. Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra, 1994, p. 356 e JORGE REIS NOVAIS. *Direitos Sociais. Teoria Jurídica...*, p. 375. JORGE PEREIRA DA SILVA, contudo, parece inclinar-se para uma posição diferente e ousada: sugere que não se deverá fazer uma interpretação literal do artigo 204.º que impeça aos tribunais, em sede de fiscalização concreta, a análise de omissões inconstitucionais. Este autor defende que nalguns casos de omissão se deve considerar que há uma norma implícita infraconstitucional “desencadeada pela conjugação

Não obstante, pode afirmar-se que no sistema português existem certo tipo de situações que podem ser entendidas como gerando simultaneamente inconstitucionalidades por ação e omissão. Trata-se daqueles casos em que uma omissão (pelo menos do ponto de vista material) resulta da intenção do legislador em concretizar os preceitos constitucionais de forma parcial ou incompleta, situação que consiste também numa verdadeira inconstitucionalidade por ação ao privilegiar alguns grupos ou circunstâncias excluindo outros de forma deliberada e explícita¹⁹. Nesta hipótese, será possível arguir, incidentalmente, a inconstitucionalidade de uma medida legislativa, por meio do controle difuso, com fundamento na violação do princípio da igualdade.

Quando, por outro lado, a omissão parcial ocorrer pela *concretização imperfeita* de um determinado preceito constitucional, excluindo-se de *forma inadvertida* determinadas situações, poder-se-á questionar, diante da ausência de normas, a sua inconstitucionalidade por omissão²⁰ somente pela via do controle abstrato.

A opção do legislador de não permitir a fiscalização concreta da omissão inconstitucional é passível de críticas e não se encontram explicações evidentes que a justifiquem²¹. Aliás, este modelo de fiscalização, que retira do cidadão a iniciativa de questionar a omissão no caso concreto, fragiliza o sistema de garantias dos direitos fundamentais; fragiliza, sobretudo, a tutela dos direitos sociais, porquanto a eventual inconstitucionalidade nesta matéria decorre, muitas vezes, da inércia legislativa²², contra a qual o cidadão nada pode fazer.

O que existe em Portugal, portanto, é um sistema constitucional que reconhece abundantes direitos sociais, mas não concede mecanismos processuais diretos (ou os direitos processuais, adjectivos correspondentes) para exigí-los judicialmente, o que é particularmente chocante quando se toma em consideração aquilo que está proclamado no n.º 1 do artigo 20.º da Constituição: “A todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente pro-

de uma disposição constitucional não exequível atributiva de um direito, com a ausência de uma norma legal que lhe confira a necessária exequibilidade” e que esta norma implícita pode ser objeto de controle de constitucionalidade. Cf.: JORGE PEREIRA DA SILVA. *Dever de legislar e protecção jurisdicional contra omissões legislativas. Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade por omissão*. Lisboa, 2003, pp. 168-175. JORGE MIRANDA, contudo, expressa sérias dúvidas quanto a esta tese. Cf. JORGE MIRANDA. *Manual de Direito Constitucional*, tomo VI, p.318

¹⁹ JORGE MIRANDA. *Manual de Direito Constitucional*, tomo VI, p. 309.

²⁰ JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, pp. 1035-1036.

²¹ Neste sentido: JOANA RITA DE SOUSA COVELO DE ABREU. *Inconstitucionalidade por omissão e ação por incumprimento. A inércia do legislador e suas consequências*. Lisboa, 2011, p. 131.

²² JORGE REIS NOVAIS. *Direitos Sociais*, pp. 374-375.

tegidos, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos”. Há uma clara incoerência entre os objetivos manifestos no mencionado dispositivo e a impossibilidade de os cidadãos suscitarem a intervenção do judiciário, para que, no caso concreto, seja viabilizado o cumprimento da Constituição. Desta forma, parece estar comprometido, em Portugal, o brocardo segundo o qual, onde existe um direito, isto é, um interesse juridicamente protegido, deve existir um meio de os próprios titulares reclamarem a sua defesa pelos órgãos jurisdicionais²³.

Importa saber, ainda, o que caracterizaria uma omissão inconstitucional passível de ser fiscalizada em sede de controle abstrato. O disposto no artigo 283.º da CRP não esclarece esta questão. O Tribunal Constitucional, porém, já sedimentou o entendimento de que só tem lugar a verificação da omissão quando a Constituição houver dirigido ao legislador uma “específica e concreta incumbência” de legislar²⁴, quando o legislador deixar de cumprir um encargo ao qual estava obrigado constitucionalmente de forma explícita. Uma vez verificado o incumprimento do dever de legislar, o Tribunal Constitucional, por força do n.º 2 do artigo 283.º, alertará o órgão legislativo competente²⁵, não havendo, portanto, previsão na carta

²³ Não obstante aquilo que se disse, o Código de Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA), em consonância com o n.º 4 do artigo 268.º da CRP, materializa parcialmente a garantia dos administrados ao acesso à justiça e à tutela jurisdicional efetiva. Parece ser admissível extrair daquele diploma a possibilidade de uma pessoa que se sinta prejudicada pela atividade omissiva da Administração Pública, no tocante aos seus direitos fundamentais, poder propor diretamente uma ação, ou ser beneficiada pela propositura de ação por outros legitimados (que também poderão intervir em processo já existente), a fim de obter “o reconhecimento de situações jurídicas subjectivas directamente decorrentes de normas jurídico-administrativas ou de actos jurídicos praticados ao abrigo de disposições do direito administrativo”, bem como “a condenação da Administração ao pagamento de quantias, à entrega de coisas ou a prestação de factos” (alínea “e” do n.º 2 do artigo 2.º do CPTA). Note-se também que, o amplo rol de legitimados ativos para a propositura da ação, que inclui, para além da pessoa que participa diretamente da relação jurídica material controvertida, outras pessoas que apresentem ou não interesse pessoal na demanda, o Ministério Público, as autarquias públicas, as associações ou fundações que apresentem vocação para a defesa dos interesses em causa, garante efetivamente o amplo acesso à justiça dos administrados.

²⁴ JOSÉ MANUEL M. CARDOSO DA COSTA. *A Jurisdição Constitucional em Portugal*. 3ª Edição revista e actualizada. Coimbra, 2007, p. 45. Conferir também os Acórdãos do Tribunal Constitucional: 276/89 (julgamento em 28/02/1989, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19890276.html>) e 474/02 (julgamento em 19/11/2002, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20020474.html>).

²⁵ Antes da revisão constitucional de 1982, cabia ao Conselho da Revolução verificar a ocorrência da omissão e sendo caso disso uma recomendação era enviada ao órgão legislativo competente para que este pudesse densificar ou concretizar a norma constitucional. Esta prerrogativa não estava associada, caso o legislador se mantivesse silente, a um poder substitutivo de suprir a falha legislativa, mas estava implícita à recomendação, em última análise, a ideia de impor ao órgão legislativo um

fundamental que indique a possibilidade de ser superada judicialmente a omissão legislativa a fim de afastar, mesmo que temporariamente, a inconstitucionalidade.

Embora as opções do legislador constituinte a respeito da fiscalização abstrata da inconstitucionalidade por omissão sejam passíveis de críticas, a verdade é que, ainda assim, existe uma ferramenta processual importante a ser utilizada nesses casos. Contudo, desde a sua criação até hoje, ações com esse objetivo foram utilizadas relativamente poucas vezes²⁶, sendo possível talvez esboçar aqui as suas possíveis causas.

A comunicação ao órgão legislativo competente como única consequência da verificação da omissão legislativa pelo Tribunal Constitucional pode ter um efeito dissuasor da proposição da ação, uma vez que o legislativo não fica vinculado fortemente a esta comunicação, perdendo a ação muita da sua utilidade prática e, conseqüentemente, do seu interesse. Recorde-se também que os limites de admissibilidade da ação são muito restritos e isto pode condicionar o sucesso das ações por omissão inconstitucional: de acordo com o entendimento do Tribunal Constitucional, apenas poderão ser apreciadas as ações fundadas no incumprimento de *ordens específicas*, diretamente dirigidas pelo legislador constituinte aos órgãos legislativos. Sucede, porém, que as disposições constitucionais, sobretudo no to-

determinado “ritmo a que [pudesse e devesse processar-se] a prossecução daquelas metas fixadas pela Constituição”. Cf. Parecer da Comissão Constitucional n.º 8/77, p. 80, disponível em http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/content/files/biblioteca/cc/cc_volume_01.pdf.

²⁶ Existe um acórdão (n.º 474/02) que é paradigmático no domínio da omissão inconstitucional no âmbito dos direitos sociais. Tratou-se de uma ação de iniciativa do Provedor de Justiça que requereu que o Tribunal apreciasse e verificasse a ocorrência de omissão inconstitucional legislativa no sentido de tornar exequível o direito dos funcionários públicos a prestações materiais em decorrência do desemprego involuntário (alínea “e”, n.º 1, do artigo 59 da CRP). Na decisão restou reconhecido que “o Tribunal não pode determinar, por critérios estritamente jurídicos, o incumprimento do dever de legislar”, e que “a verificação da inconstitucionalidade por omissão supõe a existência de uma concreta e específica situação de violação da Constituição, demarcada a partir de uma norma suficientemente densificada, a que o legislador ordinário não conferiu atempadamente exequibilidade”. Também, no caso em apreciação, reconheceu o Tribunal que a alínea “e”, n.º 1, do artigo 59.º, dispõe sobre uma forma específica de prestação e que este artigo deve ser entendido de forma conjugada com o n.º 3 do artigo 63.º, que dispõe sobre o alcance do sistema de segurança social. Esta prestação específica não pode ser estabelecida sem a precedência do recurso à via legislativa: “[está-se] perante uma concreta e específica imposição legiferante, constante de uma norma com um grau de precisão suficientemente densificado”. Acrescenta ainda que o legislador, embora não se possa esquivar de legislar sobre as prestações destinadas aos trabalhadores em situação de desemprego involuntário, poderá optar, por exemplo, quanto às formas de organização e critérios de fixação dos valores dessa prestação, tendo em vista a sua “larga margem de liberdade conformadora”. Cf. Acórdão n.º 472/02 do Tribunal Constitucional (julgamento em 19/11/2002, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20020474.html>), pp. 8 e 12.

cante aos direitos sociais, apresentam, como regra, um conteúdo pouco concretizado, sem prazo estabelecido para o seu cumprimento, sem que isto signifique, ainda assim, que essas normas encerrem apenas meras declarações políticas. Pelo contrário: as constituições contemporâneas possuem um conteúdo normativo que reclama uma realização, uma efetivação.

