

# OS EFEITOS DAS DECISÕES DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: A GARANTIA DA SEGURANÇA JURÍDICA, DA EQUIDADE E DO INTERESSE PÚBLICO

THE OUTCOME OF CONSTITUTIONAL COURT RULING: THE  
GUARANTEE OF LEGAL SECURITY, EQUALITY AND PUBLIC  
INTEREST

**VITALINO CANAS**

Assistente da Faculdade de Direito de Lisboa

**SUMÁRIO:** 1. O Tribunal Constitucional como guardião da segurança jurídica, da equidade e do interesse público de excepcional relevo – 2. Pode o Tribunal Constitucional impor aos outros tribunais a sua própria interpretação de uma norma infraconstitucional? – 3. Decisões atípicas quanto ao conteúdo – 4. Pode o caso julgado sobre uma situação jurídica duradoura ser atingido, quanto aos seus efeitos futuros, pela decisão de provimento? – 5. Estão as chamadas situações jurídicas consolidadas automaticamente protegidas dos efeitos das decisões de provimento? – 6. Cabe ao – ou pode o – Tribunal Constitucional determinar quais as normas que são reprimidas pela decisão de provimento? – 7. Decisões de provimento atípicas quanto aos efeitos – 8. Podem as decisões de provimento atípicas quanto aos efeitos ser objecto de apreciação da constitucionalidade?

**RESUMO:** Este artigo tem por objetivo discutir, sob o ponto de vista da realidade jurídica portuguesa, como o Tribunal Constitucional, para além de guardião da Constituição, deve ser o defensor preeminente da segurança jurídica, da equidade e de outros interesses públicos de excepcional relevo, além do interesse da constitucionalidade. Para desempenhar essa função ele deve possuir credencial constitucional; dispor de instrumentos adequados; possuir um direito processual constitucional apropriado e, ainda, admitir-se que suas decisões possam ser submetidas ao mesmo regime de controle aplicável a qualquer norma jurídica.

**PALAVRAS-CHAVE:** Tribunal Constitucional, segurança jurídica, equidade, interesse público, decisões de provimento.

**ABSTRACT:** Taking the point of view of the juridical circumstances now existing in Portugal, this article intends to discuss the role of the Constitutional Courts as the guardian of the Constitution and the preeminent defender of legal security, equality and other relevant interests other than the constitutionality interest. To perform this role it must hold constitutional credentials, have suitable tools, have the right

constitutional procedural law, and admit that its decisions may be subject to the same control applicable to any rule of law.

**KEYWORDS:** Constitutional Court, legal security, equality, public interest, granting decisions.

*Recebido para publicação em outubro de 2003.*

### **1. O Tribunal Constitucional como guardião da segurança jurídica, da equidade e do interesse público de excepcional relevo**

Não constitui nenhuma novidade o facto de os Tribunais Constitucionais serem os guardiões da Constituição. O que pode constituir novidade é um determinado Tribunal Constitucional ser, para além de guardião da Constituição, defensor preeminente da segurança jurídica, da equidade e de outros interesses públicos de excepcional relevo além do interesse da constitucionalidade. Para que ele possa desempenhar essa função (i) tem de possuir credencial constitucional bastante, (ii) tem de dispor de instrumentos adequados (iii) enquadrados por um direito processual constitucional apropriado.

Que há credencial constitucional bastante em Portugal não restam dúvidas: ela consta do artigo 282.º, n.º 4, da CRP. Esta credencial é complementada por outros preceitos constitucionais e legais (por exemplo, o artigo 80.º, n.º 3, da LOFPTC).

Que o direito processual constitucional e os instrumentos ao dispor do Tribunal Constitucional (Tribunal Constitucional) lhe permitem o desempenho de semelhante função é o que veremos de seguida, analisando alguns *topoi*.

Um alerta: quer por pressupostos de natureza *jus-teórica*, quer por uma questão de estratégia *político-constitucional* tenho defendido desde a década de 80 que o

Tribunal Constitucional não exerce funções jurisdicionais.

Do ponto de vista *jus-teórico* não se contesta que seja um verdadeiro tribunal. O conceito de tribunal define-se essencialmente através de componentes de natureza formal/processual (modo de composição e de decisão, processo a que está sujeito o *iter* decisório) e da verificação de especiais garantias de independência e de protecção dos seus membros (inamovibilidade, irresponsabilidade, neutralidade, incompatibilidades, etc.). O Tribunal Constitucional preenche seguramente esses requisitos, pelo que não é discutível que seja um verdadeiro tribunal.

Mas o facto de um certo órgão poder qualificar-se de tribunal não torna inevitável que exerça exclusiva ou primacialmente funções jurisdicionais. No caso do Tribunal Constitucional, tenho entendido que ele exerce, no essencial, uma *função de controlo*. No âmbito do cardápio das funções do Estado, esta função ganhou autonomia mais recentemente do que as funções clássicas, muito por responsabilidade de Karl Löwenstein. No exercício da função de controlo, o Tribunal Constitucional recorre a instrumentos, técnicas e modos de agir equiparáveis aos de outras funções, nomeadamente a de execução jurisdicional, a de decisão política e legislativa fundamentais ou a de execução política e legislativa. Não quer isso dizer que o Tribunal Constitucional seja um órgão político-legislativo ou um órgão jurisdicional. É simplesmente um órgão de controlo

da constitucionalidade e da legalidade a quem a Constituição e a lei conferem poderes materialmente equiparáveis aqueles.

Do ponto de vista da estratégia *político-constitucional* de aprofundamento ou de consolidação do Estado de Direito, este modo de ver o Tribunal Constitucional é também fundado. É ele que melhor enquadra a necessidade de o Tribunal Constitucional estar também sujeito a um escrutínio democrático mínimo. É essa a forma mais directa de assegurar uma *responsiveness* mínima do Tribunal Constitucional perante os cidadãos e os restantes órgãos democráticos.

