



Marta Raquel Cabral Duarte

As sentenças intermédias na Justiça Constitucional Portuguesa. Revisitação do tema a propósito da «jurisprudência da crise»

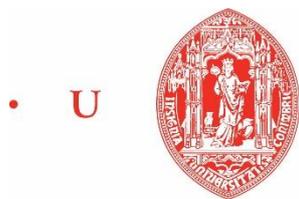
Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas/ Menção em Direito Constitucional

Orientadora: Professora Doutora Suzana Maria Calvo Loureiro Tavares Silva

Julho de 2017



UNIVERSIDADE DE COIMBRA



• U • C •

FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

Marta Raquel Cabral Duarte

**As Sentenças Intermédias na Justiça Constitucional Portuguesa. Revisitação do tema
a propósito da «jurisprudência da crise»**

*The 'intermediate decisions' in the Portuguese Constitutional Justice. Revisitation of the
theme apropos of 'jurisprudence in times of crisis'*

*Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito
do 2.º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na Área de
Especialização em Ciências Jurídico-Políticas/ Menção em Direito Constitucional*

Orientadora: Professora Doutora Suzana Maria Calvo Loureiro Tavares Silva

Coimbra, 2017

Agradecimentos

À minha Família. Pais, mana, avós, tios, primos, que do longe fazem perto e que me acompanham desde sempre, confiando nas minhas capacidades (muitas vezes mais do que eu própria) e que nunca me deixam desistir.

Aos meus amigos. Aos de sempre e aos de agora. Àqueles que me compreendem na minha loucura, que me fazem rir, que me obrigam a melhorar e que nunca me deixaram para trás, mesmo que eu estivesse sempre a dizer “não posso, tenho de trabalhar”.

Aos colegas. De Faculdade e de trabalho. Pelas longas discussões, sobre tudo e sobre nada, pela troca de experiências, por me terem aberto horizontes e me terem demonstrado outras realidades, por me obrigarem a tornar uma melhor profissional, todos os dias.

À minha excelente Professora e Orientadora, Doutora Suzana Tavares da Silva, que tanto admiro pelo sua extraordinária inteligência, dedicação e profissionalismo. Pelas fantásticas oportunidades que nos conferiu, por nos levar a ultrapassar as nossas limitações, por acreditar nas nossas capacidades, por exigir sempre mais. Sem si, não teria conseguido concluir esta desafiante etapa.

A todos os que me acompanham, em especial aqueles que fizeram parte deste ano excecional. Mesmo que eu não mencione o vosso nome, vocês sabem quem são. A todos, o meu eterno Obrigada.

Resumo

As sentenças de tipo intermédio, situadas entre a rejeição e o acolhimento da tese de inconstitucionalidade de determinada norma, são uma solução pensada pela jurisprudência e pela doutrina de vários ordenamentos jurídicos, para evitar situações de maior desconformidade.

Porém, a doutrina nacional e internacional, não são unânimes em relação aos seus limites e à admissibilidade de todas as suas formas, assim como os magistrados dos tribunais que são responsáveis pelo controlo da constitucionalidade das regras têm as suas dúvidas.

Suscetíveis de criar tal controvérsia, este tipo de sentença merece o nosso estudo cuidado, em especial face às recentes decisões do Tribunal Constitucional português, perante uma situação de crise económico-financeira grave.

Palavras-chave: sentenças de tipo intermédio; sentenças interpretativas; sentenças manipulativas; Tribunal Constitucional português; jurisprudência da crise; interpretação; doutrina nacional; doutrina italiana.

Abstract

The intermediate decisions, to be found from the rejection to the provision of the thesis of the unconstitutionality of a norm, are a solution created by the jurisprudence and by the doctrine of several legal systems in order to avoid non-compliance.

Nevertheless, the national and international doctrine as well as the court magistrates, who are responsible for the constitutional review, are not unanimous and have doubts regarding the limits and the admissibility of all their forms.

As this type of decision may give rise to controversy, it is worthy of a careful analysis, particularly taking into account the most recent decisions by the Portuguese Constitutional Court, in response to a situation of severe economic and financial crisis.

Keywords: Intermediate decisions, interpretative decisions, manipulative decisions, Portuguese Constitutional Court, Jurisprudence (in times) of crisis, interpretation, national doctrine, Italian doctrine.

Lista de Siglas e Abreviaturas

Ac.	–	Acórdão
Art.	–	Artigo
CRP	–	Constituição da República Portuguesa
DLG	–	Direito, Liberdades e Garantias
LTC	–	Lei do Tribunal Constitucional
MP	–	Ministério Público
N.	–	Número
STF	–	Supremo Tribunal Federal Brasileiro
TC	–	Tribunal Constitucional
TCF	–	Tribunal Constitucional Federal Alemão

Índice

	Página
Introdução	8
Capítulo I – O controlo da constitucionalidade e surgimento das decisões de tipo intermédio	10
1. Noções básicas do controlo da constitucionalidade: breve apontamento	11
2. A importância dos tribunais constitucionais	16
3. O surgimento das decisões de tipo intermédio	21
Capítulo II – A interpretação e as sentenças da justiça constitucional: seus efeitos típicos	26
1. A importância da interpretação constitucional e os seus termos	27
2. Os efeitos típicos das decisões de inconstitucionalidade	31
3. Afastamento dos efeitos típicos – razões e consequências	36
4. Análise ao artigo 282.º, n.º 4 CRP	40
Capítulo III – As decisões de tipo intermédio: um estudo comparativo	43
1. Enunciação do problema	44
2. As opiniões doutrinárias	45
a. A doutrina nacional	45
b. A doutrina estrangeira	78
c. Pontos de convergência e divergência	87
3. As decisões judiciais	90
a. A posição do Tribunal Constitucional Português (<i>maxime</i> jurisprudência da crise)	90
b. As decisões do Tribunal Constitucional Italiano	107
c. As decisões do Tribunal Constitucional Federal Alemão	112
d. Análise comparativa da posição dos diferentes tribunais	117
Considerações Finais	124
Bibliografia/ Jurisprudência/ Legislação	127

Introdução

O Direito Constitucional, como um dos ramos fundacionais dos Estados modernos, tem sido alvo de diversos estudos académicos, em todas as suas problemáticas. Porém, continua a ser um “Mundo” fascinante e misterioso, em constante mutação, onde se descobrem novas maneiras de realizar a Justiça Constitucional.

A fiscalização da constitucionalidade é uma das formas desenhadas pelos legisladores constitucionais para garantia desse desiderato. Todavia, as previsões daqueles nunca estarão completas, e importa que a Doutrina descortine novas formas de garantia da constitucionalidade e de garantia da harmonia do ordenamento constitucional. É fácil de compreender a razão: os problemas que se colocam são cada vez mais complexos e não poderiam ter sido previstos.

Neste sentido, torna-se interessante o debate académico sobre estas novas formas e a construção de novos instrumentos decisórios, que garantam a unidade e harmonia do sistema, respeitando ainda a vontade do constituinte.

O nosso trabalho será apenas uma gota no oceano das problemáticas das sentenças de tipo intermédio, sobre as quais vários Ilustres Autores já se pronunciaram. E, assim sendo, numa tentativa de trazer alguma inovação para o debate académico, tentaremos levar a cabo uma resenha de jurisprudência constitucional onde o tema das decisões intermédias é central – seja pelo facto do tribunal constitucional ter adotado uma decisão desse tipo, ou da doutrina considerar que o deveria ter feito.

Tentaremos, de igual forma, compreender os benefícios e prejuízos que este tipo de decisão representa para a jurisprudência constitucional – e para o sistema, em geral. De facto, não podemos ignorar que a globalização e influência recíproca dos ordenamentos representa um maior desafio para o Direito Constitucional. No mais, só tendo consciência destas problemáticas poderemos tomar posição em relação ao medo de parte da doutrina de “capitulação democrática”¹.

¹ *Apud* MEDEIROS, Rui, *A Constituição Portuguesa num Contexto Global*, Universidade Católica Editora, Lisboa, Março de 2015, p. 63, referindo-se à expressão de Dieter Grimm e Juan Francisco Sánchez Barrilao.

É certo que os conceitos se têm vindo a alterar² e, cada vez mais, assistimos a uma interpenetração e troca de experiências, conceitos e soluções entre os vários ordenamentos jurídicos, em especial no Espaço Europeu. O Direito Constitucional não representa, neste ponto, exceção. Daí que grande parte das decisões de tipo intermédio, surgidas em Itália ou na Alemanha, tenham sido transplantadas pelos demais ordenamentos, um pouco pelo resto do Mundo, sem que, muitas vezes, essas soluções fossem compatíveis com o sistema vigente, desenhado pelo constituinte do país.

Teremos de nos interrogar, apoiados na doutrina e jurisprudência nacionais, se tal ocorre em território português e determinar quais os regimes compatíveis/ incompatíveis com o sistema constitucional criado em 1976 e desenvolvido pelas sucessivas revisões.

Em torno destas questões, muitas outras se colocam, mas não nos poderemos pronunciar sobre todas elas. No entanto, há certos temas aos quais não é possível escapar, como a questão da interpretação das normas constitucionais, umbilicalmente relacionada com a construção das sentenças de tipo intermédio; ou a questão do ativismo judicial, que é consequência deste tipo de construção.

Em suma, o principal objetivo da presente dissertação passa pelo conhecimento da realidade constitucional (em especial nacional) no campo das decisões intermédias, para que possamos tomar posição informada sobre a legitimidade destas soluções, no nosso ordenamento.

² Basta pensar num dos conceitos base dos Estados de Direito modernos: o conceito de “soberania” usado hoje em dia nada tem a ver com aquele que foi teorizado por Bodin ou Hobbes. Atualmente, soberania traduz-se em autodeterminação, que não é fácil de alcançar, pelo desaparecimento das fronteiras e a crescente dificuldade de controlo ou de exercício de poder sobre um território, potenciado pela profusão de instâncias internacionais que controlam cada vez mais espaços que, anteriormente, pertenciam apenas aos Estados soberanos. Sobre esta polémica, *Vide* MEDEIROS, Rui, *A Constituição Portuguesa num Contexto Global*, Universidade Católica Editora, Lisboa, Março de 2015, páginas 123 e seguintes, em especial 128 a 134.

Capítulo I: O controlo da constitucionalidade e surgimento das decisões de tipo intermédio

As constituições não são um “mero estatuto do viver político”³ e, por uma questão de sobrevivência, precisam de ser flexíveis, maleáveis, porosas à realidade, em constante mudança. No fundo, uma constituição só pode almejar a sobrevivência por um período longo de tempo se mostrar abertura ao tempo.

Nesse sentido, é inevitável que ocorram revisões constitucionais, implícitas ou explícitas. Estas só serão constitucionais se respeitarem as pré-compreensões que moldaram a sua criação, ainda que parte da doutrina admita deturpações, cada vez maiores, aos textos originais – basta atender que certos Autores aceitam um princípio de proibição de vinculação das gerações vindouras às atuais decisões políticas⁴.

Assim, os textos constitucionais estão em constante mutação, fenómeno que afeta todos as áreas da Constituição, e o controlo da constitucionalidade não é exceção. Não podemos esquecer que a evolução constante da Lei Fundamental deve ser levada a cabo pelo legislador, mas também pelos tribunais, responsáveis pela concretização do disposto pela constituição. Todavia, é necessário impor limites a essa inovação, para não descaraterizar o sistema.

Consideramos necessário, neste primeiro capítulo, recordar os elementos mais básicos da fiscalização da constitucionalidade em Portugal (com breves apontamentos, sempre que necessário, sobre ordenamentos próximos) e visitar a importância dos tribunais constitucionais, para que nos seja possível descortinar a origem das sentenças de tipo

³ Cit. CANAS, Vitalino, *Introdução às decisões de provimento do Tribunal Constitucional*, p. 13. O Autor continua, afirmando: “A transição para a postura programática das Constituições deixou de ser um indício titubante para se tornar numa realidade irreprimível (...) vinculando[-o] a concretas metas de ordem política, económica, social e cultural.”

⁴ Foi sob esta premissa que se desenvolveu o princípio da justiça inter-geracional. *Vide*, a este respeito, MEDEIROS, Rui, *A Constituição Portuguesa num Contexto Global*, Universidade Católica Editora, Lisboa, Março de 2015, p. 207 ss. Neste sentido, o Autor reconhece que o artigo 288.º da Constituição da República Portuguesa permite, sob o jugo da “tese da dupla revisão (...) que o povo, ainda que através de um processo de revisão constitucional especialmente agravado, reafirme a sua vontade constituinte no quadro de um processo de transição constitucional (...) isto é, ainda que estejam em causa limites que exprimem a identidade nuclear da Constituição e não apenas limites de revisão (...) a preocupação em assegurar um ponto de equilíbrio entre Estado de direito e democracia (...) manifesta-se na defesa do entendimento segundo o qual o artigo 288.º admite que, no âmbito de um procedimento amplamente democrático, a vontade popular conduza a uma transição constitucional através de uma revisão total” (p. 219); mas alerta: “a abertura da Constituição é, portanto, sempre limitada e não legitima uma espécie de *desvio* a um processo formal” (p. 222).

intermédio. Só assim conseguiremos, num estágio mais avançado desta investigação, entender corretamente o alcance daquele tipo de sentença e tomar uma posição informada sobre a sua admissibilidade.⁵

1. Noções básicas do controlo da constitucionalidade: breve apontamento

O sentido de defesa das constituições e da constitucionalidade das leis é contemporâneo ao surgimento daqueles Textos. Tal como Kelsen afirmava, “de entre as medidas técnicas (...) que têm como objetivo garantir a regularidade das funções estaduais, é a anulação do ato inconstitucional que representa a garantia principal e mais eficaz da Constituição”⁶. No caso português, essa preocupação encontrava-se já expressa nas anteriores cartas constitucionais e continua a estar presente na Lei Fundamental de 1976.

A fiscalização da constitucionalidade, como hoje a entendemos, começou a ser construída no século XX, enfrentando “sérias dificuldades” para se afirmar⁷. Mas fê-lo com base em duas ordens de razão.⁸ Uma delas – *endógena* – resultou do desenvolvimento dos institutos que permitem o controlo concreto e abstrato de normas. A outra – *exógena* – está relacionada com o crescimento do Estado e o crescente número de tarefas que este tem de cumprir, ponto que se acentua no caso de ordenamentos plurilegislativos, regionais e federais.

Porém, a solução construída diferiu de ordenamento para ordenamento, uma vez que foram teorizados caminhos distintos para cumprir esse mesmo desiderato. Desta feita, surgiram diferentes “sistemas de fiscalização jurisdicional ou jurisdionalizada da validade das leis e de outros actos jurídico-políticos”: a) o modelo de fiscalização política ou de tipo francês; b) a *judicial review* ou modelo norte-americano; c) o modelo concentrado ou de inspiração austríaca.⁹

⁵ Aproveitamos para referir obras jurídicas essenciais, com importantes apontamentos à compreensão (prévia) da jurisdição constitucional portuguesa: CARDOSO DA COSTA, José Manuel Marques, *A Jurisdição Constitucional em Portugal*, 3.^a Edição, Coimbra, Almedina, 2007; MIRANDA, Jorge, *Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade*, Clássicos Jurídicos, Coimbra Editora, 2007 (Reimpressão), Coimbra; GOMES CANOTILHO, José Joaquim, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.^a edição, Edições Almedina, Coimbra, Setembro de 2003.

⁶ *Apud* URBANO, Maria Benedita, *Curso de Justiça Constitucional - Evolução, História e Modelos do Controlo da Constitucionalidade*, 2.^a Ed., Almedina, Coimbra, Setembro de 2016, nota de rodapé n.º1, p. 9.

⁷ Cfr. URBANO, *Curso de Justiça Constitucional, ob. cit.*, p. 10.

⁸ Sobre este ponto, veja-se MIRANDA, Jorge, “A fiscalização da constitucionalidade”, p. 165 ss.

⁹ Para uma leitura aprofundada sobre o tema – que se apresenta impossível para nos – *vide*, entre outros: MIRANDA, Jorge, “A fiscalização da constitucionalidade”, p. 166 ss.

Esta consagração não se deu de forma igual nem ao mesmo ritmo, em todos os ordenamentos europeus. Nas palavras de Maria Benedita Urbano, os motivos dessa “não afirmação imediata do controlo de constitucionalidade das normas e para a sua implantação desencontrada no continente europeu e no continente americano prende-se em larga medida com a valorização da noção de constituição”¹⁰, ponto que ainda hoje mantem o seu relevo.

Como veremos, a adoção de um ou outro modelo tem consequências, nomeadamente quanto aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. No mais, há certos meios de fiscalização da constitucionalidade que fazem mais sentido num ou noutro modelo¹¹. Todavia, cada vez mais, estas fronteiras tendem a esbater-se e observa-se uma influência recíproca e interpenetração entre ordenamentos. Essa influência mútua potencia a troca de experiências e instrumentos, nomeadamente de decisões de tipo intermédio, pensadas por uns e transplantadas para outros, o que suscita grandes controvérsias.

Tendo, agora, em vista o texto constitucional do nosso país, cumpre destacar a sua organização original, uma vez que se reúnem na mesma parte (IV)¹² as questões relativas à fiscalização da constitucionalidade e à revisão do próprio texto constitucional¹³. Tal

¹⁰ Cfr. URBANO, *Curso de Justiça Constitucional, ob. cit.*, p. 9.

Para uma compreensão do conceito de constituição moderna, em especial sobre a Constituição portuguesa de 1976, veja-se AMARAL, Maria Lúcia, *A forma da República – uma introdução ao estudo do direito constitucional*, Coimbra Editora, 2005, pp. 11 ss. É interessante notar que a Autora considera que a noção moderna de soberania está estreitamente ligada à prática da constituição mista e consagra a existência de nove postulados de rutura do constitucionalismo moderno: quanto ao fundamento do poder, a razão do poder político provem da vontade dos seus membros; a constituição escrita deve ser resultado da decisão soberana de uma “nação”; a legitimidade dos poderes constituídos depende de regulamentação constitucional, só sendo legítimos quando exercidos de acordo com o título que lhes confere a constituição; o sentido de pertença a uma comunidade política deve existir, não dependendo de outra condição que não a de “cidadão”; a existência de certos valores fundamentais, como os direitos do homem/ cidadão, devem imperar; separação entre poder político e religião; separação entre os poderes políticos; supremacia da lei; princípio da maioria (pp. 44 ss).

¹¹ Veja-se, por exemplo, o que afirma Jorge Miranda acerca da fiscalização difusa. Para o Autor esta “só adquire total autenticidade e efectividade em sistemas judicialistas como os anglo-saxónicos”. Por outro lado, segundo o mesmo, a criação de tribunais constitucionais só tem real sentido nos sistemas continentais, uma vez que enquanto a fiscalização difusa é consentânea com diferentes sistemas políticos, “a fiscalização concreta só se adapta a sistemas de divisão do poder político, pois só nesses casos ela se revela uma mais-valia e se transforma numa peça relevante”. Vide MIRANDA, Jorge, “A fiscalização da constitucionalidade”, p. 169.

¹² Compreende os artigos 277.º e seguintes.

¹³ Neste sentido leia-se GOMES CANOTILHO, J. J., e MOREIRA, Vital, *Fundamentos da Constituição*, p. 235 ss. Como sublinham os Autores, “o próprio facto de estarem reunidas na mesma divisão da Constituição indicia que existe uma íntima relação entre elas (...) ambas têm por objecto a *própria Constituição*”, além de servirem para determinar “o *alcance da própria Constituição como lei fundamental*”; por outro lado, ambos “são *modos de garantia e de preservação da Constituição*. A fiscalização da constitucionalidade garante-a e

sistematização tem razão de ser e indicia a importância que o controlo da constitucionalidade assume na formação do Direito Constitucional. No mais, outra das originalidades do sistema português encontra-se na consagração, entre nós, de um sistema misto complexo¹⁴, que tenta conciliar vantagens do modelo concentrado e mais-valias do modelo difuso.¹⁵

Ainda que a sistematização não tenha sofrido alterações, as previsões sobre a fiscalização da constitucionalidade na CRP já foram alvo de revisão constitucional, podendo reconhecer-se diferentes fases.¹⁶

Uma vez que a economia textual do presente trabalho não nos permite explorar este ponto, não nos pronunciaremos largamente sobre o tema, mas parece-nos necessário deixar algumas notas sobre fiscalização da constitucionalidade tendo em vista o Direito Comparado.

Ponto comum a todos os ordenamentos que consagram meios de controlo da constitucionalidade, encontra-se na verificação de pressupostos mínimos ao seu desencadeamento. Para que ocorra a fiscalização da constitucionalidade de determinada norma, é necessário que exista “uma Constituição em sentido formal e, em segundo lugar, a consciência da necessidade de garantia dos seus princípios e preceitos acompanhada da vontade de instituir meios adequados”¹⁷. Esta consideração não deve, no entanto, ser mal

preserva-a contra os actos ou omissões do Estado; os limites de revisão da Constituição garantem a sua estabilidade e resguardam-na contra alterações desfiguradoras das suas características essenciais”.

¹⁴ Ver, a este propósito, GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, pp. 195 ss.

¹⁵ Vide GOMES CANOTILHO, J. J., e MOREIRA, Vital, *Fundamentos da Constituição*, p. 236, onde o Autor refere que este controlo pretende servir de “garantia da observância da Constituição, assegurando a actuação” da mesma e servindo como meio de reacção a possíveis violações que esta possa sofrer.

¹⁶ Novamente, por questões de economia textual, não nos será possível discorrer sobre este tema. Como tal, deixamos apenas algumas indicações bibliográficas que podem ajudar a esclarecer dúvidas: MIRANDA, Jorge, “A fiscalização da constitucionalidade”, p. 169 ss; GOMES CANOTILHO, J. J., e MOREIRA, Vital, *Fundamentos da Constituição*, p. 237 ss, acompanhado de um quadro-síntese das espécies de fiscalização da inconstitucionalidade, órgãos competentes, iniciativa, objeto e efeitos da inconstitucionalidade; GOMES CANOTILHO, José Joaquim, «Para uma teoria pluralística da Jurisdição Constitucional Democrático Português», In *Revista do Ministério Público*, Ano 9, n.ºs 33-34, Janeiro-Junho, 1988, p. 12 ss; e GOMES CANOTILHO, José Joaquim, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª edição, Edições Almedina, Coimbra, Setembro de 2003, pp. 107 ss.

Veja-se, em especial MIRANDA, Jorge, “A fiscalização da constitucionalidade”, página 170, escreve que “a partir de 1946 – na vigência da Constituição de 1933 – prevalece a fiscalização concentrada, mas integrada com a fiscalização judicial difusa e, entre 1976 e 1982 com fiscalização política, dentro de um complexo sistema misto”. O Autor explica, ainda, as diferentes fases e o tipo de fiscalização que dominou em cada um dos períodos, aludindo à complexidade do sistema, potenciada pela existência de vários órgãos – Conselho da Revolução, Comissão Constitucional e tribunais – que precisavam de compatibilizar atribuições.

¹⁷ Cit. MIRANDA, Jorge, “A fiscalização da constitucionalidade”, p. 164.

interpretada, pois não se pode dizer que apenas exista inconstitucionalidade perante uma Lei Fundamental formal e rígida – basta pensar no caso inglês, onde a Constituição é meramente material, ou seja, não escrita e flexível, mas onde não deixam de existir situações de inconstitucionalidade. Assim, devemos retirar uma primeira conclusão destas considerações: fiscalização e inconstitucionalidade não são sinónimos ou conceitos fungíveis¹⁸.

Desta feita, Jorge Miranda inclui um terceiro pressuposto para que haja fiscalização da constitucionalidade, a juntar aos dois já mencionados: “que a supremacia da Constituição se revele um princípio jurídico operativo”¹⁹.