Considerando, assim, que as normas constitucionais apresentam normalmente um conteúdo bastante abstrato, empregando uma linguagem por vezes muito imprecisa, que nível de concretização é, pois, necessário para indicar suficientemente a existência de um dever específico de legislar contra o qual não se possa opor o legislador?

É possível sustentar que há três tipos de normas em que se pode verificar com suficiente nitidez a existência de deveres de concretização recaindo sobre o Estado.

Em primeiro lugar, e compulsando a CRP, é possível verificar a existência de certos dispositivos que *emitem uma ordem positiva* ao Estado e, conseqüentemente, ao legislador, no sentido de concretizar certas normas jurídicas, como no caso do n.º 2 do artigo 63.º que dispõe sobre a incumbência do Estado em “organizar, coordenar e subsidiar um sistema de segurança social unificado e centralizado”. Similar afigura-se também o caso da alínea “a” do n.º 2 do artigo 64.º que, sem usar expressões como “incumbe”, “compete” ou “cabe ao legislador”, emite uma inequívoca ordem de criação de “um serviço nacional de saúde universal e geral”.

Em segundo lugar, também é possível verificar normas de *tipo teleológico, de conteúdo mais vago*, como aquelas relativas à promoção da justiça social como *incumbência prioritária do Estado* (alínea “b” do artigo 81.º); à promoção do “bem-estar e da qualidade de vida” ou à promoção da “efetivação dos direitos económicos, sociais, culturais e ambientais, mediante a transformação e modernização das estruturas económicas e sociais”, como *tarefas fundamentais do Estado* (alínea “d” do artigo 9.º). Não há aqui uma ordem clara no sentido de agir de uma determinada maneira, mas existe, indubitavelmente, um dever geral do Estado em promover ações para atingir esses escopos, cabendo às instituições soberanas, no respeito pelo processo democrático, moldarem as suas ações àqueles objetivos²⁷.

Em terceiro e último lugar, há também um grupo de normas consagradoras de direitos sociais cuja linguagem não sendo direta, nem emitindo uma ordem expressa, é, ainda assim, suficientemente explícita para prescindir da criação de legislação ordinária que indique o seu verdadeiro sentido e os seus destinatários. Esse grau

²⁷ Não fica claro se o autor JORGE MIRANDA consideraria estes casos como normas de onde se possa retirar “(...) específica e concreta incumbência ou encargo constitucional”. JORGE MIRANDA. *Manual de Direito Constitucional*, tomo VI, p. 307.

de explicitação, de densificação, não dispensa a atuação do legislador infraconstitucional para conformar estas normas no sentido, por exemplo, de quantificar as vantagens destinadas aos cidadãos e de estabelecer procedimentos administrativos para a concessão dessas mesmas vantagens. O que se afirma, na verdade, é tão só que algumas normas consagradoras de direitos sociais podem não ser autossuficientes, mas, ainda assim, revelar-se suficientemente claras e precisas de modo a apresentar uma dimensão nitidamente subjetiva²⁸, não podendo assim o Estado simplesmente ignorá-las, sob pena de infringir a própria Constituição.

Assim, consegue-se observar uma indeterminabilidade apenas relativa em passagens tais como: “todos têm direito à segurança social” (n.º 1 do artigo 63.º); “todos têm direito à proteção da saúde” (n.º 1 do artigo 64.º); “todos têm direito, para si e para a sua família, a uma habitação de dimensão adequada, em condições de higiene e conforto...” (artigo 65.º); “todos têm o direito a um ambiente de vida humano, sadio e ecologicamente equilibrado...” (artigo 66.º), etc.

Nesse mesmo sentido, e afastando-se do entendimento do Tribunal Constitucional, GOMES CANOTILHO²⁹ entrevê outras possibilidades de ocorrência de omissão que não decorrem, nem de uma ordem concreta, permanente e explícita da Constituição, nem de imposições únicas não permanentes destinadas ao legislador para que este crie uma determinada instituição. Nestes casos, estar-se-á perante uma *ordem implícita de legislar* para dotar de exequibilidade prática normas constitucionais que, por si sós, não possuem densidade suficiente para tanto. O mesmo autor faz referência à doutrina recente que considera ser uma omissão lesiva à Constituição *o fato de não se proceder à adaptação ou ao aperfeiçoamento de leis para corrigir normas de prognose que acabaram por ficar incorretas ou desfasadas em virtude de circunstâncias supervenientes*, acrescentando ainda que assume relevo constitucional o fato de essas faltas de correção darem origem a “consequências gravosas para a efectivação dos direitos fundamentais”.

Em conclusão, sugere-se que todos estes tipos de normas devem nortear as ações do Estado e as decisões do poder judiciário, em particular quanto à análise da admissibilidade da ação de fiscalização abstrata da constitucionalidade, de modo a espelhar aquelas que são as tendências do constitucionalismo contemporâneo³⁰, superando

²⁸ JORGE REIS NOVAIS. *Direitos Sociais*, p. 374.

²⁹ JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, pp. 1034-1035.

³⁰ JORGE PEREIRA DA SILVA, embora reconhecendo a existência de dificuldades acrescidas na medição jurídica do “tempo” para efeitos da avaliação das omissões respeitantes à concretização de normas abstratas e de conteúdo “dirigente”, entende que “esta dificuldade não nos deve levar, todavia, a reconduzir a fiscalização da inconstitucionalidade por omissão apenas às normas não exequíveis,

a limitada visão do Tribunal Constitucional que apenas vislumbra a omissão perante uma obrigação explícita e específica de legislar.

Importa aqui mencionar ainda, para finalizar, que, para lá da solução constitucional para enfrentar as omissões inconstitucionais do Estado, as progressivas modificações no âmbito do direito administrativo e processual administrativo nacional têm vindo a alargar as potencialidades do sistema de fiscalização e defesa dos direitos sociais em Portugal, nomeadamente em matéria de acesso à justiça.

Uma situação, potencialmente muito controversa, resultante deste alargamento, será a possibilidade de se mover, por exemplo, ação popular, sob os auspícios do art. 77.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, quando o objetivo da ação for o de pedir a apreciação e verificação da situação de ilegalidade por omissão, requerendo-se uma espécie de “injunção” que coloque fim à omissão. A respectiva ação terá cabimento quando a Administração não tenha criado as normas que lhe cabia criar e que sejam necessárias para dar exequibilidade a atos legislativos carentes de regulamentação, sobretudo quando estejam em causa direitos fundamentais. O que é inovador e relevante aqui é que, ao contrário do que sucede nas ações de fiscalização constitucional, na ação popular a legitimidade é aparentemente irrestrita, podendo ser seus autores qualquer cidadão ou associação.

Originalmente, no âmbito do processo administrativo, ao constatar esta omissão da Administração, o tribunal dava ciência disso à entidade competente para que, num prazo a ser fixado pelo juiz, mas nunca inferior a 6 meses, procedesse à emissão da norma. Agora, nos termos da redação dada pelo DL 214/2015, de 02/10 ao dispositivo, o tribunal *condena* efetivamente a entidade competente à emissão da regulamentação, fixando um prazo para que a omissão seja suprida.

À luz da redação anterior do art. 77.º do CPTA, discutia-se muito a questão de saber a partir de quando se deveria reconhecer a situação de omissão a exigir declaração do tribunal nesse sentido e a posterior comunicação à entidade em falta. Discutia-se, por outras palavras, o momento a partir do qual a existência da norma regulamentatória passaria a ser definitivamente exigível. Com efeito, para que a pretensão do autor fosse julgada procedente, segundo o Supremo Tribunal Administrativo, não bastaria que a situação de omissão decorresse, inequivocamente, de uma exigência legal. Também não era suficiente a constatação de que o ato legislativo estivesse carente de regulamentação e que, por isso mesmo, fosse inexecutável. Para além dos dois requisitos anteriores, seria necessário observar cumulativamente um terceiro requisito: o fato de a obrigação de regulamentar aquilo que o legislador dispôs se

deixando completamente a descoberto as normas programáticas.” JORGE PEREIRA DA SILVA. *Dever de legislar e protecção jurisdiccional*, p. 160.

tenha tornado exigível pelo transcurso do prazo para efetuar a regulamentação³¹. O mais difícil dos três requisitos era o de saber, exatamente, quando deveria a Administração passar a ser considerada omissa, ou seja, que prazo servia de parâmetro para que a Administração pudesse ser “convidada” judicialmente a emitir o correspondente regulamento quando a lei nada dispusesse a este respeito.

Atualmente, no silêncio da lei, o “prazo” para que a autoridade competente aprove o regulamento necessário para dar exequibilidade ao ato administrativo será de 90 dias, com fundamento no n.º 1 do art. 137.º do CPA. Por outro lado, parecem ter sido concedidos maiores poderes aos tribunais para reconhecer a situação de omissão e ultrapassá-la, uma vez que o n.º 2 do art. 77.º do CPTA dispõe sobre a *condenação* da entidade demandada no cumprimento de uma obrigação “injuntiva”, em prazo a ser fixado pelo juiz, sob pena de sanção pecuniária compulsória³². A omissão regulamentar pode dar origem também ao pedido de condenação da parte demandada à reparação pecuniária dos danos causados³³ aos indivíduos diretamente implicados ou aos cidadãos, indetermináveis na sua totalidade, e que compõem a sociedade. Esta maior amplitude dos poderes jurisdicionais tem em conta não apenas a nova redação do dispositivo legal, que é muito mais assertiva e explícita do que a anterior, mas também parte do pressuposto teórico (que não é novíssimo³⁴) de que não existe uma completa discricionariedade por parte da Administração no cumprimento do dever legal e de que a falta de um prazo legal expressamente fixado em lei não implica a inexistência de um dever de regulamentar.

