ISSN Impresso 1809-3280 | ISSN Eletrônico 2177-1758
www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas

Revista Direito e Liberdade

A FISCALIZAÇÃO DA INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

Jorge Manuel Moura Loureiro de Miranda*

1 AS OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS EM GERAL

I – A existência de omissões juridicamente relevantes é um fenómeno que se encontra nas mais diversas áreas jurídicas. Ela verifica-se sempre que, perante uma obrigação de *facere*, e mandando, direta ou indiretamente, a norma reguladora de certa relação ou situação praticar certo ato ou certa atividade nas condições que estabelece, o destinatário não o faça, não o faça nos termos exigidos, não o faça em tempo útil, e a esse comportamento se liguem consequências mais ou menos adequadas.

Relativamente a quaisquer funções do Estado objeto de disciplina pela Constituição, não custa surpreender manifestações possíveis – e não apenas teóricas – de comportamentos omissivos, sejam omissões de atos normativos, sejam de atos de conteúdo não normativo ou individual e concreto. Sucede isto com a função legislativa e com a função política ou de governo e, em alguns casos, com a revisão constitucional; sucede isto com a função administrativa e pode suceder até com a função jurisdicional. Tais comportamentos vêm, assim, a ser inconstitucionais ou ilegais, consoante os casos, e podem ainda revelar-se ilícitos[1].

O que se diz acerca do Direito interno, deve entender-se, sem dificuldade, *mutatis mutandis* a outras ordens jurídicas (ou a certos sectores de outras ordens jurídicas)[2].

---

* Doutor em Direito (Ciências Jurídico-Políticas) pela Universidade de Lisboa. Professor catedrático das Faculdades de Direito da Universidade de Lisboa e da Universidade Católica Portuguesa. Doutor Honoris causa em Direito pela Universidade de Pau, pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos, pela Universidade de Lovaina e pela Universidade do Porto e professor honorário da Universidade Federal do Ceará. Lisboa – Portugal.

1 Cfr. a tentativa de teoria geral (embora centrada no Direito administrativo e na jurisprudência francesa e sem falar em inconstitucionalidade por omissão) de Pierre Montané de la Roque, *L'Inertie des Pouvoirs Publics*, Paris, 1950; ou, sobre a efetivação dos comandos constitucionais e legislativos no tempo, a perspetiva de Emanuele Tuccari, *L'attuazione legislativa*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1982, págs. 363 e segs.

2 Cfr., no Direito da União Europeia, a ação por incumprimento proposta contra um Estado membro (arts. 258º e segs. do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia), incumprimento esse que pode consistir

II – Pode haver inconstitucionalidade por omissão de atos legislativos (ou, o que para aqui vale o mesmo, por omissão de normas legislativas) desde logo (mas não apenas), quando o legislador mantenha desigualdade ou não reponha a igualdade (art. 13º da Constituição); quando não confira a direitos fundamentais o necessário suplemento de proteção (art. 28º, nº 1); quando não torne exequíveis normas constitucionais não exequíveis por si mesmas (art. 283º).

Pode haver inconstitucionalidade por omissão de atos políticos ou de governo: pense-se na não marcação de eleições no prazo constitucional aquando da dissolução de órgão colegial baseado no sufrágio direto (art. 113º, nº 6, da Constituição), na não marcação de eleições pelo Presidente da República [art. 133º, alínea *b*)], na não designação de titulares de cargos constitucionais [arts. 133º, alíneas *f*), *h*), *l*), *m*), *n*) e *p*), e 163º, alíneas *h*) e *i*)] ou na não promulgação de leis da Assembleia da República, na não assinatura de outros diplomas, na falta de referenda ministerial e na não assinatura de decretos legislativos regionais quando devidas (arts. 136º, n.os 2 e 3, 137º e 286º, nº 3, 140º e 233º, nº 3, respetivamente).

Tão variadas se configuram estas hipóteses que se compreende terem de ser diversos os efeitos que lhes hão-de corresponder – desde a responsabilidade política e criminal dos titulares dos cargos (art. 117º, nº 1) à inexistência jurídica de atos com eles conexos (arts. 113º, nº 2, 2ª parte, 137º e 140º, nº 2); e raramente – o que torna o problema mais agudo – se prevê suprimento por órgãos diferentes.

Pode haver inconstitucionalidade por omissão de atos jurisdicionais quando os tribunais não decidam as coisas em prazo razoável (art. 20º, nº 4) e, na fiscalização preventiva, quando o Tribunal Constitucional se não pronuncie no prazo de 25 dias ou no prazo encontrado pelo Presidente da República, por motivo de urgência (art. 279º, nº 8).

Pode admitir-se inconstitucionalidade por omissão da revisão constitucional, quando a Constituição, explícita ou implicitamente, requeira a modificação de algum dos seus preceitos ou dos seus institutos – o que deve ter-se por excecional. Teria sido, contudo, o que teria acontecido

na não transposição de diretivas. Cfr. João Mota de Campos e João Luiz Mota de Campos, *Manual de Direito Europeu*, 6ª ed., Coimbra, 2010, págs. 444 e segs.

em Portugal se o Conselho da Revolução não tivesse sido extinto na primeira revisão constitucional, de 1982[3] [4].

E, para além disso, são concebíveis hipóteses de inconstitucionalidade por omissão em certas configurações da Constituição prospetiva, cujos princípios exijam a concretização progressiva de certas providências por via constitucional e quando isso não se verifique; ou em caso de derrogações constitucionais, admissíveis em certas circunstâncias ou para certas pessoas, mas não para todo o tempo, e que deverão ser revogadas ou tornadas caducas em posterior revisão, salvo preterição de princípios fundamentais do ordenamento – quer dizer, de limites materiais[5].

III – Por seu lado, ilegalidade (ou inconstitucionalidade indireta, para alguns) por omissão vem a ser a que se traduz na não publicação das normas regulamentares de que dependa a efetivação de certa lei. A Constituição de 1933, após 1945, dispunha que quando a lei não fosse exequível por si mesma, o Governo expediria os respetivos decretos dentro do prazo de seis meses a contar da sua publicação, se nela não fosse deteterminado outro prazo (§ 7º do art. 109º, na versão final). O preceito não passou para a atual Constituição, embora o problema possa vir a pôr-se frente a qualquer lei ordinária que estatua de forma semelhante[6]. A solução parece então dever ser, no mínimo, a entrada em vigor das normas legislativas que sejam exequíveis por si mesmas[7]. Quando, porém, se trate de norma legal não exequível por si mesma, existe desde 2002 (art. 77º do Código de Processo

3 Conforme já escrevíamos em *A Constituição de 1976 – Formção, estrutura, princípios fundamentais*, Lisboa, 1978, pág. 409.

4 Recorde-se também o debate, no Brasil, acerca da revisão constitucional (distinta das emendas à Constituição) prevista no art. 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, em conexão com o referendo sobre monarquia e república e sobre parlamentarismo e presidencialismo do art. 2º.

5 Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, II, 6ª ed., Coimbra, 2007, pág. 244. Será o caso hoje da subsistência da proibição de organizações fascistas (art. 46º, nº 4), contrária aos princípios do pluralismo e da liberdade política (arts. 2º, 46º e 51º). Quanto ao art. 292º, há muito caducou.

6 Cfr. João Caupers, *Um dever de regulamentar?*, in *Legislação*, nº 18, janeiro-março de 1997, págs. 7 e segs.; Paulo Otero, *A impugnação de normas no anteprojecto do Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, *ibidem*, nº 22, julho-agosto de 2000, págs. 46 e segs.; André Salgado de Matos, *Princípio da legalidade e omissão regulamentar*, in *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano no centenário do seu nascimento*, obra coletiva, Coimbra, 2006, I, págs. 193 e segs.

7 Neste sentido, *Decreto*, Coimbra, 1974, págs. 60 e segs., e *Um projecto de revisão constitucional*, Coimbra, 1980 (art. 127º, nº 5).

nos Tribunais Administrativos e Fiscais) um mecanismo de fiscalização da ilegalidade por omissão[8].

Recortam-se ainda hipóteses de omissões ilegais de atos administrativos (ou, de outros atos da Administração pública): omissões de atos administrativos de execução de leis ou de regulamentos, inclusive de leis impostas pela Constituição – com a consequente sujeição, em certos casos, a tutela substitutiva[9], e omissões de atos de execução de sentenças dos tribunais, em particular de sentenças dos tribunais administrativos[10] – sendo certo que as decisões dos tribunais são obrigatórias para todas as entidades públicas e os responsáveis pela sua inexecução são passíveis de sanções (art. 205º, nº 3).

Sabe-se também que ao Provedor de Justiça compete apreciar queixas por omissões dos poderes públicos (art. 23º) e que omissões legais graves podem ser causa de dissolução dos órgãos das autarquias locais (art. 242º, nº 3).

Omissão na função jurisdicional é especificamente a denegação da justiça (art. 369º do Código Penal). Os juízes não podem abster-se de julgar com fundamento em falta, obscuridade ou ambiguidade da lei ou em dúvida insanável sobre o caso em litígio, desde que este deva ser juridicamente regulado (art. 3º do estatuto dos magistrados judiciais, constante da Lei nº 21/85, de 30 de julho).

Tudo isto sem esquecer ainda a possibilidade de omissões do próprio Tribunal Constitucional, não decidindo ou não decidindo no tempo fixado na Constituição.

2 AS OMISSÕES LEGISLATIVAS

I – Entre todas as omissões, sobressaem as omissões legislativas, devido à relação imediata do legislador com a Constituição. A aplicabilidade

8 Cfr. Ana Raquel Gonçalves Moniz, *O controlo judicial do exercício do poder regulamentar*, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 2006, págs. 465 e segs. e *Aproximação ao conceito de "norma devida" para efeito do artigo 77º do CPTA*, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, 2011, págs. 3 e segs.; Mário Aroso de Almeida e Carlos Alberto Fernandes Cadilha, *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, 3ª ed., Coimbra, 2010, págs. 502 e segs.

9 V. Diogo Freitas do Amaral, *Curso de Direito Administrativo*, I, 3.ª ed., Coimbra, 2006, pág. 887. Cfr. o conceito de substituição integrativa de Paulo Otero, *O poder de substituição em Direito Administrativo*, II, Lisboa, 1995, págs. 497 e 498.

10 V. Diogo Freitas do Amaral, *A execução das sentenças dos tribunais administrativos*, 2.ª ed., Coimbra, 1997.

imediata das normas constitucionais, particularmente das consagradoras de direitos fundamentais (art. 18º, nº 1) não dispensa a intervenção conformadora do legislador, no respeito do seu conteúdo essencial e no âmbito da alternância democrática[11].

Por omissão entende-se a falta de medidas legislativas necessárias, falta esta que pode ser *total* ou *parcial*. A violação da Constituição provém umas vezes da completa inércia do legislador e outras vezes da sua deficiente atividade, competindo ao órgão de fiscalização pronunciar-se sobre a adequação da norma legal à norma constitucional[12] [13].

