

Controle de inconstitucionalidade por omissão em Portugal

Agassiz Almeida Filho

Sumário

1. Introdução. 2. Supremacia da constituição. 3. Validade constitucional e conformação da ordem jurídica. 4. Controle de constitucionalidade e garantia constitucional. 5. Antecedentes políticos do controle de inconstitucionalidade por omissão. 5.1. Elementos básicos do constitucionalismo liberal. 5.2. O garantismo do Estado Social e Democrático de Direito. 6. O surgimento das normas constitucionais de eficácia mediata. 7. Conceito e objeto do controle de inconstitucionalidade por omissão. 7.1. Obrigação constitucional de legislar. 7.2. Tipologia normativa e inconstitucionalidade por omissão. 7.3. Princípios constitucionais e omissões legislativas. 8. Aplicação prática do controle de inconstitucionalidade por omissão. 8.1. Competência para declarar a inconstitucionalidade por omissão. 8.2. Titularidade ativa e inconstitucionalidade por omissão. 9. Para um controle de inconstitucionalidade por omissão efetivo. 10. Conclusões.

1. Introdução

A fiscalização da inconstitucionalidade por omissão, prevista no art. 283 da Constituição portuguesa em vigor, exerce um papel teórico de acentuada importância na sistemática jurídico-política contemporânea. Funciona como um instrumento para a realização das normas constitucionais carentes de eficácia imediata. Por meio de sua atuação, que procura afastar as omissões legislativas caracterizadamente relevantes, gran-

Agassiz Almeida Filho é Advogado, Especialista em Direito Penal Econômico e Europeu pela Universidade de Coimbra, Investigador na área de Ciências Jurídico-Políticas da Universidade de Coimbra e Doutorando em Direito Constitucional pela Universidade de Salamanca.

de parte dos direitos sociais poderia ser objeto de uma garantia mais efetiva, apesar das dificuldades teóricas, sobretudo relacionadas com o princípio da separação dos poderes, que impedem a devida utilização do instituto.

A apresentação do modelo português de controle de inconstitucionalidade por omissão ao público jurídico brasileiro traz consigo as vantagens de uma análise jurídica politicamente desvinculada. É fácil compreendê-lo. O fato é que a ausência de um comportamento jurisdicional capaz de implementar sua aplicação no Brasil, problema que também se verifica na ordem jurídica portuguesa, não deve ser atribuído a questões de cultura política ou de mero conservadorismo institucional. Saber que as mesmas dificuldades teóricas ocorrem tanto no Brasil como em Portugal, fonte de inspiração do constituinte de 88 no que tange à recepção dessa forma de controle de constitucionalidade, faz com que se note que as amarras que impedem seu pleno desenvolvimento prático são de natureza metodológica. Isso demonstra a necessidade de alterar parte dos quadros teóricos relacionados com a dinâmica do controle de inconstitucionalidade por omissão. Daí a feitura do presente artigo.

2. Supremacia da constituição

Como é de sobra conhecido, o controle de constitucionalidade nasceu para manter a ordem jurídica em harmonia com o conteúdo da constituição, assumindo como pano de fundo o princípio da supremacia do texto constitucional, cuja racionalidade não admite, num ordenamento jurídico encimado pela lei fundamental, a consubstanciação de figuras normativas ou atos administrativos que sejam opostos ao que preconiza a normatividade constitucional. Por isso, é correto dizer que os mecanismos de controle de constitucionalidade apareceram com a finalidade de assegurar o cumprimento da constituição perante as demais

categorias conformadoras de conduta que integram o sistema jurídico. Deve-se ter em conta que a exata compreensão da teleologia presente na garantia da constitucionalidade é determinante no momento de obter uma adequada avaliação acerca dos instrumentos jurídicos criados para o combate das omissões legislativas inconstitucionais.

A velha idéia de rigidez da constituição, elaborada para manter estáveis as conquistas políticas alcançadas com o advento do constitucionalismo liberal, é um elemento conceitual que não deve ser desprezado no instante de traçar os lineamentos gerais do controle de constitucionalidade, já que a classificação que diferencia as constituições em diplomas rígidos e flexíveis também encontra fundamento no princípio da supremacia das normas constitucionais¹. Também a idéia de rigidez da constituição tem como finalidade a garantia dos padrões normativos impostos pela constitucionalidade. A importância da classificação em sede de controle de constitucionalidade ainda pode ser observada em virtude da valorização do conteúdo material inerente ao conceito de constituição flexível. Apesar de a perspectiva formal da constituição ser responsável por seu posicionamento no cume do sistema jurídico, é seu valor material que figura como núcleo fundante do princípio da supremacia da constituição, configurando-se como um importante aspecto a ser considerado pelo estudo da inconstitucionalidade por omissão.

Foi partindo do princípio da supremacia da constituição, construído para limitar a atuação do Estado por meio da incidência normativa de um estatuto jurídico racional, que o constitucionalismo norte-americano desenvolveu as bases históricas do sistema da revisão judicial, já esboçadas pelos ingleses, nos primeiros momentos do século XVII. A partir do conceito de supremacia constitucional, despontaram as formas contemporâneas de controle jurisdicional de constitucionalidade, entre as quais também se fez incluir, mais recentemente, a fiscali-

zação das omissões legislativas constitucionalmente relevantes. Neste último caso, a omissão deve ser equiparada à ação legislativa, que produz uma norma cuja validade depende de sua adequação com a constituição. Quer dizer, assim como a ação legislativa, também a omissão deve estar conforme o texto constitucional, implicitamente autorizada por suas disposições. Esses são os marcos entre os quais reside a liberdade do legislador. De outro modo, o comportamento omissivo deve ser refutado pelos mecanismos de fiscalização da constitucionalidade. É o princípio da supremacia da constituição que transforma, em alguns casos, a mera faculdade que a instância legiferante adota no sentido de não legislar numa omissão inconstitucional que precisa ser afastada do ordenamento jurídico.

3. Validade constitucional e conformação da ordem jurídica

O conteúdo da constituição, composto por regras e princípios, determina os padrões de validade adotados pelo sistema jurídico. A lei vai buscar fundamentação axiológica naquilo que é determinado pelas disposições constitucionais. Assim, a validade pode ser entendida, no contexto de uma conceituação técnico-jurídica, como a força obrigatória de que as leis são possuidoras perante as instâncias de decisão e as pessoas que estão submetidas à obrigatoriedade de sua observância (MAYER, 1937, p. 128). A constituição é o modo legítimo por intermédio do qual a ordem jurídica alcança essa fundamentação imperativa. Na vigência do Estado Social de Direito, por exemplo, a obrigatoriedade da lei precisa emanar de um núcleo material compatível com a finalidade de realização social do modelo de Estado intervencionista. Nessa órbita estão os princípios realizadores da ideologia que preconiza um governo de fomento, momento em que a idéia de bem-estar social procura encontrar-se com os padrões de uma justiça também socialmente fundada.

O sistema de normas jurídicas precisa ir ao encontro dos valores carreados pela idéia de justiça, na qual se inserem as instâncias últimas de realização do Direito. É importante dizer que esse conceito de justiça é variável, oscilando conforme as matizações culturais pertencentes a cada grupo comunitário particular ou conforme as tendências gerais apresentadas pela evolução político-axiológica. As leis que não se proponham a buscá-lo, deixando de conceber uma pretensão intrínseca de correção, de conformidade com o justo, não podem ser consideradas como integrantes de um sistema jurídico materialmente justificado. Isso porque são inteiramente desprovidas de validade jurídica (ALEXY, 1994, p. 93). E seu conteúdo axiológico-material deve ser extraído da constituição, uma vez que, desde uma perspectiva dogmática, as normas jurídicas ganham corpo a partir das pautas de legitimação fundadas pelas disposições constitucionais. É daí que os instrumentos de controle de constitucionalidade extraem sua importância, uma vez que são parte indispensável do processo de formação da validade experimentada pela ordem jurídica como um todo.