5. O sistema de direitos fundamentais e o tratamento da omissão inconstitucional no Brasil

A ordem constitucional brasileira, à partida, somente pode ser compreendida se forem considerados simultaneamente o seu sistema de direitos fundamentais e a existência de uma diversidade de instrumentos constitucionais de que dispõem os cidadãos, bem como os seus representantes, para reclamar o cumprimento da

³¹ ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ. Aproximações a um conceito de ‘norma devida’ para efeitos do artigo 77.º do CPTA. In *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 87, maio/junho, 2011, pp. 4 e 5.

³² ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ. O controlo judicial do exercício do poder regulamentar no Código de Processo nos Tribunais Administrativos revisto. In GOMES, CARLA AMADO (et. al.) (coord). *Comentários à Revisão do ETAF e do CPTA*. Lisboa: AAFDL, 2016, p. 368.

³³ *Ibidem*, p. 372.

³⁴ ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ. Aproximações a um conceito... cit., p. 8.

Constituição, nomeadamente o cumprimento dos direitos fundamentais³⁵. Estes instrumentos processuais constituem ferramentas que proporcionam verdadeiramente um maior acesso à justiça e que são destinadas à fiscalização do poder, de acordo com os princípios do Estado Democrático de Direito.

Em primeiro lugar, é importante ressaltar que os direitos e garantias fundamentais, constantes do título II da CF/88 (artigos 5.º a 17) abrangem explicitamente e textualmente os direitos e deveres individuais e coletivos (artigo 5.º), os direitos sociais (artigos 6.º a 11), os direitos de nacionalidade (artigos 12 e 13), os direitos políticos (artigos 14 a 16) e as normas sobre os partidos políticos (artigo 17). Todos os direitos e garantias fundamentais – sejam os relativos à primeira, segunda ou terceira gerações de direitos, e independentemente de reclamarem uma postura positiva ou negativa do Estado ou, ainda aqueles que devam ser observados nas relações entre privados (décimo terceiro salário, subsídio de férias, remuneração do descanso para os trabalhadores, por exemplo) – gozam de idêntico regime, conforme o disposto no § 1.º, do artigo 5.º da CF/88, segundo o qual “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”³⁶.

Assim, não há qualquer base textual na Constituição Brasileira que dê sustentação a um regime diferenciado similar ao sugerido pela Constituição Portuguesa. A todos os direitos fundamentais são concedidos igual dignidade, valor e proteção³⁷.

³⁵ Existem 4 tipos de ações de fiscalização concentrada ou abstrata da constitucionalidade: a) a ação declaratória de constitucionalidade (ADC) com o objetivo de ser declarada pelo STF a conformidade com a Constituição de determinada lei ou ato normativo federal, na sua integralidade ou parcialmente; b) a ação direta de inconstitucionalidade por ação (doravante “ADI”), a fim de que o STF declare que o teor de uma determinada lei ou de um ato normativo, federal ou estadual, no todo ou em parte, ou ainda uma determinada forma de interpretar, não está em conformidade com a Constituição; c) a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (doravante “ADO”) quando ocorra omissão total do legislador ou da Administração Pública, no âmbito federal ou estadual, ou ainda uma omissão parcial, que resulte numa concretização da Constituição incompleta, insuficiente ou defeituosa que incumpra comandos explícitos da Constituição ou decisões constitucionais identificadas durante o processo de interpretação; d) a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) com o objetivo de “evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante do Poder Público”, quando não couber a propositura de outra ação de controle abstrato de normas e quando for “relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluído os anteriores à Constituição” (artigo 1.º da lei 9.882/1999). Cf. GILMAR FERREIRA MENDES *et al.* *Curso de Direito Constitucional*. 4ª edição revista e atualizada. São Paulo, 2009, pp.1076 e ss.

³⁶ Observe-se também que os direitos e garantias individuais, que incluem em seu bojo os direitos sociais, são considerados cláusulas pétreas, ou seja, não podem ser objeto de proposta de emenda constitucional tendente a aboli-los, conforme o disposto no §4.º do artigo 60 da Constituição Federal.

³⁷ No entanto, JOSÉ AFONSO DA SILVA não entende que haja total equivalência constitucional entre direitos sociais e direitos de liberdade. Segundo este autor, a “Constituição (...) faz depender de legislação ulterior a aplicabilidade de algumas normas definidoras de direitos sociais, enquadrados

Os direitos fundamentais não se restringem àqueles previstos no título II da Constituição: eles estão dispersos por todo o texto da lei fundamental. A seguridade social, por exemplo, que abrange a previdência social, a saúde e o amparo aos necessitados (assistência social) é expressamente reconhecida como direito fundamental social no artigo 6.º, sendo, porém, mais densificada nos artigos 194 e seguintes. A Constituição Brasileira está, portanto, toda ela, repleta de direitos e garantias fundamentais, resultantes quer de normas de conteúdo mais concreto, como é o caso do direito à seguridade social, quer de normas mais abstratas e principiológicas, que colocam, por exemplo, a dignidade da pessoa humana e a construção de uma sociedade livre, justa e solidária como, respectivamente, fundamento e objetivo fundamental da República brasileira (inciso III do artigo 1.º e inciso I do artigo 3.º).

Para dotar de efetividade estas normas, são reconhecidos, dentro do rol de direitos fundamentais, instrumentos processuais que podem ser manejados sempre que houver lesão ou ameaça de lesão aos direitos fundamentais. Ou seja, aos direitos substantivos são associados os necessários mecanismos que dão corpo e efetividade à sua exigibilidade junto dos órgãos jurisdicionais. No tocante ao tema específico das omissões inconstitucionais, existem dois instrumentos especialmente votados para enfrentar essas questões: o primeiro, o mandato de injunção, a ser proposto perante o Supremo Tribunal Federal (na maior parte das vezes), a fim de que seja suprida a omissão para que o impetrante goze do bem fundamental; e o segundo, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, está contido no sistema de controle abstrato de constitucionalidade, tendo sido inserido na ordem constitucional pela CF/88 e inspirado pela ação portuguesa de inconstitucionalidade por omissão, prevista no artigo 283.º da CRP.

Serão analisados, em seguida, esses dois instrumentos processuais específicos. Porém, não se pode deixar de mencionar uma terceira possibilidade que está muito mais acessível e que é normalmente convocada pelos cidadãos quando apresentam uma pretensão perante o judiciário. Em função do direito fundamental de acesso à justiça, por intermédio de uma ação ordinária, de natureza individual ou coletiva, um indivíduo, ou um conjunto deles, poderá levar à apreciação do poder judiciário, inicialmente perante o juízo de primeira instância, a ocorrência de lesão ou ameaça

entre os direitos fundamentais”. Esclarece ainda que, no seu entender, em regra, as normas definidoras de direitos individuais têm eficácia contida e aplicabilidade imediata, enquanto que os direitos econômicos e sociais dividem-se em regras de eficácia contida e aplicabilidade imediata e em regras de eficácia limitada e aplicabilidade indireta, neste último caso quando se tratarem de princípios programáticos. JOSÉ AFONSO DA SILVA. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 36ª edição. São Paulo, 2012, p. 182.

de lesão a direito fundamental (inciso XXXV do artigo 5.º da CF/88), ainda que decorrente de uma omissão inconstitucional.

Este tipo de ação “ordinária” justifica-se, em primeiro lugar, porque toda a estrutura judicial (formada por juízes e tribunais de primeira instância, instância de revisão e superior) tem o poder-dever de enfrentar a questão constitucional, ainda que se trate de uma omissão inconstitucional, sempre que esta impeça o cidadão de gozar do bem jurídico fundamental. Há alguma doutrina que tenta estabelecer limites a esse poder, sobretudo quando não existe um dever explícito ou expresso do poder constituinte no sentido de determinar aos poderes constituídos que normatizem uma determinada situação ou circunstância. Porém, a verdade é que, diferentemente do que acontece com a fiscalização concreta em Portugal, não existe, *a priori*, limitação no texto constitucional que impeça o juiz de conhecer o incidente de inconstitucionalidade (por ação ou omissão) que prejudique, no caso concreto, o autor da ação.

Em segundo lugar, esse tipo de ação “ordinária” também é possível porque os direitos fundamentais (inclusive os de natureza social) gozam de um estatuto especial “uno” que, como visto anteriormente, lhes asseguram aplicabilidade imediata nos termos do § 1º do artigo 5.º da CF/88). Portanto, nos casos em que não existam as leis infraconstitucionais que deem corpo ao direito constitucional reclamado, e desde que a norma constitucional esteja minimamente delimitada e densificada (ainda que não emita uma ordem concreta ao legislador ordinário), o juiz (desde a primeira instância), por força do artigo 4.º do decreto-lei n.º 4.657, de 4/9/1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), está autorizado a decidir o caso “de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”. Esta abertura é ainda mais ampla no caso dos litígios laborais, uma vez que a Justiça do Trabalho, diante da falta de disposições legais ou contratuais, e para ultrapassar a omissão, poderá valer-se da jurisprudência, da analogia, da equidade e de outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, considerando-se também os usos e costumes e o direito comparado, mas “sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público”, conforme disposto no artigo 8.º do decreto-lei n.º 5.452, de 1/5/1943 (Consolidação das Leis do Trabalho).

Em todo o caso, dada a extensão do tema, não se crê oportuno analisar com mais profundidade os meandros destas ações judiciais ordinárias. Em vez disso, e para completar esta perspectiva panorâmica e comparativa do tema, serão dedicadas em seguida algumas páginas para as chamadas ações ou remédios constitucionais criados específica e especialmente para enfrentar as situações de omissão inconstitucional.

5.1. Mandado de injunção

De acordo com o art. 5º, LXXI, da CF/88, “conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”.

Antes da promulgação da recente lei que veio finalmente regulamentar (pela primeira vez) o exercício do mandado de injunção (Lei 13.300, de 23 de junho de 2016), muito havia sido discutido, na academia e nos tribunais, sobre se o dispositivo constitucional que dispunha sobre o mandado de injunção deveria ter aplicação imediata, uma vez que a Constituição o consagrava como direito fundamental, mas não dispunha sobre as condições e pressupostos da ação que deveriam ser observados antes da sua propositura, bem como sobre os demais aspectos processuais a serem observados durante a sua tramitação³⁸.