---

11 Cfr. Pierre Montané de la Roque, *op. cit.*, págs. 60 e segs.; Ernst Friesenham, *Die Verfassung gerichtsbarkeit des Bundes Republik Deutschland*, 1963, trad. *La giurisdizione costituzionale nella Republica Federale Tedesca*, Milão, 1965, págs. 86 e segs.; Jorge Miranda, *Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade*, Lisboa, 1968, pág. 76 e *Inconstitucionalidade por omissão*, in *Estudos sobre a Constituição*, obra coletiva, I, Lisboa, 1977, págs. 333 e segs.; Franco Modugno, *L'Invalidità della Legge*, I, Milão, 1970, pág. 147, e *La funzione legislativa complementare…*, cit., *loc. cit.*, 1981, págs. 1646 e segs., *maxime* 1649 e segs.; Costantino Mortati, *Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti ommisivi del legislatore*, in *Scritti*, III, Milão, 1971, págs. 925 e segs., *maxime* 952 e segs.; Pierre Vialle, *La Cour Suprême et la représentation politique aux Etats-Unis*, Paris, 1972, págs. 11 e segs.; Gomes Canotilho, *O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos*, Coimbra, 1974, págs. 163 e segs., *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, Coimbra, 1982, págs. 204 e segs. e 329 e segs., e *Tomemos a sério o silêncio dos poderes públicos – o direito à emanação de normas jurídicas e a protecção jurisdicional contra omissões normativas*, in *As garantias do cidadão na justiça*, obra coletiva, São Paulo, 1993, págs. 351 e segs.; Vezio Crisafulli, relatório à *3.ª Conferência dos Tribunais Constitucionais Europeus e Instituições Similares*, in *Documentazione*, policopiado, Roma, Corte Costituzionale, 1976, I, págs. 37 e segs.; Ana Cândida da Cunha Ferraz, *Processos informais de mudança da Constituição*, São Paulo, 1986, págs. 217 e segs.; Luís Aguiar de Luque, *El Tribunal Constitucional y la función legislativa; el control de procedimiento legislativo y de la inconstitucionalidad por omisión*, in *Revista de Derecho Político*, nº 24, Verão de 1987, págs. 25 e segs.; Manuel Afonso Vaz, *Lei e Reserva da Lei*, Porto, 1992, págs. 377 e segs.; *Inconstitucionalidad por omisión*, obra coletiva, Santa Fé de Bogotá, 1997; Ignacio Villaverde Menéndez, *La inconstitucionalidad por omisión*, Madrid, 1997; José Julio Fernandez Rodríguez, *La inconstitucionalidad por omisión*, Madrid, 1998; Carlos Ruiz Miguel, *L'incostituzionalità per ommissione*, in *Quaderni Costituzionali*, 2003, págs. 795 e segs.; *En busca de las normas ausentes*, obra coletiva, México, 2003; Jorge Pereira da Silva, *Dever de legislar e protecção jurisdicional contra omissões legislativas*, Lisboa, 2004; Dirley Cunha Júnior, *Controle judicial das omissões do poder público*, São Paulo, 2004; Raquel Alexandra Brízida Castro, *As omissões normativas inconstitucionais no Direito Constitucional português*, Coimbra, 2012.

12 Tomando-se adequação aqui no sentido de suficiência e não no sentido de satisfação perante qualquer juízo de mérito (que ao órgão de fiscalização é vedado emitir).

13 Diferente da omissão é a incompletude de lei que deva ter uma regulamentação específica ou certa densificação de acordo com a distribuição constitucional de competências: assim, uma lei de bases [*v. g.*, art. 164.º, alínea *d)*, 3.ª parte, e alínea *i)*], uma lei de enquadramento (*v. g.*, art. 106.º, n.º 1) ou, quanto ao sentido, uma lei de autorização legislativa (art. 165.º, n.º 2). O fenómeno aqui, é de inconstitucionalidade por ação, por desvio de poder legislativo. Cfr. *Manual…*, V, 4ª ed., Coimbra, 2010, págs. 203 e 323. V. Florence Galletti, *Existe-t-il une obligation de bien légiférer? Propos sur «l'incompétence négative du législateur» dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel,* in *Revue française de droit constitutionnel*, 2004, págs. 387 e segs.

Pode não ser indiferente, para o efeito, que se trate de omissão *institucional* (relativa a uma instituição ou a um órgão criado pela Constituição ou a um regime procedimental) ou de omissão *não institucional* (relativa a um direito fundamental ou a uma incumbência do Estado)[14].

Como quer que seja, a falta de medidas legislativas há de ser sempre atual, e não eventual. Nada autoriza o órgão de fiscalização a operar qualquer juízo de prognose sobre a situação em que, no futuro, pode vir a deparar-se a realização desta ou daquela norma constitucional.

II – As Constituições portuguesas anteriores continham normas quer precetivas não exequíveis quer programáticas passíveis de serem impugnadas por omissão do legislador.

Assim, na Constituição de 1822, lia-se no art. 28º: «A Constituição, uma vez feita pelas presentes Cortes extraordinárias e constituintes, somente poderá ser reformada ou alterada depois de haverem passado quatro anos, contados desde a sua publicação; e quanto aos artigos, cuja execução depende de leis regulamentares, contados desde a publicação dessas leis…». Quer isto dizer que se previa a dependência de certos preceitos constitucionais de normas legislativas que os executassem e que, na falta destas, se estabelecia uma consequência ou sanção – a imutabilidade desses preceitos.

Lembrem-se também as normas dos arts. 237º e 238º e do art. 240º, ao contemplarem, respetivamente, o direito à educação e o direito à assistência, embrionários direitos sociais.

Na Carta Constitucional, além das normas relativas à «instrução primária e gratuita a todos os cidadãos» (§ 30º do art. 145º), aos «Colégios e Universidades» (§ 32º) e aos «Socorros Públicos» (§ 29º), eram passíveis de violação por omissão as que mandavam organizar «quanto antes, um Código Civil e Criminal, fundado nas sólidas bases da Justiça e Equidade» (§ 17º) ou assegurar «um Privilégio exclusivo temporário» aos inventores (§ 24º).

O mesmo poderia dizer-se da Constituição de 1838, quando, por exemplo, o § 1º do art. 13º prescrevia que a lei determinaria o modo de

[14] Para outras distinções, em especial entre omissões absolutas e omissões relativas (estas, derivadas de diferenciações injustificadas), v. Costantino Mortati, *Appunti…*, cit., *loc. cit.*, págs. 927 e segs.; Gomes Canotilho, *Constituição dirigente…*, cit., págs. 335 e segs.; Jorge Pereira da Silva, *op. cit.*, págs. 88 e segs.; Carlos Blanco de Morais, *Justiça Constitucional*, II, 2ª ed., Coimbra, 2011, págs. 498 e segs.

fazer efetiva a responsabilidade pelos abusos cometidos no exercício da liberdade de imprensa ou quando o § 1º do art. 13º previa a existência de jurados «nos casos e pelo modo que a lei determinar».

E também da Constituição de 1911, a respeito da regulamentação por lei especial do *habeas corpus* (nº 31 do art. 3º) ou a respeito da incumbência ao primeiro Congresso da República de elaborar a lei sobre os crimes de responsabilidade, o Código Administrativo, as leis orgânicas das províncias ultramarinas, a lei da organização judiciária, a lei sobre a acumulação de empregos públicos, a lei sobre incompatibilidades políticas e a lei eleitoral (art. 85º).

Nas normas da Constituição de 1933, por um lado, devolvia-se para o legislador (na prática, mais o Governo do que a Assembleia Nacional) a disciplina das liberdades públicas (§ 2º do art. 8º), numa tendência, que a doutrina (embora, raramente, os tribunais) contrariaria, para transformar as normas sobre direitos, liberdades e garantias em normas programáticas[15], e, por outro lado, o Estado tomava uma posição francamente intervencionista na vida social e económica (v., entre outros, os arts. 14º, 30º e segs. e 43º).

III – A experiência histórica mostra que são coisas diferentes a proclamação do princípio da igualdade e a sua aceitação e aplicação prática; ou a consagração constitucional e a realização legislativa; e o esforço legislativo vai-se traduzindo na eliminação ou redução de sucessivas desigualdades e na extensão de novos benefícios[16].

As omissões decorrentes da reafirmação do princípio pela Constituição de 1976, no art. 13º e em múltiplos preceitos esparsos foram sendo vencidas (ou tem-se procurado vencê-las) ao longo dos anos por sucessivas reformas: assim, no tocante à igualdade de estatuto familiar dos cônjuges (art. 36º, nºs 3 e 5), à igualdade de direitos dos filhos (art. 36º, nº 4), à igualdade de direitos individuais e coletivos de liberdade religiosa (art. 41º), à proibição de discriminações em razão de deficiência e de riscos agravados de saúde (art. 71º), etc.

15 Cfr. Jorge Miranda, *Contributo* …, cit., págs. 173-174, nota; e *Inviolabilidade do domicílio*, in *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, 1974, págs. 401 e segs. e 416 e segs., e autores citados.

16 Jorge Miranda, *Manual* …, IV, 5ª ed., Coimbra, 2012, pág. 270.

Mas a superação destas ou daquelas desigualdades nunca pode considerar-se definitiva e, por vezes, vem acompanhada do aparecimento de novas desigualdades e até de exclusões. E é aqui, para restabelecer a igualdade, enquanto o legislador não intervém e na medida em que tal seja possível no exercício das funções próprias do Tribunal Constitucional, que são emitidas as sentenças aditivas[17].

IV – Um segundo campo de omissões legislativas contende com os direitos de liberdade e os direitos sociais, estes na vertente negativa de defesa ou de acesso aos correspondentes bens jurídicos[18] [19].

Os direitos de liberdade são, essencialmente, direitos de agir que têm a sua contrapartida num dever geral de respeito pelas entidades públicas e privadas. Não apenas num dever de respeito pelo Estado. Também num dever de proteção, no contexto da ordem constitucional democrática (art. 19º, nº 2) ou da ordem pública numa sociedade democrática (art. 29º, nº 2 da Declaração Universal), e que pode implicar prestações positivas por via legislativa.

Em alguns casos, enunciam-se logo deveres específicos: assegurar, para defesa dos direitos, liberdades e garantias pessoais, procedimentos judiciais caracterizados pela prioridade e pela celeridade (art. 20º, nº 5), estabelecer garantias efetivas contra a obtenção e a utilização abusivas, ou contrárias à dignidade humana, de informações relativas às pessoas e famílias (art. 26º, nº 2), garantir a identidade genética (art. 26º, nº 3), estabelecer os prazo da prisão preventiva (art. 28º, nº 4), especificar os casos e as fases em que, em processo criminal, a assistência por advogado é obrigatória (art. 32º, nº 3), garantir a proteção dos dados pessoais (art. 35º), assegurar, nos órgãos de comunicação social, o direito de resposta e de retificação (art. 37º, nº 4), assegurar a liberdade e a independência desses órgãos perante o poder político e o poder económico (art. 37º, nº 4), assegurar a petição legal dos direitos de autor (art. 42º, nº 2, 2ª parte), dar proteção legal aos membros das comissões de trabalhadores e aos representantes

17 Sobre estas decisões, v., por todos, recentemente, Ricardo Branco, *O efeito aditivo da declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral*, Coimbra, 2010.