Neste sentido, prevê o artigo 277.º, n.º 1 CRP que uma inconstitucionalidade se traduz na violação do disposto pela Lei Fundamental, estejam em causa normas ou princípios constitucionais, expressos ou implícitos²⁰. Ainda que a norma nada mais acrescente, a doutrina consagra certas categorias de inconstitucionalidade, distinguindo entre a chamada “inconstitucionalidade direta” e “indireta”, consoante a mesma seja “produzida pela infração directa e imediata das normas constitucionais”²¹ ou não. Distingue-se, ainda, a existência de inconstitucionalidades materiais, orgânicas ou formais; inconstitucionalidades originárias e supervenientes; imediatas e derivadas/reflexas; presentes e passadas; totais e parciais²².

Por outro lado, esta disposição suscita um problema complexo, que se espalha a todo o sistema de fiscalização da constitucionalidade nacional. Referimo-nos ao chamado “bloco de constitucionalidade”. A doutrina muito se pronunciou sobre esta questão, da determinação do âmbito da fiscalização da constitucionalidade – ou seja, sobre que normas ou atos normativos recai a fiscalização – o que permitiu diminuir a controvérsia.

¹⁸ Esta não é, no entanto, uma dificuldade que se coloque no nosso ordenamento, nem naqueles com os quais pretendemos estabelecer paralelismos.

¹⁹ MIRANDA, Jorge, “A fiscalização da constitucionalidade”, p.164.

²⁰ O texto da norma dispõe: “São inconstitucionais as normas que infringem o disposto na Constituição ou os princípios nela consignados”. No mesmo sentido do texto ver GOMES CANOTILHO, J. J., e MOREIRA, Vital, Fundamentos da Constituição, p. 264 ss, que advertem para outras questões relacionadas. Para os Autores, a definição de inconstitucionalidade traduzir-se-á numa “ofensa da disciplina constitucional por qualquer dos seus aspectos: incompetência, vício de forma ou de procedimento, contradição entre o conteúdo da norma e o conteúdo normativo da Constituição. Em suma, uma norma é inconstitucional sempre que viole qualquer dos *aspectos constitucionalmente vinculados* (...) A inconstitucionalidade não é um vício do acto normativo (...): o que há é vários vícios que dão lugar à inconstitucionalidade”.

²¹ GOMES CANOTILHO, J. J., e MOREIRA, Vital, Fundamentos da Constituição, p. 265.

²² Sobre estas últimas pode surgir um problema complexo de redução da norma por efeito da sua incompatibilidade com a Constituição.

Pode afirmar-se que hoje é pacífico o conceito de “bloco de constitucionalidade”. Este compreende ou alberga atos legislativos, ainda que individuais ou concretos; atos normativos públicos, expressão do poder público; normas de Direito Internacional Convencional e normas de Direito Comunitário. Desta feita, ficam excluídos os atos administrativos, as decisões dos tribunais e os atos políticos ou de governo. No mais, é de salientar o facto de o nosso texto constitucional não excluir a possibilidade de controlo da constitucionalidade de normas não criadas pelo legislador nacional prevendo, pelo contrário, que certas normas internacionais possam ser objeto de controlo da constitucionalidade.²³

Cumprir destacar que, por esta e outras razões, se fala atualmente num “constitucionalismo multinível”, em que o bloco de constitucionalidade foi alargado ao direito internacional, o que complica este controlo.²⁴

Ainda que existam esses pontos em comum entre vários ordenamentos, a verdade é que cada um é único e apresenta especificidades. No caso português, estas encontram-se, desde logo, na consagração de quatro tipos diferentes de fiscalização, o que nos afasta de modelos de países próximos e nos quais bebemos muitas das soluções de tipo intermédio, o que pode implicar dificuldades de compatibilização entre regimes.

No mais, estes aspetos têm influência nas diferenças de regime, consequências e efeitos das decisões simples e de tipo intermédio – que, entre nós, variam consoante estejamos

²³ Veja-se, a título de exemplo: MIRANDA, Jorge, “A fiscalização da constitucionalidade”, p. 173; GOMES CANOTILHO, J. J., e MOREIRA, Vital, *Fundamentos da Constituição*, p. 246 ss; CARDOSO DA COSTA, J. M. M., “O Tribunal Constitucional Português e o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias”, in *Separata AB VNO AD OMNES – 75 anos da Coimbra Editora*, Coimbra, 1998, p. 1363 a 1380, salientando a complexa ponderação de valores e de hierarquia do Direito, não se admitindo, por exemplo, a possibilidade de o TC decretar, com eficácia geral, a inconstitucionalidade de certa norma por incompatibilidade com direito europeu – o Autor fala, a este propósito, numa “«renúncia» de cada Estado à sua própria Constituição, enquanto padrão «último» da juridicidade no seu espaço nacional, quando esteja em causa o direito comunitário”; MARTINS, Licínio Lopes, “O conceito de norma na Jurisprudência do Tribunal Constitucional”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXXV, 1999, p. 599 a 648 e referências bibliográficas aí mencionadas. O Autor salienta que esta é uma questão do “próprio âmbito e limites dos poderes jurisdicionais do Tribunal Constitucional” e faz uma análise aprofundada da questão dos atos políticos e administrativos. Apesar da exclusão, aproveitamos este ponto para destacar a importância da jurisprudência constitucional administrativa, que muitas vezes versa direitos fundamentais e coloca sérias dificuldades ao controlo de constitucionalidade. No mais, não se deve confundir conceitos. O TC não pode fiscalizar atos administrativos mas pode e deve fiscalizar a constitucionalidade dos regulamentos, meio de ação tipicamente administrativo. Sobre esta matéria ver CARDOSO DA COSTA, José Manuel Marques, «A Jurisprudência Constitucional Portuguesa em matéria administrativa», In *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Rogério Soares*, obra coletiva, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, páginas 177 a 221.

²⁴ A este propósito GOMES CANOTILHO, J. J., e MOREIRA, Vital, *CRP ...*, pp. 522 e 523.

perante um controlo preventivo, sucessivo – abstrato ou concreto – numa fiscalização por omissão.²⁵

2. A importância dos tribunais constitucionais

O tribunal constitucional continua a ser uma instituição de grande relevância em todos os ordenamentos em que existe²⁶. Criação do pensamento kelsiano, este tribunal especial foi

²⁵ Não nos será possível abordar a questão com o cuidado exigível em relação a todos os tipos de fiscalização. Assim, centraremos esforços nas decisões intermédias produzidas em sede de controlo abstrato, mas daremos indicações sobre este tema nos outros dois tipos de fiscalização da constitucionalidade.

²⁶ Relembramos que, em certos ordenamentos, o legislador constitucional optou por não criar um órgão responsável pela fiscalização da constitucionalidade das normas. Essa opção por um modelo de controlo puramente difuso teve por base, em grande parte dos casos, a discussão em torno da natureza destes tribunais: desempenham uma função verdadeiramente jurídica ou política? Em certos ordenamentos, os tribunais constitucionais ou órgãos com funções similares exercem um controlo meramente jurisdicional, enquanto noutros casos o controlo exercido está bastante mais próximo de um controlo político. Para uma leitura de base desta problemática, vide BACHOF, Otto, «Estado de Direito e poder político: os tribunais constitucionais entre o direito e a política» (tradução: J. M. Cardoso da Costa), In *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Ano 56, 1980, pp. 3 a 23. Destacamos apenas alguns dos ensinamentos deste constitucionalista alemão que, fazendo um contraponto entre o sistema alemão e o norte-americano (expoentes máximos do controlo judicial do poder legislativo), concluiu pela importância de um órgão de fiscalização da constitucionalidade forte, e aponta como principal razão ao estabelecimento, pela Lei Fundamental alemã, deste tipo de controlo a “necessidade de estabelecer de antemão uma barreira a todo e qualquer abuso em que de futuro o poder público pudesse vir a incorrer” (p. 8) o que demonstra o “trauma” dos países que consagram este regime, em regra após períodos de ditaduras totalitaristas.

Destaca, ainda o Autor que, em termos políticos, a mais importante tarefa de um TC é a decisão sobre a constitucionalidade das leis, pois “A interpretação da Constituição levada a cabo em tal decisão tem muitas vezes um alcance que vai muito para além do ensejo concreto que lhe deu origem”.

Sobre o sistema alemão, sublinha que sempre que um tribunal ordinário entenda que certa lei é inconstitucional e pretenda desaplicá-la ao caso concreto, terá de remeter a questão para o Tribunal Constitucional Federal, o que demonstra a diferença deste sistema face ao português. Mas Bachof também assinala que, ao contrário do que se passa no sistema americano, o TCF alemão não atua apenas a título incidental, pois ele pode declarar “nulidade com força de lei”, ainda que o faça, via de regra, apenas com eficácia *ex tunc* (p. 10). De seguida, acrescenta: “pode perguntar-se se o perigo de um abuso de poder por parte do legislador (...) não é afinal trocado por outro perigo, e talvez ainda maior (...) de o tribunal constitucional, em lugar de controlar a aplicação da Constituição, se transformar ele próprio no senhor da Constituição”. Isto porque se lhes reconhece uma elevada carga política (“as normas constitucionais em muitos casos não podem interpretar-se sem o recurso a valorações políticas” – p. 12) e pode haver subversão da opção política do legislador, tendo as suas decisões maior alcance do que outras decisões, de outros tribunais, e porque este goza de maior margem de liberdade na interpretação normativa, mas o próprio reconhece que esse perigo não se verificava – pelo menos no espaço alemão e concluía “as vantagens de um controlo efectivo da atividade legislativa, único que permitiu conferir à Constituição a sua plena eficácia, sobrelevam largamente as desvantagens de alguns raros casos de violação de fronteiras” (p. 13) daí que estes órgãos gozem de “altíssima reputação”. Finalmente, Bachof sublinha a autolimitação de competências de controlo face ao legislador dos tribunais constitucionais alemães, e os métodos que para tanto utilizaram: a) princípio da conformidade da lei à Constituição, que a doutrina americana transformou num “princípio de interpretação em conformidade com a Constituição”; b) a correção e oportunidade dos objetivos político-legislativos não são controlados pelo julgador; c) as valorações do legislador, que se encontram na base da sua opção política, não são questionadas – ou melhor, só podem ser questionadas se “forem inequivocamente refutáveis ou manifestamente erróneas, ou contrariarem a ordem constitucional de valores” (p.16); d) deve respeitar-se o grau de incerteza inerente à atividade legislativa, pois o legislador não consegue fazer experiências antes de legislar; e) os magistrados dos tribunais constitucionais podem e devem ponderar as consequências das suas decisões e conformar-se a essas conclusões. É por isso que o Autor reconhece o

pensado para se comportar como um “inibidor legislativo”, quando atua *ex ante*, como um “legislador negativo”, se atua *a posteriori*, ou como um tribunal de recurso, quando julga casos concretos em sede de fiscalização incidental. Independentemente das vestes com que será, a sua função será sempre no sentido de zelar pela constitucionalidade (mas, pretendia-se, sem criar novas regras jurídicas)²⁷.

Todavia, os tribunais constitucionais e similares dos nossos dias apresentam competências alargadas e movem-se com maior fluidez no espaço constitucional. Observamos, nesse sentido, que eles são influenciadores da opinião pública – que se acostumou a esta figura e a escutar as suas opiniões – o que acarreta novos desafios para princípios clássicos como a separação dos poderes.

Também as “características típicas das constituições” potenciam esta nova atitude, “mais proactiva”, dos magistrados constitucionais. De facto, a maioria das normas constitucionais são “tendencialmente mais abertas (*open texture*)” o que deixa “espaço de manobra para os intérpretes constitucionais”. Este carácter fragmentário das constituições clama por desenvolvimento das normas, o que favorece a criatividade dos operadores.²⁸

Assim, segundo alguns Autores, após um começo difícil, com sérios obstáculos à sua afirmação, o caminho da fiscalização da constitucionalidade e o papel dos tribunais constitucionais apresentam hoje um sinal contrário, de ganho de importância.

afastamento da jurisprudência constitucional do caminho até aí trilhado, mas entende que, dessa forma, se estava mais próximo do texto constitucional, acrescentando: “Para evitar tais consequências, os tribunais constitucionais começaram por abster-se, de quando em vez, de declarar como inconstitucionais, e portanto nulas, determinadas leis, embora em rigor o devessem ter feito. Recorrendo a construções muitas vezes pouco convincentes, procuraram mostrar que uma lei «ao tempo ainda não» era inconstitucional, e porquê, mas viria a tornar-se tal se o legislador não estabelecesse com brevidade outra regulamentação” (pp. 18 e 19). Assim, Bachof assumia a possibilidade de o TCF alemão adotar decisões modeladoras dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, afastando o regime da nulidade e dando um certo período de tempo ao legislador de eliminar a violação à Lei Fundamental (falava, neste caso, em “mera declaração da inconstitucionalidade”). É de realçar que estas decisões passar a estar expressamente previstas após a alteração da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal.

Outros casos houve em que o Tribunal Constitucional Alemão foi mais longe e substituiu-se ao legislador, declarando a lei inconstitucional e nula, emitia uma nova lei que deveria vigorar até que o legislador atuasse, criando nova lei em conformidade com a Constituição. Para o Autor este tipo de atuação é justificável, pois ainda que constitua uma espécie de usurpação da função legislativa faziam-no para “preservarem-lhe a liberdade de movimentos de que ele carecia para estabelecer uma regulamentação definitiva” (p. 20). Aponta como exemplo a decisão do TCF de 25 de Fevereiro de 1975.

²⁷ Vide CORREIA, Fernando Alves, *Justiça Constitucional*, p. 364.

²⁸ URBANO, Maria Benedita, *Curso ...*, *ob. cit.*, p. 97. A Autora sublinha: «Em suma, em sede de interpretação constitucional, mais do que em qualquer outro domínio jurídico, não deve de modo algum ser tomado como absoluto o brocado “*in claris non fit interpretatio*”».

Para muitos, em certos países, regista-se um “excesso de protagonismo da justiça constitucional nesta sua específica vertente, o qual conduz à sacralização da constituição”²⁹, fenómeno que implica, na linha de pensamento de Maria Bedita Urbano, uma subjugação do poder legislativo ao judicial. Em consequência, os órgãos parlamentares esmorecem “ao ponto de, com demasiada e indesejável frequência, dele se prescindir”³⁰ ou desautorizar. Isto mesmo fica demonstrado com o uso de certas figuras ou decisões intermédias, que implicam tomadas de posição contrárias às opções legislativas³¹.

Esta situação parece ameaçar o respeito pelo princípio da separação de poderes, daí que seja mais relevante do que nunca perceber a posição que o TC ocupa. Sabemos – e já o salientámos – que “a concretização de normas constitucionais pelo TC e pelos órgãos

²⁹ URBANO, Maria Bedita, *Curso ...*, *ob. cit.*, p. 9.

³⁰ Ainda em URBANO, Maria Bedita, *Curso ...*, *ob. cit.*, p. 9.

³¹ Aproveitamos este momento para fazer um breve desvio ao essencial do nosso trabalho e deixar algumas considerações sobre a tutela dos Direitos, Liberdades e Garantias já que, via de regra, eles são objeto das questões levadas ao conhecimento do Tribunal Constitucional, sobretudo em sede de fiscalização concreta da constitucionalidade. Como sabemos, os DLG têm uma força especial no nosso ordenamento e, por isso, gozam de uma proteção jurídico-constitucional específica, devendo ser garantidos mesmo em situações de excecionalidade (ainda que se admita a sua restrição, desde que respeitados certos pressupostos). Desta feita, funcionam como um dos limites materiais ao poder de revisão, previsto nos termos do artigo 288.º CRP, o que implica que o seu núcleo essencial deve permanecer inviolável, sob qualquer circunstância. Admite-se a sua revisão de sinal contrário, ou seja, o seu domínio pode ser alargado. Mesmo em caso de rutura ou quebra constitucional, eles parecem gozar de especial proteção. Ora, por maioria de razão, oferece-se especial proteção em caso de ofensa pelo legislador ordinário ou face à atuação da Administração Pública, o que se pode traduzir na não aplicação de certas normas, reputadas como inconstitucionais pela mesma.

Quanto à atuação dos tribunais, não há, via de regra, necessidade de instituir garantias contra as suas decisões, pois elas são tomadas exatamente no sentido da defesa dos direitos dos cidadãos e das minorias, mesmo que para isso tenha de se agir contra o poder legislativo. Salienta Vieira de Andrade que as decisões dos tribunais não são, em regra, fiscalizadas pelos outros poderes do Estado, esgotando-se nos recursos ordinários. No mais, elas são obrigatórias e prevalecem sobre as de outras entidades. A exceção parece estar no artigo 280.º, n.º 1, b) CRP, lido de forma conjugada com o n.º 5, hipótese consagrada, precisamente, para conferir maior proteção à defesa dos direitos dos cidadãos.

A garantia de acesso aos tribunais (artigo 20.º CRP) é o meio de defesa, por excelência, dos direitos, liberdades e garantias e da garantia de independência do Poder Judicial, bem como da sua vinculação ao Direito, pedra basilar das sociedades democráticas, onde os tribunais se comportam como guardiões máximos dos direitos individuais. No caso do ordenamento português, consagrou-se um direito autónomo de ação, nas jurisdições ordinárias e constitucional, daí que um particular possa recorrer, a título incidental, para o TC. Essa proteção não vale, porém, para todas as normas ou perante todos os atos de autoridade que ofendam DLG.

No que respeita aos chamados direitos fundamentais sociais, que implicam a existência de um poder de conformação autónomo e, por isso, maior grau de discricionariedade da parte do legislador ordinário, afirma Vieira de Andrade que o controlo a realizar pelos tribunais é, nesses casos, atenuado. A sua força jurídica manifesta-se na imposição legal concreta das medidas necessárias para tornar exequíveis os preceitos constitucionais; na criação de um padrão de controlo judicial, com conteúdo mínimo imperativo; na exigência de fundamentos constitucionais para a sua restrição ou limitação; na sua força irradiante, oferecedora de capacidade de resistência dos direitos a prestações. Para mais considerações sobre DLGs na CRP e as relações entre estes e a jurisdição constitucional, ver VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, 3.ª edição, Coimbra, 2001, em especial pp. 325ss e 377ss.

legislativos exige alguma segurança metódica no procedimento de investigação, obtenção e aplicação do direito constitucional” mas parece-nos que não se deve reduzir a tarefa concretizadora numa simples questão metódica³².

Por outro lado, o papel das “cortes” parece ser ameaçado, em certos casos, pelo surgimento de novos atores institucionais, com os quais podem ter de repartir competências. Essa pode ser outra das razões para o aumento do ativismo: sentindo a ameaça, decidiram assumir um papel que não lhes havia sido atribuído. Mesmo quando isso não acontece, existe uma dificuldade séria e patente em traçar fronteiras, definir limites e atribuir competências³³.

Mas não se pense que os novos obstáculos e dificuldades presentes no controlo da constitucionalidade implicam perda de importância, o seu desvirtuar ou o fim do seu carácter de imprescindibilidade³⁴.

³² Continua Gomes Canotilho dizendo: “não é o método que determina as competências, são as competências que condicionam o método de concretização constitucional”. GOMES CANOTILHO, José Joaquim, *A Concretização da Constituição pelo Legislador e pelo Tribunal Constitucional*, pp. 349/350.

³³ Esta questão é sentida, com maior intensidade, no espaço europeu, onde têm surgido novas ordens jurídicas, cuja área de atuação se parece sobrepor à dos órgãos constitucionais nacionais. Para uma análise mais cuidada desta questão veja-se, entre outros, BRITO, Maria Helena, «Relações entre a ordem jurídica comunitária e a ordem jurídica nacional: desenvolvimentos recentes em direito português», In *Estudos em Homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa*, obra coletiva, Vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, pp.301 a 317, que dá um certo ênfase à questão do sistema de controlo da constitucionalidade e a sua (difícil) compatibilização com as competências das instituições da União Europeia, sublinhando o facto de o TC ter recusado a qualificação de inconstitucionalidade a casos de incompatibilidade entre o direito interno e comunitário – ainda que a Autora admita que este Tribunal possa “verificar a conformidade constitucional das normas de direito comunitário directamente aplicáveis na ordem jurídica portuguesa” (p. 315) desde que respeite os valores e a unidade daquela ordem jurídica; e MOURA RAMOS, Rui Manuel, «O tratado que estabelece uma constituição para a Europa e a posição dos tribunais constitucionais dos Estados-Membros no sistema jurídico e jurisdicional da União Europeia», In *Estudos em Homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa*, obra coletiva, Vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, pp. 365 a 395, onde o Autor sublinha alguns dos problemas de compatibilização entre a “Constituição para a Europa”, que não chegou a entrar em vigor, e as constituições nacionais, em especial a CRP, sendo interessante sublinhar o destaque concedido aos mecanismos de controlo jurisdicional internos e comunitários, bem como os “diálogo(s) entre os dois intérpretes máximos da(s) respetiva(s) hierarquia(s) judiciária(s)” que se haviam estabelecido até àquela data, acabando por se concluir no sentido da “redução da margem de manobra das instâncias nacionais de controlo da constitucionalidade” (p. 384) face ao TJUE, o que poderá ser potenciador de uma maior atuação do sistema comunitário de proteção dos direitos fundamentais. Finalmente, Moura Ramos entende que estas alterações poderiam provocar mudanças nas “linhas de força essenciais” (p. 390) e na posição ocupada pelos Tribunais Constitucionais dos Estados Membros, prevendo um reforço do Direito da União Europeia, afirmando “o carácter de tribunal constitucional do Tribunal de Justiça no seio do ordenamento comunitário” (p. 391) o que implicava que os tribunais constitucionais nacionais assumissem uma posição forte, não se devendo submeter a um papel passivo e antes aproveitar as virtualidades deste sistema.

³⁴ Acrescentamos aqui o contributo de von Brünneck, trazido pela mão de Benedita Urbano, que defende que o controlo da constitucionalidade constitui “o contrapeso necessário à importância crescente do princípio da maioria democrática numa sociedade cada vez mais politizada”. Vide URBANO, *ob. cit.*, p. 10 e 11.

Pelo contrário, o aumento das pressões sobre a Justiça Constitucional e, em especial, sobre os tribunais constitucionais, fundamenta o seu relevo e ganho de autoridade, o que pode motivar a criação de novas figuras decisórias, desde que compatíveis com o espírito constitucional. Por outro lado, parece-nos que este aumento de tensão entre os órgãos democráticos aguça o sentido de um trabalho como o nosso.

Quanto ao Tribunal Constitucional Português, muito se poderia dizer. Criado em 1986³⁵, este órgão constitucional é um verdadeiro tribunal, estando contemplado no elenco do artigo 211.º CRP. No entanto, ele desempenha outras funções, como se pode concluir da leitura do artigo 223.º, n.º 2 da CRP³⁶, e ocupa “uma posição especial e autónoma, o que é posto em relevo na sistematização adoptada após a revisão constitucional de 1986, que lhe dedicou uma divisão específica, separada da dos demais tribunais”³⁷. Ou seja, é o vértice do sistema piramidal constitucional do nosso país.

Mas o TC é mais que isso. Já não é um mero guardião da constituição, mas um órgão muito respeitado, tanto a nível interno como externo, ocupando o papel de “órgão de garantia da segurança jurídica, da equidade e do interesse público de excepcional relevo”³⁸.

³⁵ Vide GOMES CANOTILHO, J. J., e MOREIRA, Vital, *Fundamentos da Constituição*, página 244, que recordam a “pré-história” deste tribunal, afirmando: “A ideia de concentrar num único tribunal a competência de fiscalização da constitucionalidade (...) surgiria, em termos constitucionais, na revisão constitucional de 1971, da Constituição de 1933; todavia, não foi concretizada. A Constituição de 1976, na sua versão primitiva, ao mesmo tempo que instituiu novas figuras de controlo (abstracto e por omissão) e que manteve a competência dos tribunais em geral (...) introduziu todavia um recurso (...) para a CC. O TC veio a receber as tarefas de órgão supremo da fiscalização da constitucionalidade, além de novas funções”.