Havia também muitas dúvidas sobre se o mandado de injunção constituía uma ação meramente declaratória da omissão; se se tratava de uma ação mandamental, por meio da qual o interessado podia pedir que o judiciário determinasse o cumprimento da norma constitucional a quem tinha o dever de a cumprir; ou, finalmente, se se tratava de uma ação constitutiva, em que se requeria que o judiciário, ultrapassando a omissão inconstitucional, tornasse viável o exercício do direito reclamado. Existiram ainda muitas controvérsias sobre a legitimidade processual *ad causam*³⁹ e houve alguma hesitação no sentido de determinar os efeitos das decisões proferidas em sede de mandado de injunção: não se sabia ao certo se a decisão atingia apenas as partes implicadas ou se atingia todos os que se encontrassem em idêntica situação.

³⁸ Esta discussão foi ultrapassada no sentido de ser concedida aplicabilidade imediata no Mandado de Injunção (doravante “MI”) n.º 107/DF (julgado pelo Supremo Tribunal Federal em 23/11/1989, disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81908>).

³⁹ Relativamente à questão da legitimidade passiva *ad causam*, o STF definiu que deve figurar como parte a autoridade que deveria ter cumprido a Constituição. No caso do MI 1525-AgR (julgado pelo Supremo Tribunal Federal em 24/03/2011, disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=621823>), o agravante, isto é, o impetrado na ação original (o Estado de Santa Catarina) argumenta que, no caso de ser reconhecida a omissão inconstitucional para conceder a aposentadoria especial a funcionário público, dever-se-ia admitir como litisconsorte passivo necessário o instituto de previdência social. O seu pleito foi considerado incabível porque o STF já solidificou o entendimento de que deve constar no polo passivo da demanda a autoridade que foi omissa em relação à Constituição, não aquelas que deveriam realizar as respectivas readaptações posteriores pela via regulamentar.

Todas essas questões foram sendo enfrentadas ao longo dos anos pelo próprio Supremo Tribunal Federal (doravante “STF”), que tem a competência para analisar a maior parte dos casos, nomeadamente quando a omissão é atribuída aos Poderes Legislativo e Executivo nacional, nos termos da alínea “q” do artigo 102 da CF/88. Sobre o problema da legitimidade *ad causam* para figurar como autor da ação, a jurisprudência acabou por firmar o entendimento de que seria possível impetrar não apenas mandados individuais de injunção, por aqueles que se sentissem prejudicados pela omissão inconstitucional, mas também seria possível impetrar mandados de injunção de natureza coletiva, por meio de entidades representativas de classe⁴⁰, a exemplo dos partidos políticos e sindicatos, para defender interesses que extrapolam a esfera de proteção de um único indivíduo.

As decisões proferidas no mandado de injunção (sejam elas de natureza individual ou coletiva), tal como aquelas proferidas nas ações diretas de inconstitucionalidade por omissão, apresentavam (de certa forma) uma eficácia *erga omnes*, ou seja, eram extensíveis a todas as situações semelhantes. Isto porque, de acordo com aquilo que parece ser o entendimento mais atualizado do Tribunal (construído antes da promulgação da lei que veio regulamentar o mandado de injunção), o legislador constituinte pretendeu atribuir aos processos de controle da omissão – controle difuso e abstrato – idênticas consequências jurídicas. A diferença entre as ações deveria residir, contudo, no seguinte: no mandado de injunção, o impetrante deveria provar o interesse jurídico no tocante à proteção do direito subjetivo, e, na ação direta de inconstitucionalidade por omissão, por se tratar de processo objetivo, ela poderia ser instaurada independentemente de demonstração do interesse jurídico^{41/42}. Estas soluções foram alteradas, como se mostrará a seguir, com a edição da Lei nº 13.300/2016.

Relativamente ao tipo de provimento a ser deferido pelo Tribunal, inicialmente, o entendimento era o de que o STF, diante da omissão inconstitucional (total ou parcial)⁴³,

⁴⁰ MI n.º 20/DF, julgado pelo STF em 19/05/1994, disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81733>.

⁴¹ MI n.º 107/DF, julgado pelo STF em 23/11/1989, disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81908>.

⁴² A regra do interesse jurídico parece “falhar” no mandado de injunção coletivo, tendo em vista que os legitimados para a propositura da ação não apresentam, em princípio, esse pressuposto processual para a propositura da ação. É que, tal como acontece com os demais processos de natureza coletiva, os autores *não* defendem direitos ou interesses materiais próprios, mas aqueles compartilhados por vários indivíduos e conhecidos como direitos ou interesses individuais homogêneos, coletivos e difusos. Em sede de processos coletivos, alguns dos institutos jurídicos do direito processual tradicional se esbatem. Os meandros desse tipo de ação coletiva não podem, contudo, ser tratados neste trabalho.

⁴³ A ocorrência de omissão legislativa total tende a ser, na visão de GILMAR FERREIRA MENDES, cada vez mais rara, tendo em vista a densificação gradual pelo legislador das normas constitucionais

só poderia declarar a existência desta situação. Portanto, pelo menos nessa fase incipiente da jurisprudência, a natureza do instrumento era considerada como puramente declarativa: constatando-se a mora do órgão competente, o Tribunal deveria solicitar a edição da norma⁴⁴, muito à imagem do que sucede em Portugal com o disposto no n.º 2 do artigo 283.º da CRP. O STF não era capaz de elidir a mora legislativa e limitava-se a expedir comunicado para que o poder legislativo suprisse a omissão, sem a fixação de qualquer prazo, sob o fundamento de que era impossível cominar penas em razão da inobservância do prazo para legislar⁴⁵.

Em 1991, no Mandado de Injunção n.º 283, o Tribunal começou a mudar a sua concepção acerca da natureza da ação para assumir uma postura mais incisiva, proferindo decisão de natureza aditiva, numa solução de pendor mais normativo: estabeleceu que o poder legislativo deveria afastar a lacuna legislativa a fim de garantir o exercício do direito reclamado em 45 dias (com um acréscimo de 15 para a sanção presidencial), sob pena de ser assegurado ao prejudicado, pela via processual adequada, uma reparação contra a União Federal em função das perdas e danos⁴⁶. Mais tarde, em 1992, o STF fixou o prazo de 6 meses para que o legislador suprisse a falha e, caso não o fizesse, o requerente poderia gozar do direito pretendido⁴⁷. No mesmo ano, e tendo em vista a emissão anterior de uma comunicação dirigida ao poder legislativo sobre a mesma matéria, o STF decidiu ser desnecessária nova comunicação, garantindo-se desde logo aos impetrantes o direito de ingressarem com uma ação ordinária, na jurisdição comum, requerendo a respectiva reparação econômica⁴⁸.

desde a promulgação da Constituição. A omissão legislativa parcial, por sua vez, pode ser decorrente (a) do cumprimento incompleto do mandamento constitucional; (b) da inconstitucionalidade superveniente da lei que inicialmente cumpria estritamente com o estabelecido na Constituição; (c) da concessão de um benefício de forma incompatível com o princípio da igualdade. GILMAR FERREIRA MENDES. Jurisdição Constitucional no Brasil: o problema da omissão legislativa inconstitucional, disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Lituania.pdf>, p. 14.

⁴⁴ MI n.º 107/DF, julgado pelo STF em 23/11/1989, disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81908>.

⁴⁵ MI n.º 361-1/RJ, julgado pelo STF em 08/04/1994, disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81794>; MI n.º 584/SP, julgado pelo STF em 29/11/2001, disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81868>.

⁴⁶ MI n.º 283/DF, julgado pelo em 20/03/1991, disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81766>.

⁴⁷ MI n.º 232/RJ, julgado pelo STF em 02/08/1991, disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81759>.

⁴⁸ MI n.º 284/DF, julgado pelo STF em 22/11/1991, disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81767>.

Para se ter uma noção mais exata dos enormes avanços empreendidos pelo STF no tocante ao controle das omissões inconstitucionais pela via do mandado de injunção, serão agora analisados dois episódios jurisprudenciais paradigmáticos e que correspondem à sua orientação mais recente.

O primeiro caso envolvia o direito de greve dos funcionários públicos. O direito de greve é um direito fundamental que está previsto no *caput* do artigo 9º da CF/88. Contudo, relativamente aos funcionários Públicos, a Constituição, na parte relativa à “Administração Pública”, dispôs, no inciso VII do artigo 37º, o seguinte: “o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica”. Portanto, havia alguma doutrina jurídica que era contrária à existência de um verdadeiro direito de greve dos funcionários públicos, e isto, por seu turno, acabava por dar “ares de legitimidade” à atitude hostil do Estado (enquanto empregador em face dos seus trabalhadores subordinados) no sentido de travar o movimento de paralisação dos trabalhadores, sob o argumento de que a continuidade dos serviços públicos é regra de observação imperiosa. Noutras ocasiões, a greve era simplesmente “tolerada”, sobretudo quando as questões de direito reclamadas pelos trabalhadores eram vistas como justas, adequadas ou prementes pela sociedade. À luz daquele primitivo entendimento, portanto, o direito de greve nunca seria dotado de plena eficácia ou exequível até que fosse promulgada uma lei específica que regulamentasse o seu exercício⁴⁹. Faltando, como faltava – e ainda falta –, por inércia do Legislativo, uma tal lei, o Estado beneficiava materialmente da sua própria conduta constitucionalmente censurável.

Nesta matéria, o STF tinha firmado inicialmente o entendimento de que, sem a edição da lei necessária para regulamentar a norma constitucional de eficácia limitada, os servidores públicos não poderiam exercer o direito de greve⁵⁰. Limitava-se a declarar a existência de mora legislativa excessiva e irrazoável na criação

⁴⁹ É possível defender, contudo, que, em função do disposto no §1.º do artigo 5.º da CF/88, segundo o qual “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, as greves que entretanto foram deflagradas no setor público, antes do posicionamento mais recente do STF em 2007 que colmatou a lacuna, não poderiam ser consideradas abusivas mesmo com a falta de regulamentação legislativa. O direito de greve, como direito fundamental, foi reconhecido pela Constituição, não podendo ter o seu conteúdo esvaziado porque o legislador ordinário não definiu os seus limites. E o STF, de certa forma, já tinha reconhecido isto, ao julgar, por exemplo, um recurso extraordinário proposto por um trabalhador que tinha sido demitido da função pública de forma justificada pelo fato de ter aderido ao movimento grevista. Observe-se o seguinte excerto: “a ausência de regulamentação do direito de greve não transforma os dias de paralisação em movimento grevista em faltas injustificadas”. Cf. Recurso Extraordinário n.º 226.966, julgado pelo STF em 11/11/2008, disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=601215>.