18 *Manual* …, IV, cit., págs. 111 e 323.

19 Um exemplo de lei protetora de um direito social na vertente negativa: a Lei nº 35/2007, de 14 de agosto (sobre tabagismo).

sindicais (arts. 54º, nº 4 e 55º, nº 6), dar especial proteção ao trabalho das mulheres durante a gravidez e após o parto, ao trabalho dos menores, dos diminuídos e dos que desempenhem atividades particularmente violentos ou em condições insalubres, tóxicas ou perigosas [art. 59º, nº 2, alínea *c*)], proteger as condições de trabalho dos trabalhadores emigrantes e dos trabalhadores estudantes [art. 59º, nº 2, alíneas *d*) e *e*)], atribuir garantias especiais aos salários (art. 59º, nº 3), assegurar especial proteção às crianças órfãs, abandonadas ou, por qualquer forma, privadas de um ambiente familiar normal (art. 69º, nº 2), assegurar a igualdade de oportunidade e de tratamento das diversas candidaturas [art. 113º, nº 3, alínea *b*)]. E poderiam ainda outros deveres ser acrescentados[20] [21].

O grau mais intenso de proteção consiste na criminalização dos comportamentos, sejam dos titulares de cargos do Estado e de entidades públicas, funcionários e agentes, sejam dos particulares, tendo em conta as conceções de Direito penal confrontadas com os princípios do Estado de Direito democrático (art. 2º)[22].

V – Conhece-se o conceito de normas não exequíveis por si mesmas, nas quais se regista – por motivos diversos de organização social, política e

[20] Cfr. Jorge Pereira da Silva, *O dever* …, cit., págs. 37 e segs.; Jorge Hage, *Omissão inconstitucional e direito subjetivo*, Brasília, 1999; Dirley da Cunha Júnior, *Controle judicial das omissões do poder público*, São Paulo, 2004, págs. 141 e segs.

[21] Cfr., em geral, Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, 1986, trad. *Teoria de los Derechos Fundamentales*, Madrid, 1993, págs. 194 e segs. e 430 e segs.
Na doutrina portuguesa, Paulo Mota Pinto, *O direito ao livre desenvolvimento da personalidade*, in *Portugal Brasil Ano 2000*, obra coletiva, Coimbra, 1999, págs. 189 e segs.; Gomes Canotilho, *Omissões inconstitucionais e deveres de protecção do Estado*, in *Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues*, obra coletiva, II, Coimbra, 2001, págs. 111 e segs.; *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed., Coimbra, 2004, págs. 440 e 1034; Diogo Freitas do Amaral e Rui Medeiros, *Responsabilidade do Estado por causa de omissões legislativas – o caso Aquaparque*, in *Revista de Direito e Estudos Sociais*, agosto-dezembro de 2001, págs. 352 e segs.; Jorge Pereira da Silva, *op. cit.*, págs. 37 e segs.; Cristina Queiroz, *Direitos Fundamentais – Teoria Geral*, 2ª ed., Coimbra, 2010, págs. 377 e segs.; Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, 5ª ed., Coimbra, 2012, págs. 214 e 215; Jorge Miranda, *Manual* …, IV, 5ª ed. cit., págs. 103, 110-111, 326-327 e 407.

[22] V., na doutrina portuguesa, Maria da Conceição Tavares da Silva, *"Constituição e Crime" – Uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*, Porto, 1995; Germano Marques da Silva, *Direito Penal Português*, I, 2ª ed., Lisboa, 2001, págs. 18 e 38 e segs.; Jorge de Figueiredo Dias, *op. cit.*, pásgs. 43 e segs.; Américo Taipa de Carvalho, *Direito Penal – Parte Geral*, 2ª ed., Coimbra, 2008, págs. 47 e segs.; José de Faria Costa, *op. cit.*, págs. 19 e segs.
Cfr. os cinco acórdãos do Tribunal Constitucional sobre a interrupção voluntária da gravidez citados em *Manual* …, IV, pág. 227, nota.

jurídica – um desdobramento: um primeiro comando que substancialmente determina certo objetivo, atribui certo direito prevê certo órgão, e um segundo comando, implícito ou não, que requer a realização desse objetivo, a efetivação desse direito, a constituição desse órgão e que fica dependente de normas adequadas a dispor os necessários instrumentos para tal efeito[23]. E sabe-se bem que são numerosíssimas hoje.

É a necessidade de complementação por normas legislativas, da *interpositio legislatoris* nesse sentido, integrando-a num quadro mais amplo, para que realize a sua finalidade específica, que identifica a norma constitucional não exequível por si mesma.

Quer as normas programáticas (v.g., quase todas as normas de direitos sociais e muitas das normas de organização económica) quer as normas precetivas não exequíveis (*v.g.*, arts. 15º, nºs 4 e 5, 20º, nºs 2 e 3, 33º, nº 9, 38º, nº 5, 40º, 50º, 52º, nº 3, 75º, nº 2, 113º, nºs 4 e 5, 117º, 118º, nº 2, 216º, 238º, nº 4, 240º, nº 2, 255º e segs., 268º, nºs 3 e 4, 270º, 276º) por si mesmas caracterizam-se pela relevância específica do tempo, por uma conexa autolimitação e pela necessidade não tanto de regulamentação quanto de concretização legislativa.

Separam-se, no entanto, por as normas precetivas não exequíveis por si mesmas postularem apenas a intervenção do legislador, atualizando-as ou tornando-as efetivas, e as normas programáticas exigirem mais do que isso, exigirem não só a lei como providências administrativas e operações materiais. As normas precetivas não exequíveis por si mesmas dependem apenas de fatores jurídicos e de decisões políticas; as normas programáticas dependem ainda (e sobretudo) de fatores económicos e sociais.

Daí um maior grau de liberdade do legislador perante as normas programáticas do que perante as normas precetivas não exequíveis: estas deverão ser completadas pela lei nos prazos relativamente curtos delas decorrentes; já as normas programáticas somente terão de ser concretizadas quando se verificarem os pressupostos de facto que tal permitam, a apreciar por aquele[24].

---

23 Cfr. *Manual* …, II, págs. 287 e segs.

24 Diferentemente, considerando que a inconstitucionalidade por omissão não se dá quanto a normas programáticas, por apenas quando haja determinabilidade constitucional é que há necessidade de exequibilidade legislativa, Manuel Afonso Vaz, *O enquadramento jurídico-constitucional dos "direitos*

Nas normas exequíveis por si mesmas, os comandos constitucionais atualizam-se só por si; nas normas não exequíveis precetivas, aos comandos constitucionais acrescem as normas legislativas; e nas normas programáticas tem ainda de se dar uma terceira instância – a instância política, administrativa e material, única com virtualidade de modificar as situações e os circunstancialismos económicos, sociais e culturais subjacentes à Constituição.

A não regulamentação ou a não concretização determinam inconstitucionalidade por omissão.

VI – Para lá destas três categorias principais de omissões legislativas podem vir a deparar-se paralelamente:

> *a*) A omissão de leis internas para dar execução a tratados internacionais ou para proceder à transposição de atos jurídicos da União Europeia (art. 112º, nº 8);
> *b*) A omissão das leis das grandes opções do plano a médio prazo ou anual [arts. 91º e 161º, alínea *g*), 1ª parte];
> *c*) A omissão da lei do orçamento [arts. 105º, 106º e 161º, alínea *g*), 2ª parte];
> *d*) A omissão de aprovação de convenção internacional ou de ato legislativo sobre questões objeto de referendo com resposta afirmativa (art. 115º)[25];
> *e*) A omissão de decreto-lei de desenvolvimento de lei de bases [art. 198º, nº 1, alínea *c*), e nº 3], quando não se trate de conferir exequibilidade a uma norma constitucional;
> *f*) A omissão de declaração de estado de sítio ou de emergência (art. 138º), quando se verifiquem os seus pressupostos constitucionais (art. 19º, nº 2);

Os casos das alíneas *b*), *c*) e *f*) reconduzem-se ainda a inconstitucionalidade por omissão. Não os casos das alíneas *a*), *d*) e *e*), em que haverá ilegalidade *sui generis*[26].

económicos, sociais e culturais", in *Juris et de Jure*, obra coletiva, Porto, 1998, pág. 448. É esta uma conceção demasiado restrita, que recusamos.

25 Cfr. Jorge Miranda, *Manual* …, V, 4ª ed., Coimbra, 2010, págs. 416 e segs.

26 Porque inconstitucionalidade é sempre inconstitucionalidade *direta*. Cfr. *Manual* …, VI, 3ª ed., Coimbra, 2008, págs. 23 e segs.

3 O APARECIMENTO DA FISCALIZAÇÃO DA INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

I – Se todas as Constituições têm conferido às assembleias políticas competência para vigiar pelo cumprimento da Constituição, a Carta acrescentava que, no início das suas sessões, as Cortes examinariam se a Constituição teria sido exatamente observada «para prover como for justo» (art. 139º)[27]. Ora, no objeto desta função de garantia da Constituição cabiam não apenas as infrações positivas mas também a não efetivação de normas como as que acabámos de indicar.

Não deixa de ser elucidativo aproximar desta competência parlamentar a competência atribuída ao Conselho da Revolução, em 1976, como «garante do cumprimento da Constituição» (arts. 142º e 146º), de «velar pela emissão das medidas legislativas necessárias para tomar exequíveis as normas constitucionais», podendo, para o efeito – e nisto residia o elemento inédito, desconhecido de qualquer Constituição anterior – «recomendar aos órgãos legislativos competentes que as emitam em tempo razoável» [art. 279º, em seguimento do art. 146º, alínea *b*)].

II – Uma autónoma fiscalização da inconstitucionalidade por omissão surgiria, entre nós, aquando das negociações com vista à 2ª Plataforma de Acordo Constitucional. A confirmação nos tribunais do seu poder genérico de apreciação da inconstitucionalidade viria a ser acompanhada da organização deste novo instituto.

Na primeira contraproposta apresentada pelo Conselho da Revolução previa-se (3.6): «No caso de o Conselho da Revolução verificar que a Constituição não está a ser cumprida por omissão das medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais, poderá recomendar aos órgãos legislativos competentes que as adotem em tempo razoável. – Quando considerar que as suas recomendações não foram cumpridas, poderá o Conselho da Revolução requerer ao Presidente da República que fixe prazos para que as medidas recomendadas sejam emitidas. – Se os órgãos legislativos continuarem a não adotar as medidas

[27] Fonte: art. 137 da Constituição brasileira de 1824.

recomendadas, e decorridos que sejam os prazos fixados pelo Presidente da República, poderá o Conselho da Revolução substituir-se àqueles e emitir ele próprio as medidas»[28].