4. Controle de constitucionalidade e garantia constitucional

O controle de constitucionalidade deve ser exercitado com o escopo de patrocinar a garantia da constituição, representando uma perspectiva finalista que se identifica com o primado da efetividade normativa da constituição. Sua potencial consequência sancionatória é resultado da incidência da constituição sobre as esferas legais de descumprimento. Quando assume esse caráter geral de garantia, o controle de constitucionalidade guarda uma perspectiva preponderantemente pragmática, ligada à busca de conformação que deve presidir o relacionamento entre a ordem jurídica e o disposto na constituição. A tendência que impulsiona o controle de constitucionalidade para a

mencionada esfera garantística se identifica com um discurso constitucional dotado de certa especificidade², que aponta para a escolha de um conceito de constituição voltado para o implemento de uma mais extensa proteção normativo-constitucional.

O garantismo constitucional pode ser concebido como fruto da dialética presente nos fatos culturais, sociais e políticos. Seu advento, marcado pela elaboração da teoria do poder constituinte e pela idéia de rigidez constitucional, marcou os primeiros momentos do constitucionalismo clássico (VEGA, 1998, p. 43). Contudo, a fisionomia geral do garantismo implementado pela constituição sofreu grandes alterações em sua estrutura inicial. Passou de um sistema jurídico teoricamente protetivo, fundado numa realidade normativa de índole procedimental, para um contexto em que o universo social exigia a concretização de garantias jurídico-políticas efetivas. As garantias constitucionais assumiram um papel mais atuante na sociedade, resguardando a coletividade como um todo historicamente definido e deixando de funcionar como sistema exclusivo de proteção dos interesses da burguesia. À medida que a constituição foi construindo o arcabouço de um Estado cada vez mais intervencionista, a falta de concretização legislativa das normas que estabeleciam os direitos sociais transformou-se na principal causa de inefetividade constitucional. Não resta dúvida de que o controle de inconstitucionalidade por omissão nasceu com a finalidade principal de implementar o garantismo constitucional relacionado com tais supostos normativos.

5. Antecedentes políticos do controle de inconstitucionalidade por omissão

O processo de controle de constitucionalidade surgiu para dotar a constituição de um sistema de garantias suficientemente capaz de resguardar seu conteúdo normativo, adotando este uma validade geral e sujeitando a ordem jurídica aos critérios de

justificação adotados pelo discurso constitucional. A evolução do Direito Constitucional, principalmente dos institutos jurídicos de cariz instrumental, entre os quais figura o controle de inconstitucionalidade por omissão, é resultado de tensões, reversões estruturais e contradições orgânicas presentes em múltiplas realidades sócio-políticas. Não deixando de ter em conta o marco da proteção dos direitos sociais, a compreensão do sistema de controle das omissões legislativas inconstitucionais passa por uma análise, ainda que superficial, acerca dos acontecimentos sócio-políticos que se desenvolveram sobre as conquistas do movimento iluminista. Daí a necessária menção ao pensamento liberal e ao seu revés subsequente, o intervencionismo de Estado.

5.1. Elementos básicos do constitucionalismo liberal

A ordem jurídico-constitucional repousa sobre cânones normativos que delimitam as estruturas fundamentais da sociedade e do Estado. É composta por postulados que gozam de validade própria, extraída da legitimidade inerente aos supostos do poder constituinte originário. Tais postulados representam o substrato das principais decisões assumidas pela constituição. Por isso, é válido asseverar que seu conteúdo determina os matizes básicos da ordem jurídica geral.

A constituição, tal como é concebida desde o advento do constitucionalismo moderno, é um diploma jurídico-político conformador, por meio do qual pode ser consagrada uma ideologia específica, historicamente preponderante. Sua essência apregoa a consagração genérica de um efetivo sistema de valores e garantias políticas. No contexto liberal, essas garantias foram exteriorizadas juntamente com um conjunto de medidas orgânicas que inaugurou o processo de limitação racional do poder político. As garantias estabelecidas pelo advento do constitucionalismo eram erigidas sob a forma de liberdades gerais e abstratas, com forte am-

paro procedimental, que guardavam consigo, como uma de suas principais finalidades, o propósito de viabilizar o exercício da atividade econômica. Constituíam, assim, um aglomerado normativo de liberdades do indivíduo burguês, cujo cerne legitimador queria assegurar a primazia efetiva do pensamento individualista.

A integração que se deu entre a limitação constitucional do poder e a observância dos direitos individuais redundou na definitiva consubstanciação do Estado de Direito. A partir de então, os regimes políticos de compleição liberal deram seus primeiros passos, preparando o aparecimento de um modelo de Estado condizente com suas matrizes ideológicas. O conteúdo e a natureza dos direitos perfilhados em tal momento, portanto, agora componentes da esfera abarcada pela proteção constitucional, variavam conforme as novas disposições políticas em vigor. Ganhavam forma em harmonia com necessidades, valores e decisões políticas de circunstância, fundados pelas imposições cambiantes dos ciclos históricos. Isso quer dizer que as garantias políticas liberais não podem ser compreendidas sem uma obrigada conexão com os caracteres históricos que marcaram o liberalismo.

Durante a consolidação do Estado Liberal, foram objeto de salvaguarda jurídico-política, de uma forma geral, valores que procuravam assegurar a autonomia da vontade, o direito à propriedade, a liberdade econômica e a ampla segurança dos indivíduos. Estavam firmados, dessa forma, os limites do restrito universo abrangido pelos direitos fundamentais de primeira geração. No que se refere aos contornos jurídicos que passaram a conformar o exercício do poder, eram visíveis os marcos fundados pelo constitucionalismo revolucionário: o primado da separação dos poderes, a idéia de que todo o poder reside na Nação, a dissociação absoluta entre Estado e sociedade, a feitura, finalmente, das célebres declarações de direitos setecentistas, fórmulas garantísticas sob a égide das quais a ordem jurídica en-

contrava uma conformação consonante com a retórica iluminista.

Tais eventos políticos, aliados às múltiplas tendências doutrinárias que eclodiram no período, ofereceram uma importante contribuição para o desenvolvimento do sistema político liberal. Isso porque eram inteiramente voltados para a concretização de uma finalidade comum: o pleno desenvolvimento do indivíduo, enquanto sujeito de prerrogativas e garantias publicizadas pelo ideário constitucional. Seu problema estava, entretanto, na extensão e qualidade do conceito de indivíduo, estruturalmente afastado da noção de pessoa humana adotada, nos dias de hoje, pela generalidade das constituições ocidentais.

A proteção dos direitos específicos e próprios ao liberalismo retratava a prevalência dos interesses políticos advogados pela burguesia, que procurava tomar assento no cume de uma sociedade de classes acentuadamente estratificada. Uma radical reformulação das estruturas sociais impunha-se como evento praticamente inevitável. Desde então, com a definitiva prevalência da ideologia individualista, teve início a superação da tradicional sociedade de condições, calcada no antigo sistema de privilégios estamentais, pelo apontado modelo da sociedade de classes (DIAZ, 1972, p. 29). Essa nova roupagem da organização social foi rapidamente implementada, sendo concebida sob a influência dos estrangulamentos sociais causados pelos acontecimentos econômicos que vigoravam no universo liberal.

Naturalmente, o Estado assumia a fisionomia ditada pelos grupos sociais que detinham o poder político. Sob a forma de vinculação aos ditames constitucionais, recepcionava a ideologia produzida com o escopo de resguardar os primeiros passos da economia de mercado. Em certos aspectos, o Estado assumiu uma natureza instrumental. Por meio da estruturação liberal, a burguesia pretendia consolidar conquistas políticas indispensáveis para o estabelecimen-

to de sua hegemonia social, política e econômica: a) o fim da imprevisibilidade jurídica que identificava o Estado de Polícia, contendo o arbítrio ilimitado do príncipe esclarecido; b) a reformulação da estrutura (quase) estamental da sociedade, que impedia o acesso das classes sociais mais abastadas às esferas do poder político.

Por isso, é correto asseverar que a burguesia abraçava a causa liberal como forma de atingir objetivos políticos específicos. Seu discurso era composto por elementos ideológicos de visível fisionomia retórico-argumentativa. A construção do liberalismo político não significava a eleição pura e simples de uma nova racionalidade de Estado, mas o fortalecimento de uma bandeira política capaz de operar as pretendidas mudanças no contexto geral da sociedade. Era lutando pela preservação de tais reformulações, presentes nos direitos fundamentais enraizados com o advento do Estado de Direito, que a burguesia beneficiada defendia as várias formas de exteriorização do credo liberal (NOVAIS, 1987, p. 68).