⁵⁰ MI n.º 20/DF, julgado pelo STF em 19/05/1994, disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81733>.

da lei específica, tendo emitido pela primeira vez, na oportunidade do julgamento do MI 20-DF, uma comunicação ao Congresso Nacional⁵¹.

Em 2007, na ocasião do julgamento de diversos mandados de injunção coletivos propostos por associações sindicais que reclamavam a efetividade do direito de greve⁵², o STF passou a ter uma atuação mais desinibida nos casos de inatividade do legislativo e especificamente na questão da greve dos funcionários públicos. Neste contexto, decidiu o STF que, diante da omissão legislativa, “incumbe ao poder judiciário produzir a norma suficiente para tornar viável o exercício do direito de greve dos servidores públicos”, definindo, ainda, que a lei a ser aplicada para garantir o direito reclamado enquanto o legislador se mantiver omissos é a Lei Geral de Greve, inicialmente promulgada para regular as relações entre privados. Relativamente aos limites ao direito de greve, em atenção ao princípio da continuidade do serviço público, ficou definido que ao Supremo “impõe-se traçar os parâmetros atinentes a esse exercício”, caso a caso. Por exemplo, no caso concreto do MI 712-8/PA, determinou-se a observância da “coerência entre o exercício do direito de greve pelo servidor público e as condições necessárias à coesão e interdependência social que a prestação continuada dos serviços assegura”.

Pode-se dizer que o voto do ministro GILMAR FERREIRA MENDES influenciou sobremaneira o julgamento no MI 712-8/PA. Entre afirmações convictas e peremptórias sobre a vinculatividade do Estado perante a ordem constitucional, afirmou aquele ministro que ao legislador não cabe fazer um juízo de oportunidade e conveniência quanto à edição da norma diante de uma ordem da Constituição⁵³. Afirmou, ainda, que, diante do cenário de omissão prolongada, e mesmo após as comunicações destinadas ao Congresso Nacional ao longo de anos “a não atuação no presente momento já se configuraria quase uma espécie de «omissão judicial»”⁵⁴. É perceptível no voto do ministro o desejo de dar à jurisdição constitucional brasileira um papel mais ativo, por meio de uma sentença de tipo criativo, inspirada nas sentenças aditivas italianas e nas decisões alemãs (de declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade)⁵⁵.

⁵¹ Mandado de Injunção n.º 20/DF; Cf. também: MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional no Brasil*, pp. 17-18.

⁵² MI n.º 670/ES, julgado pelo STF em 25/10/2007, disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558549>; MI n.º 708/DF, julgado pelo STF em 25/10/2007, disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558551>; MI n.º 712-8/PA, julgado pelo STF em 25/10/2007, disponível em www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=712&classe=MI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M.

⁵³ MI n.º 712-8/PA, p. 436.

⁵⁴ MI n.º 712-8/PA, p. 431.

⁵⁵ MI n.º 712-8/PA, p. 436.

É bem verdade que o direito de greve constitui um direito de liberdade. Porém, o mandado de injunção também pode ser manejado quando o direito constitucional, cuja efetividade se pretende exigir, apresenta como principal característica uma dimensão positiva ou prestacional. É com este preâmbulo que se apresenta o segundo caso (dentre os vários enfrentados em sede de mandado de injunção) escolhido por ser paradigmático no que diz respeito à concretização de direitos sociais prestacionais.

No mandado de injunção n.º 721-7/DF⁵⁶ estava em causa o direito ao recebimento de prestações de reforma. Tratava-se de uma ação manejada por uma funcionária pública, auxiliar de enfermagem, que trabalhava em funções insalubres desde 1986, e que requereu, não obstante a ausência de regulamentação legal exigida pela Constituição, que fosse suprida a omissão para ser reconhecido o seu direito à aposentadoria especial⁵⁷. A concessão deste direito implicava reconhecer o cabimento de uma contagem diferenciada do tempo de serviço, de modo a que a funcionária pudesse reformar-se com um menor tempo de serviço em função da exposição a agentes insalubres durante o exercício da atividade profissional. A impetrante requereu que a omissão inconstitucional fosse afastada pela aplicação da Lei 8.213/91 que dispõe sobre o Regime Geral da Previdência Social aplicado aos trabalhadores da iniciativa privada.

É interessante notar a apreciação que o relator desta ação fez sobre a nova postura que o STF teria que assumir para garantir a supremacia da Constituição, passando necessariamente por uma nova perspectiva do mandado de injunção:

“Ao agir, o judiciário não lança, na ordem jurídica, preceito abstrato. Não. O que se tem, em termos de prestação jurisdicional, é a viabilização, no caso concreto, do exercício do direito (...). É tempo de se refletir sobre a timidez inicial do Supremo quanto ao alcance do mandado de injunção, ao excesso de zelo (...). É tempo de se perceber a frustração gerada pela postura inicial transformando o mandado de injunção em

⁵⁶ MI n.º 721-7/DF, julgado pelo STF em 30/08/2007, disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=497390>.

⁵⁷ O conteúdo constitucional ofendido pela omissão era o seguinte: “Artigo 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados (...) é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo (...) § 4.º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos abrangidos pelo regime de que trata este artigo, ressalvados, nos termos definidos em leis complementares, os casos de servidores: (...) III cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física.

ação simplesmente declaratória do ato omissivo, resultando em algo que não interessa, em si, no tocante à prestação jurisdicional (...). Impetra-se este mandado de injunção não para lograr-se simples certidão de omissão do Poder [competente para a edição da lei] (...). Busca-se o judiciário na crença de lograr a supremacia da Lei Fundamental, a prestação jurisdicional que afaste as nefastas consequências da inércia do legislador”⁵⁸.

Por unanimidade, a ação foi julgada parcialmente procedente para reconhecer que, diante da inexistência de disciplina especial para os funcionários públicos, dever-se-ia aplicar o Regime Geral da Previdência Social dos trabalhadores privados, para conceder à impetrante, que contava com 25 anos de serviços prestados com a dilação fictícia do tempo em razão da aplicação da Lei 8.213/91, o direito à aposentadoria especial e, conseqüentemente, o direito às prestações de reforma.

Como já dito anteriormente, o conteúdo e a extensão do mandado de injunção foram sendo definidos a pouco e pouco pela própria atividade do STF, sendo possível vislumbrar, com bastante nitidez, mudanças substanciais ao longo dos tempos no enfrentamento das omissões inconstitucionais. Não obstante a imensa doutrina judicial desenvolvida sobre o tema, ainda persistiam muitas dúvidas sobre a natureza da ação, sobretudo quanto aos efeitos da decisão judicial. Tratar-se-ia de um controle puramente difuso ou concreto de normas como sugere GILMAR FERREIRA MENDES? Ou um controle com contornos mais abstratos, atendendo a que os efeitos da decisão tendem a ser universalizados?

Observe-se que, no caso do direito à greve, depois da decisão, o seu exercício deixou de ser considerado algo ilícito ou apenas tolerado, cujos limites poderão ser objeto de apreciação judicial, caso a caso, apenas quando emerja algum litígio a este propósito. De igual forma, na ação sobre o direito à aposentadoria especial, várias ações semelhantes foram apreciadas e julgadas no mesmo sentido. Portanto, o que parece existir é um “resíduo” de direito que deve ser analisado no caso concreto, mas, de um modo geral, pode-se dizer que aquelas decisões, proferidas nos *leading cases*, parecem ser replicadas para atingir todas as pessoas que estão ou que venham a estar em idêntica situação. Assim sendo, depois daqueles julgamentos, pacificou-se o entendimento de que a inexistência de uma lei específica sobre o direito de greve ou sobre o direito à aposentadoria especial pelos funcionários públicos não pode impedir o exercício desses direitos. As decisões judiciais do STF “supriram” a lacuna até que uma lei, de iniciativa parlamentar, especificamente aprovada pelo Congresso Nacional, passasse a regulamentar as situações

⁵⁸ MI n.º 721-7/DF, pp. 9-10.

concretas. Esta eficácia mais alargada da decisão judicial, em sede de mandado de injunção, parece não se compaginar com algumas características do controle concreto de constitucionalidade. Portanto, se se mantivesse essa tendência jurisprudencial, seria possível afirmar que uma pessoa poderia provocar diretamente o STF para que este concretizasse um determinado direito diante de uma omissão persistente e irrazoável do responsável pela emissão da respectiva norma. O mandado de injunção consubstanciar-se-ia numa poderosa arma nas mãos dos cidadãos para a defesa dos seus direitos sociais constitucionais.

O advento da Lei 13.300/2016, todavia, veio colocar um ponto final em algumas controvérsias, não sendo seguro que não tenha aberto as portas para outras.

Em primeiro lugar, de acordo com a lei, o judiciário deverá reconhecer o estado da mora legislativa e a “injunção” materializar-se-á, nos termos dos incisos I e II do art. 8º, na determinação de prazo “razoável” para que a entidade faltosa edite a norma regulamentatória, estabelecendo o tribunal, de antemão, “as condições em que se dará o exercício dos direitos, das liberdades ou das prerrogativas reclamadas”.

Caso não seja suprida a omissão legislativa no prazo determinado, na própria decisão que reconhecer a mora, o tribunal poderá fixar as condições em que o interessado poderá mover ação própria a fim de exercer aqueles direitos, liberdades e prerrogativas. Se, relativamente à mesma matéria, for proposto outro mandado de injunção em face do mesmo impetrado, e se restar verificado que ele incumpriu prazo estabelecido na primeira ação, o tribunal não fixará novo prazo, nos termos do parágrafo único do art. 8º. A lei, no entanto, não esclarece o que deverá o tribunal fazer caso se depare com esta última situação. De qualquer forma, parece continuar perfeitamente válida a pretensão, individual ou coletiva, de responsabilização do Estado em razão da omissão.