A segunda parte da cláusula não obteve o acordo dos partidos, por representar uma verdadeira faculdade de avocação legislativa pelo Conselho. Somente assentaram no que viria a ser o art. 279º, porque, como se disse na Assembleia Constituinte, esta disposição «compromete o Conselho da Revolução na execução da Constituição, mas não concentra nas suas mãos uma soma de poder que poderia ser eventualmente contrária às exigências do sistema democrático»[29].

Porém, a fiscalização da inconstitucionalidade por omissão viria a ser elevada a limite material da revisão constitucional [art. 290º, alínea *m*), hoje 288º, alínea *l*), 2ª parte].

III – Na primeira revisão constitucional, chegou a defender-se, conforme já demos conta, a supressão do instituto. Ele permaneceria, porém (assim como após 1989), apenas com algumas diferenças[30].

São quatro essas diferenças:

1) No texto de 1976, a fiscalização competia ao Conselho da Revolução oficiosamente, como garante do cumprimento da Constituição [citados arts. 146º, alínea *b*), e 279º]; no texto de 1982, carece de uma iniciativa de certos órgãos (art. 283º, nº 1).

2) No texto de 1976, o Conselho da Revolução decidia precedendo parecer da Comissão Constitucional [art. 284º, alínea *b*)]; no texto de 1982, o Tribunal Constitucional aprecia só por si.

3) No texto de 1976, verificada a existência da inconstitucionalidade por omissão, vinha a ser dirigida uma recomendação aos órgãos legislativos competentes (art. 279º); no texto de 1982, o Tribunal Constitucional

28 V. *Fontes e Trabalhos Preparatórios da Constituição*, II, pág. 1213.

29 Deputado Barbosa de Melo, in *Diário*, nº 116, pág. 3830. Cfr., todavia, em sentido algo diverso, a intervenção do Deputado Vital Moreira *(ibidem)*.

30 V. os debates na Comissão Eventual, in *Diário da Assembleia da República*, II legislatura, 2.ª sessão legislativa, 2.ª série, suplemento ao nº 35, pág. 740(32); suplemento ao nº 69, págs. 1288(9) e segs.; suplemento ao nº 93, págs. 1767(17) e segs.; 3º suplemento ao nº 166, págs. 1998(74) e 1998(75); e no Plenário, *ibidem*, 1.ª série, nº 128, págs. 5373 e 5374.

limita-se a dar disso conhecimento ao órgão legislativo competente (art. 283º, nº 2).

4) No texto de 1976, o Conselho da Revolução não era obrigado a formular a recomendação (*podia* formulá-la); e como somente através dela era verificada a inconstitucionalidade por omissão, podia esta, assim, apesar do processo, não vir a ser declarada; no texto de 1982, verificada a existência da inconstitucionalidade, o Tribunal Constitucional *tem de* dar conhecimento do omissão ao órgão legislativo – além de que a sua decisão é publicada no *Diário da República* [art. 119º, nº 1, alínea *g*)].

Estas diferenças prendem-se, obviamente, não tanto com modificações na natureza da fiscalização quanto com diferenças de natureza dos órgãos dela encarregados; resultam da passagem de uma fiscalização política a uma fiscalização essencialmente jurisdicional[31].

IV – Como se observa, apesar deste progresso, a fiscalização da inconstitucionalidade por omissão dir-se-ia, à face da letra do art. 283º, confinada à omissão por o legislador não conferir exequibilidade a normas constitucionais não exequíveis por si mesmas.

Terá de ser assim? Jorge Pereira da Silva responde negativamente com argumentos que impressionam e a que, tudo visto, agora aderimos.

Diz esse Autor: "Tornar exequíveis as normas constitucionais" é, acima de tudo, garantir a integridade da Constituição através da emanação das normas legais. O que está em causa no artigo 283.º é uma concepção

[31] Sobre o sistema de fiscalização da inconstitucionalidade por omissão em Portugal, v. Jorge Miranda, *Inconstitucionalidade por omissão*, cit., *loc. cit.*, *Informática e inconstitucionalidade por omissão*, in *O Direito*, 1989, págs. 575 e segs., e *O Provedor de Justiça e a inconstitucionalidade por omissão*, in *Provedor de Justiça – Sessão comemorativa*, obra coletiva, Lisboa, 1996, págs. 41 e segs.; José Matoso Pacheco, *A inconstitucionalidade por omissão*, trabalho escolar inédito, Lisboa, 1980; Ana Prata, *A tutela constitucional da autonomia privada*, Coimbra, 1982, págs. 61 e segs.; Jorge Bacelar Gouveia, *Inconstitucionalidade por omissão – Consultas directas aos cidadãos a nível local*, in *O Direito*, 1990, págs. 420 e segs. José Julio Fernández Rodríguez, *La inconstitucionalidad por omisión en Portugal*, in *Revista de Direito e Estudos Sociais*, 1995, págs. 265 e segs.; Giovanni Vagli, *Prime riflessioni sul controllo di costituzionalità per ommissione in Portogallo*, in *Diritto e Società*, 1997, págs. 573 e segs.; Jorge Pereira da Silva, *op. cit.*, págs. 99 e segs.; Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*…, cit., págs. 1033 e segs.; Rui Medeiros, anotação in Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, III, Coimbra, 2007, págs. 863 e segs.; Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, II, 4ª ed., Coimbra, 2010, págs. 984 e segs.; Jorge Bacelar Gouveia, *Manual* …, II, cit., págs. 1394 e segs.; Carlos Blanco de Morais, *Justiça*…, II, cit., págs. 497 e segs.

positiva do princípio da constitucionalidade, que impele o legislador para a defesa activa da Constituição no seu conjunto e não apenas de certo tipo de preceitos constitucionais. Além disso, apesar de a inconstitucionalidade por omissão não ser uma categoria unitária, não existe uma separação rígida entre as modalidades em que se subdivide, sendo mais aquilo que as une (…) do que aquilo que as divide – a forma concreta como se apresenta a fonte do dever de legislar. (…) o dever de concretização de normas constitucionais surge, por vezes, combinado com outros deveres específicos de actuação, em particular com o dever de reposição da igualdade violada, mas também com o dever de protecção de direitos fundamentais. Outras vezes mesmo, é praticamente impossível separar o dever de concretização de normas constitucionais de outros deveres específicos de actuação, tal é a forma como surgem imbricados na Constituição.

"Por conseguinte não choca defender a possibilidade de utilizar o meio processual do artigo 283° para fiscalizar inconstitucionalidades por omissão não especificamente resultantes do incumprimento do dever de concretização de normas constitucionais. Muito pelo contrário, importa que o instituto da fiscalização da inconstitucionalidade por omissão acompanhe a evolução da realidade e, muito em particular, o alargamento em número e em qualidade, das exigências constitucionalmente dirigidas ao legislador. Uma interpretação sistemático-teleológica do artigo 283.° não conduz, seguramente, a outro resultado"[32].

E, por nós, acrescentamos ou precisamos três pontos:

1º) O próprio art. 283º, nº 1 fala em *não cumprimento da Constituição* e, a essa luz, justifica-se uma interpretação extensiva do preceito;

2º) No contexto global da ordem constitucional de um Estado de Direito democrático não são menos graves (antes pelo contrário) a infração do princípio da igualdade e a desproteção de direitos constantes de normas aparentemente exequíveis por si mesmas;

3º) Nem isto redunda em desvalorização dos direitos sociais, até porque, como se referiu, também estes envolvem um vetor negativo carente de medidas de proteção.

[32] *Op. cit.*, pág. 145.

V – Na maior parte dos outros ordenamentos, a jurisprudência e a doutrina não ignoram o fenómeno omissivo, mormente o incumprimento do dever de legiferação e têm procurado e encontrado respostas para os múltiplos problemas que suscita.

Na Alemanha, na Áustria, na Itália e na Espanha, apesar de não haver norma constitucional expressa que institua a fiscalização, os respetivos Tribunais Constitucionais têm conseguido chegar a resultados muito semelhantes, através de técnicas muito apuradas de interpretação e integração projetadas em importantes sentenças de vários tipos, em especial as aditivas[33] [34].

Também nos Estados Unidos, os tribunais têm exercido, e com frequência, o poder de solicitar aos órgãos legislativos que aprovem as leis que consideram necessárias; declarando direitos constitucionais ou fundamentais dos cidadãos, esperam que o Congresso ou as Assembleias Legislativas dos Estados adotem, de seguida, as medidas legislativas destinadas a assegurar o seu exercício[35]. Ou é o próprio Supremo Tribunal que descobre ou deduz um novo direito, ao abrigo do IX Aditamento (numa interpretação criadora, aliás impugnada por certa corrente)[36].

---

33 Cfr. *supra*; e ainda Ernst Friesenhan, *op. cit.*, págs. 87-88 e 92 e segs.; Costantino Mortati, *Appunti*…, cit., *loc. cit.*, págs. 957 e segs.; Nicola Picardi, *Le sentenze «integrative» della Corte Costituzionale*, in *Scritti in onore di Costantino Mortati*, obra coletiva, IV, págs. 599 e segs.; Leopoldo Elia, *Le sentenze additive e la più recente giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in *Scritti in onore de Vezio Crisafulli*, págs. 299 e segs.; Marcos Cruz Puente, *La inactividad: una realidad susceptible de control*, Madrid, 1997; Wolfgang Zeidler, relatório do Tribunal Constitucional alemão, in *Justiça Constitucional e Espécies, Conteúdo e Efeitos*, págs. 55-56 e 62 e segs.; Maria Angeles Ahumada Ruiz, *El control de la constitucionalidad de las omisiones legislativas*, in *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 1991, págs. 169 e segs.; *Inconstitucionalidad por omisión*, obra coletiva (cord. Victor Bazaj), Bogotá, 1997; Ignacio Villaverde Menéndez, *La Inconstitucionalidad por omisión*, Madrid, 1997; Jose Julio Fernández Rodriguez, *La inconstitucionalidad por omisión*, Madrid, 1998; Allan Randolph Brever-Carias, *Constitutional court as positive legislator: a comparative law study*, Nova Iorque, 2011.

34 Um exemplo: a sentença do Tribunal Constitucional federal de 29 de setembro de 1990 sobre o sistema eleitoral para as primeiras eleições da Alemanha unificada. V. Pedro Cruz Villalon, *Legislación electoral y circunstancias excepcionales: la igualdad de oportunidades de los partidos politicos y las primeras elecciones generales de la nueva R.F.A.*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1990, págs. 129 e segs.

35 V. John Agresto, *The Supreme Court and Constitutional Democracy*, Itaca e Londres, 1984, págs. 118-119, nota; Robert Schapiro, *The Legislator Injunction: A Remedy for Unconstitutional Legislative Inaction*, in *The Yale Law Journal*, nº 99, 1989, págs. 231 e segs..

36 Cfr., por todos, Jeffrey Reiman, *The Constitution, Rights and the Conditions of Legitimacy*, in *Constitutionalism – The Philosophical Dimension*, obra coletiva editada por Alan S. Rosenbaum, Nova Iorque, 1988, págs. 127 e segs.