³⁶ Destacamos o seu importante papel em caso de contencioso eleitoral e contencioso dos partidos políticos. Em CANAS, Vitalino, *O Tribunal Constitucional...*, *ob. cit.*, p. 108, o Autor recupera os ensinamentos de Karl Löwenstein para lembrar que essa função de controlo não implica que o TC se torne num órgão político-legislativo ou num órgão jurisdicional, sendo definido simplesmente como “*um órgão constitucional autónomo de controlo da constitucionalidade e da legalidade a quem a Constituição e a lei conferem poderes materialmente equiparáveis àqueles*” – mas não ignorando que apresenta um forte pendor político, de consolidação do Estado de Direito, bastante patente no período de crise, como demonstraremos; e para uma interessante reflexão sobre o posicionamento do nosso tribunal constitucional na História e em relação a instituições congéneres, vide igualmente CANAS, Vitalino, *Introdução às decisões ...*, *ob.cit.*

³⁷ GOMES CANOTILHO, J. J., e MOREIRA, Vital, *Fundamentos da Constituição*, p. 225. Veja-se, no mesmo sentido, MIRANDA, Jorge, “ 3.º Tema: Relatórios Introdutórios ...”, in *Progresso do Direito*, p. 92, em que o Autor afirma: “a meu ver, o Tribunal Constitucional é um órgão jurisdicional, as suas decisões têm natureza jurisdicional, ainda que (...) possamos ser induzidos a acolher ou ter a tentação de aproximar o Tribunal Constitucional de um órgão legislativo. Mas, a meu ver, o facto de o Tribunal Constitucional, pelo menos, não ter poder de iniciativa leva-me a que repila a qualificação daquele como órgão legislativo.”

No mesmo sentido escreve Alves Correia, que afirma: “ocupa, no nosso ordenamento jurídico-constitucional, um lugar central no conjunto dos poderes do Estado (...) [sendo um] órgão constitucional essencial de regulação e equilíbrio políticos”. *Cit.* CORREIA, Fernando Alves, *Justiça Constitucional*, pp. 355/356.

³⁸ Título de artigo que seguimos de perto na subsequente exposição. CANAS, Vitalino, “O Tribunal Constitucional: órgão de garantia da segurança jurídica, da equidade e do interesse público de excepcional relevo”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Armando M. Marques Guedes*, FDUL, 2004,

Ele assume hoje, como outros órgãos semelhantes, um papel mais ativista, ao emitir sentenças de tipo intermédio. Resta saber se as novas funções que este decidiu assumir são legítimas, à luz da nossa Constituição. É neste sentido que Gomes Canotilho questiona: “que Tribunal «quis» a Constituição Portuguesa?”³⁹

Nos acrescentaríamos uma outra questão, porventura mais pertinente e de difícil resposta: será que o TC dos nossos dias, ainda corresponde àquela imagem?

Não há dúvida de que a carga política das suas decisões tem aumentado. Isto mesmo fica demonstrado pela recente “jurisprudência da crise”, que iremos analisar. Mas, neste momento, não consideramos que a atuação dos magistrados do *Palácio Ratton* tenha criado uma verdadeira rutura constitucional.

3. O surgimento das decisões de tipo intermédio

A noção de Justiça Constitucional tem sofrido, ao longo da sua existência, mutações. É nesse sentido que parte da doutrina reconhece hoje novas formas ou graus de constitucionalismo⁴⁰ e admite a criação de novos instrumentos de decisão constitucional.

Ao contrário dos meios clássicos de controlo de constitucionalidade – e das decisões de inconstitucionalidade em sentido estrito – as sentenças de tipo intermédio são uma realidade mais ou menos recente, em todos os ordenamentos jurídicos. No mais, a

Coimbra Editora, pp. 107 a 126. Esta conclusão é também sufragada por Gomes Canotilho e Vital Moreira, quando afirmam: “Dada a sua posição constitucional particular, atenta a natureza especial das suas funções, sobretudo como órgão da justiça constitucional, o que lhe confere o poder de se sobrepor directamente ao poder legislativo (sobretudo através da fiscalização preventiva e da fiscalização abstracta sucessiva), ou de constatar as suas omissões, o TC participa em certo sentido na formação da vontade do Estado (ao menos em forma «negativa»), assumindo por isso o estatuto de órgão de soberania”. *Vide* GOMES CANOTILHO, J. J., e MOREIRA, Vital, *Fundamentos...*, *ob. cit.*, pp. 225/226.

³⁹ GOMES CANOTILHO, José Joaquim, «Para uma teoria pluralística da Jurisdição Constitucional Democrático Português», In *Revista do Ministério Público*, Ano 9, n.ºs 33-34, Janeiro-Junho, 1988, p. 11. Numa aceção mais ampla, o mesmo Autor questiona: “qual o justo equilíbrio entre um «tribunal excessivamente jurisdicional» e um «tribunal excessivamente político?»” e adverte para o facto de as tarefas dos tribunais constitucionais serem, sobretudo, cassatórias. *Vide* GOMES CANOTILHO, José Joaquim, «Jurisdição Constitucional e intranquilidade discursiva», In *Perspectivas Constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976*, Vol. I, (org. Jorge Miranda), Coimbra Editora, Coimbra, 1996, p. 882.

⁴⁰ É neste sentido que Maria Benedita Urbano fala em “materialização de subsídios de um novo constitucionalismo ou de um constitucionalismo contemporâneo” e acompanha Luis Prieto Sanchis, afirmando: “o constitucionalismo está a impulsionar uma nova teoria do Direito, cujos traços mais notórios se poderiam resumir nas cinco epígrafes seguintes (...): mais princípios que regras; mais ponderação do que subsunção; omnipresença da Constituição em todas as áreas jurídicas e em todos os conflitos minimamente relevantes, em vez de espaços vazios em favor da opção legislativa ou regulamentar; omnipotência judicial em vez de autonomia do legislador ordinário; e, por último, coexistência de uma constelação plural de valores, por vezes tendencialmente contraditórios, em vez de uma homogeneidade ideológica em torno de um punhado de princípios coerentes”. *Cfr.* URBANO, Maria Benedita, *Curso ...*, *ob. cit.*, pp. 98 s.

aceitação destes tipos de decisões depende de cada ordenamento, tendo muito em conta a jurisprudência (ou falta dela) dos tribunais constitucionais ou instâncias similares, e a posição da Doutrina.

O momento do seu surgimento não é totalmente claro, mas não há dúvida de que os principais percursores deste movimento são a Itália⁴¹ e a Alemanha. Por outro lado, é inegável que estas figuras surgiram quando os magistrados perceberem que poderiam criar Direito.

Quanto às razões que permitiram ou legitimaram a criação de Direito pelos juízes, a doutrina é mais ou menos unânime, apontando motivos de ordem política e outros de ordem jurídico--constitucional. Entre os primeiros, destaca-se o argumento da inércia legislativa e a sua incapacidade ou inépcia para disciplinar questões de caráter eminentemente técnico; entre as segundas encontramos o argumento dos efeitos típicos das decisões de inconstitucionalidade, que podem ser mais nocivos do que a própria manutenção da norma inconstitucional⁴².

Neste seguimento, Blanco de Moraes destaca a ocorrência de mutações constitucionais (implícitas). Segundo o Autor, existem diversos ciclos de mutações informais numa constituição, sendo que, num primeiro momento, em que em que a Justiça Constitucional não existia ou que ainda mal caminhava, a admissibilidade destas modificações deambulava entre posições mais abertas – como a de Paul Laband – e outras, mais fechadas – cujo principal defensor se encontra em Jellinek. Num segundo ciclo, marcado pela ascensão da figura do Parlamento, “os costumes de génese parlamentar, as leis

⁴¹ Maria Lúcia Amaral defende: “foi a doutrina italiana quem mais contribuiu para a construção dogmática neste domínio, com o seu conceito de «sentenças manipulativas».” (p. 1). Porém, a Autora considera que estas figuras não devem ser criadas em Portugal, uma vez que no ordenamento italiano elas são precisas e claras, mas não o são entre nós. *Vide* AMARAL, Maria Lúcia, *As decisões intermédias na jurisprudência constitucional portuguesa* (disponível em <<https://www.icjp.pt/sites/default/files/media/414-362.pdf>>; último acesso em 01/07/2017).

⁴² A este respeito ver URBANO, Maria Benedita, *Curso ...*, *ob. cit.*, p. 102. Também Bernardo de Castro defende que o surgimento deste tipo de decisão “não foi simultâneo nem homogéneo”, mas aponta razões comuns ao seu surgimento, como o afastamento do pensamento legalista exegético após a Segunda Guerra Mundial; o aumento de desconfiança em torno da lei, o que levou à evolução para sistema de heterocontrolo, o reforço do papel dos tribunais constitucionais e das funções de controlo, assim como a necessidade de “moderar os efeitos nefastos das decisões positivas de inconstitucionalidade de modo a proteger tais direitos e expectativas”. *Cfr.* CASTRO, Bernardo de, «As sentenças de interpretação conforme à Constituição. Análise dos limites jurídico-funcionais do Tribunal Constitucional nas relações com as demais jurisdições», In *Revista Eletrónica de Direito Público*, vol. 3, n.º 2, Novembro de 2016, pp. 236 ss (disponível em <www.e-publica.pt>; ultimo acesso a 01/07/2017).

integrativas de lacunas constitucionais e leis contrárias a normas constitucionais desvitalizadas” ganharam ímpeto. Finalmente, num terceiro ciclo, iniciado no espaço europeu com o *terminus* da Segunda Guerra Mundial, a Justiça Constitucional destacou-se, com “os tribunais constitucionais, erigidos a guardiões da Constituição, passaram não poucas vezes, sob o pretexto de interpretar a Carta Fundamental, a injetar-lhe inovações que se configuraram como verdadeiras mutações”⁴³.

No que toca às sentenças interpretativas, o seu aparecimento foi mais ou menos natural, pois estão inerentes a uma das mais básicas atividades da Justiça Constitucional, a interpretação, sobre a qual nos ocuparemos de seguida.

As vantagens da admissibilidade deste tipo de decisão são claras. Sobretudo se pensarmos na posição do magistrado. Numa primeira aproximação, diremos que elas permitem ao juiz afastar os efeitos típicos do reconhecimento da inconstitucionalidade das normas, o que pode ser mais benéfico do que não a reconhecer por receio das suas consequências. Além disso, permitem a fuga à rigidez inerente às soluções de provimento/ rejeição da inconstitucionalidade e tornam supérfluas discussões doutrinárias no sentido da determinação daqueles efeitos – por exemplo, se estamos perante uma nulidade ou uma anulabilidade. De igual forma, representam um meio adequado para salvaguardar situações em que a inconstitucionalidade não é patente, mas sim latente, e que, segundo o esquema tradicional, ficam a descoberto de qualquer regulação – pensamos no caso do chamado “efeito deslizante” para a inconstitucionalidade, reconhecido pelo ordenamento alemão e resolvido com a criação de “sentenças de aviso”⁴⁴. Finalmente, este tipo de decisão, pode ser útil para colmatar as falhas legislativas – no caso do ordenamento italiano admite-se que a *Corte Costituzionale* uso sentenças manipulativas aditivas ou substitutivas para obviar a esses espaços deixados indevidamente em branco.

Como fomos apontando em momentos precedentes, o surgimento destes novos tipos de decisão, que contrariam o binómio constitucionalidade/inconstitucionalidade, implicam um aumento da tensão entre as Instituições. Hoje em dia, podem ser apontadas duas grandes ordens de crítica à Justiça Constitucional e ao seu fundamento: a) por um lado, os novos

⁴³ *Cit.*, e para mais desenvolvimentos MORAIS, Carlos Blanco de, *As mutações constitucionais*, ..., pp. 76 ss.

⁴⁴ O nome da figura parece-nos adequado uma vez que, neste tipo de decisão, o tribunal adverte o legislador para a existência de uma forte probabilidade de certa norma, que ainda não é inconstitucional, o vir a ser se o legislador ordinário não tomar medidas. *Vide* CASTRO, Bernardo de, *ob. cit.*, p. 12.

tipos de decisão dos tribunais constitucionais parecem implicar o abandono ou desrespeito pelo princípio clássico da separação (e interdependência) dos poderes⁴⁵; b) por outro, a interpretação levada a cabo pelos tribunais pode ser censurável, já que vai para lá do suposto e pode não traduzir a vontade soberana.

A primeira crítica surge, à primeira vista, irrefutável. É facto que, hoje em dia, se assiste a uma retirada de funções e competências de uns órgãos e a sua entrega a outros, o que pode conduzir ao esvaziamento do núcleo básico de cada poder. Segundo parte da doutrina, é hoje recorrente, em certos países, a verificação de práticas de usurpação dos poderes legislativos pelos magistrados constitucionais, já que estes criam novas regras de conduta disfarçadas de sentença ou acórdão.⁴⁶

A segunda crítica, relacionada com aquela, implica, de igual forma, que os tribunais – nomeadamente constitucionais – criem direito *ex novum*, o que extravasa o núcleo das suas atribuições e desrespeita o princípio constitucional da separação de poderes. Essa interpretação excessivamente criativa tem afetado tanto as normas constitucionais como as ordinárias, como veremos no capítulo seguinte. Mas esta nossa afirmação não deve ser considerada fundamentalista, pois também não concordamos com o paradigma montesquiano do juiz “*bouche de la loi*”⁴⁷.

⁴⁵ Relembramos que, na nossa Constituição, este princípio encontra previsão no artigo 111.º, sob a epígrafe “Separação e interdependência”. Como sublinham Gomes Canotilho e Vital Moreira, a CRP vai além da separação clássica da «divisão de poderes», separando e ordenando as funções do Estado que, essas sim, são distribuídas pelos diversos órgãos de soberania. Salienta-se, igualmente, a teoria do núcleo essencial, nos termos da qual nenhum órgão pode/deve usurpar os poderes ou competências de outro, ainda que se tenha de estabelecer “uma interpretação sistemática de poderes, competências e funções”. Vide GOMES CANOTILHO, J. J., e MOREIRA, Vital, CRP – Constituição da República Anotada, vol. II, p. 44 a 49. Sobre o mesmo tema, ver ainda PIÇARRA, Nuno, “A Separação de Poderes na Constituição de 1976. Alguns Aspectos.”, in *Nos dez anos da Constituição*, Jorge Miranda (org.), Lisboa, Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 1987, p. 143 ss. Este Autor recorda o surgimento da teoria e relembra que, nesse momento, certos mecanismos jurídico-constitucionais (como a fiscalização da constitucionalidade), eram vistos como meras “inferências concretas” do princípio da separação de poderes, acrescentando que “se o poder legislativo não estabelece com os outros poderes relações de paridade mas de hierarquia não pode haver aqui lugar à ideia de controles recíprocos entre eles” (p. 153). Todavia, essa visão foi superada, o que fica demonstrado pela simples leitura da nossa Constituição, que consagra o TC como “órgão nuclear em matéria de controle dos actos normativos da AR e do Governo [sendo] outro dos polos em que assenta o complexo sistema de freios e contrapesos previstos na Constituição, destinado a limitar através da sua jurisprudência constitucional quer o poder político-estadual, quer os próprios poderes sociais em favor da liberdade individual (...) É cada vez mais dele que depende a efectiva observância da Constituição.” (p. 162).

⁴⁶ Para um estudo sobre sentenças de tipo intermédio da perspectiva da defesa deste princípio, vide CASTRO, Bernardo de, *As sentenças intermédias...*

⁴⁷ Não esqueçamos que, no período monárquico, os magistrados julgavam «à maneira dos árbitros», gozando de verdadeira «autonomia decisória». Sobre os poderes dos magistrados, segundo o pensamento montesquiano, ver RANGEL, Paulo Castro, «O legislador e o Tribunal Constitucional: o risco da redução

Assim, devemos encontrar um ponto de equilíbrio entre estes dois extremos, em que não se aceite que um julgador se comporte como legislador ordinário, que cria direito se e quando lhe apraz, segundo critérios de oportunidade política, nem um juiz constitucional mero aplicador da lei, que apenas decide que a norma é contrária ou não é contrária à ordem constitucional e daí retira os efeitos, sem pensar nas consequências da sua decisão.

Concluindo este primeiro capítulo, consideramos que as oposições e dúvidas que têm surgido face ao recente comportamento da Justiça constitucional, na figura dos seus órgãos, *maxime* dos tribunais constitucionais, não são despiciendas. Daí lhes dedicarmos este estudo. No mais, não nos parece que a Justiça Constitucional esteja em crise. Quanto muito, esta será uma fase de mutação, que importa conhecer, para que possam ser traçados limites⁴⁸.

metodológica do problema político», In *Repensar o Poder Judicial*, Porto, 2001, pp. 137 ss. O Autor conclui, sobre o pensamento daquele Autor, que quando o executivo e o legislativo estavam concentrados teria de existir uma instância com carácter político-jurisdicional que controlasse a conformidade das leis à constituição política da sociedade (p. 140).

⁴⁸ Defendia Habermas que “a crítica à justiça constitucional assenta primordialmente na questão da separação de competências entre o legislador democrático e a justiça”. Parece-nos que a problemática continua a ser a mesma, as fronteiras é que estão em mutação, mas têm de ser fixadas. Doutra parte, Maria da Assunção Esteves, sublinha que a crítica «não se dirige “contra a instituição do controlo judicial da constitucionalidade das leis, mas contra a interpretação judicial criadora, com o argumento de que o juiz carece de legitimação democrática”». *Apud* URBANO, Maria Benedita, *ob. cit.*, nota de rodapé n.º 8, p. 11.

Capítulo II: A interpretação e as sentenças da justiça constitucional: seus efeitos típicos

A criação de sistemas jurisdicionais de controlo da constitucionalidade de normas foi importante para os Estados que o fizeram. Nas palavras de Blanco de Moraes, só a criação de um sistema como esse, “destinado a garantir, interpretar e aplicar as normas constitucionais logrou permitir a passagem de um Direito Constitucional institucional e politológico que a fiscalização política então dominante transformara numa normação mais ou menos obrigatória, para um Direito Constitucional efetivamente hierarquizado, normativo e relacional”⁴⁹. Ora, ao se entregar a função de garantia do texto constitucional aos tribunais constitucionais, atribuiu-se-lhes também o “papel de sumo guardião da segurança jurídica do ordenamento”⁵⁰.

O constitucionalismo pode estar a ultrapassar um período conturbado, mas não nos parece que o seu fim esteja próximo. Os novos desafios implicam, sim, um novo olhar sobre as constituições e que se compreenda que elas estão “vivas”, em constante mutação. Cabe aos tribunais em geral – em particular às “cortes constitucionais” – aceitar, compreender e aprenderem a mover-se neste novo contexto, para que se continue a proteger o Texto Fundamental.

Vimos que, apesar de estarem consagrados há já várias décadas, os processos de controlo da constitucionalidade e os seus efeitos suscitam, ainda hoje, alguma controvérsia, pois a doutrina não é unânime na leitura de textos constitucionais. Daí que, as mais das vezes, as sentenças que apontam a falta de compatibilidade entre uma norma infraconstitucional e o Texto Fundamental sejam alvo de várias anotações e opiniões contraditórias.

Esta consideração demonstra a importância que a interpretação de normas assume nos julgados. Todos concordamos que “normatividade” não é sinónimo de “texto da norma”, nem deve ser tido “como o resultado da atividade de interpretação (no sentido de que a norma só nasceria com o ato de interpretação ou como resultado da atividade de

⁴⁹ MORAIS, Carlos Blanco de, “Segurança Jurídica e Justiça Constitucional”, in Revista da FDUL, vol. 41, n.º 2, Ano: 2000, pp. 624/625.

⁵⁰ MORAIS, Carlos Blanco de, “Segurança Jurídica e Justiça Constitucional”, *ob. cit.*, p. 625. Para o Autor, essa atribuição está claramente expressa no artigo 282.º, quando prevê a repristinação de normas, a ressalva dos casos julgados e a possibilidade de o TC fixar efeitos mais restritos decorrentes da inconstitucionalidade.

interpretação)”⁵¹. Por outra parte, não é menos verdade que o mundo do direito está “saturado de leis”, muitas vezes de difícil interpretação, contraditórias ou absurdas. Assim, “a *legalidade*, como correspondência à lei, ficou a ser apenas unidade de medida jurídica e desautorizou a *legitimidade*, como correspondência ao direito”⁵².

Pelos motivos enunciados, torna-se essencial abrir este capítulo com uma breve análise à importância da interpretação constitucional, bem como a indicação dos termos em que a mesma deve ser feita, pois – já o dissemos – essa tarefa está estreitamente conexcionada à prolação de sentenças de tipo intermédio.

Em seguida, deixaremos algumas precisões em relação ao sistema de controlo da constitucionalidade em Portugal, bem como apontamentos sobre as diferenças nos efeitos típicos das decisões de constitucionalidade e as divergências doutrinárias que essas previsões suscitam.

Finalmente, para terminar este excurso, deixaremos algumas reflexões acerca da leitura do artigo 282.º, n.º 4 da Constituição da República Portuguesa, artigo que suscita alguma controvérsia doutrinária, uma vez que, segundo alguns Autores, essa é a norma que permite a existência de decisões de tipo intermédio em território nacional.

1. A importância da interpretação constitucional e os seus termos⁵³

Para a compreensão das sentenças de tipo intermédio – desde o seu surgimento até à razão da sua existência – é indispensável uma correta compreensão do que seja a interpretação constitucional.

⁵¹ Ainda que tenhamos lançado mão das palavras de Maria Benedita Urbano, esta é uma opinião largamente aceite. Para aclarar estas considerações, aproveitamos, mais uma vez, a exposição daquela Autora, que continua, definindo normatividade como “processo que vai ou que parte do texto da norma até à norma da decisão (...) [tomando] como ponto de partida o texto da norma” nem sempre unívoco; assim, é da conjugação entre “norma jurídica” e “elementos normativos” que se chega à “norma da decisão”. Por outra parte, deve deixar-se a advertência de que transcender o texto da norma não significa ignorar o seu “pai”, o legislador. *Cit.* URBANO, Maria Benedita, *Curso ...*, *ob. cit.*, pp. 96 ss.

⁵² ZAGREBELSKY, Gustavo, “A lei, o Direito e a Constituição”, in *Anuário Português de Direito Constitucional*, ano III, 2003, (trad.: Rocha Andrade), p. 39.

⁵³ Não nos ocupamos do estudo deste conceito nos demais ordenamentos, a não ser que alguma comparação se imponha. No entanto, consideramos uma leitura proveitosa, para se compreender a proximidade do conceito: SANJUÁN, Teresa Freixes, e CARBONELL, Jose Carlos Remotti, «Los valores y principios en la interpretación constitucional», in *Revista Española de Derecho Constitucional*, Ano 12, n.º 35, Maio-Junho, 1992, pp. 97 a 110; LLORENTE, Francisco Rubio, «Seis Tesis sobre la jurisdicción constitucional en Europa», in *Revista Española de Derecho Constitucional*, Ano 12, n.º 35, Maio-Junho, 1992, pp. 9 a 39.

A doutrina criou estes novos tipos de decisão por recurso a “interpretações criativas” ou “*out of the box*” de certas normas constitucionais. Esta conclusão levanta outra questão pertinente: o que pode ser considerada uma interpretação “correta e normal” da norma constitucional? Quando ultrapassamos o limite e chegamos a uma interpretação anómala? Quando estamos perante uma decisão interpretativa?

No pensamento kelsiano, anular uma lei era ainda ditar a norma geral, sendo uma “produção normativa com sinal negativo ou de sinal contrário”⁵⁴. Assim, a fiscalização da constitucionalidade surgiu no âmbito da interpretação das normas constitucionais, uma atividade que se quer cuidadosa, para que corretamente se determine se certa norma deve ser retirada do ordenamento ou se pode ser lida em compatibilidade com a constituição.

Nas palavras de Gomes Canotilho e Vital Moreira, “a interpretação é um «discurso» ou «processo» complexo que incide sobre um enunciado linguístico. Tem como objecto uma *disposição*, sendo o seu resultado uma *norma*”, continuando no sentido de que interpretar a Constituição é o mesmo que interpretar uma lei escrita e as regras gerais⁵⁵.