Na verdade, com crescente acuidade se discute se os tribunais em geral não devem estar mais intensamente sujeitos ao escrutínio e ao controlo democrático-representativo, discussão essa que reivindica já algumas “conquistas” em Portugal (ao nível da composição do Conselho Superior da Magistratura, por exemplo: v. artigo 218.º da CRP que consagra uma composição maioritariamente não formada por magistrados). Esse desiderato é premente no caso do Tribunal Constitucional.

A forma de exercer o controlo democrático sobre o Tribunal Constitucional passa, naturalmente, pelo modo como são eleitos e por quem elege os seus membros; passa pela construção de um modelo democrático-pluralista aplicável à discussão interna dos processos (Jorge Miranda fala de pluralidade de correntes<sup>1</sup>); passa pela fundamentação das suas decisões, pela publicidade destas e dos votos de vencido; passa pela discussão pública das suas decisões. Mas passa também por uma aplicação do modelo de *cheks and balances* que permita que algumas das suas decisões ou segmentos de decisões não sejam consideradas intocáveis e insindicáveis. O controlo democrático-representativo exercido sobre um órgão tão próximo do *político* supõe a

possibilidade de algumas das suas decisões – ou algumas facetas das suas decisões – poderem ser colocadas em causa pelos outros tribunais ou até pelo legislador (para já não falar do direito geral de resistência dos cidadãos).

Veremos algumas das circunstâncias em que isso se verifica. Veremos também que um dos limites a esse controlo incidente sobre o Tribunal Constitucional é, justamente, o princípio da segurança jurídica.

## **2. Pode o Tribunal Constitucional impor aos outros tribunais a sua própria interpretação de uma norma infra-constitucional?**

Em Portugal as decisões de provimento do Tribunal Constitucional têm: um objecto típico (normas jurídicas<sup>2</sup>); um conteúdo típico, que se desdobra em segmento certificativo (declaração da inconstitucionalidade ou ilegalidade) e segmento dispositivo-constitutivo (fixação das consequências da declaração); e efeitos típicos (variáveis de acordo com o tipo de processo de fiscalização da constitucionalidade).

Temos sustentado a possibilidade de o Tribunal Constitucional emitir decisões atípicas quanto ao *objecto*, quanto ao *conteúdo* e quanto aos *efeitos*.

As decisões atípicas quanto ao objecto são as interpretativas, as redutivas, as aditivas e as substitutivas.<sup>3</sup> Os três últimos tipos valem indiferentemente para a fiscalização abstracta sucessiva e para a fiscalização concreta. Embora sejam encaradas com alguma reserva por alguns autores,<sup>4</sup> elas são prática corrente e têm aceitação ampla,<sup>5</sup> variando apenas os seus limites de autor para autor.

Neste espaço limitado, apenas cabem breves notas sobre as decisões interpretativas.

Distinguem-se três tipos: (i) de provimento; (ii) de rejeição; (iii) mistas.

Nas decisões interpretativas de provimento o órgão de fiscalização da constitucionalidade julga *inconstitucional* uma determinada interpretação de uma norma, deixando porém a porta aberta para a possibilidade de haver interpretações conforme à Constituição (que o próprio órgão ou não especifica, ou enumera, sem escolher uma).

Nas decisões interpretativas de rejeição o juiz constitucional julga *não inconstitucional* uma certa (ou mais do que uma) interpretação da norma, que pode, por isso, ser aplicada (sem se pronunciar ou afastar expressamente qualquer outra interpretação) com tal interpretação (ou com uma delas).

Nas decisões interpretativas mistas, o juiz constitucional julga *inconstitucional* uma ou várias interpretações, julgando simultaneamente *não inconstitucional* uma (ou mais do que uma) interpretação.

É incontestável que o Tribunal Constitucional pode proferir as primeiras em fiscalização abstracta e em fiscalização concreta. Mesmo sem qualquer credencial legal ou constitucional explícita, ninguém o contestará. Com ela salva-se a norma jurídica, protege-se na medida do possível a vontade do legislador, preserva-se a competência dos juizes e aplicadores para *interpretar* a Constituição e a lei.

As decisões interpretativas de rejeição são passíveis de maior controvérsia. No âmbito da fiscalização concreta, por causa da relação entre Tribunal Constitucional e juiz *a quo*. No caso da fiscalização abstracta sucessiva (e, em boa verdade, até na própria fiscalização preventiva...), por causa dos efeitos típicos das decisões de provimento.

No primeiro caso – fiscalização concreta – o Tribunal Constitucional pode aderir

à interpretação escolhida pelo juiz *a quo* ou optar por outra. É nesta segunda situação que se configuram os maiores problemas. Pode alegar-se, por exemplo, que o Tribunal Constitucional não possui nenhuma competência qualificada para fazer substituir a interpretação da norma ordinária eleita pelo tribunal ordinário pela sua<sup>6</sup> ou que isso ofende o princípio constitucional da independência interpretativo-decisória dos tribunais”.<sup>7</sup> E pode recear-se que o Tribunal Constitucional se torne uma superinstância decisivamente influente.<sup>8</sup>

No entanto, o artigo 80.º, n.º 3, da LOFPTC afasta qualquer dúvida que pudesse subsistir: “no caso do juízo de constitucionalidade ou de legalidade... se fundar em determinada interpretação... da norma, esta deve ser aplicada com tal interpretação, no processo em causa”. O preceito engloba manifestamente ambas as hipóteses mencionadas. Daí decorre que o Tribunal Constitucional pode fixar *vinculativamente* uma interpretação da norma infraconstitucional, coincida essa interpretação com a que lhe havia sido dada pelo juiz da causa ou não. Como nota Jorge Miranda, esta solução legal “não é uma decorrência necessária da função específica do Tribunal Constitucional”.<sup>9</sup> Ela é, acrescentamos nós, uma decorrência de o Tribunal Constitucional português ser, além de guardião da Constituição, *guardião da certeza e da segurança jurídicas*. Por esse motivo, a solução do artigo 80.º n.º 3 da LOFPTC não só não é inconstitucional<sup>10</sup> como é coerente com o modelo que a Constituição escolheu para o Tribunal Constitucional.