Em segundo lugar, os efeitos da sentença, em regra, serão limitados subjetivamente às partes, de acordo com o caput do art. 9º, podendo, como se verá a seguir, ser conferida eficácia *ultra partes* ou *erga omnes*, de acordo com o § 1º do mesmo dispositivo. É possível, também, que os efeitos da decisão após o seu trânsito em julgado, nos termos do § 2º, sejam estendidos a outros casos análogos, por decisão monocrática do relator. Do exposto parecem existir três situações perfeitamente diferenciadas, devendo-se concluir o seguinte: 1) o mandado de injunção só atingirá as partes processuais se se tratar de *mandado de injunção individual*; 2) os efeitos *ultra partes* e *erga omnes* à sentença só serão conferidos aos mandados de injunção coletivo, pois aqui se parte do pressuposto de que os efeitos da sentença devem extrapolar necessariamente as esferas jurídicas das partes processuais; 3) por fim, a terceira situação visa dar uma solução aos processos repetidos, sejam eles de natureza individual ou coletiva, não havendo uma *extensão automática*

dos efeitos *erga omnes* a todos os casos semelhantes judicializados ou não, como acontecia anteriormente.

Note-se que a lei não explica em que situações será concedida eficácia *ultra partes* ou *erga omnes* à decisão, devendo-se recorrer ao disposto no art. 103 do Código de Defesa do Consumidor (CDC), porque é neste dispositivo que o legislador conceitua essas expressões que, por sua vez, são próprias dos chamados “processos coletivos”, ou seja, processos que visam satisfazer pretensões fundadas em interesses individuais homogêneos, coletivos e difusos⁵⁹. Portanto, haverá coisa julgada (caso julgado na nomenclatura portuguesa) *ultra partes*, ou seja, limitada ao grupo, categoria ou classe, nas situações litigiosas envolvendo interesses coletivos; haverá coisa julgada *erga omnes*, se se tratar de interesses individuais homogêneos ou difusos. Ressalte-se que o disposto no §3º do art. 9º já reconhece a flexibilização do coisa julgada em função da insuficiência de provas, admitindo-se a renovação do pedido desde que existam “outros elementos probatórios”.

Em terceiro lugar, e à luz do art. 11º, a norma produzirá efeitos *ex nunc*, não sendo possível aos interessados beneficiarem retroativamente da decisão. Esta solução parece resolver, pelo menos à primeira vista, um eventual problema de justiça na relação entre privados, ao impedir a possibilidade de se pedir a observância retroativa de um determinado direito a quem não era obrigado a observá-lo em virtude da ausência de norma legal que o dotasse de eficácia. Neste caso, aquele que não gozou de um determinado bem fundamental por inação do Estado também não poderá suportar os ônus da omissão inconstitucional: caberá aqui ação de responsabilização do Estado⁶⁰.

⁵⁹ De acordo com o parágrafo único do art. 81º do CDC: “A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: I – interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; II – interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; III – interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum”.

⁶⁰ O prejudicado pela omissão inconstitucional do Estado não deverá suportar definitivamente o ônus dessa omissão: ele poderá requerer o reconhecimento da responsabilidade do Estado e, conseqüentemente, o seu dever de reparação. Em defesa da responsabilização do Estado em razão da omissão legislativa, por infração do princípio da legalidade, ver: ANDRÉ PUCCINELLI JÚNIOR. *Omissão legislativa inconstitucional e responsabilidade do Estado legislador*. 2ª edição. São Paulo, 2013, p. 251.

5.2. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão

Não obstante a influência da ordem constitucional portuguesa no tocante ao tratamento das omissões inconstitucionais em sede de fiscalização abstrata, a legitimidade para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade por omissão no Brasil é muito mais ampla do que se verifica no caso português. Em princípio, têm legitimidade para suscitar a existência de inconstitucionalidade por omissão todos aqueles que possuem legitimidade para ingressarem com ações em sede de controle abstrato de normas, observadas as regras da pertinência temática onde couber^{61/62}. Esta compreensão de um poder amplo de iniciativa para a propositura da ação, acolhida pelo STF, não sem críticas, decorre de uma interpretação mais extensiva do artigo 103 da CF/88, de modo a assegurar a maior eficácia possível à norma constitucional. A crítica contra essa interpretação, também formulada por ministros do STF, decorre do fato de se permitir que o poder legislativo (por intermédio da Mesa do Senado Federal, da Mesa da Câmara dos Deputados, ou da Mesa da Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal) ingresse com a respectiva ação, muito embora possua responsabilidade (ou corresponsabilidade) pelo eventual estado de inconstitucionalidade e seja o primeiro destinatário da decisão que reconhecer a omissão inconstitucional⁶³.

⁶¹ ADIn n.º 1.151/MG, julgada pelo STF em 11/11/1994, disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346857>.

⁶² A pertinência temática pode ser conceituada como aquela relação de afinidade estabelecida entre as finalidades defendidas pelo proponente da ação, previstas nos seus estatutos sociais, e o objeto de discussão judicial.

⁶³ ADO n.º 3.682/MT, julgada pelo STF em 09/05/2007, disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=485460>. No caso português, foi o texto constitucional que, deliberadamente, restringiu a legitimação da propositura da ação de inconstitucionalidade por omissão a somente três entidades. Houve, contudo, em 1982, uma proposta subscrita pelo então deputado JORGE MIRANDA, por meio da qual se previa o alargamento do direito de iniciativa, de modo que o regime da fiscalização da omissão fosse praticamente idêntico ao da inconstitucionalidade por ação. A proposta, contudo, foi rejeitada com base no argumento de que “seria pouco razoável atribuir poder de iniciativa em matéria de fiscalização da inconstitucionalidade por omissão a entidades que pudessem exercer iniciativa legislativa junto do órgão competente”. Contudo, como muito bem retorque JORGE PEREIRA DA SILVA, este argumento não é convincente, já que o poder de iniciativa legislativa não pode substituir ou compensar a perda do poder de iniciativa de fiscalização. Para o autor, causa espanto o fato de os deputados da Assembleia da República terem sido afastados desse poder de iniciativa, “uma vez que tal regime pode redundar na protecção das maiorias responsáveis pelas omissões legislativas e, porventura, no abandono das minorias empenhadas na concretização das normas constitucionais”. A Constituição Portuguesa acaba por permitir, desta forma, que “as minorias suscitem a fiscalização da constitucionalidade das leis aprovadas pela maioria”, mas não permite que “as minorias suscitem a questão da inconstitucionalidade das omis-

Quanto à decisão que reconhece a inércia inconstitucional, observe-se que o §2.º do artigo 103 da CF/88 admite a possibilidade de ser declarada, em sede de fiscalização abstrata, não apenas a inconstitucionalidade da omissão legislativa, mas também aquela de origem administrativa. Dispõe ainda o mesmo dispositivo que “o STF deverá dar ciência da decisão ao órgão competente para que este possa adotar as medidas necessárias, sendo certo que, se se tratar de órgão administrativo, este deverá realizá-las em trinta dias”.

Outras duas características podem ser retiradas da prática jurisprudencial brasileira atual para evidenciar a forma como são tratadas, judicialmente, as questões relativas às omissões legislativas inconstitucionais em sede de controle abstrato: a primeira está relacionada com a indicação de um tempo razoável para que o poder legislativo colmate a lacuna; a segunda relaciona-se com o fato de se reconhecer a existência objetiva de omissão constitucional, mesmo nas situações em que ficou reconhecido o grande esforço do poder legislativo quanto à apresentação de vários projetos de lei no sentido de densificar a norma constitucional⁶⁴. Por fim, e por se tratar de ação movida no âmbito da fiscalização abstrata, as decisões produzirão efeitos, em regra, *erga omnes* e vincularão os demais órgãos do poder judiciário e a administração direta e indireta nas esferas federal, estadual e municipal (§ 2.º do artigo 102).

As violações negativas da Constituição relativas aos direitos sociais também podem ser objeto de controle abstrato de constitucionalidade: não apenas as violações decorrentes da falta de concretização pelo legislador de direito fundamental constitucional não exequível, mas também as omissões quanto à concretização de direitos decorrentes de normas mais abstratas e dirigentes, normalmente denominadas de normas programáticas⁶⁵. Neste sentido, destaca-se, pela sua grande im-

sões perpetuadas pela rejeição majoritária de projectos de lei”. JORGE PEREIRA DA SILVA. *Dever de legislar e protecção jurisdiccional*, pp. 140-141.

⁶⁴ Ficou reconhecido, na decisão da ADI n.º 3682 (mencionada acima), que a inércia do legislativo, não obstante os esforços empreendidos para ultrapassá-la, consolida objetivamente o estado de inconstitucionalidade e fere a ordem constitucional. Desta forma, o STF fixou um prazo de 18 meses para que o órgão competente cumprisse com o determinado constitucionalmente, afirmando que: “não se trata de impor um prazo para a atuação legislativa do Congresso Nacional, mas apenas da fixação de um parâmetro temporal razoável, tendo em vista o prazo de 24 meses determinado pelo Tribunal [em outras ações judiciais]...”.

⁶⁵ “O Estado não pode dispensar tratamento inconsequente às diretrizes constitucionais que definem, a partir da identificação das necessidades sociais básicas do trabalhador e de sua família, os critérios que devem orientar o legislador na fixação do salário mínimo, sob pena de se admitir que a classe operária seja titular de direitos abstratos e destinatária de proclamações retóricas tão elegantes na forma quanto vazias de significação em sua própria essência”. Cf.: ADO n.º 1.442-1/DF, julgada

portância, a ação direta de inconstitucionalidade impetrada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura em que se discutiu, dentre outras matérias, uma inconstitucionalidade por omissão parcial, tendo em vista que a Medida Provisória 1.415, de 24/04/96, editada pelo Presidente da República, que fixou o valor do salário mínimo nacional em R\$112,00 e fixou critérios de reajustes, violou a norma dirigente que está explícita no inciso IV do artigo 7.º da Constituição, que dispõe:

“Artigo 7º – São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) IV – salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim”.