⁵⁴ URBANO, *Curso de Justiça Constitucional, ob. cit.*, p 101.

⁵⁵ Os Autores continuam: “O objecto da interpretação da Constituição é, nesta perspectiva, uma disposição (ou parte dela) ou um conjunto de disposições da lei constitucional, procurando captar o seu significado, isto é, a norma (ou um fragmento ou um conjunto de normas). Norma significa o resultado da interpretação de uma disposição constitucional”. *Cit.* GOMES CANOTILHO, J. J., e MOREIRA, Vital, *Fundamentos...*, pp. 51 ss, onde os Autores expõem, com clareza e a devida atenção as regras gerais da interpretação, que deve ser objetiva, intrínseca, sistemática, e abordam a questão da inadmissibilidade da interpretação autêntica e a exclusão da interpretação conforme à lei, além de cuidarem da problemática da integração enquanto elemento essencial à “unidade de sentido da Constituição” e sua plenitude. Mais adiante, na mesma obra – p. 270/271 – os Autores advertem para o facto de, num processo de fiscalização da constitucionalidade, a interpretação ter de recair não apenas sobre a Constituição, mas também sobre a própria norma objeto de fiscalização, pois esta pode ter mais do que um sentido e só um deles ser compatível com o Texto Fundamental.

Noutra obra da sua autoria, Gomes Canotilho sublinha, suportado no pensamento de Berbey, que «O TC fiscaliza não só a partir da Constituição tal como ela é, mas também a partir da Constituição tal como ela se apresenta ao TC», uma vez que a moderna juspublicística deve ser entendida à luz dos limites da justiça constitucional, sendo que as tarefas e limites do TC são resultado da natureza das suas decisões, que têm por base a interpretação e aplicação do direito constitucional. Assim, a Constituição será uma medida de controlo daquela tarefa interpretativa – *vide* GOMES CANOTILHO, José Joaquim, “A Concretização da Constituição pelo Legislador e pelo Tribunal Constitucional”, p. 351/352.

Sobre o tema, veja-se também AMARAL, Maria Lúcia, *A forma da República – uma introdução ao estudo do direito constitucional*, Coimbra Editora, 2005, pp. 109 ss. A Autora define interpretação em geral como “um procedimento que visa poder atribuir um significado a um signo ou um significante. A interpretação jurídica é o procedimento através do qual se procura atribuir significados aos “signos” que são próprios do universo jurídico, e que são os enunciados textuais das normas. A actividade da interpretação é a actividade central do jurista” (p. 109). Defende ainda que o intérprete deve eleger o sentido da norma que coloque em evidência o sentido integrador da constituição, afirmando que se for possível atribuir dois sentidos lícitos à norma constitucional

Jorge Miranda acrescenta que a “*interpretação* jurídica deve ser não só objetivista como evolutiva”, pois deve reunir as normas interpretandas e demais regras jurídicas, tendo em conta os destinatários atuais da regra e reconhecendo “papel ativo ao intérprete, ele próprio situado no ordenamento em transformação”⁵⁶. Como tal, a interpretação da Constituição, pedra basilar do sistema jurídico-constitucional, também se deve reger por estes valores, sem esquecer que aquele Texto está vivo e “sujeito à dinâmica da realidade” que não pode ser captada por “fórmulas fixas”⁵⁷.

Mas estas considerações não nos podem levar a esquecer o reverso da medalha. Ou seja, não nos podemos servir da interpretação evolutiva para “aniquilar” normas de difícil compatibilização; o intérprete da Constituição deve preservar o espírito daquela e “manter vivas” todas as normas. Assim se compreende o “aviso” deixado por Blanco de Moraes, que pede cautela em relação à leitura constitucional que a doutrina possa fazer: “Constituições excessivamente alteradas, extensas, detalhadas, programáticas, incertas e utópicas (...) são potenciais fatores dessas inseguranças críticas” e, por outro lado, “quanto mais principiológica é uma Constituição, quanto mais indeterminados sejam os conceitos e medidas de valor que contiver, quanto mais imprecisas, ambíguas e abertas forem as suas normas, maior será a discricionariedade interpretativa dos Tribunais Constitucionais”⁵⁸. Estes avisos ganham força no âmbito das sentenças de tipo intermédio.

Interpretar é, assim, a principal tarefa do julgador, já que todas as normas, por mais claras que aparentem ser, necessitam dessa imediação – só assim serão corretamente

“deve ser escolhido aquele sentido que se mostrar, face à pluralidade dos sentires sociais, mais conciliador” (p. 118).

⁵⁶ *Cfr.* MIRANDA, Jorge, *Caducidade ...*, ob. cit., p. 287.

⁵⁷ MIRANDA, Jorge, “*Caducidade...*”, página 287, referindo-se ao pensamento de Karl Loewenstein. O Autor também reconhece que as modificações constitucionais só podem ser compreendidas dentro das suas normas e nunca fora da sua normatividade.

⁵⁸ *Cit.* MORAIS, Carlos Blanco de, “Segurança Jurídica e Justiça Constitucional”, *Revista da FDUL*, p. 626/627. Ainda tendo em conta este raciocínio, o Autor sublinha a “responsabilidade nuclear” da nossa justiça constitucional “na protecção de uma segurança jurídica, de cuja consecução o legislador constitucional censuravelmente se eximiu, admitindo um “activismo moderado” da parte do nosso TC, sobretudo quanto ao princípio da protecção da confiança, que não se encontra expressamente tutelado no nosso texto constitucional.

Por outro lado, Rui Medeiros – apoiando-se nas considerações de Gomes Canotilho – afirma que a interpretação das regras constitucionais tem de ser cada vez mais aberta, devido à constante mutação da realidade: «(...)“a abertura de uma norma constitucional significa, sob o ponto de vista metódico, que ela comporta uma *delegação* relativa aos órgãos concretizadores”, convocando, neste sentido, tanto o legislador democrático (*abertura vertical*) como o juiz-intérprete (*abertura horizontal*) (...) [mas esta última tem um preço, pois] a abertura não é em qualquer caso ilimitada – não se traduz na entrega de um *cheque em branco* (...) e não significa que a preocupação com a *fidelidade* à Constituição deva ser abandonada». *In* MEDEIROS, Rui, *A Constituição Portuguesa num Contexto Global*, p. 222/223.

compreendidas. A atividade assume importância reforçada quando se trata de cumprir o Texto Fundamental, sendo da responsabilidade do TC concretizar-aplicar-interpretar-conformar⁵⁹ a Norma Maior.⁶⁰

Não é demais sublinhar que a realização da Justiça Constitucional implica uma busca incessante de conceções adequadas no controlo de normas, estando inerente àquele conceito que “os juízes, enquanto aplicadores-intérpretes da constituição, têm *alguma* margem de manobra na tomada das suas decisões interpretativas”, o que demonstra que a sua atividade nunca foi (nem pode ser) “puramente técnica e neutra”⁶¹. Aliás, foi na base deste pensamento que se desenvolveu o conceito de “interpretação conforme/em conformidade com a constituição”, que permitiu a prolação das primeiras decisões de tipo intermédio.

Esta lógica começou, no entanto, a ser subvertida e, de maneira habitual, os juízes constitucionais passaram a adotar diferentes tipos de sentenças, não se limitando a anular normas e leis inconstitucionais; começaram a assumir um papel de “novo legislador”, não se cingindo a suprimir o conceito legal contrário à Constituição. Antes pelo contrário, é

⁵⁹ Neste sentido, Gomes Canotilho afirma que o tribunal constitucional está sujeito aos mesmos princípios e normas que o legislador constituinte. *Vide* GOMES CANOTILHO, José Joaquim, «Para uma teoria pluralística da Jurisdição Constitucional Democrático Português», In *Revista do Ministério Público*, pp. 14 ss.

⁶⁰ Voltamos, por isso, a recuperar o pensamento de Blanco de Moraes, que se refere, neste âmbito, a “mutações informais da Constituição”, que se podem traduzir em “alterações tácitas ou implícitas (...) em que o conteúdo das normas é modificado sem prejuízo de o texto se manter intocado”; defende, ainda, que “em síntese, as mutações constitucionais tácitas consistem (...) em critérios invisíveis de decisão, de alcance constitucional, oriundos dos poderes político e jurisdicional, sedimentados informalmente junto do texto constitucional e impostos no plano jurídico face a este último, graças: (...) [ao] fator tempo (...); à não oposição relevante da comunidade jurídica e política (...); e à aquiescência, expressa ou tácita, do custódio da Constituição quanto à validade e subsistência dessas alterações na ordem jurídica”. O Autor cita, ainda, Ana Cândida Ferraz, que define mutações como “processos indiretos, processos não formais ou processos informais para designar todo e qualquer meio de mudança constitucional não produzida pelas modalidades organizadas de exercício de poder” de alteração constitucional. *Cit.* MORAIS, Carlos Blanco de, “As mutações constitucionais...”, pp. 61 ss.

Para terminar este ponto tem de se referir que Blanco de Moraes, após longo excursão, afirma sem dúvidas que a Constituição da República Portuguesa sofreu, sobretudo, emendas formais e não se transfigurou à conta das mutações informais.

⁶¹ URBANO, *Curso de Justiça Constitucional, ob. cit.*, pp. 96 ss.

Sobre a interpretação constitucional, veja-se ainda AMARAL, Maria Lúcia, «Carl Schmitt e Portugal – o problema dos métodos em Direito Constitucional Português», In *Perspectivas Constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976, Vol. I* (Org. Jorge Miranda), Coimbra Editora, Coimbra, 1996, pp 167 ss. Destacamos uma das suas conclusões, com a qual concordamos total e não conseguiríamos formular melhor: “Garantir que a atividade dos tribunais constitucionais se mantenha ainda e sempre nos limites da assim definida *interpretação*; assegurar que essa mesma actividade, não obstante a sua inevitável feição criadora, não venha nunca a invadir as esferas da competência própria do legislador (...). Do seu êxito depende muita coisa: a sobrevivência do sistema está nas suas mãos” (p. 186).

hoje comum o transporte, por aqueles magistrados, de novas normas, por si criadas, para dentro do sistema constitucional.

Em suma, se é verdade que não se pode aplicar e desenvolver o direito sem recurso à interpretação, não é menos verdade que ela deve ser o mais próximo da letra e do espírito da lei possível, não podendo traduzir-se numa atividade totalmente criativa ou arbitrária. Aceitar que os aplicadores do Direito usem interpretações abusivas descredibiliza a Justiça.⁶²

2. Os efeitos típicos das decisões de inconstitucionalidade

O legislador constitucional português preferiu consagrar diferentes efeitos típicos, consoante o tipo de fiscalização de inconstitucionalidade em causa. Esta distinção justifica-se, devido à distinta natureza de cada um daqueles meios de fiscalização. No mais, os efeitos também divergem consoante estejamos perante um caso de aceitação ou de repúdio da inconstitucionalidade pretendida.

Assim, o art. 279.º CRP consagra como efeitos típicos da pronúncia de inconstitucionalidade (fiscalização abstrata preventiva) a mera devolução da norma avaliada ao seu criador, que a pode expurgar, reformar ou confirmar. Caso nada se faça, a norma pode nunca chegar a ver “a luz do dia”, pois esta decisão goza de eficácia geral e jamais se pode permitir a aplicação de uma norma desconforme com o Texto Fundamental.⁶³

Para Jorge Miranda, o regime resultante deste artigo, conjugado com o art. 278.º CRP, é extremamente complexo. Estamos perante “soluções de compromisso político” e que respondem “à necessidade de ponderar e de atender à multitudine de diplomas e à diversidade dos órgãos de onde provêm os diplomas”. Assim, os efeitos divergiram (ainda

⁶² É nossa convicção que a crítica agora apontada não se verifica (pelo menos, de modo cabal, explícito ou recorrente) no nosso país. Porém, demonstra ser pertinente em relação a outros ordenamentos. Na nossa opinião, o arquétipo ou paradigma máximo deste desrespeito encontra-se no sistema brasileiro.

⁶³ Além disso, tal decisão impede o Presidente da República de vetar o diploma por motivo de inconstitucionalidade, estabelecendo uma “presunção de não inconstitucionalidade”. No entanto, esta pode vir a ser desaplicada pelos tribunais ordinários, em casos sob julgamento, e pode mesmo vir a ser declarada inconstitucional pelo TC em momento posterior. Neste sentido, GOMES CANOTILHO, J. J., e MOREIRA, Vital, *Fundamentos ...*, *ob. cit.*, p. 277. Também não se deve esquecer que a eficácia geral, como efeito imediato e específico, apenas vincula o órgão responsável pela emissão da mesma.

mais) consoante estejamos perante uma decisão de acolhimento ou de rejeição da inconstitucionalidade⁶⁴.

Se a norma não for tida por inconstitucional, não há lugar a qualquer tipo de sanção, o que significa que esta entrará em vigor. Esta decisão não tem efeitos preclusivos.

No caso de fiscalização concreta (incidental), havendo julgamento de inconstitucionalidade da norma recorrida, como essa decisão só produz efeitos no caso *sub iudice*, haverá apenas lugar à desaplicação da mesma norma no caso em julgamento, nos termos do artigo 280.º CRP⁶⁵. Recordamos que, nestas situações, apenas se aprecia a conformidade da norma no caso, uma concreta leitura dessa regra perante uma situação definida, e não com o ordenamento jurídico-constitucional. Isto implica que a norma possa não ser considerada inconstitucional perante um caso concreto e num outro já o ser.

Se o Tribunal Constitucional decidir que o argumento da inconstitucionalidade não procede, os efeitos são ainda mais limitados. Cingindo-se ao caso em julgamento, ela implica apenas que a norma não possa ser afastada, tendo por base aquele argumento.

A fiscalização da constitucionalidade por este meio apresenta um outro problema que se pode agudizar perante as decisões interpretativas. Referimo-nos ao facto de a decisão do TC incidir sobre uma norma ideal, ou seja, sobre uma das suas possíveis interpretações.

⁶⁴ MIRANDA, Jorge, 3.º Tema: *Relatórios Introdutórios ...*, *ob. cit.*, p. 85. O Autor continua sublinhando que se o TC “se pronunciar no sentido da não inconstitucionalidade (...) o órgão de promulgação ou de assinatura (...) têm a obrigação de promulgar ou de assinar, salvo exercício de veto político” nos termos gerais, mas não existe a obrigação de ratificação, pois esse é um ato livre; havendo pronúncia no sentido da inconstitucionalidade da norma, o problema adensa-se, pois “há possibilidade de se fazer a expurgação de normas”, não estando em causa tratado internacional, ou pode mesmo ocorrer a confirmação da norma tal e qual como ela está, o que causa grande tensão entre as instituições democráticas.

⁶⁵ Alguma doutrina considera que esse reconhecimento implica mais efeitos. Nesse sentido, diz-nos Vitalino Canas que os efeitos típicos decorrentes de uma decisão deste tipo são: o dever individual, do concreto juiz da causa, de desaplicar a norma inconstitucional; o dever de aplicação da norma revogada, no caso de uma inconstitucionalidade originária – não estaremos aqui perante uma reprimenda “mas apenas uma aplicação pontual, num determinado caso concreto”; o dever (geral e abstrato) de recurso pelo MP, nos termos dos artigos 280.º, n.º 5 e 281.º, n.º 2 CRP; a produção do efeito de caso julgado, nos termos do artigo 80.º, n.º 1 LTC. Nesse sentido, o Autor reconhece a possibilidade de o TC criar outros efeitos, a juntar aos mencionados, ou a possibilidade de afastar algum daqueles efeitos típicos, isto porque “o TC tem uma faculdade de livre apreciação sobre a (...) conveniência (...) [d]os efeitos individuais e concretos da decisão” – ou seja, a aplicação ou desaplicação da norma *sub iudice* e a aplicação do regime por ela revogado. *Cfr.* CANAS, Vitalino, *Algumas notas ...*, *ob. cit.*, pp. 96 ss.

Finalmente, é de salientar que o Autor considera admissível, entre nós, a prolação de “decisões de provimento fictício”, em que o TC determina o afastamento da consequência de desaplicação da norma inconstitucional. Este tipo de decisão constituiu já uma forma de decisão de tipo intermédio e pode ser justificada com base no princípio da igualdade, mas não é aceite por parte da doutrina nacional – e mesmo na Alemanha, onde a figura nasceu, suscita controvérsia. *Vide* CANAS, Vitalino, *Algumas notas ...*, *ob. cit.*, pp. 96 ss.

Desta feita, a doutrina divide-se em relação a essa leitura, questionando-se se a interpretação feita pelo Tribunal Constitucional é vinculativa ou não.⁶⁶

Na fiscalização por omissão⁶⁷, pautado pela forte suscetibilidade de politização, dispõe o artigo 283.º CRP que a verificação do “não cumprimento da Constituição por omissão de medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais,” implica (apenas) que se dê conhecimento da mesma ao órgão competente⁶⁸. O princípio da separação de poderes não permite que o Tribunal faça mais, ou seja, não se pode substituir ao legislador faltoso – destacamos que certos tribunais constitucionais, perante omissões legislativas, têm optado por preencher esse vazio legislativo. Assim, substituem-se ao legislador e criam novas regras, através da prolação de decisões intermédias. Mas, em bem da verdade se diga que, nesses ordenamentos, nem existe a previsão de um meio de

⁶⁶ A este propósito, escreve Lopes do Rego: “É na verdade inquestionável que o Tribunal Constitucional, no âmbito da fiscalização concreta, controla e fiscaliza, não apenas a atividade do legislador, como criador de “normas”, mas também a actividade do juiz, enquanto este realiza determinadas interpretações normativas”. Cit. REGO, Carlos Lopes do, *Os Recursos de Fiscalização Concreta na Lei e na Jurisprudência do Tribunal Constitucional*, Almedina, Coimbra, Janeiro de 2010, p. 42.

⁶⁷ Veja-se RANGEL, Paulo Castro, «O legislador e o Tribunal Constitucional: o risco da redução metodológica do problema político», In *Repensar o Poder Judicial*, Porto, 2001, p. 148 ss.; e Jorge Miranda chama este tipo de fiscalização de “parente pobre” do sistema – MIRANDA, Jorge, *3.º Tema: Relatórios Introdutórios ...*, ob. cit., p. 91. No entanto, cumpre destacar que a previsão deste tipo de fiscalização da constitucionalidade demonstra o caráter inovatório do constituinte português.

⁶⁸ GOMES CANOTILHO, J. J., e MOREIRA, Vital, *Fundamentos ...*, ob. cit., p. 273.

Já nos referimos sobre este meio de fiscalização da constitucionalidade no primeiro capítulo, e demonstramos a sua pouca eficácia prática, o que tem levado alguns tribunais constitucionais a lançar mão de sentenças de tipo intermédio para colmatar essas dificuldades, mas veja-se ainda MIRANDA, Jorge, «A fiscalização da constitucionalidade por omissão», In *Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Teles*, obra coletiva, Vol. I, Coimbra, 2012, p. 687 a 716. Neste texto, o Autor estuda tanto a inconstitucionalidade por omissão legislativa, como jurisdicional, bem como os efeitos que lhes correspondem. Sobre esta última, sublinha que o seu reconhecimento não implica a alteração da ordem jurídica e relembra que os magistrados não se podem abster de julgar, mesmo que considerem existir um vazio legislativo ou que a lei é pouco clara, sublinhando que podem ocorrer omissões da parte do próprio Tribunal Constitucional, se este se recusar a decidir certa questão ou se o fizer fora do prazo previsto nos termos legais. Quanto às omissões legislativas, que Jorge Miranda define como “falta de medidas legislativas necessárias, falta esta que pode ser *total* ou *parcial*” (p. 691), mas que não se deve confundir com a incompletude da lei, o Autor salienta o seu caráter atual e jamais eventual – pois o TC nunca poderá atuar motivado por um juízo de prognose. Aventa o Autor: “o órgão de fiscalização, sem se substituir ao órgão legislativo, tem de medir e interpretar o tempo decorrido (...) 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” (p. 705). Por outra parte, o Autor destaca que as sucessivas revisões constitucionais que incidirem sobre este tipo de controlo permitiram a sua “passagem de uma fiscalização política a uma fiscalização essencialmente jurisdicional” (p. 698).

Em termos de Direito Comparado, importa destacar que a maioria dos ordenamentos reconhecem a importância da fiscalização da constitucionalidade por omissão, sendo que nos ordenamentos alemão, austríaco, italiano, espanhol e norte-americano não existe uma norma constitucional que expressamente preveja este instituto, mas os resultados a que os tribunais constitucionais daqueles ordenamentos chegam assemelham-se bastante aos resultados do TC português, graças a “técnicas muito apuradas de interpretação e integração projetadas em importantes sentenças de vários tipos, em especial as aditivas” (p. 700) – exemplo da sentença do TCF alemão de 29 de setembro de 1990, sobre o sistema eleitoral.

fiscalização por inconstitucionalidade. Desta feita, essa possibilidade parece não ser admitida, pela doutrina majoritária, no espaço português. Alves Correia define-a, por estes motivos, como uma “forma especial de decisão apelativa”, com convite implícito à atuação do legislador⁶⁹.

Sublinhamos que este meio de controlo da constitucionalidade tem pouco relevo entre nós, assim como acontece em grande parte dos ordenamentos que o consagram⁷⁰. A sua diminuta relevância deve-se, ainda, à escassez de órgãos com legitimidade para o despoletar, bem como à falta de consequências sancionatórias da sua verificação – ou seja, o Tribunal Constitucional apenas verifica/não verifica a existência da omissão e pouco mais pode fazer. Como afirma Pereira da Silva, o objeto de um processo de fiscalização da inconstitucionalidade por omissão será “o apuramento da responsabilidade do legislador

⁶⁹ CORREIA, Fernando Alves, “Justiça Constitucional”, p. 329. Por seu turno, Jorge Miranda prefere a expressão “efeito puramente declarativo”. *Cit.* MIRANDA, Jorge, 3.º Tema: *Relatórios Introdutórios ...*, *ob. cit.*, p. 91.

⁷⁰ Importa recordar que a primeira constituição a consagrar este tipo de fiscalização foi a Constituição Jugoslava de 1974. Hoje em dia, ganha destaque o Direito Constitucional brasileiro, por ser um dos ordenamentos mundiais que consagra este tipo de fiscalização e onde ele é largamente utilizado. O modelo pensado pela Constituição de 1988 presta-se a um alargamento quase desenfreado dos controlos constitucionais, já que consagrada a existência de figuras como o mandado de injunção, a ADPF ou ADI, entre outros, que atribuem cada vez mais competências ao STF.

No Direito Alemão, este tipo de fiscalização não foi pensado pelo legislador constituinte, mas a doutrina e a jurisprudência têm aceite o uso da *queixa constitucional* (art. 93.º, 1º parágrafo, n.º 4, a) da Lei Fundamental Alemã) como forma de reconhecimento de omissões constitucionais. Assim, o Tribunal Constitucional Federal Alemão tem resolvido estas questões através de decisões de mera inconstitucionalidade ou decisões de inconstitucionalidade sem nulidade e de decisões apelativas. A este propósito, sublinha Jorge Pereira da Silva, indicando alguns casos concretos, que «a declaração de mera inconstitucionalidade vem aqui substituir, com proveito, a nulidade parcial dita “qualitativa” (...) [enquanto] as denominadas decisões apelativas são decisões de compatibilidade ou de rejeição, mas em que o Tribunal, nos fundamentos do acórdão, justapõe convites, injunções ou diretivas dirigidas ao legislador, para que este modifique a situação jurídica vigente num sentido mais conforme à Constituição», sendo que este último tipo de decisão se encontra “na zona cinzenta dos estados de imperfeição constitucional”. *Vide* SILVA, Jorge Pereira da, *Dever de legislar e protecção jurisdicional contra omissões legislativas – Contributo para uma Teoria da Inconstitucionalidade por Omissão*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2003, p. 99 ss, em especial 113 e 117.