No segundo caso – fiscalização abstracta sucessiva – a sorte das decisões interpretativas de rejeição não é diversa das decisões de rejeição em geral: não possuem qualquer efeito vinculativo com força obrigatória geral.<sup>11</sup> Mesmo que o Tribunal Constitucional interprete uma norma com um

certo sentido conforme à Constituição ninguém (nem o próprio Tribunal Constitucional...) fica obrigado a aplicar tal norma com essa interpretação. Designadamente os tribunais ordinários podem aplicar (ou desaplicar) a norma com essa ou outra interpretação. Na verdade, não se afigura que o facto de o Tribunal Constitucional ser também o guardião da certeza e segurança jurídicas tenha sido levado tão longe que lhe esteja confiado o poder de agir como *intérprete geral* ou *porta voz supremo* da lei.

Finalmente, as decisões interpretativas mistas são admissíveis nos casos em que seja possível emitir qualquer um dos dois tipos antecedentes.

### 3. Decisões atípicas quanto ao conteúdo

As decisões<sup>12</sup> atípicas quanto ao conteúdo são:

- *De aviso*, proferidas nos casos em que o Tribunal Constitucional verifica a existência de uma inconstitucionalidade deslizante e emite uma espécie de *early warning* ao legislador, com vista a alertá-lo para a necessidade de preparar a emissão de nova legislação que substitua aquela que está a tornar-se inconstitucional;

- *Injuntivas*, quando o Tribunal Constitucional não se limita a um simples alerta e emite um comando dirigido ao legislador exortando-o a emitir nova legislação, eventualmente dentro de um prazo,<sup>13</sup> com vista a substituir normas no limiar da (in)constitucionalidade;

- *Apelativas*, quando o Tribunal Constitucional solicita ao legislador que emita nova legislação (por a vigente se encontrar desajustada, ser de

difícil aplicação ou de duvidosa constitucionalidade, por exemplo).

- *Directivas*, quando o Tribunal Constitucional declara a inconstitucionalidade de uma norma e estabelece desde logo os traços essenciais de uma norma alternativa, que o órgão com competência normativa poderá ou deverá emitir.

A exacta delimitação entre cada uma destas decisões pode ser difícil de traçar na prática. Em todos estes exemplos o Tribunal Constitucional “joga” com a parte expositiva e a parte dispositiva ou decisória da decisão.

Nas três primeiras, profere *decisão de rejeição*, mas inclui na parte expositiva os avisos, as injunções, ou os apelos; na quarta, profere *decisão de provimento*, aditando na parte expositiva as directivas.

Todas elas terão, em princípio, o objecto e os efeitos típicos das decisões de rejeição, ou de provimento, respectivamente. Isso significa que os avisos e os apelos, mas também as próprias injunções e as directivas não têm, em rigor, uma força juridicamente vinculativa. Além disso, não são fundamento de qualquer censura jurídica eventualmente endereçável ao seu destinatário. Funcionam antes como indicação cuja força advém do especial peso do Tribunal Constitucional na fiscalização dos actos normativos e na possibilidade de ele vir a declarar inconstitucionais ou ilegais normas que não se coadunem com as suas orientações.

Qualquer delas pode ser produzida no âmbito da fiscalização abstracta (sucessiva) ou concreta, mas a sede mais consequente é a das decisões proferidas no âmbito da fiscalização abstracta sucessiva.

Em contrapartida, rejeitamos a possibilidade de emissão de decisões *normativas*,

aquelas em que o Tribunal Constitucional, ao mesmo tempo que declara a inconstitucionalidade ou a ilegalidade de uma norma, emite nova legislação, em regra transitória, para vigorar enquanto o legislador não cobrir a lacuna.

Como se sugeriu no número anterior, isto não implica a inviabilização das chamadas decisões *aditivas*,<sup>14</sup> através das quais o Tribunal Constitucional se limita a, em certas circunstâncias rigorosamente delimitadas, completar o sentido de certa norma; ou das decisões *substitutivas*, com as quais o Tribunal Constitucional elimina uma parte da norma e a substitui por novo conteúdo normativo<sup>15</sup> (ambas decisões atípicas quanto ao objecto). Nestes casos estamos perante a correcção de aspectos pontuais de inconstitucionalidade ou de ilegalidade, e em situações onde é possível afirmar-se que a solução definida pelo Tribunal Constitucional é aquela que o próprio legislador teria presumivelmente escolhido ou seria obrigado a escolher se tivesse dado conta da inconstitucionalidade.<sup>16</sup> Já nas decisões normativas há um inconfundível exercício de conformação normativa de uma determinada matéria, com avocação da margem de manobra e da liberdade de conformação própria do legislador. Há manifestamente uma diferença quantitativa; mas também uma diferença qualitativa.

Algumas das decisões atípicas quanto ao conteúdo têm sido particularmente criticadas.

Jorge Miranda, por exemplo, embora não exclua a possibilidade de decisões *aditivas*,<sup>17</sup> pronuncia-se expressamente contra as decisões *apelativas* com fundamentos que abrangerão, porventura, o que designámos de decisões *de aviso, injuntivas e directivas*.<sup>18</sup>

Rui Medeiros vai mais longe. Fernando Alves Correia suscita também dúvidas.<sup>19</sup>

Pela nossa parte entendemos que a argumentação destes autores negligencia a natureza do Tribunal Constitucional como guardião da segurança jurídica, da equidade e do interesse público de excepcional relevo.

#### **4. Pode o caso julgado sobre uma situação jurídica duradoura ser atingido, quanto aos seus efeitos futuros, pela decisão de provimento?**

A regra geral consta do artigo 282.º, n.º 3: ficam ressalvados os casos julgados. Tenho entendido que esta regra cede em certas circunstâncias: designadamente quando a decisão transitada em julgado aplica norma inconstitucional inexistente.<sup>20</sup> Por natureza, uma norma inexistente é *não direito*. Por isso não é passível de fundar qualquer pretensão jurídica ou qualquer decisão jurídica. Uma decisão judicial que, não obstante a notoriedade do vício de inconstitucionalidade, aplique a norma inexistente é ela própria irremediavelmente inexistente como decisão judicial, com todas as consequências, designadamente a não formação de caso julgado. Por isso está aberta inclusive a possibilidade de recurso extraordinário.