Mas a primeira Constituição que terá contemplado *ex professo* a fiscalização da inconstitucionalidade por omissão terá sido a jugoslava de 1974 (com o seu art. 377º). E a ela – mas sem sua influência[37] – se seguiriam a Constituição portuguesa de 1976 (art. 279º, depois 283º), e, tendo esta por fonte, as Constituições brasileira de 1988 (arts. 103, § 2º, e 5º-LXXI), a santomense (art. 148º), as angolanas de 1992 [arts. 134º, alínea *c*), e 156º] e de 2010 (art. 232º), e a timorense [arts. 126º, nº 1, alínea *c*) e 151º); a fiscalização consta também da Constituição venezuelana (art. 336º, nº 7).

VI – No Brasil, a par da ação de inconstitucionalidade por omissão, foi criada uma figura nova, o *mandado de injunção*.

A «ação de inconstitucionalidade» é proposta por certos órgãos e entidades perante o Supremo Tribunal Federal. Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida legislativa para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias (art. 103, nº 2).

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 (art. 5º-LXXI). Compete ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar, originariamente, o mandado de injunção, quando a elaboração de norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores ou do próprio Supremo Tribunal Federal [art. 102, nº 1, alínea *q*)].

As duas figuras parecem distinguir-se por um diferente sentido e alcance[38]. A ação de inconstitucionalidade por omissão é uma modalidade de fiscalização abstrata, o mandado de injunção uma modalidade de fiscalização concreta. O órgão competente para conhecer daquele é o

37 Ao contrário do que escreve JORGE PEREIRA DA SILVA, *Dever* …, cit., pág. 99.

38 Cfr., por exemplo, FLÁVIA PIOVESAN, *Proteção judicial contra omissões legislativas*, São Paulo, 1995; ANDRÉ PUCCINELLI JÚNIOR, *A omissão legislativa inconstitucional e a responsabilidade do legislador*, São Paulo, 2007;

Supremo Tribunal Federal, o órgão competente para conhecer desta pode ser qualquer tribunal. A primeira tutela qualquer norma constitucional, a segunda normas não exequíveis por si mesmas, principalmente normas atinentes a direitos de liberdade. Enfim, na ação de inconstitucionalidade por omissão, o Supremo Tribunal não se substitui ao órgão legislativo, apenas declara a existência de inconstitucionalidade, ao passo que no mandado de injunção o tribunal pode emitir as medidas necessárias, de efeito individual ou *erga omnes* consoante os casos[39].

Só desde há relativamente pouco tempo o mandado de injunção começou a receber efetividade.

4 SENTIDO DA FISCALIZAÇÃO DA INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO DO ART. 283º

I – A fiscalização prevista no art. 283º não possui carácter preventivo, nem substitutivo. Não tem carácter preventivo, mas sim natureza de fiscalização *a posteriori*, porque o Tribunal Constitucional (como, anteriormente, o Conselho da Revolução) não interfere na formação de quaisquer atos e só pode agir em consequência duma omissão juridicamente relevante a cujo reconhecimento tem de proceder. Não tem carácter substitutivo, porque não pode o Tribunal adotar as medidas que

Carlos Blanco de Morais, *O controle da inconstitucionalidade por omissão no ordenamento brasileiro e a tutela dos direitos sociais*, in *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, nº 78, janeiro-março de 2012, págs. 153 e segs.

39 Cfr., entre muitos, Herzeleide Maria Fernandes de Oliveira, *O Mandado de Injunção*, in *Revista de Informação Legislativa*, nº 100, outubro-dezembro de 1988, págs. 47 e segs.; Adhemar Ferreira Maciel, *Mandado de injunção e inconstitucionalidade por omissão*, *ibidem*, nº 101, janeiro-março de 1989, págs. 115 e segs., e in *O Direito*, 1994, págs. 83 e segs.; Paulo Lopo Saraiva, *O Mandado de Injunção, os Direitos Sociais e a Justiça Constitucional*, in *Revista de Informação Legislativa*, nº 108, setembro-dezembro de 1990, págs. 84 e segs.; José Afonso da Silva, *Mandado de Injunção e Habeas Corpus*, São Paulo, 1988; *Mandado de Segurança e de Injunção*, obra coletiva, São Paulo, 1990; Luís Roberto Barroso, *Mandado de Injunção: o que foi sem nunca ter sido*, in *Estudos em homenagem ao Prof. Caio Tácito*, obra coletiva, Rio de Janeiro, 1997, págs. 429 e segs.; Jorge Hage, *Omissão inconstitucional e direito subjectivo*, Brasília, 1999; Regina Quaresma, *O mandado de injunção e a acção de inconstitucionalidade por omissão*, 3.ª ed., Rio de Janeiro, 1999; Jorge Pereira da Silva, *op. cit.*, págs. 103 e seg.; Vanice Regina Lírio do Valle, *A construção de uma garantia constitucional: compreensão da Suprema Corte quanto ao mandado de injunção*, Rio de Janeiro, 2005; Luciane Molessa de Souza, *Efeitos da decisão no mandado de injunção: cotejo com a ação civil pública e a ação popular*, in *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, nº 65, outubro-dezembro de 2008, págs. 158 e segs.; Carlos Blanco de Morais, *Justiça* …, II, págs. 509 e segs.

repute necessárias, ainda quando o órgão legislativo, ao qual tenha sido comunicada a verificação, não supra a omissão.

Poderia indagar-se sobre se o instituto se traduz exatamente numa fiscalização de inconstitucionalidade e se não deveria, antes, ser considerado uma medida de defesa da Constituição (em sentido amplo), afim de outras medidas. O interesse prático desta diferente qualificação não ressalta claro e, para lá disso, ela não é corroborada pela localização sistemática e pela importância da omissão legislativa na dinâmica do sistema.

Nem a virtual inefetividade da decisão de fiscalização afeta o sentido jurídico do instituto, apenas patenteia a sua debilidade tal como se encontra plasmado.

II – Antes de mais, somente é de ter por relevante o não cumprimento da Constituição que se manifeste através do não cumprimento de uma das suas normas, devidamente individualizada. Não é escopo do art. 283º a apreciação dos resultados globais de aplicação da Constituição, mas a apreciação de uma situação de violação necessariamente demarcada a partir de uma norma a que o legislador ordinário não confere exequibilidade.

A inconstitucionalidade por omissão – tal como a inconstitucionalidade por ação – não se afere em face do sistema constitucional em bloco. A violação é aferida olhando a uma norma violada, e não ao conjunto de regras e princípios. Se assim não fosse, o juízo de inconstitucionalidade seria indefinido, fluido e dominado por considerações extrajurídicas e o órgão de garantia poderia ficar remetido ao arbítrio ou à paralisia.

Quer isto dizer que inconstitucionalidade por omissão implica preterição de um dever, de um certo e determinado dever do legislador. E este pode provir quer da exigência de feitura de uma concreta lei (*v.g.*, a lei sobre a responsabilidade criminal dos titulares dos cargos políticos) quer de normas de aplicação permanente (*v.g.*, de proteção deste ou daquele direito)[40].

Conforme aduz o Tribunal Constitucional, a intervenção do legislador não se reconduz aqui ao «dever» que impende sobre o órgão

[40] Cfr. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional* …, cit., pág. 1035 (distinguindo *ordem de legislar* e *imposição constitucional*); Rui Medeiros, anotação cit., *loc. cit.*, pág. 877; Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, II, 4ª ed., Coimbra, 2010, pág. 990.

ou órgãos de soberania para tanto competentes de acudir às necessidades «gerais» de legislação que se façam sentir na comunidade jurídica (isto é, não se reconduz ao «dever geral» de legislar), mas é antes algo que deriva de uma específica e concreta incumbência ou encargo constitucional (*Verfassungsauftrag*). Por outro lado, trata-se de uma incumbência ou «imposição» não só claramente definida quanto ao seu sentido e alcance, sem deixar ao legislador qualquer margem de liberdade quanto à sua própria decisão de intervir (isto é quanto ao *an* da legislação) – em tais termos que se pode bem falar, na hipótese, de uma verdadeira «ordem de legislar» –, como o seu cumprimento fica satisfeito logo que por uma vez emitidas (assim pode dizer-se) as correspondentes normas[41].

III – Na generalidade dos casos, tratar-se-á de uma norma-regra, e não de uma norma-princípio. Não é de excluir, no entanto, que também em relação a certos princípios – desde logo, em relação ao princípio de igualdade – possa ocorrer um problema de exequibilidade por via legislativa[42].

IV – A norma legislativa orientada para dar cumprimento à Constituição há-de constar de lei, de decreto-lei ou decreto legislativo regional, de acordo com as competências do Parlamento, do Governo e das Assembleias Legislativas regionais.

Não pode ser:

> – outra norma constitucional, a formular em ulterior revisão, porque a Constituição mesmo quando propõe grandes objetivos e metas de transformação, deve ser interpretada tal como existe, deve ser interpretada como texto jurídico que é e não como, provavelmente, virá a ser;
> – norma constante de tratado, porque, embora homóloga de norma constante de lei, a sua produção não depende da vontade unilateral do Estado Português;

41 Acórdão nº 276/89, de 28 de fevereiro, in *Diário da República*, 2.ª série, de 12 de junho de 1989. Cfr. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional…*, cit., págs. 1034 e 1035.

42 Neste sentido, Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição…*, 3ª ed., Coimbra, 1993, pág. 1048, que nos convenceram a alterar a posição antes adotada neste *Manual* (II, 3.ª ed., cit., pág. 519); ou Rui Medeiros, anotação cit., *loc. cit.*, pág. 878. Contra, Carlos Blanco de Morais, *Justiça* …, II, cit., págs. 532 e 533.

– norma legislativa produzida por órgão legislativo constitucionalmente não competente, nem sequer norma legislativa de Estado afastando inércia de órgão regional[43];
– norma regimental, porque não pode ela dar garantia ou efetividade fora do âmbito da respetiva assembleia ou das relações com outros órgãos;
– norma regulamentar, porque os regulamentos se reportam à «boa execução das leis» [arts. 112º, nº 8, e 199º, alínea *c*)], individual ou globalmente consideradas, e não à execução da Constituição;

Em contrapartida, poderá ser uma lei de bases, contanto que dotada de suficiente densidade normativa[44].

A lei será quase sempre uma lei expressamente feita após a entrada em vigor da Constituição (ou da lei de revisão). Todavia, o conferir de correção, ou de exequibilidade poderá ser obtido por adaptação e até por aproveitamento de leis anteriores, contanto que estas, como quaisquer outras, sejam repensadas à luz da constelação de valores ínsitos nas normas constitucionais (e, nesta hipótese, não haverá que suscitar inconstitucionalidade por omissão).

V – O juízo da inconstitucionalidade por omissão traduz-se num juízo sobre o tempo em que deveria ser produzida a lei: nenhuma omissão pode ser descrita em abstrato, mas somente em concreto, balizada entre determinados eventos, estes de sinal positivo.

A ausência ou a insuficiência da norma legal não pode ser separada de determinado tempo histórico, assinalado pela necessidade de produção legislativa e cuja duração, maior ou menor, ou será prefixada pela própria Constituição ou dependente da natureza das coisas (ou seja, da natureza da norma constitucional confrontada com as situações da vida, inclusive a situação que, à sua margem ou contra ela, esteja, por ação, o legislador ordinário a criar).