Apesar de não ter conhecido da ação, tendo em vista a revogação superveniente do diploma questionado, segundo o STF, o valor do salário mínimo, após o reajuste fixado na medida provisória, era insuficiente para atender às necessidades vitais básicas do trabalhador e às dos membros da sua família, configurando-se um incumprimento, ainda que parcial, da Constituição, porquanto:

“o legislador, em tal hipótese, longe de atuar como sujeito concretizante do postulado constitucional que garante à classe trabalhadora um piso geral de remuneração digna (CF, art. 7º, IV), estará realizando, de modo imperfeito, porque incompleto, o programa social assumido pelo Estado na ordem jurídica”⁶⁶.

O STF deixa também bastante claro qual o papel do legislador diante das regras e princípios constitucionais:

“A omissão do Estado – que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional – qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Pú-

pelo STF em 03/11/2004, disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=389587>.

⁶⁶ ADO n.º 1.442-1/DF, p. 137.

blico também desrespeita a Constituição, também compromete a eficácia da declaração constitucional de direitos e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental. As situações configuradoras de omissão inconstitucional, ainda que se cuide de omissão parcial, refletem comportamento estatal que deve ser repellido, pois a inércia do Estado – além de gerar a erosão da própria consciência constitucional – qualifica-se, perigosamente, como um dos processos informais de mudança ilegítima da Constituição, expondo-se, por isso mesmo, à censura do Poder Judiciário”.

6. Considerações finais

Se se abstrair do fato de a Constituição Brasileira apresentar uma maior abertura para mecanismos processuais que permitem com maior facilidade o conhecimento pelo judiciário das questões envolvendo incumprimentos pelo Poder Político dos direitos sociais, a maior diferença entre Portugal e Brasil reside, claro, na autocontenção e relativa timidez do Tribunal Constitucional Português quando comparado com o ativismo mais desinibido do Supremo Tribunal Federal.

Os fatores responsáveis por esta diferente postura são vários. Desde logo, por influência norte-americana, o Brasil sempre exibiu uma tradição mais “jurisprudencialista”. Soma-se a isto, mais recentemente, o movimento de progressiva “constitucionalização” da ordem jurídica, por vezes também chamado de “neo-constitucionalismo”. Porém, os dois fatores possivelmente mais decisivos passam por um sentimento de “crise do direito legislado” e outro sentimento, associado ao primeiro, de “crise das instituições políticas” tradicionais – particularmente as instituições representativas. Nenhum dos dois é exclusivo do Brasil, mas apresentam intensidade especial neste país.

O sentimento da crise do direito legislado é algo vago, que abrange potencialmente várias dimensões. Uma das mais típicas é a noção de que a criação legislativa de direitos e da sua regulamentação é extremamente lenta, além de ineficaz. Esta lentidão prende-se, claro, com a compreensível dificuldade em obter consensos e compromissos políticos alargados em sociedades pluralistas como as contemporâneas. Por contraste, porém, as necessidades sociais e as demandas que elas geram exigiriam respostas urgentes, sobretudo atendendo à aceleração das mutações tecnológicas, sociais, políticas e econômicas de um mundo moderno e globalizado.

Este sentimento de falta de celeridade e inadequação da produção legislativa seria exacerbado no Brasil pelas próprias características do sistema político. Com efeito,

à proliferação de partidos, pouco ou nada estruturados do ponto de vista ideológico, soma-se uma personalização extrema do sistema eleitoral, a fraqueza de associações da sociedade civil normalmente associadas à participação política e, mais recentemente, a percepção crescente de corrupção. A própria estrutura federal do sistema, ao multiplicar os interesses e complexificar os processos negociais, tornaria mais difíceis e insatisfatórios os acordos políticos e a produção de legislação deles decorrente.

Estas características do sistema político, associadas à incapacidade do poder legislativo e executivo de responder adequadamente às demandas, reforçaram, por outro lado, a “crise das instituições políticas” e, assim, a própria percepção da legitimidade do poder político oriundo de eleições. Os representantes, assim, seriam pouco representativos da sociedade e, por isso, as suas decisões não representariam genuinamente, com autoridade moral suficiente, a vontade do povo⁶⁷. Neste contexto, à medida que o poder legislativo e as suas opções são vistos como cada vez menos legítimos, a legitimidade relativa de instituições como o Judiciário, em particular o STF, vistos como órgãos caracterizados pela independência e imparcialidade, parece sair reforçada. Com esta legitimidade reforçada, não é de admirar também que os tribunais superiores brasileiros se tenham sentido mais legitimados e até “convocados” também para assumir um papel mais ativo, quase como um “segundo legislador” determinado em concretizar e dar efetividade prática aos direitos sociais e às normas dirigentes da Constituição.

Esta postura teve, é certo, efeitos manifestamente positivos no cenário brasileiro, precisamente pelo atraso estrutural em que este se encontrava no período que sucedeu imediatamente ao fim da ditadura e consolidação da nova ordem constitucional: o *welfare state*, tal como conhecido na Europa ocidental, era virtualmente inexistente; o acesso a direitos básicos, como moradia, educação, saúde, água potável e saneamento básico, era escasso, precário e, sobretudo, extremamente desigual; as desigualdades de classe e regionais eram, e permanecem, o grande flagelo do país⁶⁸.

⁶⁷ De acordo com uma pesquisa realizada e apresentada em 2013 pelo Instituto Brasileiro de Pesquisa e Estatística (IBOPE), que aferiu os índices de confiança da população em instituições e organizações sociais, os brasileiros confiam muito pouco nas instituições políticas: numa escala de 0 a 100 pontos, a Presidente da República detém 42 pontos, os sindicatos têm 37, o Congresso Nacional aparece com 29, e os partidos políticos ocupam o último lugar do ranking, com apenas 25 pontos na escala de confiança da população. Pesquisa disponível em <http://www.ibope.com.br/pt-br/noticias/PaginasCai-a-confianca-dos-brasileiros-nas-instituicoes.aspx>. Entretanto, e face ao adensar dos escândalos de corrupção e o aprofundamento da crise política, é provável que estes índices tenham piorado substancialmente.

⁶⁸ Confirme-se este diagnóstico aqui: Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. Síntese de indicadores sociais: uma análise das condições de vida da população brasileira 2010, n.º 27. Rio de Janeiro, 2010.

Pode, pois, argumentar-se que a postura “ativista” e, por vezes, francamente “criadora” do judiciário vinha tendo, nos últimos anos, um efeito “progressista” e benéfico para o país e para a realização do projeto constitucional, nomeadamente pelo progresso que obteve em matéria de direitos sociais. Assim, esta postura do judiciário está justificada pelos efeitos que teve, debelando os problemas causados pela “crise do direito legislado e das instituições políticas” e promovendo a célere adaptação do direito às transformações tecnológicas e às demandas sociais.

Embora este tema ultrapasse em muito os objetivos do texto e seja imensamente complexo – de tal modo que não poderia ser satisfatoriamente tratado nestas poucas linhas finais – importa sublinhar que esta solução encerra também riscos substanciais e pode, em contextos diferentes, revelar-se impraticável e mesmo nefasta.

Desde logo, levada muito longe, esta tendência do judiciário pode levar ao “governo dos juízes”, isto é, à usurpação do poder que legitimamente pertence aos representantes democraticamente eleitos. Mesmo órgãos como o STF ou os tribunais constitucionais europeus, não têm legitimidade democrática direta, apenas derivada⁶⁹. As constituições atuais reservam, de resto, lugar de destaque, entre outros, ao princípio democrático e à igualdade política, pelo que a substituição do poder legislativo pela capacidade de ilimitada criação do poder judiciário, que é uma minoria sujeita a escasso controle, constituiria uma violação dos próprios projetos constitucionais⁷⁰. Além dos riscos de criar um órgão “aristocrático”, sujeito a pouco ou nenhum controle (atendendo a que os membros do STF têm mandato vitalício), parece falhar o “alvo” uma estratégia que, perante um problema político, que é o da deslegitimação democrática das instâncias representativas, ignore a necessidade de efetuar uma reforma “redemocratizante” e “relegitimadora” do próprio sistema político, adiando a resolução do problema de fundo.

Por outro lado, o pressuposto de que o ativismo judicial, nomeadamente perante normas com parca densificação, seria sempre benévolo em relação à realização dos direitos sociais é dificilmente sustentável. Historicamente, esta vinha sendo a realidade no território brasileiro, num contexto de crescimento econômico sustentado nas últimas décadas. Porém, noutra contexto econômico e político, um poder judicial mais interventivo e “criador” poderia funcionar em sentido inverso, como

⁶⁹ A origem e atuação histórica desta venerada instituição americana, a *judicial review*, embora frequentemente romantizada, está muito mais ligada a querelas políticas banais e pouco grandiosas. Cf.: MARIA BENEDITA URBANO. *Curso de Justiça Constitucional. Evolução Histórica e Modelos do Controlo da Constitucionalidade*. Coimbra, 2012, pp. 28 e ss.

⁷⁰ Para uma obra clássica que contesta a legitimidade do Supremo Tribunal Federal Americano para operar qualquer controle de constitucionalidade para lá daquelas leis ou medidas que possam interferir com o próprio processo democrático, veja-se: JOHN HART ELY. *Democracy and Distrust*. Cambridge, 1981.

sucedeu, por exemplo, com a Suprema Corte americana que se opôs tenazmente à legislação progressista do *New Deal* Rooseveltiano com base numa leitura ultra-liberal e principiológica da constituição. Na verdade, este nem era um fenômeno novo: já antes, em 1905, no caso *Lockner vs. New York*⁷¹, o tribunal invalidara a legislação estadual que proibia jornadas de trabalho superiores a 10 horas diárias e 60 semanais no setor da panificação, alegando que tal regulação constituía uma “intervenção irrazoável, desnecessária e arbitrária da liberdade de contrato” (i.e., da autonomia privada) que estaria implícita na cláusula do “devido processo” (*due process*) constante da 14ª emenda à constituição. A estas decisões sucederam-se outras do mesmo teor, dando origem ao período a que na história da jurisprudência americana se veio chamar de *Lockner era*.