Rui Medeiros não adere a esta orientação.<sup>21</sup> Em contrapartida, mostra-se sensível à necessidade de não ressaltar o caso julgado quando incida sobre uma situação duradoura (caso julgado de trato sucessivo). É certo que *de jure condendo* essa situação merece ser analisada pelo legislador, se não mesmo pelo legislador constitucional. Mas a interpretação do quadro constitucional vigente não autoriza que se vá tão longe. Não se vê que seja possível afirmar que o caso julgado que incida sobre situações duradouras não subsiste perante a decisão de provimento.<sup>22</sup>

A posição de Rui Medeiros enfrenta várias dificuldades.

Desde logo, a dificuldade de limitação da própria categoria das situações duradouras. Em rigor, o caso julgado tem sempre efeitos que persistem no futuro, ou se projectam para o futuro, na medida em que impede determinado sujeito de recolocar um problema em juízo. Se uma decisão judicial declara que a propriedade sobre um certo bem pertence a um determinado sujeito, o caso julgado que sobre ela recai tem consequências futuras, a correspectiva obrigação geral de respeito. Por isso, situação duradoura pode não ser apenas a que se traduz na subsequente constituição ou criação de novas obrigações de prestações. Sustentar-se que o caso julgado incidente sobre situações duradouras não deve subsistir não basta, por conseguinte, uma vez que essa simples indicação pode, no limite, ameaçar praticamente *todo e qualquer caso julgado*.

Mas mesmo que se adopte uma posição restritiva, sobre as situações duradouras que não ficam protegidas pelo caso julgado em caso de decisão de provimento do Tribunal Constitucional, as dificuldades não desaparecem. Isto é, mesmo que se pretenda abranger apenas os casos mais críticos de situações que se vão gerando *ex novo* pela passagem do tempo com fundamento num título jurídico consolidado por caso julgado, não se vê como seleccionar os casos “sim” e os casos “não” sem cair no casuísmo puro do intérprete/aplicador do Direito, a começar pelo próprio Tribunal Constitucional.

Quanto muito, quando estivesse em causa a relação entre o Estado ou entidade poderosa e um cidadão, poderia tentar extrair-se um argumento do artigo 282.º, n.º 3, segunda parte, no sentido de entender que quando a norma inconstitucional é menos favorável ao particular o caso jul-

gado não subsiste. Mas é uma interpretação extensiva cuja viabilidade é problemática.

Em conclusão, admitimos *de lege ferenda* que algumas consequências futuras do caso julgado poderiam ser atingidas pela decisão de provimento, mas entendemos que por questões de certeza isso deveria ser cabalmente definido pela Constituição.

Acresce que sustentamos que quando as decisões judiciais ainda não foram executadas, de *jure condendo* poderia justificar-se que após a decisão de provimento não pudessem ser executadas. Mas também aqui falece uma base constitucional minimamente segura.

Saliente-se, contudo, que Rui Medeiros, neste segundo caso, não só não aceita que o caso julgado possa ser atingido pela decisão de provimento, como se opõe à posição assumida de *jure condendo*. Cremos, contudo, que não lhe assiste razão. Afigura-se, até, que quem admite que o caso julgado incidente sobre as designadas situações duradouras pode ser superado também deveria admitir que o caso julgado ainda não executado fosse atingido pela decisão de provimento. Não parece defensável a alegação de que isso constituiria “uma flagrante violação do princípio do respeito do caso julgado”.<sup>23</sup> Ou, pelo menos, não haveria uma violação tão intensa como nos casos em que as obrigações decorrentes do caso julgado, passadas ou futuras, já começaram a ser executadas, como sucederá nas chamadas situações duradouras. É que nestas últimas, o caso julgado já poderá ter começado a produzir os seus feitos, constituindo, de algum modo, uma perturbação da certeza e segurança jurídica contestar a continuidade desses efeitos. Nas situações em que não se iniciou ainda a execução ou não há uma lesão dos valores da certeza e da segurança ou é uma lesão ténue uma vez que o caso julgado não teve ainda qualquer tipo de

impacto ao nível das relações jurídicas materiais. A paralização do caso julgado não vai produzir qualquer mudança em relação ao materialmente existente, pelo que não há sensível perturbação da certeza e da segurança.

### **5. Estão as chamadas situações jurídicas consolidadas automaticamente protegidas dos efeitos das decisões de provimento?**

Por situações jurídicas consolidadas entendemos aquelas *cujos efeitos não só se verificaram já integralmente, como também, por fundamento legal ou contratual, adquiriram estabilidade idêntica aquela que a lei atribui ao caso julgado*.<sup>24</sup> Como exemplos adiantamos o cumprimento da obrigação, a transacção, a prescrição, a caducidade e a situação de inimpugnabilidade de certos actos administrativos.<sup>25</sup>

As questões que queremos aqui versar, entre muitas que estas situações jurídicas suscitam, são as seguintes: devem estas posições ser salvaguardadas em relação aos efeitos das decisões de provimento? Em caso afirmativo, de que modo se processa essa salvaguarda?

A primeira questão merece resposta positiva. Tal como o caso julgado merece protecção por razões de certeza e de segurança jurídicas, também as situações jurídicas consolidadas devem ser salvaguardadas na medida do possível.<sup>26</sup>

Mas como salvaguardar essas posições? Deve considerar-se, à semelhança do que sucede com o caso julgado, que a subsistência das situações jurídicas consolidadas é um efeito directo e automático da Constituição? Ou, diversamente, as situações jurídicas consolidadas só subsistem se houver *decisão expressa* nesse sentido por parte do Tribunal Constitucional, no uso da

faculdade de fixação dos efeitos prevista no artigo 282.º, n.º 4, da CRP?