43 Cfr. acordão nº 382/2007, de 3 de julho (sobre incompatibilidades e impedimentos de Deputados regionais da Madeira), in *Diário da República*, 1.ª série, nº 144, de 27 de junho de 2007.

44 Infletimos aqui o nosso pensamento, aderindo ainda a Jorge Pereira da Silva, *op. cit.*, págs. 155 e segs.

Assim, o órgão de fiscalização, sem se substituir ao órgão legislativo, tem de medir e interpretar o tempo decorrido – esse tempo que fora dado ao órgão legislativo para emanar a lei; e terá de concluir pela omissão, sempre que, tudo ponderado, reconhecer que o legislador não só podia como devia ter emitido a norma legal, diante de determinadas circunstâncias ou situações em que se colocou ou foi colocado. Omissão legislativa equivale a mora legislativa.

O significado último da inconstitucionalidade por omissão consiste no afastamento, por omissão, por parte do legislador ordinário, dos critérios e valores da norma constitucional em causa; e esse afastamento só pode ser reconhecido no tempo concreto em que um e outro se movam[45].

VI – De certo modo, pode aventar-se que a inconstitucionalidade por omissão se reconduz a uma inconstitucionalidade por ação numa aceção latíssima – por reverter na persistência de regras legislativas e de comportamentos em contradição com o sentido objetivo da norma constitucional ou da Constituição.

Por outro lado, algumas omissões parciais implicam, desde logo, inconstitucionalidade por ação, por violação do princípio da igualdade, sempre que acarretem um tratamento mais favorável ou desfavorável prestado a certas pessoas ou a certas categorias de pessoas, e não a todas as que, estando em situação idêntica ou semelhante, deveriam também ser contempladas do mesmo modo pela lei. É então que, reagindo contra o arbítrio, mais se propicia a intervenção do Tribunal Constitucional a trabalhar sobre as normas legais que contenham essas omissões ou a declará-las inconstitucionais.

E também, como se sabe, a revogação da lei que dê exequibilidade a certa norma constitucional, sem ser acompanhada de emissão de nova lei, determina inconstitucionalidade material do ato revogatório[46].

VII – Para além disso, contudo, em vários casos em concreto produz-se uma estreita interpenetração da inconstitucionalidade por ação e

45 Daí que seja irrecusável um elemento de facto também na apreciação da inconstitucionalidade por omissão.
46 V. *Manual…*, II, cit., págs. 293.

da inconstitucionalidade por omissão, em consequência da forma como se acha organizado e se dinamiza o sistema jurídico.

Nestas hipóteses, não pouco delicado se revela delimitar o juízo sobre a inconstitucionalidade de certos preceitos e a verificação de uma inconstitucionalidade por omissão: o juízo que conclui pela conformidade de dada norma com a Constituição pode depender da verificação da vigência de certas outras regras no ordenamento nacional[47].

Uma apreciação da inconstitucionalidade pode, pois, chegar quer a um, quer a outro tipo de inconstitucionalidade, conforme se tem verificado também em Portugal, com consequências de vulto[48]. Mas isto não autoriza o Tribunal Constitucional, quando chamado a decidir no âmbito do art. 281º, a convolar o seu juízo numa verificação nos termos do art. 283º A distinção dos dois institutos entre nós exige uma diferenciação de iniciativas e de processos[49]. O que pode é qualquer dos órgãos com legitimidade segundo o art. 283º vir a pedir, conjuntamente, a fiscalização da inconstitucionalidade por ação e da inconstitucionalidade por omissão[50].

VIII – Haverá omissão relevante, quando, não existindo ainda norma legislativa, esteja desencadeado o procedimento legislativo a ela dirigido, objetivamente cognoscível, como sucede quando tenha sido apresentado um projeto ou uma proposta de lei à Assembleia da República ou a qualquer das Assembleias Legislativas regionais? E haverá omissão quando, estando aprovado já pelo órgão legislativo o projeto ou a proposta, a correspondente lei ainda não tenha sido publicada?

Quando ainda nem está aprovado o projeto ou a proposta, continua a dar-se inconstitucionalidade por omissão. Esta deve apurar-se

47 Parecer nº 9/78, de 14 de março, da Comissão Constitucional, in *Pareceres*, v, pág. 29.

48 V., designadamente, o acórdão nº 423/87, de 27 de outubro, in *Diário da República*, 1ª série, de 26 de novembro de 1987 (sobre ensino de religião nas escolas públicas), ou o acórdão nº 509/2002, de 19 de dezembro, *ibidem*, de 12 de fevereiro de 2003 (sobre rendimento mínimo garantido). Nos dois casos, porém, o Tribunal na sua decisão, «não verificou a existência de inconstitucionalidade por omissão».

49 Tal é a tese que temos defendido. No parecer nº 9/18, a Comissão Constitucional entendeu diversamente (com o nosso voto de vencido, in *Pareceres*, v, págs. 36 e segs.) e o Conselho da Revolução formulou, de seguida, uma recomendação, através da Resolução nº 56/78, de 18 de abril; mas já no parecer nº 35/79, de 13 de novembro (*ibidem*, x, págs. 139-140), a Comissão aproximou-se da orientação por nós preconizada. Na mesma linha, Rui Medeiros, anotação cit., *loc. cit.*, pág. 874.

50 Foi o que aconteceu no processo que provocou o acórdão nº 359/91, de 9 de julho, in *Diário da República*, 1.ª série-A, de 15 de outubro de 1991.

independentemente de qualquer *iter* conducente ao seu suprimento, porquanto só conferem exequibilidade a normas constitucionais medidas legislativas atuais e não futuras ou potenciais. A observação da prática parlamentar – com dezenas e dezenas de iniciativas legislativas, sem qualquer seguimento – leva outrossim a esta conclusão.

Ao invés, se o processo já está concluído no órgão legislativo competente e se dele já não depende a edição da norma, não se justifica mais qualquer juízo de inconstitucionalidade sobre o seu comportamento. No entanto, obviamente, a omissão só desaparece com a entrada em vigor da norma.

IX – Se o órgão legislativo, apesar da verificação da existência da omissão, persistir na sua inércia para lá de um *tempo razoável*[51], *nada impede que seja desencadeado um novo processo de fiscalização por qualquer dos órgãos com poder de iniciativa*[52].

Assim como, à semelhança do que sucede na fiscalização da inconstitucionalidade por ação, nada impede que, em caso de decisão negativa do Tribunal Constitucional, o mesmo órgão renove o seu pedido, também, naturalmente, em tempo razoável.

X – A inconstitucionalidade por omissão não surge apenas por carência de medidas legislativas, surge também por deficiência delas. Mas isto não significa que, perante um projeto ou uma proposta de lei com vista ao cumprimento de determinada norma constitucional, tenha de se proceder à sua análise para discernir se o sentido dos seus preceitos se enquadra ou não no sentido da Constituição. De jeito algum cabe ao órgão de fiscalização da inconstitucionalidade por omissão debruçar-se, a esse título, sobre o conteúdo de qualquer ato de iniciativa legislativa.

51 Para usar a fórmula do art. 279º inicial.

52 Paulo Otero (*Ensaio*…, cit., págs. 147-148) entende que, nesta hipótese, o Tribunal Constitucional se encontra vinculado ao caso julgado, não podendo deixar de considerar que existe inconstitucionalidade por omissão quanto à execução legislativa de uma dada norma constitucional, se anteriormente o havia verificado em circunstâncias jurídico-faturas idênticas.
Mas parece ser levado demasiado longe a similitude com a declaração de inconstitucionalidade na fiscalização sucessiva abstrata.

Até à deliberação da Assembleia da República não haverá norma que possa ser ou não suscetível de exame no confronto da Constituição; e enquanto isso se não verificar também o efeito da eventual apreciação que o Tribunal Constitucional realizasse não seria outro senão uma diminuição da capacidade legiferante da Assembleia.

Muito menos teria qualquer fundamento averiguar da conformidade de normas de um projeto com as normas da Constituição, porque tal indagação acabaria por redundar em fiscalização preventiva da inconstitucionalidade por ação, a qual só se torna possível na fase da promulgação (art. 278º) e porque, de todo o modo, nunca um processo nos termos do art. 283º poderia redundar em processo diferente.

5 O PROCESSO DE FISCALIZAÇÃO DA INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

I – O poder de iniciativa da apreciação da existência da inconstitucionalidade por omissão cabe ao Presidente da República, ao Provedor de Justiça e, com fundamento em violação dos direitos das regiões autónomas, aos presidentes das Assembleias Legislativas Regionais (art. 283º, nº 1)[53].

A iniciativa do Presidente ou a do Provedor podem dizer respeito a leis em falta quer do Estado quer das regiões autónomas. A dos presidentes das Assembleias Legislativas Regionais parece só poderem dizer respeito a leis regionais, bem como a leis do Estado condicionadoras de poderes de autonomia [art. 227º, nº 1, alíneas *i*), *in fine* e *j*)] e atinentes a matérias de âmbito regional reservadas à Assembleia da República [art. 164º, alíneas *b*), *j*), *m*), 2ª parte, *r*) e *t*)].

Somente aqui – por causa do princípio do pedido – ocorre simetria ou paralelismo com a apreciação da inconstitucionalidade por ação[54].

[53] Mais, amplamente, na fiscalização da ilegalidade por omissão a legitimidade cabe tanto ao Ministério Público quanto aos titulares de interesses difusos e a qualquer pessoa que alegue um prejuízo resultante da omissão (art. 77º, nº 1 do Código de Processo nos Tribunais Administrativos).

[54] Sobre os órgãos com poder de iniciativa, v. *Diário da Assembleia da República*, II legislatura, 2.ª sessão legislativa, 2.ª série, suplemento ao nº 69, pág. 1288(10), e suplemento ao nº 93, pág. 1762(19).

II – A Lei nº 28/82 remete para o regime da fiscalização abstrata sucessiva da inconstitucionalidade por ação (art. 67º). De registar a necessidade de audição do órgão, não já do órgão autor da norma, mas do órgão que *deveria ser* (ou *deveria ter sido*) autor da norma (em falta) – o órgão que o Tribunal Constitucional considera competente para emanar a medida legislativa que dê exequibilidade à norma constitucional.

III – Se, na pendência do processo de fiscalização da inconstitucionalidade por omissão, for publicada lei que confira plena exequibilidade à norma constitucional não exequível por si mesma, o Tribunal Constitucional tem considerado que se verifica, não uma situação de inutilidade superveniente, mas sim uma hipótese em que deve ser proferida urna decisão de mérito que corresponda à situação entretanto existente, concluindo designadamente pela não verificação da omissão das medidas legislativas necessárias à exequibilidade da norma constitucional pretensamente violada[55].

IV – Quando o Tribunal Constitucional verificar a existência de inconstitucionalidade por omissão, dará disso conhecimento ao órgão legislativo competente (art. 283º, nº 2). Nada mais[56]. É uma decisão puramente declarativa, embora com cunho receptício.