A legitimação desse discurso encontra sua recepção social na medida em que defendia a superação das estruturas sócio-políticas que caracterizavam o Antigo Regime. Havendo sido o berço do constitucionalismo, a doutrina liberal era entendida como a formulação que deu origem ao processo de limitação do poder político e de garantia dos direitos individuais. Confundia-se com a consagração das liberdades políticas. Desse modo, sendo visto como a personificação desses novos direitos, o liberalismo obtinha a aceitação de que necessitava para justificar o modelo capitalista em formação, além de conseguir estabelecer uma pauta de domínio político inspirada na ideologia burguesa.

A ética liberal ganhava forma com o princípio da mínima intervenção do Estado na sociedade. Ao corpo social, portanto, era reservado um campo de atuação de nítida e acentuada prevalência, que se contrapunha ao universo abarcado pela influência esta-

tal. À política, por exemplo, não era permitido interferir na realidade econômica³. Daí a idéia de que a sociedade podia caminhar impulsionada, tão-somente, pela tendência que os indivíduos possuem de buscar o fomento de seu próprio bem-estar pessoal. De acordo com o individualismo metodológico, o homem atua na vida econômica com o intento de auferir a maior parcela possível de benefícios pessoais, empregando, para tanto, o máximo de sua capacidade empreendedora. Agindo assim, contribui para o aprimoramento da esfera social, haja vista a robusta conjugação – muitas vezes de alcance coletivo – dos esforços mobilizados para o alcance de seu desenvolvimento individual.

Como se sabe, os pressupostos ideológicos da doutrina liberal deram causa a graves repercussões na vida da sociedade. Não tardou para que o princípio da liberdade formal, que conduzia a uma igualdade também formal, provasse sua ineficiência no que tange à acomodação dos interesses sociais em conflito. Com fulcro no princípio da liberdade individual, o ritmo ditado pela economia de mercado determinava a feição substancial das relações de produção. Por meio do controle exercitado sobre o mercado, o capitalismo influenciava a fisionomia geral assumida pelo ordenamento jurídico. Ademais, a burguesia convertia a liberdade de que dispunha em monopólio econômico e exploração no âmbito das relações de trabalho. O fundamento de que a livre concorrência podia conduzir à igualdade e à satisfação dos interesses sociais não demorou a demonstrar que estava equivocado. E o preço de tal equívoco pagaram os contingentes urbanos ligados à realidade proletária, sem liberdade e sem igualdade, inseridos num universo constitucional sujeito aos atropelos que envolviam, no século XIX, o lento processo de amadurecimento do princípio democrático.

O capitalismo e a democracia liberal, ambos oriundos do individualismo filosófico de origem renascentista, encontraram,

em meados do século XIX, forte oposição ao discurso sobre o qual assentavam suas bases. As deformidades sociais geradas pela ascendência do primado da liberdade econômica atingiram níveis convivialmente insuportáveis, fazendo despontar focos organizados de inconformismo social. Nesse contexto, os problemas sociais deixaram de ser meros atropelos de conjuntura, passando à condição de estrangulamentos estruturais que submetiam a realidade social a um constante estado de convulsão e instabilidade.

A insustentável complexidade da deturpação econômica logo atingiu os alicerces do cenário político. A noção liberal de indivíduo não era suficiente para abranger as amplas dimensões do conceito de pessoa humana. Paris incendiou-se. Suas ruas padeceram com “o clarão sangrento de 1848” (MONCADA, 1963, p. 88). A realidade francesa, de modo ilustrativo, demonstrava que o liberalismo precisava de certos ajustamentos em sua doutrina. E esses ajustamentos vieram, marcando com uma chancela estatal mais intervencionista os momentos que antecederam o aparecimento do Estado Social e Democrático de Direito. É evidente que não se pode dizer que o surgimento do Estado Social foi motivado pela simples incidência de um fenômeno monocausal. A existência de falhas de mercado responsáveis pela instalação de estrangulamentos sociais é apenas uma das facetas de um processo político muito mais complexo. Sua culminação, substituindo o exclusivismo político das classes burguesas, terminaria com a assimilação gradual de um princípio democrático material.

5.2. O garantismo do Estado Social e Democrático de Direito

Seguindo a esteira evolutiva estendida pelas imposições da sociedade liberal, o Estado Social nasceu com raízes plantadas sobre um objeto garantístico concreto, alicerçando-se sobre o ideário do intervencionismo estatal. Suas preocupações têm o nú-

cleo voltado para o implemento de medidas e providências de fomento público, o que faz com que o Estado passe a intensificar as chamadas políticas públicas. Os postulados que exalta são extraídos de uma realidade descortinada a partir do incremento da ingerência pública na esfera antes reservada à autonomia (praticamente) ilimitada dos indivíduos. É por intermédio do esforço estatal que as chamadas reformas sociais começam a ser objeto de uma lenta e gradativa concretização.

Na sociedade, a interferência das ações de governo vai ganhando corpo de forma cada vez mais acentuada. Em seus primeiros momentos, assume uma função essencialmente fiscalizadora, velando pelo funcionamento ordenado da economia de mercado e da concorrência, o que constitui uma reação consonante com as necessidades sociais que irromperam a partir das primeiras décadas do século XIX. A intervenção estatal é reflexo de um contexto social que desejava ver abandonada a ideologia desenvolvida pelo liberalismo.

O surgimento de uma regulamentação incidente sobre o mercado não impediu, entretanto, que a economia avançasse de um período concorrencial para uma fase monopolista (PRATA, 1982, p. 37). Quer dizer, a intervenção do Estado não foi capaz de conter as deturpações econômicas causadas pelo liberalismo. Era preciso mais, uma ingerência estatal a ser adotada em relação às esferas metaeconômicas da sociedade. Por isso, ficou reservada ao Estado a função de atuar, diretamente, no sentido de concretizar os chamados direitos sociais, assim denominados com o fim de refutar as fórmulas jurídicas do anterior ideário de cunho individualista.

O intervencionismo do Estado não ficou atento apenas às influências geradas pela fenomenologia econômica. Afirmá-lo seria assumir uma postura irrefreavelmente redutora, em muitos pontos equivocada. A intervenção propugnada pelo Estado Social é um fenômeno complexo, cuja dinâmica englo-

ba a sociedade como estrutura orgânica e multifacetada. Assume um caráter de proteção social geral. É por isso que pode dizer-se que a gênese do Estado Social, apesar de não se fundar apenas no protecionismo social, como já foi esclarecido mais acima, encontra seu principal ponto de partida na inconformidade gerada pelos inúmeros abusos da sociedade industrial.

Por outro lado, a construção do Estado Social constitui uma tentativa de conter os movimentos políticos – criação de partidos comunistas, surgimento do sindicalismo, fundação das internacionais socialistas – que vieram à superfície durante a dominação imposta pelos valores liberais. A atividade política de esquerda, que, desde então, brotava pela Europa, por vezes se utilizava de discursos de fundo revolucionário para apregoar a mudança da realidade vigente. Atentava, em certa medida, contra a estabilidade necessária ao processo de produção e exploração capitalistas. É evidente que os movimentos em questão não foram os principais determinantes da superação do liberalismo, mas funcionaram como importante causa acessória, agravando a instabilidade social e contribuindo para a superação do arquétipo estatal absentista.

Uma das motivações mais relevantes para o surgimento de um novo modelo estatal encontrava-se encaçada na consciência do proprietário burguês. Residia na simples aceitação, por parte dos principais segmentos da classe dos proprietários, das mudanças políticas que se faziam necessárias, cuja iminência transparecia por meio do latente inconformismo de muitos setores da sociedade. A concepção de um Estado mais atuante, intervencionista e regulador, foi sendo lentamente admitida pela burguesia (MONCADA, 1963, p. 91). As limitações normativas impostas pelo governo, que era formado pelas classes sociais mais abastadas, terminavam por assegurar a continuação do enriquecimento dos grupos sociais que detinham os meios de produção. Todos esses fatores contribuíram para que a sociedade

liberal, mesmo entre os segmentos mais conservadores, caminhasse – ou se deixasse conduzir – na direção do incipiente Estado Social.