Quanto ao ordenamento italiano, destaca o mesmo Autor que a maioria dos processos de fiscalização da inconstitucionalidade nessa jurisdição são por fiscalização incidental ou concreta, o que também se verifica em relação às omissões constitucionais, que se acabam por reconduzir “às modalidades (intermédias) de decisão quanto ao conteúdo”, ainda que não tenham sido especialmente pensadas para esse caso. Pontualmente, a *Corte Costituzionale* tem optado por resolver os casos de omissão através da emanção de decisões manipulativas substitutivas, admitindo o uso de poderes de anulação em caso de omissão legislativa, sentenças de advertência (*sentenze monito*) e de segundas decisões de acolhimento (*doppie pronunce*). *Cfr.* SILVA, Jorge Pereira da, *Dever de legislar ...*, *ob. cit.*, p. 120 ss.

O Autor assinala, ainda, o caso espanhol, onde não existe qualquer mecanismo especificamente pensado para estas situação e onde o Tribunal Constitucional tem usado o recurso de amparo, as recomendações ao legislador, as sentenças aditivas e as decisões de inconstitucionalidade sem nulidade para enfrentar estes problemas.

pelos seus silêncios”⁷¹, sendo que, a partir desse momento, é esse órgão que tem de atuar para colmatar a lacuna legislativa. Porém, esta avaliação nada tem a ver com “oportunidade política”⁷², daí que certas atuações de tribunais constitucionais se revelem questionáveis.

Finalmente, para os casos de fiscalização abstrata sucessiva, previu o legislador constituinte, como efeitos típicos da declaração de inconstitucionalidade, com eficácia *erga omnes*: a nulidade da norma fiscalizada; a reprivatização do regime revogado; a ressalva dos casos julgados. Estas disposições, que se encontram no artigo 282.º da CRP, são as que levantam maiores controvérsias, uma vez que o legislador constitucional permitiu, de forma explícita, o seu afastamento, nos termos do n.º 4 do mesmo artigo⁷³.

Este ponto merece, por isso, maiores esclarecimentos, que levamos a cabo de seguida.

Cumprir referir que, pela economia textual inerente a um trabalho como este, não podemos abordar com profundidade merecida uma questão conexas aos dois pontos acabados de registar. Referimo-nos à questão da vinculação dos tribunais ordinários à interpretação normativa levada a cabo pelo Tribunal Constitucional. A dúvida pode colocar-se em relação a todos os ordenamentos em que se admite controlo difuso da constitucionalidade, tanto em termos abstratos como concretos. No fundo, o que se questiona é se um tribunal constitucional, como órgão máximo de garantia da constitucionalidade, pode impor a sua leitura de determinada norma aos demais atores da Justiça Constitucional, fixando sentidos constitucionais (e inconstitucionais, que devem ser afastados) das normas *sub iudice*.

⁷¹ SILVA, Jorge Pereira da, *Dever de legislar ...*, *ob. cit.*, p. 96.

⁷² SILVA, Jorge Pereira da, *Dever de legislar ...*, *ob. cit.*, p. 97.

⁷³ Nas palavras de Vitalino Canas, “o legislador concedeu ao TC (em sede de fiscalização abstrata sucessiva, expressamente; em sede de fiscalização concreta teremos a analogia) um lato poder de fixação dos efeitos das suas decisões” por “razões de interesse público, segurança jurídica ou equidade”, que implicam “maleabilidade” de soluções, uma vez que demasiada rigidez pode levar a “uma situação de injustiça, de vazio jurídico ou de absurdo, porventura pior do que aquela que existiria na vigência da norma inválida”. *Cit.* CANAS, Vitalino, *Algumas notas ...*, *ob. cit.*, pp. 98/99.

Ver também MIRANDA, Jorge, 3.º *Tema: Relatórios Introdutórios ...*, *ob. cit.*, p. 89, para quem existe duplicidade nos critérios escolhidos pelo legislador constituinte, uma vez que certas razões são “essencialmente jurídicas (as razões de segurança jurídica e da equidade)”, mas outras são “mais eminentemente ou prevalentemente políticas (aquelas que se prendem com o interesse de excepcional relevo)”.

A doutrina nacional e internacional não são unânimes neste ponto. No entanto, entre os Autores portugueses, parece dominar a corrente que defende a manutenção da idoneidade dos tribunais ordinários para levarem a cabo a atividade interpretativa.⁷⁴

3. Afastamento dos efeitos típicos – razões e consequências

A emergência de sentenças de tipo intermédio pode ser explicada, em certa parte, com a extrema rigidez dos efeitos das decisões de provimento de inconstitucionalidade. Pensando nisso mesmo, alguns legisladores constitucionais – como o português – previram normas que possibilitam a derrogação ou afastamento de alguns ou de todos os efeitos típicos do reconhecimento de uma inconstitucionalidade.

Todavia, para os ordenamentos onde essas previsões não eram conhecidas, a complexidade dos casos reais colocou a questão da sua pertinência. E nos ordenamentos em que existiam tais “cláusulas”, as soluções revelaram-se, as mais das vezes, insuficientes. Isto impulsionou o alargamento de competências dos tribunais constitucionais – muitas vezes, por iniciativa dos próprios – o que se acabou por traduzir na criação de sentenças de tipo intermédio.

Por uma questão de pertinência e economia textual, as observações seguintes têm apenas em conta o controlo abstrato da constitucionalidade. Porém, em certas situações, as ilações podem também valer para o processo de fiscalização concreta. Sempre que assim for, disso daremos nota.

Importa relembrar que a doutrina distingue entre as chamadas “decisões de provimento”, em que o TC declara a inconstitucionalidade ou ilegalidade da norma apreciada, reconhecendo--lhe dois segmentos (um que declara a inconstitucionalidade e outro que fixa

⁷⁴ Veja-se, entre outros: CARDOSO DA COSTA, José Manuel M., «Justiça Constitucional e Jurisdição Comum (Cooperação ou Antagonismo?)», In *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho – Boletim da Faculdade de Direito – Studia Iuridica 103*, Fernando Alves Correia, Jónatas E. M. Machado e João Carlos Loureiro (org.), Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pp. 193 a 212; QUEIROZ, Cristina M. M., «A relação entre o Tribunal Constitucional e a Justiça Comum no processo de Controle Concreto de Normas. Em particular, o caso das Sentenças Interpretativas», In *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho – Boletim da Faculdade de Direito – Studia Iuridica 103*, Fernando Alves Correia, Jónatas E. M. Machado e João Carlos Loureiro (org.), Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pp. 605 a 635; ARAÚJO, António de, COSTA, Pedro Cardoso da, e BRITO, Miguel Nogueira de, «As relações entre os Tribunais Constitucionais e as outras jurisdições nacionais, incluindo a interferência, nesta matéria, da acção das jurisdições europeias (Relatório português à XII Conferência dos Tribunais Constitucionais Europeus – Bruxelas, Maio de 2002)», In *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 62, III, Dezembro de 2002, Lisboa, pp. 907 a 982.

os seus efeitos); e as “decisões de rejeição”, nas quais o Tribunal nega a existência de uma situação de inconstitucionalidade ou ilegalidade⁷⁵. Os efeitos que vamos expor têm em conta as primeiras.

- Primeiro efeito típico: dever, geral e abstrato, de desaplicação da norma

Sendo decisões providas de eficácia *erga omnes*, todos os tribunais, entidades administrativas e demais operadores jurídicos ficam vinculados à decisão do TC. Assim, no caso de um juiz de um tribunal ordinário se deparar com um caso análogo, deve desaplicar a norma julgada inconstitucional, em respeito pela CRP.

É claro que esta recusa de aplicação deve respeitar certos limites, inerentes à segurança e paz jurídicas⁷⁶.

Se estivermos perante um caso de fiscalização abstrata sucessiva, o reconhecimento da inconstitucionalidade, com eficácia obrigatória geral, implica – por existir uma verdadeira declaração, formal e geral, da falta de conformidade da norma com a Constituição – a sua retirada do ordenamento jurídico. No caso de a decisão do TC ser no sentido da não declaração da inconstitucionalidade, a norma não sofre qualquer sanção, pois essa decisão não goza de eficácia *erga omnes* nem de efeito preclusivo – o que significa que, em momento posterior, ela pode vir a ser considerada inconstitucional⁷⁷.

⁷⁵ Neste sentido escreve CANAS, Vitalino, “Algumas notas sobre o valor e alcance das decisões do Tribunal Constitucional”, in *Progresso do Direito*, Lisboa, A. 3, n.ºs 3/4, 1985, pp. 93 a 111, e “Introdução às decisões de provimento do Tribunal Constitucional”, pp. 66 ss, em que o Autor elogia a solução portuguesa, por esta permitir “impedir uma facto consumado (a irradiação da norma) logo na primeira decisão” (p.68).

⁷⁶ Ver CANAS, Vitalino, *Algumas notas...*, *ob. cit.*, pp. 103/104: “Uma vez emitida uma decisão de provimento resolvendo uma certa questão num determinado sentido não mais qualquer entidade (incluindo os juízes ordinários) a poderão contestar (...) [mas] a decisão de provimento pode ser contestada, designadamente, por o TC se ter pronunciado pela ilegalidade de uma norma num caso em que a Constituição não lhe reconheceu competência para fiscalizar aquele tipo de ilegalidades (...); ou por o TC não ter obedecido às regras constitucionais que regulamentam as formalidades (...); ou por o TC ter violado o princípio da igualdade, fixando os efeitos da sua decisão de forma discriminatória”.

⁷⁷ A resposta não poderia ser diferente, num ordenamento como o nosso, em que se admitem inconstitucionalidades supervenientes. Esta consideração leva-nos a reconhecer um tipo de inconstitucionalidade “especial”, vulgarmente conhecida na doutrina como “inconstitucionalidade deslizando”. Nessa situação, uma norma que era considerada conforme à Constituição, vai “deslizando” para o campo da inconstitucionalidade – o que pode ter por base diferentes motivos – e o Tribunal pode ter de reconhecer a inconstitucionalidade de norma que já tinha apreciado e considerado conforme com o ordenamento constitucional.

Sobre o regime em geral, diz-nos Vitalino Canas: entre nós, “não [se] produz qualquer efeito: não produz direitos e deveres, não altera qualquer situação jurídica, não tem qualquer repercussão no ordenamento que não seja eventualmente (...) um aumento da paz social, da segurança e da certeza das relações”. Quanto muito, este tipo de decisão funcionará como um “precedente persuasivo”, pois não vincula os tribunais. *Cfr.* CANAS, Vitalino, *Algumas notas ...*, *ob. cit.*, p. 111.

- Segundo efeito típico: nulidade/retroatividade

O artigo 282.º não prevê expressamente que a consequência da declaração de inconstitucionalidade seja a nulidade da norma, falando antes em produção de efeitos, com força obrigatória geral, desde a entrada em vigor da norma em causa (tratando-se de uma inconstitucionalidade originária) ou desde a entrada em vigor da norma que implicou a desconformidade constitucional presente (se estivermos perante uma inconstitucionalidade superveniente).

Desta feita, a doutrina não era uniforme quanto à leitura desta norma, sendo que alguns Autores entendiam que se poderia estar perante um regime de anulabilidade. No entanto, a maioria sempre se pronunciou no sentido da nulidade⁷⁸.

Mas a letra da lei é clara ao referir a existência de efeitos retroativos quando se conheça uma inconstitucionalidade originária. Isto implica que a decisão terá efeitos *ex tunc*.⁷⁹

- Terceiro efeito típico: repristinação

Para Vitalino Canas, num processo de fiscalização abstrata em que se reconheça a existência de uma inconstitucionalidade, haverá lugar a um dever, geral e abstrato, de aplicação das normas indevidamente revogadas. É por isso que o Autor apelida estas decisões de “verdadeiros actos normativos” cujo conteúdo se desdobra “em comandos

⁷⁸ Como afirmam Gomes Canotilho e Vital Moreira, a própria CRP vai dando “pistas” dos regimes que quer ver aplicados a cada caso, mas continuam a subsistir casos-fronteira e controvérsia doutrinal em relação à leitura do 282.º: “Em princípio, a inconstitucionalidade afecta a validade da norma em causa. É o que decorre do art. 3º - 3 (...) Exceptuam-se os casos em que a Constituição explicitamente fala em *inexistência* (...) [e] *ineficácia* (art. 122º - 2); e aqueles em que a inconstitucionalidade constitui uma simples *irregularidade* (... 277º - 2). A invalidade, tal como decorre do art. 282º, aproxima-se da figura típica da nulidade, pois a declaração de inconstitucionalidade tem efeitos *ex tunc* (a norma não produz efeitos desde a origem) e *eficácia repristinatória* (repondo em vigor as normas que tenham sido revogadas pela norma declarada inconstitucional). Todavia, o regime da inconstitucionalidade não se encaixa plenamente na figura da nulidade, pois o TC pode alterar aquele regime”. GOMES CANOTILHO, J. J., e MOREIRA, Vital, *Fundamentos ...*, *ob. cit.*, p. 275. Ver também CANOTILHO, J. J. Gomes, e MOREIRA, Vital, *CRP – Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. II, 4.ª edição, Revista, Coimbra Editora, Outubro de 2014, p. 975.

⁷⁹ De referir que esse efeito se verifica, segundo alguns Autores, quer em relação a inconstitucionalidades originárias como supervenientes, ainda que os momentos a que os efeitos retroagem sejam totalmente distintos – no primeiro caso, retroage até à origem da norma; mas no segundo “só desde que entrou em vigor a nova norma constitucional ou a nova norma legal, é que a desconformidade ou contradição se verifica e portanto é apenas a esse momento que deve reportar-se o efeito da declaração”. *Cit.* MIRANDA, Jorge, 3.º *Tema: Relatórios Introdutórios ...*, *ob. cit.*, p. 88.

É também interessante a seguinte passagem de CANOTILHO, J. J. Gomes, e MOREIRA, Vital, *CRP ...*, *ob. cit.*, p. 975: “A sentença do TC tem carácter *declarativo* e não *constitutivo*: declara a nulidade da norma; não anula constitutivamente a norma inconstitucional ou ilegal”.

jurídicos gerais e abstractos”, previstos nos artigos 281.º, n.º 1 e 282.º, n.º 2 da CRP, quando se utiliza a expressão “força obrigatória geral”⁸⁰.

A repriminção é a solução mais lógica e cómoda, segundo a doutrina, por estar de acordo com o princípio da adequação funcional, devendo considerar-se este efeito típico. Porém, ocorrem casos complexos de regimes revogados também eles inconstitucionais, o que levanta outro tipo de problemáticas, que não podemos abordar (por exemplo, a doutrina questiona se devemos admitir que o TC conheça/ declare aquela inconstitucionalidade *ex officio*).

- Quarto efeito típico: ressalva dos casos julgados

O efeito de caso julgado representa uma particular forma de consolidação de certos efeitos, produzidos por atos feridos de invalidade, na ordem jurídica. Desta forma, impede-se que as questões voltem a ser colocadas nos mesmos termos.

Esta protecção justifica-se por valores como a segurança jurídica ou a protecção de legítimas expectativas. A solução do art. 282.º CRP parece ser generosa, mas há quem considere que ela não cobre todas as situações que merecem a sua protecção, devendo estender-se o regime à protecção de outros bens jurídicos.⁸¹

Em suma, uma decisão que respeite estes efeitos típicos, não nos afastando, será uma decisão típica de provimento, pois o seu conteúdo, objeto e efeitos são tipificados pela lei, imperativa ou supletivamente.⁸²

- Efeitos atípicos:

Vitalino Canas entende que uma decisão sobre a (in)constitucionalidade de certa norma pode ter “efeitos típicos” – “aqueles que os legisladores constituinte e ordinário entenderam ligar como efeitos normais de decisões do TC (incluindo nessa expressão os efeitos gerais e especiais e as exceções)”⁸³ – que acabámos de explorar, e que, como

⁸⁰ Importa sublinhar que Vitalino Canas entende as expressões “força obrigatória geral” e “carácter normativo” como “realidades inseparáveis”, neste contexto. Vide CANAS, Vitalino, *Introdução ...*, *ob. cit.*, pp. 72 ss.

⁸¹ CANAS, Vitalino, *Introdução ...*, *ob. cit.*, pp. 75 ss.

⁸² CANAS, Vitalino, *Introdução ...*, *ob. cit.*, p. 78.

⁸³ CANAS, Vitalino, *Algumas notas ...*, *ob. cit.*, p. 94. Como veremos, é a partir desta base argumentativa que o Autor constrói toda a sua argumentação sobre decisões intermédias, distinguindo decisões atípicas

vimos, podem ser afastados por vontade do Tribunal, o que significa que são meramente supletivos; e de “efeitos atípicos”, da responsabilidade do Tribunal Constitucional, uma vez que são fixados pelo julgador na sua pronúncia. Este será um meio de criar uma decisão de tipo intermédio.

Esta última categoria de efeitos só poder ser aceite se compreendermos o direito processual constitucional como “direito constitucional em ação”⁸⁴. Mas esta atividade também não se pode tornar discricionária, devendo ser impostos limites a essa “criação de efeitos” pelo TC.

4. Análise ao artigo 282.º, n.º 4 CRP

Esta norma é um belo exemplo da generosidade e confiança que o legislador constitucional português depositou no TC, permitindo-lhe o afastamento de certos efeitos, por si previstos, por “vontade”⁸⁵ deste órgão de controlo da constitucionalidade.

Cedo se reconheceu que o Tribunal Constitucional português deveria gozar de “lata autonomia processual que lhe permita uma ampla liberdade de interpretação e integração e até mesmo de aperfeiçoamento da norma jurídica”. De igual forma, Vitalino Canas reconhece que o TC recebeu um “mandato constitucional de defesa e concretização da Constituição” para, com o legislador, “moldar a lei processual” e exercer cabalmente as tarefas que lhe foram cometidas⁸⁶.

Se é verdade que o TC deve ter meios para superar as dificuldades inerentes à rigidez do sistema, não é menos preciso que nem todos os efeitos são nefastos por serem rígidos. Aliás, alguma rigidez tem de ser conservada, para que o regime não fique completamente descaracterizado. Nesse sentido não será admissível que o TC retire a possibilidade de recurso pelos magistrados do MP ou que afaste a força de caso julgado, pois não se vê que vantagens haveria nessa situação⁸⁷.

Deste modo, a norma deve ser lida no sentido de prever que, apenas por razões de “segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo” o

quanto ao objeto, quanto ao conteúdo e aos efeitos. Neste sentido CANAS, Vitalino, *Introdução ...*, *ob. cit.*, pp. 79 ss.

⁸⁴ CANAS, Vitalino, *Algumas notas ...*, *ob. cit.*, p. 94.

⁸⁵ CANAS, Vitalino, *Algumas notas ...*, *ob. cit.*, p. 102.

⁸⁶ *Cit.* CANAS, Vitalino, *Algumas notas ...*, *ob. cit.*, p. 94.

⁸⁷ Neste sentido CANAS, Vitalino, *Algumas notas ...*, *ob. cit.*, p. 99.

Tribunal possa fixar efeitos distintos dos efeitos-regra, restringindo o previsto nos n.ºs 1 e 2.

Assim, a primeira decorrência desta norma vai no sentido de que se pode admitir o afastamento da eficácia retroativo (*ex tunc*) e considerar a norma inconstitucional apenas para o futuro (eficácia *ex nunc*). Isto vai implicar que, certos efeitos produzidos pela norma inconstitucional, subsistam, o que deturpa o regime da nulidade. As mais das vezes, este é o efeito-alvo das decisões de tipo intermédio.

Deve sublinhar-se, por outro lado, a especial exigência de fundamentação neste tipo de decisão. A norma prescreve que a propósito de afastar certo efeito “deverá ser fundamentado” e só pode ter por fundamento um dos três motivos indicados: “segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excecional relevo”.

Resumindo, a maioria da doutrina admite a limitação dos vários efeitos da declaração de inconstitucionalidade (*ex nunc/ ex tunc*; eficácia *erga omnes/inter partes*, ...) pelo TC, com base no art. 282.º, n.º 4 CRP para a fiscalização abstrata. Já na fiscalização concreta, as opiniões dividem-se – mas parece que a maioria da doutrina se pronuncia contra a possibilidade de expandir o regime.⁸⁸

Por outro lado, segundo certos Autores nacionais, esta norma constitui o fundamento das decisões de tipo intermédio e, para outros, ela é mesmo “um exemplo claro de uma sentença manipulativa constitucionalizada”⁸⁹.

Seja como for, fica provada (se nos permitem) a genialidade do legislador constituinte português, pioneiro na consagração expressa e constitucional da possibilidade de obviar

⁸⁸ ARAÚJO, António de, COSTA, Pedro Cardoso da, e BRITO, Miguel Nogueira de, «As relações entre os Tribunais Constitucionais e as outras jurisdições nacionais, incluindo a interferência, nesta matéria, da acção das jurisdições europeias (Relatório português à XII Conferência dos Tribunais Constitucionais Europeus – Bruxelas, Maio de 2002)», In *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 62, III, Dezembro de 2002, Lisboa, pp. 948 ss, em especial p. 950.

⁸⁹ MORAIS, Carlos Blanco de, *Justiça Constitucional – O direito do contencioso constitucional*, Tomo II, 2.ª edição, Coimbra Editora, 2011, p. 261. Veja-se também AMARAL, Maria Lúcia, *As decisões intermédias na jurisprudência constitucional portuguesa* (disponível em <<https://www.icjp.pt/sites/default/files/media/414-362.pdf>>; último acesso em 01/07/2017). Para esta Autora, as decisões de tipo manipulativo não devem ser aceites, entre nós, por existir este artigo, por a pronúncia do TC português incidir sobre normas, e não sobre leis, e ainda por 90% das decisões daquele não produzirem efeitos quanto à invalidade, pois são casos de fiscalização concreta. Sobre o primeiro argumento, escreve: “creio, como o que julgo ser a orientação da maior parte da doutrina, que a autorização constitucional só pode ser lida na sua textualidade” (p. 3).

certas consequências das decisões de provimento da inconstitucionalidade e demonstra-se o caráter inovador do nosso ordenamento jurídico-constitucional.

Em suma, devemos concluir deste segundo capítulo que o problema das decisões intermédias não está, atualmente, na sua aceitação ou não, uma vez que a limitação de certos efeitos típicos de uma sentença de inconstitucionalidade é aceite por todos os Autores e Magistrados. A questão a resolver passa, assim, pela definição de fronteiras, de limites à atuação dos tribunais constitucionais e à definição de que figuras são aceitáveis, porque ainda se encontram dentro do núcleo das funções de um órgão de controlo da constitucionalidade, e aquelas que não devem ser admitidas, por extravasarem o âmbito de competências daquele órgão.

Capítulo III: As decisões de tipo intermédio: um estudo comparativo

Compreendidas as considerações anteriormente elaboradas, importa agora tratar o objeto central da presente dissertação. Pretendemos elaborar um breve roteiro doutrinal e jurisprudencial, com a indicação das mais proeminentes sentenças de tipo intermédio conhecidas. Pela economia textual implícita, não nos será possível sequer abordar todas as decisões conhecidas, até porque a falta de unanimidade, tanto na doutrina nacional como estrangeira, torna tal desiderato uma tarefa quase impossível. Assim, centraremos esforços na análise da doutrina e jurisprudência constitucional portuguesas, com especial atenção para a (recente) “jurisprudência da crise”, pautada pelo seu ativismo, pouco habitual para o Tribunal Constitucional português.

Vimos que não existe uma verdadeira concordância, entre os vários Autores que estudam o tema, sobre a denominação e categorização destas decisões⁹⁰. Destarte, somos forçados a expor algumas das diferentes posições doutrinárias indicando, em relação a cada Autor, a categorização defendida e os tipos de decisões intermédias aceites e rejeitadas por ele.

Também a análise de doutrina e jurisprudência nacionais parece-nos insuficiente. Assim, aproveitamos para expor as opiniões de proeminentes Autores que se ocuparam deste estudo noutros ordenamentos, com especial destaque para o italiano.