A primeira orientação tem sido advogada por Rui Medeiros<sup>27</sup> e, aparentemente, por Gomes Canotilho<sup>28</sup> e Calvão da Silva.<sup>29</sup> Para o primeiro, “o respeito pelas situações exauridas decorre, justamente, do facto de o n.º 3 do artigo 282.º da Constituição ressaltar os casos julgados em sentido próprio”,<sup>30</sup> o mesmo é dizer que “independentemente de qualquer decisão do Tribunal Constitucional nesse sentido, a retroactividade da declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral não atinge as situações consolidadas”.<sup>31</sup> Não competindo ao Tribunal Constitucional definir as situações consolidadas salvaguardadas, caberá em última análise ao legislador e ao juiz ordinário fazê-lo.<sup>32</sup>

Embora com alguma hesitação, a segunda orientação tem sido defendida por mim.<sup>33</sup> Nessa medida, o Tribunal Constitucional pode usar a faculdade de fixação dos efeitos da sua decisão de provimento para salvar situações jurídicas consolidadas. Se não disser nada, as situações consolidadas não subsistem, sendo atingidas pela retroactividade da decisão de provimento. As razões desta opção centram-se, no essencial, na ausência de indicação expressa da Constituição e nas exigências da certeza e da segurança jurídica.

Na verdade, ao invés do que faz com o caso julgado, a Constituição não mostra vontade expressa de salvaguardar as situações jurídicas consolidadas, apesar de haver bons argumentos para que o fizesse. Ora, esta ausência de referências explícitas a tais situações e de uma enunciação precisa de quais elas são traduz-se numa dificuldade notória da posição que sustenta a sua salvaguarda automática. Ao contrário do conceito de caso julgado, que está universalmente estabelecido e reconhecido, o conceito de

situações jurídicas consolidadas não possui densidade suficiente para ser aplicado automaticamente e sem mais. De uma forma ou de outra, terá de haver sempre uma operação suplementar (porventura complexa...) de determinação de quais são. Por isso, em nome da certeza e da segurança jurídicas, o Tribunal Constitucional deverá fixar logo na sua decisão qual o alcance desta, isto é, quais as que devem considerar-se salvaguardadas. Outra posição conduz a um indesejável casuísmo, com risco de decisões discrepantes. Para que a decisão do Tribunal Constitucional não se torne um verdadeiro “tiro no escuro” tem de se admitir que é a este que cabe, expressamente, enunciar o que fica salvaguardado.

Pode questionar-se: e se o Tribunal Constitucional não o fizer, *quid juris?* São todas inexorável e inapelavelmente prejudicadas, não obstante a perturbação que isso pode produzir ao nível da certeza e da segurança jurídicas? Entendemos que a situação de recurso, nessa circunstância, é a de em casos concretos em que qualquer entidade pretenda tirar consequências da decisão de provimento no sentido de atingir situações consolidadas (a Administração pretende revogar um acto administrativo, ou age como se ele tivesse sido revogado; a entidade judiciária prossegue um processo como se ele não tivesse prescrito; uma das partes não respeita os termos de uma transacção) ao lesado resta o recurso ao tribunal competente para o julgamento de acções de enriquecimento sem causa ou de responsabilidade civil quando couberem.<sup>34</sup>

## **6. Cabe ao – ou pode o – Tribunal Constitucional determinar quais as normas que são repristinadas pela decisão de provimento?**

Rui Medeiros sustenta que não, com vista a evitar que, parafraseando Hesse, o

Tribunal Constitucional passe a ser uma superinstância, decisivamente influente nas questões submetidas à apreciação dos restantes tribunais.<sup>35</sup> Mas julgo que esta posição é desvantajosa do ponto de vista dos princípios da segurança e da certeza jurídicas, bem como do princípio da economia processual. Além disso é susceptível de gerar indesejável conflitualidade entre tribunais.

Para além de apresentar desvantagens do ponto de vista de princípios que têm aqui um peso decisivo, também não se coaduna com uma adequada interpretação do regime normativo directa ou directamente relevante para a solução deste problema.

Primeiro, porque havendo dúvidas sobre se há repristinação e sobre o que é repristinado, dúvidas essas que podem derivar, por exemplo, da possibilidade de normas candidatas à repristinação serem, elas mesmas, inconstitucionais, não pode deixar o Tribunal Constitucional de averiguar e de ajuizar sobre esses aspectos.<sup>36</sup> E se o faz, isso não pode deixar de ter alguma expressão na sua decisão, seja na parte expositiva, com intuito indicativo, seja na parte dispositiva, com intuito ordenador. Esta posição abrange quer a fiscalização abstracta quer a concreta.

Segundo, porque sendo claro e inequívoco que o Tribunal Constitucional pode suprimir o efeito repristinatório se razões de segurança jurídica, de equidade ou de interesse público de excepcional relevo o exigirem (na sua perspectiva), é igualmente claro que o Tribunal Constitucional, por vontade da própria Constituição, se torna, por esse modo, “decisivamente influente na solução das questões submetidas à apreciação dos tribunais” ordinários. Ora, materialmente, a definição ou declaração *positiva* de quais as normas repristinadas não é mais impositiva e intervencionista do que a decisão *constitutiva* e materialmente *le-*

*gisladora* de quais as que não devem ser repriminadas.

Terceiro, é pacífico do ponto de vista dogmático (embora contestado, do ponto de vista teórico e de *jure condendo* por um sector da doutrina) que o Tribunal Constitucional pode emitir decisões interpretativas de rejeição, ou mistas, nas quais fixa vinculativamente a interpretação da norma aplicável ao processo (artigo 80.º, n.º 3, da LOFPTC). Vinculativamente, reafirme-se, para o próprio Tribunal *a quo*. Ora esta “ingerência” do Tribunal Constitucional no próprio âmago da função de julgar mostra que o sistema admite que o Tribunal Constitucional tenha uma posição decisiva na determinação do direito vigente e aplicável, quando for caso disso, ao feito em juízo. Não tem, em contrapartida, qualquer possibilidade de determinar qual a solução a dar ao caso em julgamento. Dizer o direito no caso concreto, isto é, aplicar o direito ao caso concreto é, essa sim, uma tarefa exclusiva do juiz da causa.