Os antecedentes do intervencionismo apregoados pelo Estado Social são extremamente diversificados, como se pode facilmente observar. São plantados por meio a) da crise social causada pela radicalização dos supostos teóricos do liberalismo, b) do surgimento dos primeiros movimentos políticos de esquerda, c) da aceitação burguesa no que dizia respeito às mudanças exigidas pelo equilíbrio social e, finalmente, d) da difusão do princípio democrático material. Quanto a isso, não resta qualquer dúvida, como também não restam dúvidas em relação ao importante papel desempenhado pela doutrina liberal no que se refere ao soterramento das instituições absolutistas. Tais precedentes impor-se-ão em definitivo, todavia, durante as primeiras décadas do século passado, notadamente a partir das conseqüências advindas dos períodos de beligerância mundial. Coube ao Estado, desde então, a assunção de um papel de soerguimento das infra-estruturas necessárias ao desenvolvimento dos povos. Não fosse apenas isso, as conquistas liberais referentes ao estabelecimento de direitos de caráter fundamental precisavam ser perpetuadas, agora com um caráter mais vasto e calcadas em um princípio material de igualdade

O garantismo político resta, então, muito mais acentuado. Sua personificação engloba um extenso plexo de direitos, muitos deles alçados à condição de direitos fundamentais. É esse o aspecto que mais releva no que tange à concretização do garantismo político: à criação liberal de um sistema de direitos fundamentais – apesar de suas limitações – vai suceder uma estrutura normativa que busca sua ampliação, fundada sobre critérios eficazes revestidos de efetividade. Nessa altura, surge uma teoria do Estado Social, com um sentido garantístico próprio, mais extenso e materialmente vinculado, não obstante conservar ainda ele-

mentos do discurso liberal. O Estado não deixa de assegurar a proteção que anteriormente era concedida ao sistema de direitos fundamentais, na medida em que dá continuidade ao princípio do Estado de Direito, mas o faz de uma forma dessemelhante. De um modo mais abrangente, trata das liberdades concretas, ao contrário das liberdades abstratas tão acentuadamente proclamadas com o credo liberal (ANDRADE, 1987, p. 67).

A perspectiva inaugurada por um sistema de garantias fundado sobre postulados teóricos concretos conduz o Estado por um caminho tão tortuoso quanto desconhecido: a problemática social em sua manifestação praxeológica. É para assegurar a proteção dessa realidade, de caracteres ditados pela mutabilidade própria aos fenômenos sociais, que ganham forma os chamados direitos sociais. Assim tem início a marcha até o Estado Social e Democrático de Direito.

6. O surgimento das normas constitucionais de eficácia mediata

A realização dos fins abraçados pelo Estado Social pressupunha a concretização de providências públicas de incentivo e fomento. As situações de crise social exigiam uma pronta atuação do ente estatal no sentido de assegurar o cumprimento de direitos coletivamente compreendidos. Com isso, o indivíduo – formalmente considerado – deixava de representar o fim único do garantismo constitucional. Passava a integrar, juntamente com a sociedade e o Estado, o centro da incidência normativo-constitucional. O conteúdo das medidas intervencionistas, volvido para a harmonização da realidade pós-liberal, passou a gozar de uma perspectiva também voltada para a realização de interesses coletivos. A ingerência do Estado assumia, ademais, uma função inovadora, velando pela proteção de direitos sociais, culturais e econômicos.

O indivíduo-pessoa, agora visto enquanto entidade integrada à sociedade, impu-

nha-se como principal elemento a ser tutelado pela ordem jurídica. À diferença do período anterior, o Estado Social adotava uma visão segundo a qual o indivíduo não podia existir sem a ligação que o situava no mundo convitual da sociedade. Novas esferas de salvaguarda constitucional surgiam para refutar, em definitivo, o paradigma liberal oitocentista. Buscavam a valorização do indivíduo como criatura humana. Desse modo, os direitos nascidos com o caso do individualismo apresentavam peculiaridades próprias, com finalidade e objeto específicos. Assumiam uma mais concreta perspectiva de garantismo político. Por isso, eram fundamentalmente dessemelhantes do modelo jurídico anterior, notadamente em relação à extensão e concreção dos direitos fundamentais. Seu fundo valorativo consagra a igualdade material e a aproximação entre o Estado e a sociedade.

Entre todas as disparidades que se verificavam entre tais paradigmas, vale ressaltar uma característica que marcou profundamente o advento do Estado Social: sua proximidade com a realidade societária. Estando mais perto da sociedade, o organismo estatal se estruturava com a finalidade de acomodar as situações de crise que caracterizam a natural dialética do relacionamento intersubjetivo. Não mais reinava a separação absoluta entre a esfera de atuação pública e os interesses privados. O efetivo bem-estar do indivíduo passava a fazer parte dos objetivos primeiros do Estado.

A constituição liberal possuía uma tipologia hermética e totalizante, artificialmente otimizada, englobando todas as potenciais situações geradas pelo mundo fenomênico, uma vez que era amparada pelas justificações apresentadas pelo positivismo jurídico. Seu artificialismo normativista desconsiderava as múltiplas vicissitudes que marcavam a vida em sociedade, mormente aquelas estabelecidas no seio das relações de produção. Terminava por desamparar certos grupos sociais, cujos interesses não figuravam nas construções legis-

lativas de então. A ideologia burguesa preponderava sobre os demais estamentos axiológicos do mundo social. Afinal, o ordenamento jurídico era fruto de uma representatividade legislativa homogeneamente burguesa, ideologicamente vinculada, pouco a pouco construída por meio do uso reiterado das técnicas censitárias de sufrágio eleitoral. Vigorava uma legitimidade democrática meramente formal.

Para atingir os objetivos que justificavam sua existência, o Estado Social precisava consagrar modelos normativos diferentes, capazes de acompanhar e fazer acomodar a complexidade da vida social em torno de um modelo garantístico de fundo material; precisava alterar o próprio conceito de constituição, antes fundado sobre uma juridicidade de caráter formalista. Para tanto, preparou o surgimento de um modelo aberto de constituição⁴, cujo conteúdo axiológico era capaz de adaptar-se às exigências intersubjetivas de uma sociedade em crise. Seu surgimento trouxe consigo categorias normativas de eficácia mediata⁵, compatíveis com os objetivos garantísticos do novo discurso constitucional.

Além das normas programáticas, as normas constitucionais de eficácia mediata englobam preceitos que, não trazendo consigo uma perspectiva de realização propriamente programática, não são, ainda assim, diretamente aplicáveis. São as normas constitucionais de eficácia diferida (BONAVIDES, 1986, p. 215). O escopo de ambas (normas programáticas e normas de eficácia diferida) reside na delimitação de finalidades e objetivos a serem efetivamente cumpridos por meio da atuação dos órgãos de concretização constitucional, entre os quais o legislador ocupa um lugar de clara proeminência. São instrumentos normativos que integram um sistema jurídico composto por princípios e diretrizes capazes de dinamizar a constituição (PEREZ, 1998, p. 185). As primeiras possuem um sentido de constante realização, atuando para a concretização de um projeto constitucional específico; as se-

gundas, por sua vez, dependem de uma adequada regulamentação para que possam surtir plenos efeitos na ordem jurídica. Ambas dependem da atuação do legislador, o que não impede, evidentemente, que a constituição também seja concretizada por outras instâncias legitimadas para tanto.

O Estado Social criou a programaticidade das normas constitucionais, implementando a concepção de dispositivos constitucionais carentes de eficácia imediata. Deu ensejo, pois, por meio da consagração dessa nova espécie normativa, ao surgimento de um instrumental jurídico capaz de atuar para que certas omissões legislativas não transformassem a constituição em um diploma sem efetividade, conforme ocorreria durante o liberalismo. Foi a existência de normas que dependiam da atuação legislativa para emanar seus efeitos jurídicos que justificou o nascimento do instituto do controle de inconstitucionalidade por omissão.

7. Conceito e objeto do controle de inconstitucionalidade por omissão

Com a consolidação das novas circunstâncias jurídico-políticas criadas pelo movimento constitucional weimariano, o controle de constitucionalidade passou a englobar as chamadas omissões legislativas. Além das normas produzidas em desarmonia com os dispositivos constitucionais, a ausência de certos comportamentos legiferantes, constitucionalmente necessários, foi também elevada à condição de objeto de controle de constitucionalidade. O Estado Social reclamava o surgimento de uma modalidade de fiscalização de certo modo totalizante, fundada sobre uma irradiação protetiva socialmente mais alargada. Era uma necessidade que se impunha com o fim de concretizar os objetivos garantísticos de um Estado fundamentalmente intervencionista. A extensão dessa órbita de proteção jurídica implementou um considerável progresso no que se refere à observância e cumprimento dos mandamentos da constituição.