---

55 Rui Medeiros, anotação cit., *loc. cit.*, págs. 880-881. V., entre outros, o acórdão nº 424/2001, de 9 de outubro, in *Diário da República*, 2ª série, de 14 de novembro de 2001.

56 Semelhantemente, no Brasil (art. 103º, § 3º da Constituição): "Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, não se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias". Diferentemente, na Venezuela (art. 336º, nº 7): "Compete à Câmara Constitucional do Tribunal Supremo de Justiça declarar a inconstitucionalidade das omissões do poder legislativo, municipal, estadual ou nacional, quando este tenha deixado de emanar as normas ou medidas indispensáveis para garantir o cumprimento desta Constituição ou as tenha emanado de forma incompleta; e estabelecer os prazos e, se necessário, as linhas gerais da sua correção".
Ou, no Direito português, quanto à ilegalidade por omissão de norma que seja necessária para dar exequibilidade a atos legislativos carentes de regulamentação (art. 77º, nº 2 do Código de Processo nos Tribunais Administrativos): "Quando o tribunal verifique a existência de uma situação de ilegalidade por omissão (…) disso dará conhecimento à entidade competente, fixando prazo não inferior a seis meses, para que a omissão seja suprida".
Curiosamente, Carlos Blanco de Morais (*Justiça* …, II, pág. 543) admite a introdução, por revisão constitucional, de uma fórmula que atribua ao Tribunal Constitucional a faculdade de impor ao órgão legislativo inadimplente um prazo para suprir a omissão, implicando o desrespeito, esgotado o prazo, o

Seria, no entanto, erróneo assimilar a verificação da existência da inconstitucionalidade por omissão à declaração de inconstitucionalidade por ação. Uma coisa é declarar inválida ou ineficaz uma norma com os efeitos que isso produz; outra coisa declarar que falta uma norma que não deveria faltar.

A verificação da existência de inconstitucionalidade por omissão não altera a ordem jurídica, circunscreve-se a fator, a *impulso legiferante*[57] *– a juntar, provavelmente, a outros – suscetível de levar os órgãos legislativos a transformar o seu comportamento de negativo em positivo.*

E é assim, por uma necessidade de equilíbrio entre o princípio da garantia da Constituição, encarnado no Tribunal Constitucional, e o princípio democrático, encarnado nos órgãos legislativos; é assim, mais uma vez, por decorrência do Estado de Direito democrático.

6 A PRÁTICA DA FISCALIZAÇÃO

I – Tem sido muito exíguo (por circunstancialismos derivados da situação político-constitucional do país e por menor sensibilidade ao instituto por parte dos órgãos de iniciativa) o número de vezes em que foi exercida a fiscalização da inconstitucionalidade por omissão em Portugal.

II – Do primeiro período constitucional (de 1976 a 1982), refiram-se os seguintes pareceres da Comissão Constitucional:

– Parecer nº 4/77, de 8 de fevereiro (sobre direitos de participação das organizações de trabalhadores)[58];
– Parecer nº 8/77, de 3 de março (sobre participação na reforma agrária)[59];
– Parecer nº 11/77, de 14 de abril (sobre organizações de ideologia fascista)[60];

bloqueamento do agendamento parlamentar de outras propostas e projetos até que fosse agendada prioritariamente uma iniciativa relativa à norma em falta.

57 V. *Manual…*, v, cit., págs. 264 e segs.

58 *Pareceres*, I, págs. 77 e segs.

59 *Ibidem*, I, págs. 145 e segs.

60 *Ibidem*, II, págs. 3 e segs.

– Parecer nº 9/78, de 14 de março (sobre trabalhadores de serviço doméstico)[61];
– Parecer nº 35/79, de 13 de novembro (sobre acesso à Universidade)[62];
– Parecer nº 1/81, de 12 de maio (sobre acesso ao ensino dos trabalhadores e dos filhos dos trabalhadores)[63].

Só em dois casos (quanto a organizações de ideologia fascista e quanto aos direitos dos trabalhadores do serviço doméstico) concluiu a Comissão pela ocorrência da inconstitucionalidade por omissão e só nesses dois casos formulou o Conselho da Revolução a correspondente recomendação.

III – No segundo período constitucional têm sido também escassas as intervenções pedidas ao Tribunal Constitucional:

– Acórdão nº 182/89, de 1 de fevereiro (sobre direitos dos cidadãos perante a utilização da informática)[64];
– Acórdão nº 276/89, de 28 de fevereiro (sobre crimes de responsabilidade dos titulares de cargos políticos)[65];
– Acórdão nº 36/90, de 14 de fevereiro (sobre referendos ou consultas diretas aos cidadãos a nível local)[66];
– Acórdão nº 351/91, de 9 de julho (sobre comunicação do direito de arrendamento aos filhos menores nascidos fora do matrimónio)[67];
– Acórdão nº 638/95, de 15 de novembro (sobre ação popular)[68];
– Acórdão nº 424/2001, de 9 de outubro (sobre candidaturas de grupos de cidadãos a órgãos das autarquias locais)[69];

61 *Ibidem*, v, págs. 21 e segs.
62 *Ibidem*, x, págs. 135 e segs.
63 *Ibidem*, xv, págs. 71 e segs.
64 *Diário da República*, 1.ª série, de 2 de março de 1989.
65 *Ibidem*, 2.ª série, de 12 de junho de 1989.
66 *Ibidem*, 2.ª série, de 4 de julho de 1990.
67 Já citado.
68 *Diário da República*, 2.ª série, de 28 de dezembro de 1995.
69 *Ibidem*, 2.ª série, de 14 de novembro de 2001.

– Acórdão nº 474/2002, de 19 de novembro (sobre assistência material no desemprego aos trabalhadores da Administração pública, funcionários e agentes)[70] [71].

Em todos os sete casos a iniciativa proveio do Provedor de Justiça e somente no primeiro e no último o Tribunal considerou que se verificava inconstitucionalidade por omissão. No entanto, o desencadear do processo de fiscalização viria a mostrar-se suficiente, nos outros casos, para o legislador corrigir a sua falta, de tal sorte que quando o Tribunal Constitucional veio a decidir já não se verificava a omissão…

7 INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO E RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

I – O art. 22º da Constituição estabelece a responsabilidade civil do Estado por ações ou omissões praticadas no exercício das suas funções e por causa desse exercício de que resulte violação de direitos, liberdades e garantias ou prejuízo para outrem. E é norma imediatamente aplicável[72].

Por conseguinte, quando o Estado não cumpre os seus deveres de atribuição e proteção de direitos dos cidadãos, previstos em normas constitucionais, exequíveis e não exequíveis, e se verifique um nexo de causalidade entre essa omissão e o dano ocorrido, os cidadãos têm o direito de procurar e obter o respetivo ressarcimento. Se é assim quando haja lesões de saúde pública, dos direitos dos consumidores ou do ambiente (art. 52º, nº 3), também deve ser assim perante outros direitos, ponderados os princípios e interesses ser constitucionalmente relevantes.

A inexistência de um sistema de fiscalização difusa da inconstitucionalidade por omissão não impede o reconhecimento judicial de omissões que sejam pressuposto de responsabilidade.

II – A Lei nº 67/2007, de 31 de dezembro, contempla, como se sabe, a responsabilidade no exercício da função legislativa em moldes

70 *Ibidem*, 1.ª série-A, de 18 de dezembro de 2002.

71 Confrontando os pareceres da Comissão e os acórdãos do Tribunal, v. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição* …, 4ª ed., II, págs. 988 e segs.

72 Cfr. *Manual* …, IV, cit., págs. 385 e segs.

algo restritivos, por a ligar a danos anormais, por a sua existência e a sua extensão serem determinadas atendendo às circunstâncias de cada caso e, designadamente, ao grau de clareza e precisão das normas violadas, ao tipo de inconstitucionalidade e ao facto de terem sido adotadas ou omitidas diligências suscetíveis de evitar a situação de ilicitude e por o número de lesados justificar a fixação de indemnização equitativa em montante inferior ao que corresponderia à reparação integral dos danos causados (art. 15º, nºs 1, 4 e 6)[73].

Decerto, estão na origem deste cuidado a necessidade de não transmutar o Estado em *Big Brother*, responsável de forma global, integral e providencial por todas as ações e omissões dos seus órgãos[74]. A aceitação generalizada e sem limites de uma obrigação de indemnizar poderia constituir um encargo financeiro muito pesado e atingir a liberdade de conformação do legislador, obrigando-o a renunciar à satisfação de necessidades sociais porventura mais prementes e a consignar parte importante das suas receitas ao pagamento de indemnizações[75].

Todavia, no que se refere à inconstitucionalidade por omissão a Lei nº 67/2007 ainda é mais apertada, por fazer depender a constituição em responsabilidade da prévia verificação pelo Tribunal Constitucional (art. 15º, nº 3)[76]. Ora, como são poucos e têm-se revelado extremamente silentes os órgãos com legitimidade para desencadear a fiscalização segundo o art. 283º, torna-se patente a dificuldade à face do art. 22º da Constituição[77].

Não vemos senão duas formas de a ultrapassar:

---

73 Sobre o art. 15º da Lei nº 67/2007, Carlos Alberto Fernandes Cadilha, *Regime de Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais entidades públicas Anotado*, 2ª ed., Coimbra, 2011, págs. 296 e segs.

74 Gomes Canotilho, anotação ao acórdão da Relação de Lisboa de 7 de Maio de 2002, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, nºs 3927 e 3928, outubro-novembro de 2001, págs. 220 e segs.

75 Diogo Freitas do Amaral e Rui Medeiros, *op. cit.*, *loc. cit.*, pág. 341.
Por sinal, estes Autores escrevem em parecer destinado a sustentar o direito a indemnização no chamado caso Aquaparque, ao passo que Gomes Canotilho é muito crítico do acórdão que o resolveu em sentido favorável à indemnização.

76 Mas o Tribunal Constitucional considerou, antes da Lei nº 67/2007, que a lei não podia exigir a prévia verificação da inconstitucionalidade por omissão, pois, doutra forma, retiraria ao interessado a possibilidade de aceder a tribunal para defesa da sua pretensão: acórdão nº 238/97, de 12 de Março, in *Diário da República*, 2ª série, de 14 de Maio de 1997.

77 Por isso, não pode aceitar-se aquilo que dizem Manuel Afonso Vaz *et alii*, *Direito Constitucional – O sistema constitucional português*, Coimbra, 2012, pág. 212: que o art. 283 impede os tribunais de diretamente responsabilizar o Estado pela omissão legislativa.

– ou considerar inconstitucional o preceito pertinente da Lei nº 67/2007;
– ou considerar que ele se confina à omissão por não se dar exequibilidade a normas constitucionais não exequíveis por si mesmas (que ele se confina à letra do art. 283º), ficando aberto a outros tribunais além do Tribunal Constitucional o poder de conhecer de omissões traduzidas em preterição do princípio da igualdade ou em desproteção de direitos fundamentais.