### 7. Decisões de provimento atípicas quanto aos efeitos

É conhecida a ampla faculdade de que dispõe o Tribunal Constitucional para fixar os efeitos das suas decisões de provimento. Essa faculdade resulta do artigo 282.º, n.º 4 e, não obstante a sua excepcionalidade,<sup>37</sup> possibilita a produção de vários tipos de decisões de provimento atípicas quanto aos efeitos. Tenho defendido que embora isso não esteja expressamente previsto, a possibilidade de fixação de efeitos se deve considerar extensiva às decisões de provimento proferidas em sede de fiscalização concreta, embora dentro de limites mais apertados.<sup>38</sup> O modelo de órgão de garantia e controlo da constitucionalidade e, bem assim, de órgão de salvaguarda e promoção da segu-

rança jurídica, da equidade e de interesses públicos de excepcional relevo, que o legislador constitucional reconheceu ao Tribunal Constitucional, justifica o entendimento de que o poder de fixação dos efeitos com aquele objectivo vigora por igualdade de razões na fiscalização concreta.

As decisões de provimento atípicas quanto aos efeitos são:

1. Decisões que anulem a norma com efeito retroactivo, mas sem repriminação;
2. Decisões que anulem a norma sem efeito retroactivo mas com repriminação;
3. Decisões que anulem sem efeito retroactivo nem repriminação;
4. Decisões que anulem apenas os efeitos passados da norma;
5. Decisões que anulem com efeito retroactivo mantendo, porém, intocada certa categoria de situações;
6. Decisões que afastem o caso julgado nas condições especiais do n.º 3 do artigo 282.º;
7. Decisões que declarem a inaplicabilidade da norma só a partir de certo momento futuro;
8. Decisões que declarem a inconstitucionalidade ou ilegalidade de uma norma sem que tal venha a implicar a sua anulação ou a sua cessação de vigência.

Algumas destas possibilidades têm sido objecto de crítica por parte da doutrina, a qual de um modo geral não vai tão longe. Para só mencionar uma crítica moderada, Jorge Miranda, por exemplo, embora não se pronuncie sobre todas as hipóteses, admite as de 1 e 3 e exclui a possibilidade dos dois últimos tipos (7 e 8).<sup>39</sup>

Não sendo possível discuti-las todas, defenderei apenas as decisões atípicas do ponto 8, que designei de decisões de provimento fictício, uma vez que são aquelas onde estarei mais desacompanhado pela doutrina portuguesa.<sup>40</sup> Recusa-as, inclusive, Rui Medeiros, não obstante, o favor com que encara a possibilidade de decisões que autorizem que a norma inconstitucional continue a produzir efeitos no futuro.<sup>41</sup> As decisões de provimento fictício têm, todavia, algum amparo na doutrina e na jurisprudência estrangeiras (alemãs, designadamente).

As decisões de provimento fictício poderão parecer bizarras numa primeira apreciação. Nelas o Tribunal Constitucional pronuncia-se pela inconstitucionalidade de uma norma mas permite que ela continue a ser aplicada, não estabelecendo sequer um prazo futuro a partir do qual deixa de vigorar.

Do ponto de vista da Constituição não há nenhum argumento decisivo contra. Há, ao invés, locais onde a Constituição mostra que tolera a ideia de uma norma inconstitucional poder continuar a ser aplicada. É o que sucede no artigo 277.º, n.º 2; é o que sucede também com o próprio artigo 282.º, n.º 4.

Em meu entender, estas decisões são *um instrumento de último recurso*. Só devem ser emitidas pelo Tribunal Constitucional como órgão de garantia *da segurança jurídica, da equidade e do interesse público de excepcional relevo*, quando tudo o resto falhe e quando uma decisão de provimento de outro tipo possa causar prejuízos que, numa perspectiva de ponderação de interesses, sejam mais graves do que a aplicação da norma inconstitucional. Nesse contexto, estas decisões só podem ser adoptadas verificadas as seguintes circunstâncias:

– na ponderação concreta dos bens em presença verifica-se que a inconstitucionalidade é de reduzida monta ou censurabilidade ou é uma inconstitucionalidade formal ou orgânica, tal como sucede no artigo 277.º, n.º 2;

– a irradicação da norma causaria danos graves em direitos e expectativas de pessoas (por exemplo, normas que atribuem pensões, benefícios fiscais, etc.);

– não estão preenchidos os pressupostos ou requisitos para a produção que qualquer outra decisão atípica quanto ao conteúdo, o objecto ou os efeitos (não é viável uma interpretação conforme à Constituição; é contra-indicado emitir decisão reductiva, aditiva ou substitutiva; a produção de qualquer outra de decisão atípica quanto aos efeitos não é garante suficiente de que não haverá hiatos entre a vigência da norma inconstitucional e a vigência de outra; etc.).

Admite-se, sem embargo, que é pertinente a observação de Rui Medeiros quando argumenta que a norma inconstitucional não pode continuar a produzir indefinidamente efeitos para o futuro.<sup>42</sup> Por isso deve ficar aberta a possibilidade de o Tribunal Constitucional, mediante nova iniciativa de um processo fiscalização da norma, a erradicar em definitivo, transcorrido prazo razoável sem que o órgão competente para a substituir o tenha feito.

## **8. Podem as decisões de provimento atípicas quanto aos efeitos ser objecto de apreciação da constitucionalidade?**

A concepção – que admito *latíssima* – dos poderes do Tribunal Constitucional de

fixação dos efeitos das suas decisões tem uma contrapartida logo anunciada no início do presente trabalho: a sujeição das decisões do Tribunal Constitucional a fiscalização da constitucionalidade. O Tribunal Constitucional não é um simples guardião da Constituição, não é uma instância jurisdicional. O reverso dessa posição está agora à vista: a recusa de que as suas decisões sejam intocáveis e juridicamente incontestáveis. A Constituição quer que o Tribunal Constitucional vele também pela segurança jurídica, pela equidade e pelos interesses públicos de excepcional relevo, dando-lhe em certas circunstâncias poderes quase normativos ou normativos *tout court*. A decorrência directa disso só pode ser uma: a admissão de que as suas decisões podem, em certa medida, ser submetidas ao mesmo regime de controlo que qualquer norma jurídica.