O estudo comparativo só fica completo com a análise de jurisprudência estrangeira, o que faremos, ainda que pouco desenvolvidamente. Daremos especial destaque a ordenamentos próximos do português e que se têm destacado nesta área, apresentando soluções inovadoras (em especial o italiano, alemão, brasileiro ou espanhol).⁹¹

⁹⁰ Isto mesmo observa Urbano, que sublinha a “indefinição ou falta de consistência conceptual e terminológica”, uma vez que a sentença que alguns apelidam de aditiva, é para outros ampliativa, para outros extensiva e para um último grupo de Autores integrativa. *Cit.* URBANO, *ob.cit.*, p. 108.

⁹¹ Mas não defendemos qualquer cópia integral de outros sistemas, ainda que reconheçamos a existência de mútuas influências. Essa troca de experiências ganha ainda mais importância nos países membros da União Europeia, que pretenderam criar uma Constituição comum. Sobre a temática e os modelos que podem ser adotados, veja-se TAVARES, André Ramos, «Modelos de uso da jurisprudência constitucional estrangeira pela justiça constitucional», In *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda, Volume I – Direito Constitucional e Justiça Constitucional*, pp. 261 a 291. Destacamos apenas uma passagem deste texto, que nos parece adequada a suportar esta nossa afirmação: “O uso de matrizes estrangeiras na confecção das constituições nacionais não é feito impunemente, já que doutrina e jurisprudência posteriores costumam invocar esse dado para fins de utilização de referências igualmente estrangeiras” sendo que essa alusão pode assumir especial destaque na fundamentação das decisões constitucionais (p. 283).

1. Enunciação do problema

Vimos, nos capítulos anteriores, que a questão das sentenças intermédias surge associada à figura do juiz constitucional. É por isso que precisamos de determinar, com maior precisão, o papel do magistrado do tribunal constitucional e a metodologia que deve seguir.⁹²

Já aludimos, em momento anterior, para a importância de uma (correta) interpretação das normas constitucionais. Como defendeu Klaus Schlaich, «o alcance da jurisdição constitucional depende, decisivamente, dos métodos de interpretação da Constituição “adoptados” [mas] (...) não se trata apenas de uma questão interpretativa.»⁹³. Por isso demonstramos que o controlo da constitucionalidade acarreta problemas para o princípio da separação de poderes (nas relações que se estabelecem entre o poder judicial e o poder legislativo/político e entre os tribunais e o Parlamento); mas suscita, de igual forma, problemas de legitimidade, que sublinham a importância dos problemas hermenêutico, normativo e político.

Se é verdade que a tensão entre Legislativo e Judicial sempre existiu, não é menos verdade que esse conflito se tem vindo a agravar, nos nossos tempos. Concordamos com Maria Benedita Urbano, quando a Mestre afirma que o “elemento de tensão, se tem vindo a agudizar de dia para dia, entre o poder judicial e o legislador ordinário. Com efeito, o juiz constitucional tem vindo paulatinamente a cercear a liberdade de acção e conformação dos outros poderes do Estado, com particular destaque para o legislativo”⁹⁴, ainda que esta tendência se verifique com menor força em Portugal.

Já o fomos dizendo, mas a nossa posição merece ser reforçada: não defendemos a figura do magistrado constitucional “boca da lei”, mas também não aceitamos que ele se comporte com um novo legislador. Em boa verdade se deve frisar que a tese kelsiana tem sido alvo de críticas por grande parte da doutrina, devendo considerar-se já superada. Assim como a ideia de Otto Bachoff, de que aos tribunais constitucionais não cabe corrigir “o mau direito” mas apenas “não aplicar o não direito”.

Neste ponto, acompanhamos vários Autores (tais como Cardoso da Costa, José Carlos Vieira de Andrade, Maria Assunção Esteves, Vital Moreira, Ronald Dworkin, entre outros)

⁹² Vide URBANO, Maria Benedita, *Curso de Justiça Constitucional*, pp. 95 ss.

⁹³ URBANO, *ob. cit.*, p. 95.

⁹⁴ URBANO, *ob. cit.*, p. 96.

e entendemos que os juízes constitucionais são livres na sua atuação, desde que não restrinjam a liberdade do legislador ordinário.⁹⁵

A possibilidade de criação de sentenças de tipo intermédio e do uso da criatividade, por parte dos tribunais constitucionais, ganha novo fôlego quando é feita na defesa dos direitos fundamentais dos cidadãos, como acontece as mais das vezes.⁹⁶

2. As opiniões doutrinárias

a. A doutrina nacional

Vimos que, para parte da doutrina, a existência de decisões intermédias está consagrada (mesmo que indiretamente) em termos constitucionais, o que prova que o constituinte não estava desatento à pertinência destas decisões.

Tal como acontece nos demais ordenamentos, o surgimento de decisões de tipo intermédio em Portugal é marcado pela inovação da doutrina e jurisprudência, criadoras das figuras (que, posteriormente, podem ou não ser consagradas nos textos fundamentais).

Posto isto, facilmente se compreende que este seja um tema de grande controvérsia entre os Autores, especialmente no que respeita à criação de categorias destas sentenças. Por outro lado, enquanto uns são manifestos defensores da liberdade legislativa e afirmam com maior afinco o princípio da separação de poderes, outros há que defendem um maior esbatimento dessa separação, defendendo possibilidades criativas mais vastas dos magistrados constitucionais.

Pelas razões expostas fica fácil de entender a dificuldade em expor todas as posições doutrinárias. Centraremos esforços nas conceções de cinco Doutores no tema que, segundo nos parece, representam os diferentes panoramas da doutrina nacional nesta questão:

⁹⁵ Em suma, repelimos o excesso de criativismo mas não deixamos de reconhecer que, em certos casos, a extrapolação da letra da Constituição pode ajudar a solucionar vários problemas – URBANO, *ob. cit.*, pp. 99/100, com destaque para nota de rodapé n.º 301 e bibliografia aí citada.

⁹⁶ A produção jurídico-científica é vasta neste tema, mas destacamos: MOTA PINTO, Paulo, «Reflexões sobre Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais nos 30 anos da Constituição da República Portuguesa», In *30 anos da Constituição Portuguesa – 1976/2006, edição especial da Revista Themis – Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, 2006, pp. 201 a 216; AMARAL, Maria Lúcia, «Justiça Constitucional e Trinta Anos de Constituição», In *30 anos da Constituição Portuguesa – 1976/2006, edição especial da Revista Themis – Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, 2006, pp. 145 a 153.

Vitalino Canas, Maria Benedita Urbano, Fernando Alves Correia, Rui Medeiros e Blanco de Moraes.⁹⁷

- Vitalino Canas

Defensor de um “controlo intervencionista e criador da observância do comando constitucional”⁹⁸, este Autor admite uma vasta gama de decisões complementares e de correção à legislação pela parte dos magistrados.

Tal possibilidade decorre, desde logo, do reconhecimento de efeitos atípicos, que constroem ou derrogam os efeitos normais das sentenças de inconstitucionalidade. Assim, nas palavras do próprio, “O Tribunal Constitucional pode emitir decisões atípicas quanto ao *objecto*, quanto ao *conteúdo* e quanto aos *efeitos*”, sendo que “as decisões atípicas quanto ao *objecto* são as interpretativas, as redutivas, as aditivas e as substitutivas”.⁹⁹ Quanto ao conteúdo, distingue entre sentenças de aviso, injuntivas, apelativas ou diretivas. Finalmente, no que respeita às “decisões de provimento atípicas quanto aos efeitos”, o Mestre reconhece a existência das seguintes, sem pretensão de esgotar o elenco: “a) decisões que anulem a norma com efeito retroativo, mas sem repristinação; b) decisões que anulem a norma sem efeito retroactivo mas com repristinação; c) decisões que anulem, sem efeito retroactivo nem repristinação; d) decisões que anulem apenas os efeitos passados da norma; e) decisões que anulem com efeito retroactivo, mantendo, porém, intocada certa categoria de situações; f) decisões que afastem o caso julgado no caso especial do n.º 3 do artigo 282.º; g) decisões que declarem a inaplicabilidade da norma a partir de certo momento futuro; h) 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.¹⁰⁰

⁹⁷ De salientar que a ordem, indicada e seguida, é totalmente aleatória. Ainda que só tenhamos espaço para expor o pensamento destes Autores, aconselhamos as leituras de muitos outros, cujas principais obras são indicadas na bibliografia: Mário de Brito, Gomes Canotilho, Vital Moreira, Jorge Miranda, Luís Nunes de Almeida, Joaquim Sousa Ribeiro, Jorge Pereira da Silva, Bernardo de Castro.

⁹⁸ CANAS, Vitalino, *Introdução ...*, *ob. cit.*, pp. 16/17.

⁹⁹ Em CANAS, Vitalino, *Introdução às decisões ...*, *ob. cit.*, p. 80, o Autor indica como tipos de decisões atípicas quanto ao objeto: decisões interpretativas de provimento, de rejeição e mistas; declarações de inconstitucionalidade parcial da norma (redutivas); decisões que declaram a inconstitucionalidade parcial da norma na parte em que ela não prevê algo (aditivas); declarações em que se reconhece a inconstitucionalidade e, ao mesmo tempo, se substitui parte da disposição (substitutivas).

¹⁰⁰ Vide CANAS, Vitalino, *O Tribunal Constitucional ...*, *ob. cit.*, pp. 110 ss; CANAS, Vitalino, *Algumas notas ...*, *ob. cit.*, pp. 109 ss; CANAS, Vitalino, *Introdução às decisões ...*, *ob. cit.*, pp. 46 e 79 ss.

Segundo a categorização desenhada por Vitalino Canas, as *decisões interpretativas, redutivas, aditivas e substitutivas*, serão as mais recorrentes, sendo aceites por grande parte da doutrina, sem contestação. No entanto, os seus limites diferem de Autor para Autor¹⁰¹.

Daquelas, as sentenças interpretativas serão as mais suscetíveis de gerar controvérsia. Para Canas, estas podem ainda subdividir-se entre *decisões interpretativas de acolhimento* ou *provimento*, em que há lugar à declaração de inconstitucionalidade de uma ou várias interpretações da norma, sem que se definam interpretações que a preservem¹⁰²; *decisões interpretativas de rejeição*, nas quais se dá uma declaração ou um julgamento de não inconstitucionalidade da norma quando interpretada em certo sentido (são, portanto, casos de interpretação conforme a Constituição)¹⁰³; e *decisões interpretativas mistas*, em que existe a declaração ou julgamento da inconstitucionalidade da norma interpretada em certo(s) sentido(s) e, simultaneamente se afirma(m) outro(s) sentido(s) possível(eis) ou admissível(eis) – o que dá razão à designação “mistas”¹⁰⁴.

A primeira e a segunda opções serão admissíveis, defende o Autor, tanto em casos de fiscalização abstrata como concreta sucessiva da constitucionalidade, já que se estará a salvaguardar a norma jurídica, a preservar a vontade do legislador e a competência dos juízes. Porém, a doutrina não é unânime no que toca às decisões interpretativas de rejeição em sede de fiscalização concreta, uma vez que a relação entre o TC e o tribunal da causa está, nesses casos, sujeita a um certo melindre¹⁰⁵.

É de salientar que correspondem àquele último tipo de efeitos as chamadas “decisões de provimento fictício”, criadas pela doutrina e jurisprudência alemãs, de forma a olvidar os inconvenientes sérios que a anulação de uma norma jurídica que já produziu efeitos pode acarretar. O Autor sublinha, igualmente, o carácter “fronteiriço” deste tipo de decisões, face ao ordenamento jurídico-constitucional português, mas admite que elas cabem na previsão do n.º 4 do artigo 282.º.

¹⁰¹ CANAS, Vitalino, *O Tribunal Constitucional...*, *ob. cit.*, p. 110 e *Introdução...*, *ob. cit.*, p. 81.. Por outro lado, defende a existência de uma graduação entre as decisões – por exemplo, o TC só deve optar por emitir uma decisão redutiva, aditiva ou substitutiva se não puder lançar mão da interpretação conforme.

¹⁰² Ainda que grande parte da doutrina não concorde com a sua existência, entende o jurista que “não parece que se tenha querido inviabilizar as decisões interpretativas de acolhimento”, por isso as aceita sem objeções. *Vide* CANAS, Vitalino, *Introdução...*, *ob. cit.*, p. 46.

¹⁰³ Segundo o Professor, se o TC entender que certa “norma só não é inconstitucional se interpretada em certo sentido, o tribunal da causa deve aplicar essa norma exatamente com esse mesmo sentido”, mas o TC deve deixar “aos tribunais ordinários a tarefa posterior de estabelecer nova interpretação”, uma vez que tal missão recai no seu âmbito de atuação e de definição do direito aplicável. *Cfr.* CANAS, Vitalino, *Introdução ...*, *ob. cit.*, p. 47; e BRITO, Mário de, *Sobre as decisões...*, *cit.*, p. 63.

¹⁰⁴ Elas perdem o seu sentido útil uma vez que a questão não tem autonomia por se admitirem decisões interpretativas de rejeição. *Apud* BRITO, Mário de, *Sobre as decisões...*, *ob. cit.*, pp. 63/64.

¹⁰⁵ Coloca-se a questão de saber até que ponto o TC pode impor a sua leitura da norma aos demais tribunais; Canas salienta o sério risco de ofensa, nestes casos, ao “princípio constitucional da independência

A possibilidade de o TC tomar uma decisão deste tipo num processo de fiscalização preventiva é duvidosa, atendendo aos seus efeitos típicos. Como adverte o Autor, nesse tipo de fiscalização, existe a possibilidade de reformular a letra da lei, para que ela deixe de compreender a leitura que se considera inconstitucional. Assim, este tipo de decisão não tem razão de ser – basta pensar que elas implicam o desencadeamento do veto presidencial e a obrigação de devolução do diploma ao seu criador, o que parece ser solução suficiente. Como tal, não parece que se deva obrigar os destinatários da norma a fazer a interpretação desejada pelo TC¹⁰⁶.

Finalmente, estas decisões estão intimamente ligadas ao princípio da interpretação conforme, que Vitalino Canas define no seguinte sentido, em linha com o Tribunal Constitucional Federal alemão: uma decisão obedece ao princípio da interpretação conforme à Constituição se decide que a norma não é inconstitucional por ainda ser possível uma sua interpretação em sentido compatível com a Lei Fundamental, ou seja, “não devendo aquela ser declarada inconstitucional enquanto uma sua interpretação possa ser considerada não desconforme com as normas constitucionais envolvidas”¹⁰⁷.

Contudo, este princípio encontra dois limites insuperáveis: por um lado, a interpretação não pode ir para lá dos sentidos possíveis da norma e, por outro, o TC deve respeitar o espaço de liberdade de conformação do legislador, não interferindo nos seus juízos de oportunidade, conveniência e adequação.

Para concluir, este tipo de decisão e o princípio enunciado têm como razões inerentes à sua criação a ideia de continuidade e conservação do ordenamento jurídico, garantindo valores como a segurança jurídica e o “*favor legis*”, a presunção de constitucionalidade dos atos

interpretativo-decisória dos tribunais” e alerta para a forte possibilidade de o TC se transformar numa “superinstância decisivamente influente”. Vide CANAS, Vitalino, *O Tribunal Constitucional...*, cit., p. 111.

¹⁰⁶ Para mais ver CANAS, Vitalino, *Introdução às decisões...*, cit., p. 47 e ss. Destacamos, apenas, uma das conclusões do Autor, que afirma: «as decisões referidas em b), c) e d), pelo contrário, parecem não ser admissíveis (...) As decisões redutivas, aditivas e substitutivas (que alguns identificam pela expressão genérica de “manipulativas”), são uma solução de último recurso, inteiramente subsidiária. O órgão de fiscalização da constitucionalidade só pode recorrer a elas numa situação de “necessidade legislativa”».

¹⁰⁷ CANAS, Vitalino, *Introdução...*, ob. cit., p. 82. É interessante notar, como destaca o Autor, que este princípio é relativamente recente – surgiu na Suíça, pelo ano de 1903, e voltou a reaparecer nas decisões do Tribunal Constitucional da Baviera e do *Bundesverfassungsgericht* em 1952 e 1955, respetivamente –, mas parece implementado em todos os ordenamentos jurídicos modernos, em maior ou menor medida.

normativos e a idealização do ordenamento como uma unidade, exigindo-se uma interpretação atenta e que tenha em consideração o “todo jurídico”¹⁰⁸.

Quanto às decisões interpretativas redutivas, Vitalino Canas entende que estas podem ser quantitativas – *declaração parcial quantitativa* – ou qualitativas – *declaração de inconstitucionalidade parcial qualitativa*. Segundo o Autor, tanto umas como outras têm sido adotadas em Portugal, ainda que as últimas suscitem mais problemas.

Assim, as primeiras serão aquelas em que se “declara a inconstitucionalidade de parte da norma, por simples cisão, ou expurgação de sinais linguísticos que a componham; as segundas são aquelas em que se declara a inconstitucionalidade da norma (no seu conjunto) enquanto a sua previsão abranja uma certa situação”¹⁰⁹.

Estas decisões conhecem limites, traçados na exigência de um mínimo de correspondência entre a interpretação do julgador e o pensamento do legislador aquando da criação da norma, ou na concretização de soluções a que o legislador já se havia vinculado.

No que concerne ao terceiro grupo de decisões atípicas quanto ao objeto – decisões aditivas, adjuntivas ou integrativas – os problemas aumentam. A maioria da doutrina parece não aceitar este tipo de decisão, mas Vitalino Canas admite a sua legitimidade. Nestes casos há uma omissão legislativa, na medida em que a norma não prevê certa situação ou certos casos na regulação, dizendo menos do que deveria. Assim, o juiz tem de atuar para diminuir ou afastar os riscos e consequências nefastas inerentes a essa omissão.

Para Vitalino Canas, “a situação prevista no art. 283.º é a de maior grau de omissão por parte do legislador: o que há é uma situação de inexecutabilidade de normas constitucionais que necessitam de concretização através de um conjunto de medidas legislativas,

¹⁰⁸ CANAS, Vitalino, *Introdução...*, *ob. cit.*, p. 83. Não entramos na discussão sobre as relações entre TC e tribunais ordinários no que concerne à interpretação das normas, mas deve ler-se o que Vitalino Canas escreve a esse respeito. Destacamos, apenas, uma das suas conclusões: “sempre que o TC entender necessário ou conveniente não se pronunciar sobre qual a interpretação mais correcta, restringindo-se, de momento, a sua actuação à declaração de inconstitucionalidade ..., pode fazê-lo, deixando aos Tribunais ordinários a tarefa posterior de estabelecer nova interpretação (...) tarefa essa que, afinal, lhe cabe normalmente, tal como a delimitação do direito aplicável”. *Cit.* CANAS, Vitalino, *Introdução...*, *ob. cit.*, p. 88. É através deste raciocínio que o Autor justifica a sua opinião de que o legislador não quis inviabilizar *in totum* as decisões interpretativas de provimento e mistas.

¹⁰⁹ CANAS, Vitalino, *Introdução...*, *ob. cit.*, pp. 90 ss.

envolvendo opções de fundo e uma regulamentação completa e detalhada”¹¹⁰ e é nesse sentido que admite este tipo de decisão face à ordem constitucional portuguesa.

Finalmente, quanto às decisões substitutivas, nada há a acrescentar, pois o Autor considera que o seu regime não apresenta especificidades relevantes.

No que respeita às decisões atípicas quanto ao conteúdo, sobre as quais já apresentamos a categorização feita pelo Autor, importa fazer algumas precisões – ainda que a distinção entre os quatro tipos de sentença seja muito difícil, na prática. Ora, segundo Vitalino Canas, as decisões de aviso verificam-se perante situações de inconstitucionalidades deslizantes, sendo que o Tribunal “emite uma espécie de *early warning* ao legislador”, para que este atue antes que a norma se torne inconstitucional.

Já no caso das decisões injuntivas, o Tribunal não deixa um simples alerta, pois “emite um comando dirigido ao legislador, exortando-o a emitir nova legislação, eventualmente dentro de um prazo” para substituir a lei que, em breve, se converterá à inconstitucionalidade.¹¹¹

Nas decisões diretivas ou apelativas, o Tribunal “solicita” ao legislador novas normas, mas ainda não estamos perante um caso de verdadeira desconformidade. Estaremos, assim, numa zona limítrofe da (in)constitucionalidade.

Finalmente, no caso das decisões diretivas, o Tribunal Constitucional “declara a inconstitucionalidade de uma norma e estabelece desde logo, indicativamente, os traços essenciais de norma alternativa”, sendo que o legislador pode ou deve emitir essa nova legislação. Como bem se vê, este último tipo é bastante mais invasivo do espaço legislativo, mas não se deve confundir com as chamadas “decisões *normativas*”, em que o próprio TC emite legislação temporária, que deve vigorar enquanto o legislador não atue, sendo que o Autor rejeita liminarmente tais sentenças.

Conclui Vitalino Canas que, em todos estes tipos de decisão, o TC «“joga” com a parte expositiva e dispositiva ou decisória da decisão», sendo que nas três primeiras estamos perante decisões de rejeição da inconstitucionalidade, ainda que os magistrados

¹¹⁰ CANAS, Vitalino, *Introdução...*, *ob. cit.*, p. 94.

¹¹¹ CANAS, *ob. cit.*, p. 99.

constitucionais, na parte expositiva, deixem sugestões e/ou advertências, e só na última se reconhece a sua existência, deixando indicações ao legislador, de como atuar.¹¹²

É claro que as exortações deixadas pelo TC numa decisão de um dos três primeiros tipos, não têm força vinculativa, nem o seu cumprimento é exigível a qualquer entidade. Quanto muito o TC pode censurar a falta de ação do legislador numa próxima decisão, mas sem qualquer consequência jurídica. Por outro lado, como reconhece o Autor, estas decisões tomam maior importância no caso da fiscalização abstrata sucessiva.

Mas Vitalino Canas também reconhece a existência das chamadas “decisões *aditivas*”¹¹³, em que o TC se limita a completar o sentido da norma em causa, em “circunstâncias rigorosamente delimitadas”, e das “decisões *substitutivas*”, caso em que o Tribunal elimina parte da norma em causa, substituindo-a. Estes dois tipos de decisão não se confundem com as demais, uma vez que correspondem a situações de sentenças atípicas quanto ao objeto. Refere, ainda, o Autor que estas não ficam inviabilizadas pelas considerações anteriores, uma vez que encontra “manifestamente uma diferença quantitativa; mas também uma diferença qualitativa” entre aquelas decisões normativas, em que existe “um inconfundível exercício de conformação normativa de uma determinada matéria, com avocação da margem de manobra e da liberdade de conformação própria do legislador” e aqueles outros casos, em que apenas se verificam correções pontuais.

Na dimensão das decisões atípicas quanto aos efeitos¹¹⁴, o Autor destaca a existência da figura da decisão de provimento fictício, a mais controversa de todas, por implicar o reconhecimento de uma inconstitucionalidade sem que daí se retirem consequências. Mesmo assim, o Autor continua a considerar estas sentenças “lícitas”¹¹⁵.

No que respeita à fiscalização abstrata sucessiva, o Autor continua a mostrar-se generoso. Admite, também aqui, a existência de decisões atípicas quanto ao objeto (decisões interpretativas – de provimento, de rejeição e mistas; decisões redutivas; decisões aditivas

¹¹² Cfr. CANAS, *O Tribunal Constitucional...*, pp. 112/113; *Introdução às decisões...*, *cit.*, pp. 81 ss.

¹¹³ Ainda que o seu conceito não coincida na íntegra com o de outros Autores, como Jorge Miranda.

¹¹⁴ Vide CANAS, Vitalino, *Introdução...*, *ob. cit.*, pp. 102 ss.