Parece preferível, a todos os títulos, a segunda alternativa. Apenas importa notar que os tribunais competentes para efeito de responsabilidade civil extracontratual do Estado, mesmo a resultante do exercício de função legislativa, são os tribunais administrativos [art. 4º, nº 1, alínea *g*) do Estatuto destes tribunais, aprovado pela Lei nº 13/2002, de 19 de fevereiro].

8 A CAMINHO DA FISCALIZAÇÃO CONCRETA?

I – Para além das decisões aditivas (quanto a omissões parciais nos termos atrás descritos) e das ações de responsabilidade civil por omissão legislativa[78], poderá haver outras formas de atenuar as insuficiências da fiscalização abstrata do art. 283º? Poderá haver fiscalização concreta?

Há alguns anos, partindo da aplicabilidade direta dos preceitos sobre direitos, liberdades e garantias, já dois Autores se pronunciaram afirmativamente.

Segundo Fausto de Quadros, os órgãos de aplicação do Direito não poderiam fugir ao respeito pelos direitos fundamentais catalogados na Constituição enquanto durasse a inércia dos órgãos legislativos. A simples vocação de aplicabilidade direta dos preceitos constitucionais sobre direitos fundamentais obrigá-los-ia a, através das regras de interpretação e de integração de normas, tudo fazer para suprir a inexistência de normas ou atos legislativos que desenvolvessem ou concretizassem aque1es preceitos

78 Mas não de intimação para proteção de direitos, liberdades e garantias dos arts. 20º, nº 5 e 268º, nº 4 da Constituição e do art. 109º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, porque esta pressupõe ou norma constitucional exequível por si mesma ou direito já regulamentado e protegido por lei ordinária. Cfr. *Manual* …, IV, cit., págs. 444 e segs.

e para, por essa via, dentro do possível, não entravarem essa aplicabilidade directa[79].

Por seu lado, Manuel Afonso Vaz reconhecia uma necessidade fáctico-política de regulamentação. Mas, a não existir legislação, a aplicabilidade direta de tais preceitos constitucionais implicaria que o juiz pudesse conhecer (incidentalmente) a existência constitucional do direito individual e o Tribunal Constitucional ser chamado a apreciar e a verificar "o não cumprimento da Constituição por omissão das medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais"[80].

II – Mais longe e mais ousado, vai Jorge Pereira da Silva, para quem o art. 204º facultaria aos tribunais o poder de apreciar a falta, no caso *sub judice*, de uma norma legislativa imposta pela Constituição. Tudo estaria em que, por efeito de omissão, haveria uma norma implícita contrária à Constituição que os tribunais deveriam não aplicar[81]. E justifica-se seguir os passos fundamentais do seu raciocínio:

"Pode falar-se de uma verdadeira *norma implícita* no ordenamento infraconstitucional que é desencadeada pela conjugação de uma disposição infraconstitucional não exequível, atributiva de um direito fundamental, com a ausência de uma norma legal que lhe confira a necessária exequibilidade. Sendo assim, é a vigência dessa norma implícita que leva a Administração e os próprios tribunais a decidirem invariavelmente contra os cidadãos que pretendem a efectivação dos seus direitos constitucionais mão concretizados legislativamente (…)"[82].

"(…) A fiscalização concreta das omissões inconstitucionais do legislador é (…) a única via que, no sistema português em vigor, se pode abrir com a finalidade de garantir aos cidadãos protecção jurídica adequada e suficiente contra as omissões inconstitucionais lesivas dos seus direitos fundamentais, alargando a crescente tendência de subjetivação da justiça constitucional ao contencioso das omissões legislativas. Pense-se no lugar

79 *Omissões legislativas sobre direitos fundamentais*, in *Nos dez anos da Constituição*, obra coletiva, Lisboa, 1987, pág. 59.
80 *Lei e reserva* …, cit., pág. 308.
81 *Op. cit.*, págs. 171 e segs.
82 *Ibidem*, pág. 173.

proeminente ocupado nos respectivos sistemas de fiscalização pelo recurso de amparo espanhol, pela queixa constitucional germânica ou mesmo pela fiscalização concreta portuguesa. Por que razão a fiscalização das omissões inconstitucionais haveria de constituir uma excepção, permanecendo o Tribunal Constitucional – juiz privativo do legislador silencioso – preocupado apenas com a constitucionalidade objectiva? Não deveremos antes caminhar no sentido de uma protecção jurisdicional sem lacunas, em vez de permitir que a "arrogância" do legislador possa prevalecer sobre os direitos fundamentais dos cidadãos carecidos de interposição legislativa?[83].

"(…) Aceite a ideia segundo a qual das omissões legislativas resulta uma norma implícita contrária à Constituição e que é essa norma que constitui o objecto da fiscalização da constitucionalidade, o tribunal da causa deve recusar a sua aplicação. Pergunta-se, então, como é que o tribunal decide o caso *sub judice*? Na verdade, caso não julgasse a inconstitucionalidade da norma denegatória implícita, o tribunal podia, tranquilamente, decidir o caso em julgamento recusando provimento à pretensão do cidadão, ou seja, aplicando a dita norma implícita. Mas agora, compelido a tomar uma decisão por força do princípio da proibição da denegação de justiça, fica confrontado com a falta de norma – expressa ou implícita – aplicável ao caso"[84].

"(…) Podemos, assim, concluir com relativa segurança, que o julgamento da inconstitucionalidade de uma omissão legislativa redunda numa lacuna jurídica, competindo ao juiz da causa o seu preenchimento mediante a utilização dos recursos ao seu dispor[85].

"(…) A fiscalização concreta difusa da constitucionalidade entra, assim, através da integração das lacunas resultantes das situações de omissão relativa, no disputado campo das chamadas decisões aditivas – que, na terminologia de Picardi, mais não são do que sentenças integrativas –, tão bem conhecidas da jurisprudência dos vários tribunais constitucionais europeus, sobretudo do italiano, e a que o nosso órgão de fiscalização da constitucionalidade também não é estranho[86].

83 *Ibidem*, pág. 193.
84 *Ibidem*, pág. 200.
85 *Ibidem*, pág. 205.
86 *Ibidem*, pág. 212.

"(…) O entrelaçamento entre a fiscalização concreta e a fiscalização abstracta das omissões inconstitucionais segue duas vias diferentes. A primeira, consagrada no nº 3 do artigo 281º, permite desencadear o processo de fiscalização abstracta do artigo 283º uma vez julgada pelo Tribunal Constitucional a inconstitucionalidade, em três casos concretos, de uma norma implícita no ordenamento resultante de uma omissão do legislador[87].

"(…) A segunda via de relacionamento entre a fiscalização abstracta e a fiscalização concreta das omissões inconstitucionais passa pela vinculação dos tribunais comuns às decisões de verificação de inconstitucionalidade por omissão proferidas pelo Tribunal Constitucional, ao abrigo do artigo 283º. De facto, o nº 2 deste preceito não esgota os efeitos da decisão verificativa da omissão legislativa inconstitucional, preocupando-se apenas em esclarecer os efeitos relativos ao legislador. E se o nº 2 do artigo 283º não trata dos efeitos da decisão no que toca aos tribunais é porque são de seguir, com as adaptações devidas, as regras gerais aplicáveis às decisões do Tribunal Constitucional, ou seja, tal como refere o artigo 2º da sua Lei Orgânica, decisões do Tribunal Constitucional são obrigatórias para todas as entidades públicas e privadas e prevalecem sobre as dos restantes tribunais"[88].

III – Quanto a nós, desde há muito vimos preconizando também uma fiscalização concreta da inconstitucionalidade por omissão, mediante um mecanismo de reenvio prejudicial dos tribunais para o Tribunal Constitucional. Contudo, *de jure condendo*, por revisão constitucional[89].

Aplicabilidade imediata significa proibição de normas legais contrárias a normas constitucionais que consignem direitos fundamentais, implicações na interpretação sistemática da Constituição, definição de critérios a atender pelo legislador, impossibilidade de revogação pura e simples de norma que dê cumprimento à Constituição[90]. Não se enxerga como possa envolver

87 *Ibidem*, pág. 243.
88 *Ibidem*, pág. 244.
89 *Ideias para uma revisão constitucional em 1996*, Lisboa, 1996, págs. 29-30; *Na hipótese de outra revisão constitucional*, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, obra coletiva, Coimbra, 2010, pág. 434.
90 *Manual* …, IV, págs. 321 e segs.

outrossim o poder do juiz, de qualquer juiz, em qualquer caso concreto, de emanar ele próprio, por interpretação ou por integração, a norma que o órgão legislativo, e só ele, deveria emitir[91].

Há uma evidente diferença com o que se passa na ação de responsabilidade civil. Aqui, o tribunal (o tribunal administrativo) também intervindo no caso concreto, circunscreve-se a apurar a omissão e, demonstrado o nexo de causalidade entre ele e a situação do particular, a arbitrar uma indemnização; não emite, nem deixa de emitir a norma que pudesse dar cumprimento à Constituição.

Mais rebuscada é a tese de uma norma implícita que o tribunal desaplicaria, deste modo satisfazendo as exigências constitucionais. Normas implícitas poderão ser aquelas que se contenham noutras normas, explícitas, e que se descubram pela chamada interpretação enunciativa[92]. Não podem ser normas resultantes da conjugação de uma norma constitucional não exequível com a falta de uma norma legal que lhe confira a necessária exequibilidade – ou seja, da *conjugação de uma norma com uma não norma*.

Tão pouco aceitamos a recondução das omissões a lacunas, ao arrepio de toda a tradição doutrinal e do regime de integração do art. 10º do Código Civil[93]. As lacunas são situações constitucionalmente relevantes, se bem que *não reguladas*; as omissões legislativas reportam-se a situações previstas, mas que carecem das estatuições adequadas à sua cabal efetividade. As lacunas são preenchidas por analogia e, na falta de caso análogo, segundo a norma que o intérprete criaria se houvesse de legislar dentro do espírito do sistema. As omissões não admitem similar preenchimento, porque, numa Constituição democrática, há sempre mais de uma possibilidade de a lei regulamentar ou concretizar as normas constitucionais, contanto que preservado o seu conteúdo essencial.

---

91 Carlos Blanco de Morais fala em risco de politização e do impacto dos custos atomizados das decisões para a estabilidade orçamental (*Justiça*…, II, cit., pág. 551).

92 Cfr., por todos, Inocêncio Galvão Telles, *Introdução ao Estudo do Direito*, I, 11ª ed., Coimbra, 1999, págs. 258 e segs.; e do prisma da argumentação jurídica, Miguel Teixeira de Sousa, *Introdução ao Direito*, Coimbra, 2012, págs. 435 e segs.

93 Sobre lacunas, por último, Miguel Teixeira de Sousa, *Introdução* …, cit., págs. 385 e segs.

Correspondência | Correspondence:

Jorge Manuel Moura Loureiro de Miranda
Universidade de Lisboa, Alameda da Universidade, Cidade Universitária, 1649-014. Lisboa, Portugal.
Fone: +351 217 984 600.
Email: 149900206@fd.lisboa.ucp.pt

Autor convidado.