Também nesta posição tenho estado desacompanhado.<sup>43</sup> Mas devo precisar que, porventura, o que defendo não anda longe do que outros autores estão inclinados a admitir. Por exemplo, Jorge Miranda entende que “a declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral não está sujeita a fiscalização da constitucionalidade – nem pelo Tribunal, nem, muito menos, pelos demais tribunais – o que não significa que, quando inquinada de certos vícios, a *decisão em si* não possa ser corrigida ou sindicada.”<sup>44</sup>

A orientação que proponho não fica muito longe. Também eu entendo que o segmento da decisão de provimento *que declara a inconstitucionalidade (segmento certificativo)* é incontestável nos seus aspectos materiais, podendo ser apenas indirectamente atingido se a decisão do Tribunal Constitucional padecer de vícios formais ou orgânicos (por ex., declaração de ilegalidade quando o Tribunal Constitucional não possa julgar a legalidade). Mas

também tenho sugerido que a parte *dispositiva-constitutiva* da decisão, aquela em que aquele Tribunal fixa os efeitos da sua decisão ou absorve os que estão facultativamente previstos na Constituição ou na lei, está sujeita à fiscalização da constitucionalidade, como o estão quaisquer normas resultantes do exercício de poderes normativos (ou de *poderes tendencialmente normativos*, como sugere cautelosamente Gomes Canotilho<sup>45</sup>). Por isso, se na fixação dos efeitos o Tribunal Constitucional viola os princípios constitucionais da proibição do excesso ou da proporcionalidade<sup>46</sup> ou da igualdade, esse segmento da sua decisão pode ser desaplicado pelos tribunais ordinários com fundamento em inconstitucionalidade.<sup>47</sup>

Saliente-se entretanto que pode legitimamente colocar-se a hipótese de o próprio Tribunal Constitucional, de forma subreptícia ou não explícita, ter já averiguado da constitucionalidade de pelo menos uma decisão sua. A hipótese resulta da conjugação dos acórdãos 254/90, de 12 de Julho de 1990,<sup>48</sup> 498/97, de 10 de Julho de 1997<sup>49</sup> e 162/00, de 22 de Março de 2000.<sup>50</sup>

No primeiro acórdão o TC declarou com força obrigatória geral certas normas jurídicas contidas num regulamento, limitando, porém, os efeitos da decisão de modo a salvaguardar situações já constituídas – e de alguma forma consolidadas – ao abrigo daquele diploma. Em consequência, o regulamento deveria continuar a ser aplicado a certas situações, não obstante a sua inconstitucionalidade. Algum tempo depois, o Supremo Tribunal Administrativo assim entendeu incidentalmente, em recurso contencioso. Isso levou a que um dos particulares prejudicados pela aplicação daquele regulamento pelo STA recorresse para o Tribunal Constitucional, ao abrigo do artigo 70.º, n.º 1, alínea b) da LOFPTC,

alegando que o STA interpretara a decisão do TC de limitação de efeitos de forma demasiado lata, isto é, salvaguardando situações que o TC não quisera salvaguardar no acórdão 254/90. O STA teria, assim, aplicado normas inconstitucionais em situações onde o TC não limitara os efeitos da inconstitucionalidade.

Não tendo o recurso de constitucionalidade sido admitido pelo STA, o recorrente reclamou. O TC admitiu a reclamação (acórdão 498/97), aceitando a argumentação do recorrente/reclamante, designadamente a invocação do artigo 70.º, n.º 1, alínea b), da LOFPTC como via processual para a interposição do recurso.

Na sequência da admissão da reclamação, o TC proferiu o acórdão 162/00, em que concluiu que não era “censurável, na óptica jurídico constitucional, a interpretação dada pela decisão recorrida à limitação de efeitos decretada pelo Tribunal Constitucional”.<sup>51</sup>

Da conjugação destes três arestos temos que o TC apreciou, nos termos do art.º 70.º, n.º 1, alínea b) da LOFPTC, a constitucionalidade de normas aplicadas num certo processo cuja inconstitucionalidade havia sido suscitada por uma das partes.

Mas que normas foram essas? Isto é: qual foi, neste caso, o objecto da apreciação do TC?

Não foi, seguramente, o próprio acórdão do STA, uma vez que o TC não aprecia a constitucionalidade de decisões judiciais. Não foram as normas do regulamento, uma vez que essas já tinham sido todas declaradas inconstitucionais, tendo, portanto, o TC esgotado a sua jurisdição. Também não foi a interpretação dada pelo acórdão do STA à parte normativa da decisão com força obrigatória geral do TC, isto é, a primeira, aquela que declarou a inconstitucionalidade e fixou os efeitos (acórdão 254/

90). Na verdade, o TC não avalia o mérito da interpretação que os tribunais fazem do direito vigente, a não ser que tal interpretação de uma norma *seja de molde a dar a esta um sentido contrário à Constituição*. Só nesse contexto pode declarar a inconstitucionalidade de uma norma quando interpretada num certo sentido. Não pode, todavia, averiguar se uma certa interpretação seleccionada por um tribunal é adequada ou inadequada.

A única possibilidade que resta, por conseguinte, é admitir que o TC avaliou a constitucionalidade da sua própria decisão, na parte em que fixou efeitos, tal como interpretada pelo STA. Isto é, não obstante se afirmar a certo passo no acórdão 163/00 que as decisões do TC não podem “ser objecto de um pedido de declaração de inconstitucionalidade (ou de ilegalidade)”,<sup>52</sup> reafirmando-se, aliás, posição anterior do Tribunal, parece seguro que nesta decisão se avaliou a constitucionalidade de uma outra decisão do TC, com a interpretação e alcance que lhe haviam sido atribuídos pelo STA, face ao artigo 282.º, n.º 4, da CRP.

É a essa luz que se pode compreender a conclusão do acórdão 163/00, acima transcrita: “não é censurável, *na óptica jurídico constitucional*, a interpretação dada pela decisão recorrida à limitação de efeitos decretada pelo Tribunal Constitucional” (sublinhado meu).

## NOTA

1. Jorge Miranda, “Os tipos de decisões na fiscalização da constitucionalidade”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles*, I vol., 2002, 808 e *Manual de Direito Constitucional*, tomo VI, 2001, 61.