¹¹⁵ CANAS, Vitalino, *Introdução...*, *ob. cit.*, p. 108. Argumenta que se não fosse assim, o TC poderia imiscuir-se de declarar a inconstitucionalidade, o que seria ainda pior, pois não existiria um aviso ao legislador para que altere urgentemente a norma em causa. O Autor afirma, ainda, que “a possibilidade de fixar o início da eficácia da decisão numa data posterior à sua emissão faz recordar uma outra situação (...): se a desaplicação pelos tribunais ordinários fosse consequência obrigatória da declaração de inconstitucionalidade (...) ver-nos-íamos a braços com a situação absurda de ter de haver uma prévia desaplicação em três casos” (p. 109).

e substitutivas); decisões atípicas quanto ao conteúdo (decisões de rejeição da inconstitucionalidade mas com risco de a norma se tornar inconstitucional; decisões em que se dá um prazo ao legislador, com ou sem diretivas, para que este atue; decisões em que se emite legislação transitória); e de decisões atípicas quanto aos efeitos (decorrentes do art. 282.º, n.º4 CRP, sendo idealizáveis oito tipos, resultantes das combinações: com/sem anulação; com/sem efeito retroativo; ripristinação/não ripristinação; com ou sem proteção dos casos julgados; inaplicabilidade a certo momento ou grupo. Àquelas hipóteses acresce a figura das decisões de provimento fictício).¹¹⁶

Defensor de uma grande margem de liberdade criativa dos magistrados, conclui Vitalino Canas que as críticas apontadas por grande parte da doutrina nacional não têm em atenção a natureza do nosso Tribunal Constitucional, o seu carácter de “guardião da segurança jurídica, da equidade e do interesse público de excepcional relevo” não compreendendo o real alcance destas suas decisões, carregadas de pedagogia e auxílio ao legislador. Para o próprio, “não se pode dizer, sequer, que haja uma intervenção no domínio do legislador tão forte quanto a intervenção decorrente de algumas decisões atípicas quanto aos efeitos pacificamente admitidas”¹¹⁷.

No que concerne às “decisões de provimento atípicas quanto ao objecto”, cuja *summa divisio* já demos a conhecer, entende o Autor que elas são possibilitadas pela existência do n.º 4 do artigo 282.º, sendo extensíveis à fiscalização concreta da constitucionalidade por a letra desta norma não o proibir. Assim, Vitalino Canas defende que se a lei não proíbe, essa extensão é possível, mesmo que também não seja expressamente admitida.¹¹⁸

Pronunciando-se sobre as chamadas “decisões de provimento fictício”, onde admite ter pouco apoio por parte do resto da doutrina nacional¹¹⁹, Vitalino Canas afirma que estas podem parecer “bizarras”, uma vez que nelas o TC se pronuncia “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”, respeitando a estabilidade da lei e a vontade legislativa. Porém, como o próprio admite, não existe

¹¹⁶ CANAS, Vitalino, *Introdução...*, *ob. cit.*, pp. 114 ss. Veja-se, sobre os efeitos típicos destas decisões, com especial interesse, pp. 121 ss e quanto aos efeitos atípicos pp. 175 ss.

¹¹⁷ *Cit.* CANAS, “O Tribunal Constitucional...”, pp. 114/115.

¹¹⁸ Jorge Miranda é particularmente crítico destas decisões, afastando a sua admissibilidade *in totum*.

¹¹⁹ Como indica o Autor, até Rui Medeiros, defensor de grande parte das decisões de tipo intermédio, rejeita estas decisões. Já no estrangeiro gozam de grande apoio – caso da doutrina e jurisprudência alemãs.

qualquer suporte constitucional para este tipo de sentença¹²⁰ e, portanto, estas devem ser encaradas como um “instrumento de último recurso (...) quando tudo o resto falhe e quando uma decisão de provimento de outro tipo possa causar prejuízos”¹²¹ bastante mais graves.

No mais, o Mestre admite este tipo de sentenças quando se verificam concretas circunstâncias: na ponderação dos bens em causa, se concluir que a inconstitucionalidade tem pouca importância ou que é uma simples inconstitucionalidade formal/ orgânica; que a irradiação da norma implicava danos mais graves aos direitos e às legítimas expectativas; que não há espaço a qualquer outro tipo de decisão atípica, seja quanto ao objeto, conteúdo ou efeitos. Finalmente, reconhece que esta situação não pode durar por tempo indefinido e, por isso mesmo, admite que o TC tome nova iniciativa para retirar a norma do ordenamento jurídico, quando tiver transcorrido um prazo razoável sem que o legislador tenha atuado.

- Maria Benedita Urbano

Com uma posição bastante mais comedida que o anterior Autor, a Professora de Coimbra dedica grande parte do seu estudo à questão da “criação judicial” e ao ativismo. Assim, considera que a criação “ativista” de direitos pelos juízes é um fenómeno universal mas, por outra parte, entende que nem toda a criação jurisprudencial deve ser considerada ativismo. Conclui também que esse fenómeno atravessou fronteiras, tornando-se universal, e que «até os auto-contidos tribunais constitucionais alemão e português já fizeram a sua incursão em “terrenos legislativos”»¹²². Mas estas considerações não parecem ser extensivas a todos os casos de controlo da constitucionalidade, pois a maior parte das decisões de tipo intermédio nesse campo são aceites sem conflito de maior.¹²³

¹²⁰ Para contornar esta crítica, afirma Vitalino Canas: “há locais onde a Constituição mostra que tolera a ideia de uma norma inconstitucional poder continuar a ser aplicada, mesmo após uma declaração de inconstitucionalidade. 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”. *Cit.* CANAS, “O Tribunal Constitucional ...”, p. 122.

¹²¹ Ainda CANAS, Vitalino, “O Tribunal Constitucional ...”, p. 122.

¹²² Ver, neste sentido, URBANO, Maria Benedita, «“Criação Judicial” e “Ativismo Judicial”: as duas faces de uma mesma função?», In *35.º Aniversário da Constituição de 1976* (obra organizada pelo TC), vol. II, Coimbra, Janeiro de 2012, pp. 7 a 41. De realçar o estudo histórico, sobre os primórdios do ativismo, feito pela Autora no citado texto, demonstrando a estreita relação entre o seu surgimento e desenvolvimento e a jurisprudência da *Supreme Court* norte-americana, com indicação de acórdãos paradigmáticos e a sistematização dos vários períodos de ativismo.

¹²³ URBANO, Maria Benedita, «“Criação Judicial” e “Ativismo Judicial...»», p. 11.

Urbano conclui com Cappeletti que o criativismo é um fenómeno atual, incontestável e incontornável, devendo por isso ser aceite. Mas não sem observar certos limites. É neste sentido que reconhece a existência de diferentes graus de “criativismo judicial”: criativismo tradicional, ortodoxo ou *soft*¹²⁴; o criativismo limítrofe, de fronteira ou *borderline*¹²⁵; criativismo patológico, heterodoxo ou *hard*¹²⁶ – e, seguidamente, reconhece a existência de “novas técnicas decisórias do juiz constitucional”, não pensadas por Kelsen, e que são criação, maioritariamente, dos tribunais constitucionais italiano e alemão.¹²⁷

Nesse sentido, reconhece a existência de sentenças intermédias, que considera serem uma daquelas novas técnicas de decisão e que define nos seguintes termos: “são designadas de sentenças intermédias, dado que a decisão judicial se situa entre o considerar e o não considerar inconstitucional uma norma e, nos casos em que é admissível, entre rejeitar a norma considerada inconstitucional e concomitantemente expulsá-la do ordenamento jurídico, e não a considerar inconstitucional e mantê-la”¹²⁸.

¹²⁴ Para a Professora de Coimbra, este criativismo está inerente ao princípio da interpretação conforme à Constituição e é sobretudo válido para as sentenças interpretativas de rejeição; traduz-se, por isso, na existência de uma “certa margem de criatividade inerente à atividade de aplicação de normas, no caso que nos interessa, pelos juízes”, que se torna mais evidente quando haja lacuna legal ou quando “o texto da norma é posto em segundo plano em favor de “uma realização jurídica de intencionalidade prático-teleológica” (“interpretação corretiva”, “redução teleológica”, “extensão teleológica”)), tendo de ser “uma criação de direito subordinada à lei ou nos limites da lei, respeitadora do princípio da separação de poderes e do princípio democrático”. Assim em URBANO, *Curso*, pp. 103 ss. As mesmas manifestações de criativismo são ainda o alvo visado na obra URBANO, Maria Benedita, «“Criação Judicial” e “Ativismo Judicial” ...», *ob. cit.*, pp. 21 ss.

¹²⁵ Refere-se às situações de fronteira, que surgem pela dificuldade inerente em separar as várias funções do Estado, em perceber qual deve ser, afinal, o papel dos atuais juízes, enquanto “aplicadores-criadores do direito ou, por outras palavras, quais são os limites à sua atuação criativa”; assim, nestes casos, os magistrados (ainda) não estão a criar normas, mas emitem verdadeiras “linhas de orientação ou recomendações” que o legislador tem o poder-dever de acatar. Estaremos perante decisões intermédias, que se assemelham às decisões admoestadoras, segundo a jurisprudência italiana, ou às decisões de incompatibilidade sem nulidade e decisões apelativas, na opinião da jurisprudência alemã. *Vide* URBANO, *Curso*, pp. 105 ss. A Autora reconhece que, neste ponto, a sua opinião se foi alterando – *vide* URBANO, «“Criação Judicial” e “Ativismo Judicial”...», *ob. cit.*, p. 22.

¹²⁶ Este é o verdadeiro ativismo judicial, sobre o qual não há discordância na doutrina maioritária. Aqui, podemos observar casos de “*ativismo correctivo*”, que pode ser mais ou menos severo (pensemos nas sentenças manipulativas, aditivas ou substitutivas) e casos em que os “juízes criam ou editam normas gerais, ocupando, por vezes espaços vazios deixados pelo legislador, habitualmente invocando que apenas estão a desenvolver o tecido constitucional, em particular através da concretização de princípio gerais” o que significa que o magistrado se comporta como legislador e emana decisões de se de fontes primárias de Direito se tratassem. Correspondem, por isso, às decisões manipulativas aditivas ou substitutivas e situações de criação-concretização de princípios constitucionais gerais. Para mais ver URBANO, *ob. cit.*, pp. 106 ss.

¹²⁷ Conclui a Autora que o criativismo tem hoje um mínimo e um máximo: no mínimo, corrige-se o direito existente; no máximo, cria-se novo direito, para colmatar as falhas do legislador ordinário. Mas esta tese não é aceite por todos, pois para uns o ativismo implica apenas criatividade, enquanto outros exigem inovação e iniciativa. *Vide* URBANO, Maria Benedita, «“Criação Judicial” e “Ativismo Judicial”...», *ob. cit.*, p. 24.

¹²⁸ URBANO, Maria Benedita, *Curso* ..., p. 108.

Alerta a Autora para os perigos deste tipo de decisão, destacando o facto de os magistrados deixarem de ser meros legisladores negativos para assumirem “as vestes de um legislador positivo” incorporando, através destas decisões, “um *quid non juris* na ordem jurídica”. Assim, não estão apenas em causa os efeitos destas sentenças, mas o próprio *modus operandi*.¹²⁹

Ora, a Mestre distingue as sentenças intermédias entre¹³⁰:

a) Sentenças interpretativas – de rejeição e de acolhimento

Estas são as sentenças mais “bem aceites pelos constitucionalistas” por estarem tão estreitamente relacionadas com o chamado princípio da interpretação conforme. Entende que estamos perante uma decisão deste tipo quando os magistrados precisam de “fixar o sentido normativo de uma lei”, não se pronunciando “propriamente sobre o enunciado, mas sobre a norma ou normas que dele se podem extrair mediante o recurso às ferramentas hermenêuticas”¹³¹.

A mais-valia deste tipo de decisão é óbvia: permitem salvaguardar os atos legais que ainda se mostrem compatíveis com a Constituição – pelo menos, numa das suas leituras possíveis – evitando o ferimento do princípio da presunção da constitucionalidade das leis. Contudo, tanto a doutrina como a jurisprudência não deixam de reconhecer os perigos inerentes a estas.

Assim, estaremos perante uma decisão interpretativa de rejeição quando a “disposição legal não deve ser considerada inconstitucional se, sendo suscetível de várias interpretações, uma delas ainda for conforme com a constituição”, o que significa que o julgador não declara a norma inconstitucional, mas apenas alguma(s) da(s) sua(s) leitura(s). No mais, as normas só serão inconstitucionais quando não se consiga fazer qualquer interpretação que concorde com a Constituição.

Por outro lado, são sentenças interpretativas de acolhimento, aquelas em que a norma é, efetivamente, declarada inconstitucional, uma vez que todos os seus sentidos são considerados incompatíveis com o Texto Fundamental, o que enaltece o princípio da

¹²⁹ Cfr. URBANO, *ob. cit.*, p. 108.

¹³⁰ Para maiores e mais cuidados desenvolvimentos sobre a posição da Autora, ver *ob. cit.*, pp. 101 ss.

¹³¹ URBANO, *ob. cit.*, página 109.

interpretação conforme, sendo revelador de uma “função depuradora da inconstitucionalidade” destas decisões.¹³²

b) Sentenças apelativas ou exortativas (*Appellentscheidungen*) e sentenças de aviso

Criadas e desenvolvidas pela jurisprudência alemã, neste tipo de sentenças, o Tribunal Constitucional “considera que a norma controlada ainda é constitucional” aquando da decisão, o que significa que os magistrados apenas alertam o legislador para a existência de uma forte probabilidade de a norma o vir a deixar de ser, em momento futuro. No fundo, estamos perante um “apelo ao legislador” para que este tome medidas e evite uma situação futura de inconstitucionalidade.¹³³

Para Urbano, este tipo de decisão de rejeição da inconstitucionalidade merece menor censura, uma vez que “a liberdade de conformação do legislador é preservada (...) embora não escape incólume – pois a sua atuação está necessariamente condicionada pela decisão do Tribunal Constitucional”¹³⁴. Posto isto, torna-se fácil compreender o porquê de parte da doutrina falar, nestes casos, da existência de um “efeito deslizante”, no sentido de que a norma se “torna gradualmente inconstitucional em razão da evolução interpretativa que foi sendo conferida ao parâmetro constitucional”¹³⁵.

Já nas sentenças de aviso, onde “o TC indica a ocorrência de uma alteração jurisprudencial sem derivar disso consequências jurídicas concretas ou sem dirigir um apelo ao legislador”, o tribunal não altera a sua posição, pois considera que tal seria “contraproducente”¹³⁶.

c) Declaração de incompatibilidade (*Unvereinbarkeit*) sem nulidade (*Nichtigkeit*) ou mera declaração de incompatibilidade

Este tipo de decisão, também criada pelo TCF, exige maior delicadeza, face aos dois tipos de sentenças já apresentados, pois estamos perante casos em que a norma é inconstitucional mas, para evitar uma “situação jurídica insuportável” o Tribunal aceita não

¹³² A este respeito URBANO, *ob. cit.*, pp. 109 ss.

¹³³ URBANO, *ob. cit.*, pp. 111 ss.

¹³⁴ *Cfr.* URBANO, *ob. cit.*, p. 111.

¹³⁵ Ainda em URBANO, *ob. cit.*, p. 111.

¹³⁶ URBANO, *ob. cit.*, p. 111.

emitir a declaração de nulidade¹³⁷. Ou seja, pede-se ao legislador que colmate ou corrija o erro.

d) Decisões manipulativas (aditivas ou substitutivas)

Sendo, de todas as sentenças mencionadas, as que causam maior divergência entre os Autores e falta de consenso, as chamadas sentenças manipulativas implicam *sempre* um certo grau de desrespeito para com o legislador, parafraseando Urbano. Essa característica contribui para a sua difícil aceitação, aumentando a controvérsia.

Diz Maria Benedita que, nestas sentenças, “os juízes vão mais longe, alterando o texto do preceito legal e, concomitantemente, operando uma transformação do significado do respetivo conteúdo normativo”. Isto significa que atuam criativamente e “expandem o conteúdo normativo do preceito indicado, acrescentando um elemento sem o qual ele seria considerado inconstitucional (sentenças aditivas) ou substituindo o regime jurídico que o legislador tinha previsto por outro, pelo menos em parte (sentenças substitutivas)”. A Autora concorda com a feroz crítica feita por Vital Moreira, aos juízes que tomam este tipo de posição, pois os mesmos “age[m] a descoberto da legitimidade própria da justiça constitucional e entra[m] diretamente em choque com o princípio da maioria e com a repartição de funções entre o legislador (...) e o juiz constitucional (...)”¹³⁸.

Desta feita, a Mestre considera que as sentenças aditivas podem ser definidas como aquelas sentenças “através das quais se considera inconstitucional uma certa disposição enquanto omite dizer algo (...) e que, subsequentemente, introduzem a disciplina que alegadamente estava em falta”¹³⁹; já as sentenças substitutivas são aqueles em que “se considera que uma certa disposição é inconstitucional na parte em que prevê uma determinada coisa em vez de outra, e que, subsequentemente, alteram ou emendam a disciplina jurídica prevista”¹⁴⁰.

e) Demais sentenças

¹³⁷ Cfr. URBANO, *ob. cit.*, p. 112.

¹³⁸ *Apud* URBANO, *ob. cit.*, p. 114.

¹³⁹ É, ainda, de acrescentar que a Autora lhes reconhece apenas um efeito ampliativo, enquanto outros consideram que, na verdade, este tipo de decisão tem efeitos “parificatórios” e está estritamente ligado ao princípio da igualdade. *Vide* URBANO, Maria Benedita, *ob. cit.*, p. 114.

¹⁴⁰ Também em URBANO, Maria Benedita, *ob. cit.*, p. 115.

Por fim, para Autora, poderão existir outros tipos de sentenças intermédias, uma vez que se qualificam para este grupo “toda [a] panóplia de decisões judiciais em que se verifica, de forma positiva, em maior ou menor escala, a criação de normas pelos juízes”.

Em suma, Urbano assume uma posição bastante mais comedida, quando comparada com Vitalino Canas, recusando a admissibilidade de muito mais figuras em território português.

- Fernando Alves Correia

Segundo o Mestre de Coimbra, “existem inúmeras situações que não admitem uma solução com base no dualismo radical entre atos normativos inconstitucionais e não inconstitucionais ou entre nulos e válidos. Princípios como os da segurança jurídica, da razoabilidade, da proporcionalidade e da igualdade têm estimulado, e muitas vezes imposto, a adoção por parte dos Tribunais Constitucionais de soluções jurídicas originais e de novas técnicas decisórias que permitam, por um lado, assegurar a primazia da constituição e, por outro, impedir que, no processo de garantia da Constituição, haja ofensa a outros ditames constitucionais”¹⁴¹.

Crítico da maior parte deste tipo de decisões, Alves Correia considera que devemos destacar, de entre as sentenças intermédias, os seguintes grupos:

- a) *Interpretativas*: são consideradas decisões interpretativas aquelas que admitam uma “interpretação conforme à Constituição”, daí que a doutrina alemã as tenha apelidado de “*Verfassungskonforme Auslegung*”.

Nas palavras do Autor, estamos perante uma “técnica de decisão, na qual os tribunais, *maxime* o Tribunal Constitucional, no caso de uma norma comportar vários sentidos, recusa aquele ou aqueles que conduziram à sua inconstitucionalidade e opta pelo sentido que for compatível com a Constituição”, o que significa que uma norma nunca deve ser considerada inconstitucional se um dos seus sentidos ainda for compatível com a Lei Fundamental.¹⁴²

¹⁴¹ CORREIA, Fernando Alves, “Justiça Constitucional”, pp. 293/294. O Autor continua afirmando, no sentido de Blanco de Moraes, que as sentenças intermédias são “técnicas de decisão que permitem, na maioria dos casos, evitar uma decisão de inconstitucionalidade ou condicionar os efeitos jurídicos da mesma”. Assim, só se atua contra a posição do legislador, declarando a norma inconstitucional, quando essa situação não pode, de todo, ser evitada.

¹⁴² *Cit.* CORREIA, *ob. cit.*, pp. 294/295.

O Professor entende que estas sentenças devem ser aceites, pois encontram sustentação em valores como a supremacia constitucional, na unidade da ordem jurídica, na presunção da constitucionalidade das normas, na conservação dos atos e, ainda, no princípio da proporcionalidade e segurança jurídica.

Todavia, não se ignoram os limites destas sentenças, uma vez que a interpretação tem de respeitar a letra e a vontade do legislador, bem como a “economia da lei”, o que significa que não pode corresponder a uma “reconstrução de uma norma que não esteja devidamente explícita no texto”¹⁴³.

Este tipo de aresto surge, sobretudo, em casos de fiscalização concreta, daí que seja exigida muita cautela da parte do TC; caso contrário não conseguirá “evitar algumas dificuldades de relacionamento da jurisdição constitucional com as jurisdições comuns”. Pede-se, por isso, ao Tribunal que pondere todas as interpretações que a norma compreende, que pese os diferentes elementos preponderantes na interpretação e, ainda, que tenha “em conta, nomeadamente, critérios de «plausibilidade»”¹⁴⁴.

b) *de inconstitucionalidade parcial*: nestes casos, “apenas se declara ou julga inconstitucional uma parte do preceito questionado no pedido”¹⁴⁵, o que significa que outra parte da norma não está viciada.

Desta forma, estas decisões podem ser “horizontais”/“quantitativas” – quando a inconstitucionalidade recai sobre uma “das disposições” ou, até, sobre um período ou frase do texto – ou “qualitativa”/“ideal”/“vertical”¹⁴⁶, hipótese mais comum, em que o vício atinge apenas uma “certa dimensão ou segmento do seu conteúdo dispositivo”¹⁴⁷. Neste último caso, estamos perante uma decisão interpretativa de acolhimento da inconstitucionalidade, o que se traduz na não aplicação da norma em causa na leitura que

¹⁴³ Assim em CORREIA, *ob. cit.*, pp. 295/296. Esta expressão resulta dos Acórdãos n.º 254/92 e n.º 162/95; apoia-se, igualmente, em Gomes Canotilho para afirmar que a interpretação conforme à Constituição “só permite a escolha entre dois ou mais sentidos possíveis da lei, mas nunca uma revisão do seu conteúdo”.

¹⁴⁴ *Cfr.* CORREIA, *ob. cit.*, p. 297.

¹⁴⁵ CORREIA, *ob. cit.*, p. 300.

¹⁴⁶ Segundo Alves Correia, certos Autores preferem a designação “decisão de inconstitucionalidade parcial sem redução do texto” uma vez que reconhecem que a tarefa dos tribunais constitucionais, neste tipo de sentença, passa pela “expurgação da norma”, retirando-se do seu texto mais do que uma norma – uns sentidos são eliminados e outro é salvaguardado, por se revelar compatível com o texto constitucional.

¹⁴⁷ CORREIA, *ob. cit.*, p. 301.

se revela incompatível com a Lei Fundamental. Em suma, acaba por se revelar como uma figura próxima mas oposta à primeiramente mencionada¹⁴⁸.

Estas decisões correspondem às conhecidas *sentenze di accoglimento parziale* da doutrina e jurisprudência italianas e, na opinião de Alves Correia, encontram-se facilmente na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal Brasileiro e do Tribunal Constitucional Português.

Finalmente, este tipo de decisão aproxima-se, segundo o Autor, das decisões de inconstitucionalidade parcial *ratione temporis*, pois nesses casos há declaração de inconstitucionalidade, ainda que circunscrita a um determinado âmbito temporal.

- c) *integrativas/aditivas*: são sentenças onde existe um “imediato (“autoaplicável”) alargamento ou a “adição”, no regime contido no preceito declarado ou julgado inconstitucional, por efeito da inconstitucionalização de um preceito “na parte em que” estabelece uma “exceção” ou uma “condição” ou “não contempla” certa situação”.¹⁴⁹

Posto isto, o Professor considera que podemos encontrar outros subtipos. Entende que as chamadas “sentenças parificatórias” – proferidas em nome do princípio da igualdade – são disso exemplo, uma vez que, nessas situações, “a lei não é inconstitucional por aquilo que prevê, mas por aquilo que não prevê”. Ou seja, a norma é inválida na medida em que não prevê determinado aspecto que deveria contemplar, sendo necessário ampliar o regime.