O controle de inconstitucionalidade por omissão é o instituto por meio do qual a inércia do legislador, nos casos em que essa seja juridicamente relevante, é combatida pelos órgãos de fiscalização da constitucionalidade. Funciona como instrumento pelo qual a constituição, em certa parte composta por normas jurídicas de eficácia mediata, encontra uma realização efetiva e concreta. Sua incidência procura identificar as omissões legislativas e, conforme o caso, declarar sua inconstitucionalidade.

Dito isso, torna-se necessário delimitar o objeto dos mecanismos de fiscalização da inconstitucionalidade por omissão. Apenas assim é possível instaurar uma análise precisa e adequada sobre a fenomenologia que envolve o instituto. É certo que seu objeto coincide, em linhas gerais, com a problemática das omissões legislativas. Mas não basta falar em omissão do legislador. É indispensável estabelecer o tipo de omissão a que a Constituição portuguesa se refere, uma vez que esse conceito, base fundamental para a aplicação e compreensão dessa modalidade de controle de constitucionalidade, não se encontra expressamente previsto em suas disposições normativas.

O legislador exerce suas funções sob as imprecações da liberdade legislativa, segundo a qual a iniciativa ou a inércia para a produção da lei dependem de sua exclusiva deliberação. Ao legislador cabe decidir acerca da necessidade ou da oportunidade de legislar. Não se pode olvidar, todavia, o fato de que a constituição é composta por algumas normas que precisam da atuação legislativa para emanar a devida efetividade. Em virtude dessas normas, o legislador, mesmo naquilo que se refere à necessidade ou oportunidade para legislar, torna-se vinculado às imposições constitucionais, isto é, deve assumir uma postura legiferante ativa. Não existe, na hipótese aventada, uma completa liberdade da função legislativa, haja vista que essa deve ser exercida em consonância com aquilo que é determinado pela própria constituição, que exige, nos casos

de normas carentes de conteúdo eficaz, uma produção normativa voltada para a busca total de efetividade.

A inconstitucionalidade por omissão nasce quando o Poder Legislativo deixa de produzir as normas jurídicas exigidas para a concretização da mensagem constitucional. É por isso que a omissão normativa constitui seu objeto. Para encontrar um conceito de omissão legislativa, deve-se atentar para o que dispõe o texto da Lei Fundamental portuguesa, em seu art. 283:

“A requerimento do Presidente da República, do Provedor de Justiça ou, com fundamento em violação de direitos das regiões autónomas, dos presidentes das assembleias legislativas regionais, o Tribunal Constitucional aprecia e verifica o não cumprimento da constituição por omissão das medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais”.

Os limites desenhados pelo dispositivo constitucional esbarram na idéia de omissão juridicamente fundada, relevante desde o ponto de vista constitucional, cuja apuração depende da atuação fiscalizadora da Corte Constitucional. Gomes Canotilho afirma que

“o conceito de omissão legislativa não é um conceito naturalístico, reconduzível a um simples ‘não fazer’, a um simples ‘conceito de negação’. Omissão, em sentido jurídico-constitucional, significa não fazer aquilo a que, de forma concreta, se estava constitucionalmente obrigado. A omissão legislativa, para ganhar significado autónomo e relevante, deve conexionar-se com uma exigência constitucional de ação, não bastando o simples dever geral de legislar para dar fundamento a uma omissão inconstitucional” (1991, p. 1100).

Acentua ainda que o discurso constitucional começa a voltar-se para a proteção do que ele denomina de “normas de prog-

nose”, ganhando forma a omissão inconstitucional, agora, não em virtude da ausência de alguma previsão normativa específica, mas em virtude da “falta de adaptação ou aperfeiçoamento das leis existentes” (1998, p. 919).

7.1. Obrigação constitucional de legislar

O Tribunal Constitucional português, fazendo uso das lições de Gomes Canotilho e Vital Moreira (acórdão nº 182/ 1989), afirma, quanto à obrigação de legislar, tratar-se de um dever jurídico que a constituição impõe, em relação ao qual a omissão é juridicamente inconstitucional. Para tanto, é necessário que a norma constitucional: a) estabeleça uma ordem concreta e específica para o legislador; b) carregue consigo uma imposição permanente e concreta dirigida ao legislador; c) possua normas que, não estando adequadas em nenhuma das espécies anteriores, necessitem da atividade legislativa para se tornarem efetivas. A essas exigências deve ser acrescentado o requisito temporal. A inércia legislativa deve perdurar durante certo tempo, ao termo do qual a situação de descumprimento seja claramente desconsonante com as necessidades e imposições da constituição. Afinal, os poderes constituídos gozam de discricionariedade, por meio da qual cumprem suas funções constitucionais. É por isso que cabe ao próprio Poder Legislativo a escolha da oportunidade para legislar, levando em conta, para tal, as prioridades públicas que direcionam sua atuação. A omissão legislativa precisa estender-se por um período de tempo superior àquele que o legislador, ordinariamente, gastaria para editar a norma legal, sendo esse lapso temporal capaz de tolher a eficácia sociológica – efetividade – da norma constitucional impositiva (MODESTO, 1991, p. 222).

A inconstitucionalidade por omissão, conforme supramencionado, ocorre quando o legislador, tendo uma obrigação legiferante imposta pela constituição, deixa de implementá-la ou o faz de forma insuficien-

te. A relevância da omissão decorre exatamente de uma imposição constitucional inobservada. É possível dizer que a medida legislativa é obrigatória porque faz parte, de certo modo, da tipologia constitucional, pelo menos no que se refere à implementação de sua esfera eficaz. Sem o advento da norma legal, a disposição constitucional, nos específicos casos em que seja dotada de eficácia mediata, terminaria sendo objeto de ausência de efetividade. Não se pretende afirmar, com isso, que a legislação infraconstitucional seja parte componente da esfera normativa da constituição. Essa integração ocorre, tão-somente, no terreno da efetividade, momento em que os efeitos das disposições constitucionais atuam sobre a realidade social. Ela se dá porque o poder constituinte, geralmente na altura em que alcança o consenso sobre uma matéria de conteúdo controvertido, conta com a edição posterior de supostos legislativos capazes de concretizar essa fórmula constitucional aberta.

Versando sobre a inteligência do art. 35, nº 4, da Constituição portuguesa, o Tribunal Constitucional assumiu um posicionamento segundo o qual inexistente o dever constitucional de legislar na hipótese de o tipo constitucional conter uma previsão apenas potencial, sendo essa potencialidade referente a um regime de exceções a ser erigido pelo legislador⁶. Assim dispõe o art. 35, nº 4: “É proibido o acesso a dados pessoais de terceiros, salvo em casos excepcionais previstos na lei”.

Segundo o Tribunal Constitucional português, quando a criação das exceções for deixada ao livre alvedrio do Poder Legislativo, sua inação no sentido de levá-las a termo é perfeitamente adequada às exigências da constitucionalidade. Nesse caso, não há obrigação de legislar. O dispositivo em apreço afirma a proibição que envolve o livre acesso a dados pessoais de terceiros, ressalvadas as exceções criadas pela legislação. A Corte Constitucional entendeu que, em relação aos casos especiais previstos em lei, não havendo intervenção legislativa, como

de fato não havia, a inconstitucionalidade por omissão deixou de se concretizar, fenômeno ocorrido em virtude da inércia labutar em favor de uma opção tácita feita pelo órgão legiferante. Não há nenhuma dúvida de que a distância que separa uma opção legislativa tácita e a inércia inconstitucional do legislador nem sempre é tão visível, complicando-se, principalmente, nos casos em que este precisa decidir acerca da oportunidade geral para legislar.