Note-se, de resto, que, por vezes, alguma rigidez e autocontenção dos órgãos jurisdicionais no domínio da interpretação do texto constitucional até podem revelar-se protetoras do grau de realização já atingido dos direitos sociais. Perante cenários de crise econômica prolongada e de expectativas pessimistas ou mesmo catastróficas, órgãos jurisdicionais com superior margem de manobra poderiam lançar mão de interpretações mais principiológicas e flexíveis para, a reboque do clima entretanto gerado, e alegando estar a proceder a uma “necessária adaptação” da legislação às novas condições, compactuar com leituras e medidas violadoras da constituição e do nível já realizado dos direitos sociais⁷².

Em todo o caso, e não obstante as cautelas e reservas que aqui foram sugeridas face a um intervencionismo potencialmente excessivo e arbitrário por parte do poder judicial, manifestamente longíquo da realidade no caso português, releva reiterar aqui a importância de “levar a sério” a Constituição como um todo, como um sistema interligado de direitos e de normas principiológicas, que exigem a sua efetivação.

Assim, uma Constituição só o será propriamente, só cumprirá a sua função de documento juridicamente vinculante de todos os poderes e conformador da sociedade, se forem respeitados todos os direitos lá previstos, assim como as ordens explícitas e implícitas de legislar que lá se encontram para dar efetividade prática aos mesmos. O tratamento até agora dado às omissões inconstitucionais, no ordenamento jurídico português, parece ter ficado aquém daquele papel que o texto constitucional lhe parecia reservar e que lhe seria devido, pelo que, se se deve guardar algum receio em

⁷¹ *Lockner vs. New York*, julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos em 17/04/1905, disponível em <http://plaza.ufl.edu/edale/LOCHNER.htm>

⁷² A tendência global para a constitucionalização de direitos e o alargamento dos poderes de fiscalização dos órgãos jurisdicionais é analisada, a partir de uma perspectiva comparada e altamente crítica por RAN HIRSCHL na sua obra: *Towards Juristocracy, The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*. Cambridge, 2004.

relação à postura do poder judiciário e do Tribunal Constitucional em Portugal, esse receio deve ser o de este se comportar com excessiva timidez e contenção perante reiterados comportamentos lesivos da Constituição.

Referências bibliográficas

- Ana Raquel Gonçalves Moniz. Aproximações a um conceito de ‘norma devida’ para efeitos do artigo 77.º do CPTA. In *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 87, maio/junho, 2011, pp. 3-16.
- Ana Raquel Gonçalves Moniz. O controlo judicial do exercício do poder regulamentar no Código de Processo nos Tribunais Administrativos revisto. In GOMES, Carla Amado (et. al.) (coord). *Comentários à Revisão do ETAF e do CPTA*. Lisboa, 2016, pp. 331-377.
- André Puccinelli Júnior. *Omissão legislativa inconstitucional e responsabilidade do Estado legislador*. 2.ª edição. São Paulo, 2013.
- Cristina Queiroz. *Direito Constitucional. As instituições do Estado Democrático e Constitucional*. São Paulo, 2009.
- Fernando Alves Correia. *Direito Constitucional. A Justiça Constitucional*. Coimbra, 2001.
- Gilmar Ferreira Mendes et al. *Curso de Direito Constitucional*. 4.ª edição revista e atualizada. São Paulo, 2009.
- Gilmar Ferreira Mendes. Jurisdição Constitucional no Brasil: o problema da omissão legislativa inconstitucional, disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Lituania.pdf>.
- Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. *Síntese de indicadores sociais: uma análise das condições de vida da população brasileira 2010*, n.º 27. Rio de Janeiro, 2010.
- Instituto Brasileiro de Pesquisa e Estatística – IBOPE, índices de confiança da população em instituições e organizações sociais, 2013, disponível em: <http://www.ibope.com.br/pt-br/noticias/Paginas/Cai-a-confianca-dosbrasileiros-nas-instituicoes-.aspx>, acesso em: 26/05/2015.
- Joana Rita de Sousa Covelo de Abreu. *Inconstitucionalidade por omissão e ação por incumprimento. A inércia do legislador e suas consequências*. Lisboa, 2011.

- John Hart Ely. *Democracy and Distrust*. Cambridge, 1981.
- José Afonso da Silva. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 36ª edição. São Paulo, 2012.
- José Carlos Vieira de Andrade. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra, 2012.
- José Joaquim Gomes Canotilho. *Constituição dirigente e vinculação do legislador. Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra, 1994.
- José Joaquim Gomes Canotilho. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª Edição, Coimbra, 2003.
- José Manuel M. Cardoso da Costa. *A Jurisdição Constitucional em Portugal*. 3ª Edição revista e actualizada. Coimbra, 2007.
- Jorge Miranda. *Manual de Direito Constitucional – Direitos Fundamentais*, tomo IV. Coimbra, 2000.
- Jorge Miranda. *Manual de Direito Constitucional – Inconstitucionalidade e Garantia da Constituição*, tomo VI, Coimbra, 2006.
- Jorge Pereira da Silva. *Dever de legislar e protecção jurisdicional contra omissões legislativas. Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade por omissão*. Lisboa, 2003.
- Jorge Reis Novais. *Direitos Sociais. Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*. Coimbra, 2010.
- Luigi Ferrajoli. Sobre los derechos fundamentales, in, *Teoria del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*. Madrid, 2007, pp. 71-89.
- Maria Benedita Urbano. *Curso de Justiça Constitucional. Evolução Histórica e Modelos do Controlo da Constitucionalidade*. Coimbra, 2012.
- Manuela Baptista Lopes. Protecção dos Direitos Económicos e Sociais na Constituição e nos Tratados Internacionais. Relatório Português, in, *VIII Conferência Ibero-Americana de Justiça Constitucional*. Nicarágua, Julho de 2010, disponível a partir de <http://www.tribunalconstitucional.pt>.
- Maria Lúcia Amaral. Justiça constitucional, protecção dos direitos fundamentais e segurança jurídica ou que modelo de justiça constitucional melhor protege os direitos fundamentais. *Anuário Português de Direito Constitucional*. Coimbra, 2002, pp. 11-22.

- Miguel Carbonell. Prólogo, in, *Teoría e ideologia de la interpretación Constitucional*. Madrid, 2008, pp. 9-25.
- Parecer da Comissão Constitucional n.º 8/77, disponível em http://www.tribunal-constitucional.pt/tc/content/files/biblioteca/cc/cc_volume_01.pdf.
- P. C. Timbal e André Castaldo. *Histoire des institutions et des faits sociaux*. Sixième édition. Paris, 1979.
- Ran Hirschl. *Towards Juristocracy, The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*. Cambridge, 2004.
- Robert Alexy. Los derechos fundamentales en el Estado Constitucional Democrático, in, *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid, 2003, pp. 21-37.
- Ronald Dworkin. *Taking Rights Seriously*. Cambridge, Mass, 1977.
- Rui Medeiros. O estado de direitos fundamentais português: alcance, limites e desafios, *Anuário Português de Direito Constitucional*, vol II. Coimbra, 2002, pp. 23-43.
- Stephen Holmes / Cass Sunstein. *The cost of rights: why libert depends on taxes*. New York, 1999.

Lista de jurisprudências (pela ordem em que são citadas)

- Acórdão 116/195 do Tribunal Constitucional, julgamento em 23/02/1995, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19950116.html>.
- Acórdão 276/89 do Tribunal Constitucional, julgamento em 28/02/198, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19890276.html>.
- Acórdão 474/02 do Tribunal Constitucional, julgamento em 19/11/2002, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20020472.html>.
- Acórdão n.º 472/02 do Tribunal Constitucional, julgamento em 19/11/2002, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20020474.html>.
- Acórdão do Supremo Tribunal Federal em sede de MI 107/DF, Rel. Min. Moreira Alves, julgamento em 23/11/1989, disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81908>.
- Acórdão do Supremo Tribunal Federal em sede de MI 1525-AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 24/03/2011, disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=621823>.

- Acórdão do Supremo Tribunal Federal em sede de MI 361-1/RJ, Rel. para o acórdão Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 08/04/1994, disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81794>.
- Acórdão do Supremo Tribunal Federal em sede de MI 584/SP, Rel. Min. Moreira Alves, julgamento em 29/11/2001, disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81868>.
- Acórdão do Supremo Tribunal Federal em sede de MI 20/DF, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 19/05/1994, disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81733>.
- Acórdão do Supremo Tribunal Federal em sede de MI 283/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 20/03/1991, disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81766>.
- Acórdão do Supremo Tribunal Federal em sede de MI 232/RJ, Rel. Min. Moreira Alves, julgamento em 02/08/1991, disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81759>.
- Acórdão do Supremo Tribunal Federal em sede de MI 284/DF, julgamento em 22/11/1991, disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81767>.
- Acórdão do Supremo Tribunal Federal em sede de RE 226.966, Rel., para o acórdão Min. Cármen Lúcia, julgamento em 11/11/2008, disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=601215>.
- Acórdão do Supremo Tribunal Federal em sede de MI 670/ES, Rel. orig. Min. Maurício Corrêa, Rel. para o acórdão Min. Gilmar Ferreira Mendes, julgamento em 25/10/2007, disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558549>.
- Acórdão do Supremo Tribunal Federal em sede de MI 708/DF, Rel. Min. Gilmar Ferreira Mendes, julgamento em 25/10/2007, disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558551>.
- Acórdão do Supremo Tribunal Federal em sede de MI 712-8/PA, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 25/10/2007, disponível em: www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=712&classe=MI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M.
- Acórdão do Supremo Tribunal Federal em sede de MI n.º 721-7/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 30/08/2007, disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=497390>.

Acórdão do Supremo Tribunal Federal em sede de ADI 1.151/MG, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 11/11/1994, disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346857>.

Acórdão do Supremo Tribunal Federal em sede de ADO 3.682/MT, Rel. Min. Gilmar Ferreira Mendes, julgamento em 09/05/2007, disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=485460>.

Supremo Tribunal Federal. Informação disponível em <http://stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaOmissaoInconstitucional>.

Acórdão do Supremo Tribunal Federal em sede de ADO 1.442-1/DF, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 03/11/2004, disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=389587>.

Acórdão da Suprema Corte americana no âmbito do caso *Lockner vs. New York*, julgamento em 17/04/1905, disponível em <http://plaza.ufl.edu/edale/LOCHNER.htm>.