2. Vitalino Canas, *Introdução às Decisões de Provimento do Tribunal Constitucional*, Lisboa, 2.ª ed., 1994, 60.

3. Sobre estes vários conceitos, Vitalino Canas, *Introdução...*, 79 e 182 e segs.
4. Caso de Rui Medeiros, *A Decisão de Inconstitucionalidade*, Lisboa, 1999, 477 e segs.
5. V. por todos Jorge Miranda, *Os Tipos...*, 819 e segs.; Fernando Alves Correia, *Direito Constitucional. A Justiça Constitucional*, Coimbra, 2001, 100 e segs.
6. Rui Medeiros, *A Decisão...*, 381.
7. *Idem*, 379.
8. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, 6.<sup>a</sup> ed., 2003, 1174, citando Hesse.
9. Jorge Miranda, *Os Tipos...*, 815.
10. Contra, alegando a inconstitucionalidade do artigo 80.º, n.º 3, Rui Medeiros, *A Decisão...*, 378 e segs.
11. Vitalino Canas, *Introdução...*, 183; Jorge Miranda, *Os Tipos...*, 813.
12. O conceito de decisão engloba aqui a parte expositiva (fundamentos) e a parte dispositiva.
13. Estas duas modalidades de decisões atípicas quanto ao conteúdo resultam de um desdobramento do que designámos em *Introdução...*, 99, de decisões injuntivas. As designações e o sentido geral de cada um dos tipos de decisões diferem em alguns aspectos das preferidas por Fernando Alves Correia, *Direito...*, 106 e segs., o que reflecte a instabilidade doutrinal ainda existente em Portugal e no estrangeiro no tocante a estes vários tipos de decisões.
14. Jorge Miranda, *Os tipos de decisões...*, 820, distingue das decisões aditivas as decisões *integrativas*, “através das quais se interpreta certa lei (com preceitos insuficientes e, nessa medida, eventualmente inconstitucionais) completando-a com preceitos da Constituição sobre esse objecto que lhe são aplicáveis e porque directamente aplicáveis”. Pela nossa parte temos incluído esta hipótese no conceito de decisões aditivas, mas reconhecemos que do ponto de vista analítico há base suficiente para autonomizar essa categoria.
15. V. *Introdução...*, 187/8.
16. Vitalino Canas, *Introdução...*, 95.
17. Jorge Miranda, *Os Tipos...*, 819 e segs.
18. *Idem*, 819.
19. *Direito Constitucional...*, 108-9.
20. Vitalino Canas, *Introdução...*, 143/4.
21. Rui Medeiros, *A Decisão...*, 613.
22. Vitalino Canas, *Introdução...*, 141.
23. Rui Medeiros, *Os Efeitos...*, cit., 569.
24. Vitalino Canas, *Introdução...*, cit., 152.
25. *Idem...*, 152.
26. Neste sentido, Rui Medeiros, *A Decisão...*, 625 e segs.
27. Rui Medeiros, *A Decisão...*, 625 e segs.
28. J.J. Gomes Canotilho, *Direito...*
29. João Calvão da Silva, *Expropriações: «declaração de inconstitucionalidade, caso julgado e situações exauridas»*, in CJ, 1994, II, pág. 8.
30. Rui Medeiros, *A Decisão...*, 625.
31. *Idem*, 635.
32. *Idem*, 638. O autor cita um acórdão do Tribunal Constitucional neste sentido: acórdão 162/95.
33. Vitalino Canas, *Introdução...*, 153.
34. Vitalino Canas, *Introdução...*, 154.
35. Rui Medeiros, *A Decisão...*, cit., 666.
36. Dubitativamente, Gomes Canotilho, *Direito...*, 903.
37. Frisando o carácter excepcional do recurso à limitação dos efeitos, Gomes Canotilho, *Direito...*, 1176. No entanto, excepcional não pode querer dizer anormal, ou contranatura.
38. Vitalino Canas, *Introdução...*, 101 e segs. Defende a mesma tese, com exaustiva argumentação, Rui Medeiros, *Os Efeitos...*, 743 e segs.
39. Jorge Miranda, *Os Tipos...*, 817/8.
40. V., por exemplo, para além de Jorge Miranda, a peremptória recusa de Gomes Canotilho, *Direito...*, 904 e de Fernando Alves Correia, *Direito Constitucional...*, 107 e 127.
41. Rui Medeiros, *Os Efeitos...*, 724 e segs.
42. Rui Medeiros, *Os Efeitos...*, designadamente 733.
43. V., por exemplo, a exaustiva argumentação contrária desenvolvida por Paulo Otero, *Ensaio Sobre o Caso Julgado Inconstitucional*, Lisboa, 1993, 95 e segs.
44. Jorge Miranda, *Os Tipos...*, 811.
45. *Direito...*, 904.

46. Sobre a aplicação do princípio da proporcionalidade no âmbito da fixação dos efeitos das decisões do TC v. Rui Medeiros, *Os Efeitos...*, 716 e segs.; Gomes Canotilho, *Direito...*, 1176.

47. V. a crítica a esta construção em Rui Medeiros, *Os Efeitos...*, 804/5. O autor reconhece, porém, que a preocupação que está subjacente à tese do texto tem razão de ser. Por isso contrapõe, em alternativa, que a decisão do Tribunal Constitucional que declara a inconstitucionalidade com força obrigatória geral possa ser questionada por via do processo de revisão. Não se vê todavia a que processo de revisão se refere: é a revisão da decisão do TC nos tribunais

comuns? Construção improvável, até por falta de fundamento suficiente nas normas que regem o recurso de revisão. É no próprio TC? Com que fundamento legal? Perante estas dificuldades, porque não admitir simplesmente a via mais *imediata* da fiscalização do segmento normativo da decisão do Tribunal, a via da fiscalização da constitucionalidade de *qualquer* norma jurídica?

48. *Acórdãos*, 16.º vol., 157 e segs.

49. *Acórdãos...*, 37.º vol., 593 e segs.

50. *Acórdãos...*, 46.º vol., 639 e segs.

51. *Acórdãos...*, 46.º vol., 667.

52. *Acórdãos...*, 46.º vol., 663.