7.2. Tipologia normativa e inconstitucionalidade por omissão

A natureza das medidas legislativas exigidas para a implementação dos dispositivos constitucionais também deve ser levada em conta para a boa compreensão do controle de inconstitucionalidade por omissão. Em Portugal, segundo o entendimento do Tribunal Constitucional, o controle de constitucionalidade abrange todos os atos do poder que expressem um determinado modal deôntico de conduta⁷. Quanto às hipóteses normativas abrangidas pelo controle de inconstitucionalidade por omissão, a tipologia não parece assemelhar-se àquela dimensionada pelo Tribunal Constitucional para os casos de controle de constitucionalidade em geral. Nesse caso, a norma realmente precisa ser um preceito geral e abstrato.

Além da inexistência de normas legislativas em sentido restrito, é preciso entender que a fiscalização jurisdicional da constitucionalidade engloba também sua inexistência parcial. Quer dizer, uma norma jurídica infraconstitucional, apesar de editada para conceder efetividade a um determinado preceito constitucional, pode não cumprir as finalidades que justificaram a sua criação. A simples edição da norma legislativa não é suficiente para afastar a inconstitucionalidade por omissão. Isso porque a omissão pode ser parcial. A simples incompletude da norma é bastante para justificar a declaração de sua inconstitucionalidade (MENDES, 1990, p. 60). A omissão legislativa parcial também pode ensejar a declaração de

inconstitucionalidade por ação, na medida em que suas disposições não sejam suficientes para atribuir efetividade geral ao complexo normativo da constituição. Trata-se de um efeito específico do princípio constitucional da igualdade.

A omissão parcial pode ser exteriorizada de duas formas dessemelhantes. A primeira delas ocorre quando o legislador atua apenas em relação a determinados grupos sociais ou situações fáticas específicas, deixando de lado realidades cujos pressupostos para a incidência da norma infraconstitucional são idênticos a esses últimos. Nesse caso, é possível suscitar a inconstitucionalidade por ação em virtude da quebra do princípio da igualdade jurídica⁸. A outra modalidade de omissão legislativa parcial possui uma gênese um tanto mais complexa. Concretiza-se quando, a despeito de a norma haver sido editada, abrangendo todas as possíveis situações de fato previstas pela constituição, esta não venha a se tornar concreta e socialmente efetiva. Nesse caso, o caráter parcial da lei não está em seu conteúdo, mas nos efeitos que dela emanam.

7.3. Princípios constitucionais e omissões legislativas

É certo que a ausência de normas legislativas, a serem editadas em razão da incompletude de certas normas constitucionais, gera inconstitucionalidade por omissão. Resta saber se essa omissão pode referir-se aos princípios constitucionais. A colocação tem lugar em virtude de o art. 283 da Constituição portuguesa trazer como objeto a “omissão das medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais”. A importância do problema decorre do fato de grande parte dos princípios constitucionais necessitar de concretização. Em matéria de garantias constitucionais, todas as construções teóricas do pensamento jurídico-político devem ser fundadas com o fim de assegurar uma observância concreta e eficiente da constituição. O fato de um princípio reunir os elementos

necessários para a concretização judicial não impede que o legislador também atue nessa mesma direção, procurando sempre concretizá-lo em harmonia com a constituição. É por isso que as “normas constitucionais” previstas no art. 283 devem ser entendidas enquanto regras e princípios.

O garantismo da constituição determina que as previsões constitucionais sejam efetivamente observadas, sob pena de a ordem jurídica desconforme ser atingida pela invalidade. No que tange às normas-princípio, o suprimento das omissões legislativas deve ser mais cuidadosamente observado, uma vez que o principal destinatário do mandamento constitucional é o próprio legislador. Desse modo, os princípios constitucionais, quando inefetivos por causa da ausência de medidas legislativas, devem justificar a implementação do controle de inconstitucionalidade por omissão⁹. Não fosse assim, o diploma constitucional perderia grande parte das garantias que incidem sobre sua estrutura normativa.

8. Aplicação prática do controle de inconstitucionalidade por omissão

Um dos principais problemas atribuídos ao controle de inconstitucionalidade por omissão reside na sua falta de operacionalidade social, ou seja, na pouca utilização e utilidade que o instituto vem demonstrando, no decorrer de sua existência, em Portugal. Desde a instalação do Tribunal Constitucional, em 1982, até o ano de 1996, apenas três ações dessa natureza foram julgadas pelo Tribunal Constitucional (acórdãos n° 182/ 89, n° 276/ 89 e n° 36/ 90). Ao lado de tal realidade, não são poucas as normas constitucionais e situações que justificam a incidência da fiscalização da inconstitucionalidade por omissão, o que parece dar origem a um certo paradoxo. As causas dessa falta de efetividade encontram múltiplas justificativas, umas de caráter iminentemente jurídico; outras de semblante mais aproximado do contexto político.

O fundamento da restrição parece encontrar razão de ser no princípio da separação dos poderes. Isso ocorre porque a essência do controle de inconstitucionalidade por omissão recai sobre a inação legislativa, criando, por meio de um processo eficiente de fiscalização, uma aparente situação de prevalência da esfera judicial sobre a esfera legislativa. Como os limites entre a omissão inconstitucional e a ausência regular de atividade legislativa nem sempre são fáceis de evidenciar, ganhou forma uma solução constituinte que, apesar de não resolver por completo o problema da efetividade constitucional, não impõe aos órgãos de soberania uma situação de instabilidade institucional. Resta saber até que ponto o relacionamento entre as instâncias legislativas e a jurisdição constitucional deve ser sobreposto ao princípio da garantia das normas constitucionais.

Segundo a fisionomia atual do instituto, nos casos em que a omissão inconstitucional for verificada, o Tribunal Constitucional pode dar conhecimento acerca dela ao órgão legislativo competente. A princípio, não cabe ao órgão jurisdicional emitir um mandamento imperativo capaz de suprir a inação legislativa, mas levar a termo uma mera comunicação institucional. É conveniente acentuar que a natureza jurídica desse conhecimento, bem como sua própria existência, costuma gerar graves controvérsias entre os constitucionalistas, situação decorrente da acentuada problemática que envolve a atual fisionomia do princípio da separação dos poderes. Para alcançar um garantismo constitucional efetivo, faz-se necessário (re)dimensionar os limites últimos que devem presidir o relacionamento entre as várias funções do poder estatal, disso resultando uma reformulação acerca dos cânones que regem o atual relacionamento entre os poderes.

8.1. Competência para declarar a inconstitucionalidade por omissão

No ordenamento jurídico português, o sistema de fiscalização da constitucionalidade

dade consagra o modelo jurisdicional, exercitado de forma difusa e concentrada. É assim delineado com a finalidade de conferir uma garantia constitucional mais acentuada e velar pelo cumprimento da constituição em todas as esferas abarcadas pela prestação jurisdicional. No que se refere à inconstitucionalidade por omissão, entretanto, vigora um sistema que difere do modelo geral: apenas o Tribunal Constitucional é competente para declarar sua existência.

8.2. Titularidade ativa e inconstitucionalidade por omissão

A legitimidade ativa para atacar as omissões legislativas inconstitucionais está prevista no art. 283, n° 1, da Constituição portuguesa. O elenco processual é reduzido, abrangendo o Presidente da República, o Provedor de Justiça e, quando existir violação de direitos das regiões autônomas, os presidentes das assembleias legislativas regionais.

A escolha que recaiu sobre esses entes obedeceu a critérios políticos objetivos, estabelecidos com o escopo de melhor garantir o cumprimento da constituição, assim como o funcionamento do regime democrático inaugurado pela ordem constitucional de 1976. Apesar disso, não tem sido registrada uma ação fiscalizatória rigorosa, pecando esta, principalmente, pela ausência de iniciativa das entidades políticas envolvidas no processo. É necessário encontrar os motivos causadores dessa inércia institucional.

A titularidade do Presidente da República para o exercício ativo do controle de inconstitucionalidade por omissão é facilmente justificada pelo art. 120 da Constituição portuguesa: “O Presidente da República representa a República Portuguesa, garante a independência nacional, a unidade do Estado e o regular funcionamento das instituições democráticas (...)”. Ao Presidente da República, assim, é atribuída a prerrogativa de exercitar o controle de inconstitucionalidade por omissão pelo fato de lhe

cabem o cumprimento de atribuições indispensáveis ao equilíbrio e à harmonia do Estado português (FERNÁNDES RODRÍGUEZ, 1998, p. 101).

Porém, o Presidente da República, desde a criação do Tribunal Constitucional, em 1982, não fez qualquer uso da faculdade que a Constituição lhe atribuiu, no sentido de afastar a inconstitucionalidade causada pelo eventual silêncio do legislador. O relacionamento entre a Presidência da República e a Assembléia da República, fundado sobre bases essencialmente políticas, dificulta o processo de fiscalização daquele sobre a atividade – ou a ausência de atividade – do Poder Legislativo. A legitimidade para fiscalizar representa, para a Presidência da República, uma atribuição atípica, a ser exercitada apenas em circunstâncias de extrema necessidade política.

Os presidentes das assembleias regionais autônomas receberam a apontada legitimidade processual para tornar mais segura a observância do estatuto político-administrativo que a própria Constituição conferiu às regiões autônomas, com o intento de manter os laços de solidariedade entre todos os portugueses. Sua autonomia, também exteriorizada por meio da possibilidade de fiscalização dos atos ou omissões da Assembléia da República, justificou a legitimação – jamais utilizada – dos presidentes das assembleias legislativas regionais para a prática do controle de inconstitucionalidade por omissão. Assim como ocorre com o Presidente da República, também aqui as atribuições para o controle, além de serem atípicas, nunca foram exercitadas.

O Provedor de Justiça também possui legitimação para exercer a fiscalização. Basta ver que as três decisões proferidas pelo Tribunal Constitucional acerca de omissões legislativas inconstitucionais foram de sua iniciativa. Segundo o disposto no art. 23 da Constituição portuguesa, o Provedor de Justiça é o órgão perante o qual os cidadãos podem apresentar queixas em virtude de ações ou omissões dos poderes públicos.

Uma de suas funções típicas, portanto, é exatamente a de fiscalizar a atuação dos poderes públicos, seja esta comissiva ou omissiva. Apenas isso seria suficiente para que a atuação do Provedor de Justiça fosse levada a efeito de modo mais dinamizado. Mas a experiência portuguesa demonstra que a realidade difere em muito de uma tal aspiração. O instituto do controle de inconstitucionalidade por omissão continua carente de uma implementação efetiva, capaz de possibilitar o cumprimento de sua importante função constitucional.

O problema de sua inefetividade não é decorrente apenas de uma legitimidade processual limitada, mas principalmente da roupagem jurídico-constitucional que o reveste. Na verdade, muito poucos efeitos práticos são obtidos por intermédio da incidência do controle de inconstitucionalidade por omissão, o que tolhe grande parte da funcionalidade que deveria caracterizá-lo enquanto instrumento de acomodação e equilíbrio da ordem jurídica. De acordo com sua fisionomia atual, o controle de inconstitucionalidade por omissão exerce um papel muito mais político que normativo, com todas as deficiências eficaciais que marcam esse tipo de limitação. Funciona mais como meio para denunciar, perante a opinião pública, eventuais ineficiências do órgão legislativo. Sendo certo que a inconstitucionalidade do comportamento legislativo não se presume, a atual importância da decisão que a declara avulta exatamente do fato de evidenciar a invalidade do posicionamento assumido pelo legislador. Termina sendo um mero ato de reprovação institucional.

9. Para um controle de inconstitucionalidade por omissão efetivo

A atual ineficiência da fiscalização da inconstitucionalidade por omissão não deve servir de ponto de partida para a condenação imediata do instituto. Na medida em que estejam em conformidade com a finali-

dade de proteger a constituição, seus atuais caracteres jurídicos devem permanecer, o que não impede que algumas mudanças sejam levadas a efeito no sentido de tornar o controle de inconstitucionalidade por omissão mais consonante com um garantismo constitucional sem amarras e limitações de ordem exclusivamente dogmática. O grande problema a ser atacado está nos efeitos da decisão que evidencia a inconstitucionalidade por omissão.

A teoria da constituição tem determinado profundas mudanças em muitos conceitos jurídico-políticos tradicionais. Acompanhando a evolução do universo social, também as categorias que integram o pensamento jurídico precisam passar por reformulações de conteúdo. É o caso, por exemplo, do conceito de soberania, em crise desde que ganharam forma os primeiros passos do sistema jurídico-político comunitário, ou do princípio da separação dos poderes, que agora se depara, de forma quase generalizada, com o incremento vivenciado pela atuação da jurisdição constitucional.

O princípio da separação dos poderes, definitivamente concebido durante o decorrer do século XVIII, passa por uma situação especialmente caracterizada pela oscilação teórica. A partir de seu surgimento, é comum observar a prevalência de uma das funções do poder estatal sobre as demais. Foi assim com a função legislativa, preponderante no apogeu do positivismo normativo-subsumtivo, ou com a hipertrofia da função executiva, levada a termo para viabilizar o intervencionismo preconizado pelo Estado Social. A conjugação de tal realidade é suficiente para demonstrar que os princípios jurídicos, por mais absolutos que pareçam, estão sempre sujeitos às mudanças determinadas pela dinâmica histórica. Guardam uma perspectiva de validade que é relativa e está sujeita à mutabilidade da vida em sociedade.

É necessário, pois, que o controle de inconstitucionalidade por omissão seja desenvolvido em uma ambiência jurídica condizente com as vicissitudes que caracterizam

as atuais sociedades complexas. Partindo da idéia já bastante difundida de que os princípios jurídicos não devem prevalecer, uns sobre os outros, de forma abstrata e absoluta¹⁰, encontrando sua relevância de acordo com as circunstâncias do caso concreto e apenas no âmbito desse caso concreto, é válido dizer que, em certos momentos, o princípio da garantia da constituição deve estar acima do primado da separação dos poderes.

Após ser constatada a omissão legislativa inconstitucional, a título de sugestão, poderia o Tribunal Constitucional marcar um prazo para que o órgão legislativo pudesse desenvolver a atividade legiferante. Permanecendo a omissão, essa poderia, conforme o caso, ser normativamente suprida pela própria Corte Judicial, conforme sugere Flávia Piovesan (1995, p. 173). De outro modo, sem partir para uma revisão crítica dos princípios que integram a tradição constitucional, o controle de inconstitucionalidade por omissão, bem como outros vários supostos teórico-constitucionais, continuará integrando o ordenamento jurídico de modo apenas figurativo, sem emanar a efetividade normativa que o relacionamento intersubjetivo almeja e precisa.

10. Conclusões

A problemática que envolve o controle de constitucionalidade deve ser sempre pensada como forma de viabilizar o garantismo da constituição, numa busca constante de efetividade para os seus supostos normativos. O estudo das omissões legislativas inconstitucionais ganha importância quando se vincula com a consecução dessa finalidade. Sua relevância, portanto, depende dos efeitos gerados pelo instituto na órbita legislativa concreta. Com base nesse entendimento, seguindo ainda a esteira lançada pelo conjunto das colocações acima desenvolvidas, deve-se, acima de tudo, concluir o seguinte:

a) durante o liberalismo, as normas constitucionais gozavam de uma eficácia nor-

mativa apenas formal, o que terminou por gerar, ao lado da conjugação de outros fatores, grande inconformidade social;

b) as mudanças exigidas pela convivência societária, resultado do estrangulamento imposto pelo contexto liberal, deram origem aos pressupostos do chamado Estado Social;

c) as normas constitucionais de eficácia mediata surgiram para viabilizar o cumprimento das novas funções estatais, ao tempo em que possibilitaram o aparecimento das omissões legislativas inconstitucionais, daí nascendo a necessidade de um instrumento para o controle das inconstitucionalidades por omissão;

d) a fiscalização exercitada sobre a omissão legislativa inconstitucional envolve complexos aspectos jurídico-constitucionais, principalmente quando sua concreta aplicação entra em colisão com o princípio da separação dos poderes, que passa, nos dias de hoje, juntamente com a teoria tradicional dos princípios jurídicos, por um acen-tuado processo de reformulação;

e) o controle de inconstitucionalidade por omissão não goza de qualquer efetividade jurídica em Portugal, sendo uma solução normativa de raríssima utilização;

f) finalmente, é válido afirmar que o princípio da separação dos poderes deve ser objeto de uma revisão crítica capaz de promover o garantismo constitucional, fortalecendo os mecanismos de controle de inconstitucionalidade por omissão, por meio de uma concreta reformulação acerca dos seus efeitos da decisão que a evidencia, e assegurando meios pelos quais o Tribunal Constitucional português possa cumprir, com plenitude, todas as suas funções constitucionais.

Notas

¹ Exigindo um procedimento mais elaborado para a implementação de reformas no conteúdo da lei fundamental, a rigidez da constituição representa a exteriorização de uma realidade normativa

dotada de certas garantias procedimentais. As normas constitucionais flexíveis, por sua vez, são formalmente equiparadas à legislação infraconstitucional. Dela diferenciam-se apenas quanto à matéria que regulam. Em virtude disso, alguns autores negam a possibilidade de se aplicar o controle de constitucionalidade ao contexto das constituições flexíveis (Pablo Lucas Verdú, 1981, p. 443). Apenas os diplomas rígidos, posicionados de forma superior no contexto da hierarquia das normas jurídicas - normativismo constitucional -, poderiam ser objeto de controle de constitucionalidade. De forma contrária, mais adequada à realidade imposta pelas exigências da constituição garantística, posiciona-se, a exemplo de Jorge Miranda (1996, p. 147), a maior parte do atual pensamento constitucional. Nesse sentido, as normas constitucionais de natureza flexível, apesar de serem sujeitas a um processo de revisão idêntico ao experimentado pelas demais instâncias normativas do sistema jurídico, possuem objeto próprio, inerente ao seu conteúdo normativo diferenciado. Isso porque as constituições, rígidas ou flexíveis, possuem uma normatividade bastante peculiar, inerente às exigências que o discurso jurídico impõe para alcançar uma adequada conformação do poder político. Daí a superioridade material que as caracteriza, exigindo a implementação de um sistema de controle de constitucionalidade capaz de incidir sobre toda a extensão de sua substância normativa.

² Tal discurso "atribui plena dimensão à inconstitucionalidade tratada como problema jurídico de maior e mais agudo interesse. Se é admissível e acertado estudar a inconstitucionalidade na invalidade, e se é bem necessária a sua análise científica, também é para nós seguro que, no actual estado do Direito Constitucional, a inconstitucionalidade deve ser apercebida em função da garantia da constituição - a invalidade deve ser iluminada por essa garantia. (...) Será só associando os conceitos de constituição, validade e garantia que penetraremos na estrutura da inconstitucionalidade" (MIRANDA, 1967, p. 13).

³ Essa é apenas uma das facetas do princípio da não-intervenção do Estado na sociedade. Além dela, pode-se ainda falar acerca da separação entre o Estado e a moral, ou seja, entre uma esfera fenomênica externa ao indivíduo enquanto ser - que interessava à proteção estatal - e uma esfera interna, ditada pela consciência de cada um, cuja atuação não chega a causar efeitos jurídicos. "Assim, tal como Adam Smith afirmara a autonomia da esfera econômica face à política, também Kant, através de uma operação paralela, autonomiza a moral relativamente à legalidade" (NOVAIS, 1987, p. 51).

⁴ "Quando se fala na necessidade de normas abertas pretende-se dizer que as normas constitucionais devem ser planificadamente indeterminadas, de modo a deixarem aos órgãos responsáveis pela sua concretização o espaço de liberdade decisória necessária à adequação da norma perante uma realidade multiforme e cambiante" (CANOTILHO, 1994, p. 193).

⁵ Com o alvorecer de um Estado de fundamentação teleologicamente social, "quase todo o edifício jurídico das constituições liberais, erguido durante o século XIX, veio abaixo. A programaticidade dissolveu o conceito jurídico de constituição, pensamente elaborado pelos constitucionalistas do positivismo. De sorte que a eficácia das normas constitucionais voltou à tela de debate, numa inquirição de profundidade jamais dantes lograda" (BONAVIDES, 1986, p. 191).

⁶ "Diga-se desde já que, quando a Constituição, depois de estabelecer determinado regime (regra), ressalva 'casos excepcionais previstos na lei' e não se segue uma lei a estabelecer casos excepcionais, não há, em princípio, inconstitucionalidade por omissão: a conclusão a tirar é a de que não há exceções, por o legislador ordinário ter entendido não as estabelecer" (acórdão nº 182/89).

⁷ "Em Portugal, objecto de fiscalização jurisdiccional da constitucionalidade são normas jurídicas, isto é, como vem referindo o Tribunal Constitucional, em jurisprudência uniforme e constante, qualquer acto do poder público que contiver 'uma regra de conduta' para os particulares ou para a Administração, um 'critério de decisão' para esta última ou para o juiz ou, em geral, um 'padrão de valorização de comportamento'. Trata-se de um conceito simultaneamente formal e funcional de norma, que não abrange somente os preceitos de natureza geral e abstracta (...)" (CORREIA, 1998, p. 3).

⁸ J.J. Gomes Canotilho (1991, p. 1102). Sobre o princípio da igualdade jurídica no Brasil e em Portugal, cf. Cláudio Petrin Belmonte (1999, p. 157-175).

⁹ Há, na doutrina, entendimentos divergentes: "A única diferença entre a inconstitucionalidade por ação e a inconstitucionalidade por omissão é aqui esta, embora importantíssima: enquanto que a primeira tanto consiste na infracção de uma disposição como de um princípio, a inconstitucionalidade por omissão consiste na infracção de um preceito, de uma disposição-norma, e não mais. Para lá da letra do art. 283, é uma necessidade de determinação e, portanto, de segurança e certeza, que a justifica" (MIRANDA, 1996, p. 519).

¹⁰ Sobre isso, cf. Robert Alexy (1997, p. 89-98), J.J. Gomes Canotilho (1998, p. 1098), Ronald Dworkin (1995, p. 72-).

Bibliografia

ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Gedisa, 1994.

_____. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. Reimpressão, Coimbra: Livraria Almedina, 1987.

ARANGUREN, Jose Luis. *Ética y política*. 2. ed. Madrid: Guadarrama, 1968.

BELMONTE, Cláudio Petrini. O sentido e o alcance do princípio da igualdade como meio de controle da constitucionalidade das normas jurídicas na jurisprudência do tribunal constitucional de Portugal e do supremo tribunal federal do Brasil. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Secretaria Especial de Editoração e Publicações do Senado Federal, n. 144, 1999.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 5. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1991.

_____. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Reimpressão, Coimbra: Coimbra, 1994.

_____. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 2. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

CORREIA, Fernando Alves. *A Justiça constitucional em Portugal e em Espanha: encontros e divergências*. Coimbra: edição policopiada, 1998.

DIAZ, Elias. *Estado de direito e sociedade democrática*. Lisboa: Iniciativas Editoriais, 1972.

DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. 2. reimpressão. Barcelona: Ariel, 1995.

FERNÁNDEZ, RODRÍGUEZ, José Julio. La inconstitucionalidad por omisión en Portugal. *Revista de Estudios Políticos*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, n. 101, 1998.

FERREIRA, Pinto. *Princípios gerais do direito constitucional moderno*. 2. ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1951, v. 1.

HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

MAYER, Max Ernest. *Filosofia del derecho*. Barcelona: Labor, 1937.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990.

MIRANDA, Jorge. *Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade*. Coimbra: Coimbra, 1967.

_____. *Manual de direito constitucional*. 3. ed. reimpressa. Coimbra: Coimbra, 1996, v.2.

MODESTO, Paulo Eduardo Garrido. Inconstitucionalidade por omissão: categoria jurídica e ação constitucional específica. *Revista de Direito Público*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n. 97, 1991.

MONCADA, L. Cabral de. *Problemas de filosofia política*. Coimbra: Arménio Amado, Editor Sucessor, 1963.

NEVES, A. Castanheira. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra, 1995, v.2.

NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do estado de direito: do estado de direito liberal ao estado social e democrático de direito*. Coimbra: Coimbra, 1987.

PEREZ, LUÑO, Antonio E. *Los derechos fundamentales*. 7. ed. Madrid: Tecnos, 1998.

PIOVESAN, Flávia C. *Proteção judicial contra omissões legislativas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Livraria Almedina, 1982.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

VECCHIO, Giorgio del. *Sobre a estadualidade do direito*. Coimbra: Coimbra, 1938.

VEGA, Pedro de. Mundialización y derecho constitucional: la crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual. *Revista de Estudios Políticos*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, n. 100, 1998.

VERDÚ, Pablo Lucas. *Curso de derecho político*. 3. ed. Madrid: Tecnos, 1981, v. 2.