Na opinião do Autor, este é um instrumento vulgarmente utilizado pelo STF brasileiro e pela jurisprudência constitucional italiana, que se destaca por distinguir entre “sentenças aditivas de garantia ou de prestação” – também apelidadas de decisões de “rimas forçadas” – e “sentenças aditivas de princípio ou declarativas” – onde se sente a falta de uma norma mas em que há uma “pluralidade de soluções normativas diferentes, que devem ser confiadas à discricionariedade do legislador”¹⁵⁰.

¹⁴⁸ Assim em CORREIA, *ob. cit.*, p. 303, onde sublinha: «a proximidade das duas técnicas decisórias e as dificuldades em diferenciá-las levam a que, muitas vezes, a opção por uma ou por outra por parte do Tribunal Constitucional seja motivada (...) mais em “razões de ordem pragmática” do que em “razões de ordem técnica ou jurídica”, uma vez que, no nosso sistema de justiça constitucional, só as declarações de inconstitucionalidade dispõem de força obrigatória geral».

¹⁴⁹ CORREIA, *ob. cit.*, pp. 303/304.

¹⁵⁰ *Cfr.* CORREIA, *ob. cit.*, p. 305.

- d) *de mera declaração de inconstitucionalidade*: são também chamadas de “decisões de reconhecimento de inconstitucionalidade sem pronúncia de inconstitucionalidade”, de “decisões de declaração de incompatibilidade sem nulidade”, ou “decisões de simples verificação da inconstitucionalidade”.

Nestes casos, estamos perante uma situação em que existe uma “declaração de desconformidade” mas que não tem por consequência a nulidade da norma. Ou seja, existe uma situação de inconstitucionalidade, reconhecida pelo Tribunal, mas este não liga qualquer consequência a esse reconhecimento, pois a situação que daí resultaria seria ainda mais gravosa do que a manutenção em vigor da lei. O mesmo acontece se o legislador tem várias oportunidades ou formas de eliminar a inconstitucionalidade, pois os tribunais constitucionais não se devem imiscuir em questões de oportunidade legislativa.¹⁵¹

Este tipo de sentença, muito usual no direito constitucional alemão, parece ter uma difícil aceitação entre nós¹⁵². A doutrina italiana, por seu turno, trata estes acórdãos como “decisões manipulativas no tempo”.

No mais, o Professor considera que esta solução está também próxima da pensada pelo ordenamento austríaco, onde se admite que o julgador constitucional defira os efeitos da declaração de inconstitucionalidade.

Ora, tendo em conta o direito comparado, o comportamento da nossa doutrina e jurisprudência e, acima de tudo, o previsto pelo nosso ordenamento jurídico-constitucional, conclui Alves Correia: “a letra e o espírito das normas conjugadas dos n.ºs 1 e 4 do artigo 282.º da Constituição não autorizam o Tribunal Constitucional a fazer uma limitação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade para além da data da publicação do acórdão no Diário da República”.

Em suma, o Mestre interpreta o artigo da CRP no sentido de este admitir (apenas) uma limitação de efeitos *pro praeterito* e não para o futuro¹⁵³.

¹⁵¹ CORREIA, *ob. cit.*, pp. 308/309.

¹⁵² O Autor sublinha que no nosso ordenamento a doutrina divide-se quanto à aceitação destas decisões, ainda que o TC já tenha declarado “a inconstitucionalidade com força obrigatória geral de normas jurídicas, consentindo que elas continuassem provisoriamente em vigor, através da delimitação de efeitos *in futuro*”, dando “oportunidade e tempo ao legislador para corrigir a inconstitucionalidade”. *Vide* CORREIA, *ob. cit.*, pp. 310/311. De referir que o Professor considera o Acórdão n.º 353/2012 uma sentença deste tipo.

¹⁵³ Veremos que essa opinião é, cada vez mais, afastada pela doutrina. *Cfr.* CORREIA, *ob. cit.*, p. 313.

- e) *Apelativas*: nestas sentenças, os magistrados constitucionais defendem «que uma lei ou uma situação jurídica “ainda” não é inconstitucional, sendo, portanto, ainda aceitável, mas liga a essa declaração um “apelo” ao legislador para modificar essa situação, fixando-lhe, por vezes, um prazo para o efeito»¹⁵⁴. São, por isso, também conhecidas como “inconstitucionalidades deslizantes”.

Criação do TCF, o que se passa neste tipo de decisão é que o Tribunal vem afirmar “ou que a norma apreciada ainda é constitucional ou que ainda não é a altura certa para declarar a sua inconstitucionalidade”, ainda que reconheça que “o desenvolvimento da norma levará à sua inconstitucionalidade e, por isso, apela ao legislador para que tome as medidas legislativas” necessárias; no fundo, a norma segue na carruagem da inconstitucionalidade e cabe ao legislador salvá-la.¹⁵⁵

Esta última explanação justifica bem o nome que foi atribuído a estas decisões – apelativas, porque se apela ao legislador que “faça alguma coisa”¹⁵⁶. No entanto, como sublinha o Professor, este ponto também pode causar certa confusão, uma vez que aproxima bastante estas deliberações às decisões de mera declaração de inconstitucionalidade.

A doutrina italiana entende que se podem decantar deste tipo duas subespécies, que nomeia “*sentenze auspicio*”¹⁵⁷ e “*sentenze-monito*”, sendo que nas primeiras a “inadequação da norma impugnada em relação aos preceitos inconstitucionais, limita-se a manifestar o desejo de uma revisão legislativa”, o que significa que a inconstitucionalidade ainda “não dá sinal”; no segundo tipo, o Tribunal “procura exercer uma influência sobre a atividade parlamentar, definindo princípios e dando indicações”.¹⁵⁸

Conclui Alves Correia que também este tipo de decisão não é admissível no nosso ordenamento jurídico-constitucional, pois tal instrumento implica uma violação do

¹⁵⁴ *Cit.* CORREIA, *ob. cit.*, p. 313.

¹⁵⁵ Nesse sentido, CORREIA, *ob. cit.*, p. 314.

¹⁵⁶ Esta ideia deve ser conjugada com a questão da eficácia da decisão, para que se compreenda corretamente o seu alcance, no sentido de que este reconhecimento não tem efeitos jurídicos imediatos e não obriga o legislador; há sim um “*obter dictum*” que o legislador pode ou não observar – com a ressalva de que ele pode ter a certeza que, caso nada faça e a norma seja novamente questionada perante o Tribunal Constitucional, esta não passará impune.

¹⁵⁷ Também referidas como “*sentenze indirizzo*”, “*monitore di riggeto*”, decisões de mero “*auspicio di rivisione legislativa*” ou ainda pronúncias de “constitucionalidade provisória”.

¹⁵⁸ CORREIA, *ob. cit.*, p. 316.

princípio basilar da separação de poderes, já que a intromissão do julgador no espaço legislativo é bastante acentuada.¹⁵⁹

- f) *Construtivas e substitutivas*: ainda que sejam figuras próximas, estes dois tipos de decisão não devem ser confundidos.

Ora, as sentenças construtivas são definidas pelo Mestre como “aquelas em que o Tribunal, sob a forma de uma decisão de inconstitucionalidade, enuncia também uma série de princípios que uma nova lei com o mesmo objeto deve contar para se conformar com a Constituição”¹⁶⁰; já as decisões substitutivas “implicam a substituição do regime contido no preceito declarado ou julgado inconstitucional, em consequência da inconstitucionalização de [parte] de um preceito”¹⁶¹.

No mais, o Professor reconhece a existência de três tipos de sentenças substitutivas: as decisões substitutivas de regras, as decisões substitutivas de princípios e as decisões substitutivas de procedimentos. Posto isto, está à vista a complexidade deste novo instrumento. Alves Correia defende que se deve reconhecer às sentenças substitutivas uma componente ablatória – a lei é inconstitucional naquilo que diz – e uma componente aditiva – naquilo que a mesma “não diz”.

Assim, ainda que partilhem pontos em comum com as sentenças aditivas, estas e essas não se confundem, pois aqui há modificação do pensamento do legislador, enquanto nas decisões aditivas se observa a inserção de um elemento extensor do preceito original.

Finalmente, segundo o Autor, as sentenças substitutivas também não parecem ter lugar no ordenamento constitucional português, uma vez que implicam alterações profundas e a criação de uma nova norma, inovadora, o que pode “ferir de morte” os princípios democrático e da separação de poderes.

- g) *manipulativas*: quanto a este tipo de decisão, Alves Correia principia o seu estudo a indiciar que as mesmas merecem uma crítica, o que é bastante elucidativo da sua opinião sobre o tema.

¹⁵⁹ Vide CORREIA, *ob. cit.*, p. 317, onde utiliza a interessante e representativa expressão “constitucionalismo cooperativo” para reconhecer a importância do princípio da separação – mas com interligações – dos poderes.

¹⁶⁰ CORREIA, *ob. cit.*, p. 318.

¹⁶¹ CORREIA, *ob. cit.*, p. 319.

Como tal, não é de estranhar a sua afirmação: “é sobretudo com referência às decisões aditivas e substitutivas [manipulativas] (...) que se coloca a candente questão da legitimidade das decisões do Tribunal Constitucional que não se limitam à eliminação ou à conservação das normas jurídicas, antes as transformam, adequam, modificam e integram”¹⁶².

Alves Correia lança mão das palavras de R. Dworkin para sublinhar que, em tais sentenças os tribunais constitucionais estão a “descobrir” e a “inventar” o direito que aplicam, sendo questionável se estamos perante “uma habilidade ou uma tirania”¹⁶³. Assim, sem se pronunciar muito sobre o tema, o Autor opta por sintetizar as diferentes críticas, apontadas pela doutrina, a este instrumento decisório e agrupa-as em dois: de um lado, temos as duas críticas genéricas – essencialmente, a violação do princípio da separação de poderes e ausência de legitimidade popular; do outro, as diversas críticas específicas – como a insegurança quanto aos efeitos jurídicos destas decisões, as consequências destes arestos para as finanças públicas, que podem implicar beliscões ao princípio da igualdade, a subversão do princípio da preferência pelo legislador na concretização e atualização da Constituição, a perda de sentido dos processos de fiscalização da inconstitucionalidade por omissão, o favorecimento da desresponsabilização do legislador, o surgimento de direito legislativo não controlável, o perigo da “politização da justiça” ou, ainda, a potenciação de sentenças de petrificação de normas constitucionais, retirando “capacidade interpretativa” ao texto constitucional.

Todavia, o Autor também reconhece virtualidades às sentenças aditivas e substitutivas, defendendo que as mesmas permitem concretizar a Constituição, integrando lacunas e omissões, o que aumenta a garantia de efetividade dos direitos fundamentais. Isto significa que, nestes casos, os tribunais constitucionais dispõem de uma “competência de auto-integração do ordenamento jurídico”.¹⁶⁴

Finalmente, o Professor conclui que as chamadas decisões intermédias são “uma realidade inegável no âmbito do Estado Social, do pós-positivismo e da nova hermenêutica, com a

¹⁶² *Cit.* CORREIA, *ob. cit.*, p. 320.

¹⁶³ Ainda CORREIA, *ob. cit.*, p. 320, em que relembra alguns dos principais críticos do “criacionismo judicial”, a saber: Llorente, Accidiacono e, sobretudo, Zagrebelsky, que anuncia angustiosos problemas, judiciários e legislativos, subjacentes a estes pontos – para além de questionar a eficácia e a admissibilidade do caráter inovatório destas decisões.

¹⁶⁴ *Vide* CORREIA, *ob. cit.*, p. 322.

redefinição do sentido dos valores, regras e princípios constitucionais e a insuficiência da doutrina tradicional (...) Devemos preocuparmo-nos, por isso, mais do que discutir a admissibilidade das mesmas, em refletir sobre os seus limites ou fronteiras”.¹⁶⁵

- Rui Medeiros

Este Mestre tem-se pronunciado sobre as dificuldades que enfrentam os tribunais constitucionais dos nossos tempos, e do Direito Constitucional em geral, ocupando-se várias vezes do tema das sentenças intermédias.

Reconhecendo a “necessidade de uma leitura renovada do constitucionalismo português”¹⁶⁶, o Professor admite a existência de diferentes categorias de decisões de tipo intermédio (decisões interpretativas, decisões redutivas e decisões modificativas, com barreiras de desenho complexo), bem como de diferentes modos ou meios para alterar ou afastar os efeitos típicos das decisões de inconstitucionalidade, como veremos de seguida.

Medeiros confere grande importância à interpretação constitucional, em especial face às dificuldades apresentadas pelas vivências atuais¹⁶⁷, o que se reflete nas decisões intermédias. Neste sentido, destaca a importância da figura da interpretação conforme à Constituição entendida, em sentido amplo, como um princípio da “interpretação orientada para a Constituição”¹⁶⁸, conforme ao art. 80.º, n.º 3 da LTC¹⁶⁹.

¹⁶⁵ Para terminar, CORREIA, Fernando Alves, *ob. cit.*, pp. 322/323.

¹⁶⁶ MEDEIROS, Rui, *A Constituição Portuguesa num Contexto Global*, Universidade Católica Editora, Lisboa, Março de 2015, páginas 62 e seguintes. Ainda que este não seja o tema central do nosso trabalho, parece-nos relevante avançar algumas das considerações tecidas por este Autor acerca dos novos desafios do constitucionalismo: “se as funções normativa e constitutiva da Constituição resistem sem dificuldade aos *sinais dos tempos*, a mesma conclusão não se pode manter quando se pensa noutras dimensões fundamentais da Constituição: (i) (...) *função ordenadora compreensiva*; (ii) na *dupla função legitimadora* (...) e, por fim, (iii) na Constituição como *limite ao poder e lex superior*”.

¹⁶⁷ MEDEIROS, *ob. cit.*, p. 237: “a injustiça de uma decisão de jurisdição constitucional abriria caminho para uma alteração implícita da Lei Fundamental, convertendo o Tribunal num quase-legislador constitucional ou numa espécie de intérprete autêntico da Constituição. A rejeição de existência de *numerus clausus* em matéria de interpretação da Constituição, aliada ao (...) amplo espaço para ponderações (...) justifica (...) a recusa de uma *justiça constitucional asfíxica* da liberdade de conformação que (...) deve caber ao legislador”; mas “a crise da democracia em que vivemos não [justifica] (...) a adoção de uma *compreensão paternalista* da jurisdição constitucional, alimentada por uma desconfiança sistemática num legislador dependente de lutas pelo poder e das opiniões emocionais da maioria”. Isto implica que, por vezes “o Tribunal Constitucional acaba por ser chamado a controlar, não apenas uma parte correspondente a uma das disposições do preceito, ou mesmo só um período ou frase do respetivo texto – como sucede no âmbito da chamada *inconstitucionalidade parcial horizontal ou quantitativa* –, mas também e tão-somente uma certa dimensão do seu conteúdo dispositivo (uma norma que dele se extrai) – no domínio, portanto, das chamadas *inconstitucionalidades parciais qualitativas, ideias ou verticais* - ou até simples *normas jurídicas virtuais*”.

¹⁶⁸ MEDEIROS, *ob. cit.*, p. 290.

¹⁶⁹ O Autor entende que o citado artigo não é compatível com a CRP. *Cfr.* MEDEIROS, *ob. cit.*, p. 387.

Ainda para fundamentar o apelo à Constituição na interpretação, alvora-se nos princípios da conservação dos atos e da presunção da constitucionalidade das leis. Esta conjugação de valores transforma o princípio da interpretação conforme numa “forma *praeter Constitutionem* de controlo normativo”¹⁷⁰.

O princípio acabado de enunciar levanta maiores controvérsias em sede de fiscalização abstrata da constitucionalidade, uma vez que, nesse caso, não se está a comparar um concreto sentido da norma. Porém, Rui Medeiros é favorável à observância deste valor naqueles processos, pois o seu fundamento continua a ser válido neste tipo de fiscalização.¹⁷¹

Por outra parte, o Professor defende que o princípio da interpretação conforme à Constituição conhece limites. São eles: a legitimidade para atribuir uma função corretiva da lei à interpretação, sendo o Autor da opinião de que nada impede um desenvolvimento do direito através da correção da lei, ainda que admita a difícil compatibilização da sua visão com o desenho atual do ordenamento jurídico português; e a sua compatibilização com os demais elementos tradicionais da interpretação, que impõem a impossibilidade de este ser o único elemento a considerar.¹⁷²

Em suma, Rui Medeiros admite a existência de decisões interpretativas de rejeição e de acolhimento da inconstitucionalidade, como um dos tipos (com dois subtipos) de decisão intermédia. Ainda que com dúvidas e várias ressalvas, aceita que ambas possam ser produzidas pelo TC português, aceitando o princípio da interpretação conforme à Constituição enquanto seu principal fundamento – mas recusando a teoria do “direito vivente”, muito difundida em Itália.¹⁷³

¹⁷⁰ MEDEIROS, *ob. cit.*, p. 295. Mais adiante no seu raciocínio, o Autor acrescenta que este princípio será uma simples concretização da interpretação sistemático-lógica, segundo o qual “todo o Direito é chamado a depor” quando se faz interpretação normativo-constitucional. Aborda também a questão das relações entre TC e tribunais ordinários, mas não nos podemos ocupar desse estudo. Veja-se, para aprofundamento dessa questão, pp. 299 ss, 324 e 359 ss da obra citada.

¹⁷¹ MEDEIROS, *ob. cit.*, p. 396. No entanto, sublinha as suas dúvidas acerca da compatibilização desse princípio com o princípio da constitucionalidade, em sede de fiscalização abstrata sucessiva.

¹⁷² MEDEIROS, *ob. cit.*, pp. 302 ss. O segundo limite apresenta mais desafios do que o primeiro, uma vez que lhe está correlacionada a questão da possibilidade de correção da lei pelo julgador. Esse é, aliás, um dos pontos de distinção entre decisões interpretativas e redutivas. Sobre essa problemática, vejam-se pp. 316 ss.

¹⁷³ Para uma opinião sobre essa teoria MEDEIROS, *ob. cit.*, pp. 406 ss.

Quanto às chamadas decisões redutivas¹⁷⁴, que permitem a redução da norma inconstitucional, o Autor associa-as ao conceito de inconstitucionalidade parcial da lei. Ora, segundo Medeiros, para que ocorra essa redução, devemos ter em conta duas questões fundamentais: por um lado, a vontade hipotética do legislador, ainda que esta não deva ser considerada como um critério autónomo; por outro, a dependência ou interdependência das normas do diploma em causa, pois não se pode admitir uma “expurgação” ou redução que implique a sua perda de sentido.

Portanto, a redução do texto normativo pode ser admitida, mas também este tipo de decisão está sujeito a apertados limites. Em abstrato, são admissíveis decisões redutivas quantitativas ou inconstitucionalidades parciais horizontais (quando a inconstitucionalidade atinge uma parte, um período ou uma frase do preceito) e decisões redutivas qualitativas, ideais, verticais ou inconstitucionalidades parciais verticais (em que a inconstitucionalidade afeta o conteúdo dispositivo, uma das normas que se extrai daquele texto). Estas últimas são particularmente polémicas, na medida em que implicam maior insegurança jurídica, pois a determinação daquele sentido pode envolver um largo exercício de discricionariedade.

Assim, o Autor conclui pela existência de uma preferência constitucional pela decisão redutiva face à alternativa da inconstitucionalidade *in totum* do diploma, conforme ao princípio da conservação dos atos¹⁷⁵.

No que respeita às decisões modificativas (ou manipulativas), Rui Medeiros admite, em termos abstratos, a existência de diferentes subtipos, sendo que estas decisões têm por base o respeito pelo princípio da igualdade. Todavia, o Professor é crítico destas pronúncias, na medida em que as mesmas esbatem, até fazer desaparecer, as fronteiras entre a atividade jurisdicional e política implicando, as mais das vezes, o desrespeito pelo espaço discricionário do legislador.¹⁷⁶

Critica, assim, o facto de estarmos perante um juízo (sobretudo) de oportunidade política, que apresenta dois problemas graves: o possível desrespeito pelos tribunais ordinários – daí

¹⁷⁴ MEDEIROS, *ob. cit.*, pp. 413 ss.

¹⁷⁵ MEDEIROS, *ob. cit.*, p. 439 ss. O Autor aborda também a questão da compatibilização destes valores com o princípio processual do pedido, que pode suscitar maior controvérsia. O Professor acaba por se pronunciar no sentido mais restrito, como a maioria da doutrina.

¹⁷⁶ MEDEIROS, *ob. cit.*, p. 460.

considerar que estas decisões não devem vincular aqueles órgãos nem ter eficácia *erga omnes* e chega a defender que deve ser o juiz *a quo* a indicar a decisão modificativa que defende – e o desrespeito ao legislador, bem como ao princípio democrático e da separação dos poderes.¹⁷⁷

No que respeita à possibilidade de a norma inconstitucional produzir efeitos para o futuro, o Professor revela-se favorável, desde que essa seja uma solução excecional e tomada à luz do princípio da proporcionalidade. Numa última nota, o Autor considera que estas decisões são preferíveis ao adiamento da publicação do acórdão, que vai gerar mais insegurança jurídica.¹⁷⁸

Concluindo, este Autor parece ser crítico de vários tipos de sentenças intermédias, defendendo que, por exemplo, as chamadas decisões modificativas não vinculam os tribunais da causa, nem gozam de força obrigatória geral, não se verificando entre nós as razões que levaram o sistema italiano a prever este tipo de decisão (evitar vazios legislativos e a inércia do poder legislativo). Assim sendo o Autor só as aceita a título excecional, admitindo que elas possam surgir sobre forte limitação, respeitando a vontade hipotética do legislador, as imposições constitucionais e os princípios da proibição do retrocesso e da protecção da confiança.¹⁷⁹

Também as decisões interpretativas corretivas, em que os tribunais constitucionais afastam a interpretação do tribunal *a quo*, são de recusar no nosso país.¹⁸⁰

Finalmente, na opinião de Rui Medeiros, também não tem sentido, no ordenamento português, a importação da figura alemã da mera decisão de incompatibilidade, pois esta não acarreta nenhuma inovação ou vantagem.¹⁸¹

¹⁷⁷ MEDEIROS, *ob. cit.*, pp. 477 ss.

¹⁷⁸ MEDEIROS, *ob. cit.*, pp. 724 ss. Esta problemática não se confunde com as decisões de provimento fictício de Vitalino Canas, em que se reconhece a inconstitucionalidade sem consequências.

¹⁷⁹ MEDEIROS, *ob. cit.*, pp. 500 ss. Desta feita, o Autor conclui: “As decisões modificativas, pelo simples facto de permitirem através de diversos artifícios substituir a vontade do legislador por uma outra vontade, são suspeitas e perigosas e, embora não sejam sempre inconstitucionais, devem pelo menos ser limitadas na medida do possível (...) num sistema como o português que consagra uma ampla fiscalização difusa da constitucionalidade das leis, idêntica competência há-de caber aos demais órgãos de fiscalização da constitucionalidade” (p. 511).

¹⁸⁰ MEDEIROS, *ob. cit.*, p. 368. Parece afastar-se da opinião de Jorge Miranda, favorável a alguns tipos de sentenças modificativas, e de Vitalino Canas, que aceita estas decisões como último recurso, mas concorda com Gomes Canotilho, que inverteu a sua posição e revela-se agora contrário a estas decisões (pp. 469 ss).

¹⁸¹ MEDEIROS, *ob. cit.*, pp. 521 ss.

- Blanco de Moraes

Logo à partida, cumpre destacar a mudança no pensamento deste Professor acerca das sentenças de tipo intermédio. Por questões de facilidade de sistematização, iremos expor as suas opiniões, dando nota dos pontos em que houve essa inversão apenas no final.

Ora, segundo este Autor, podemos definir sentenças intermédias como aquelas “decisões jurisdicionais que determinam a modelação do sentido ou dos efeitos da norma submetida a julgamento”¹⁸².

Preocupando-se com este tema e com a segurança jurídica na Justiça Constitucional¹⁸³, entende Blanco de Moraes que existem vários tipos de sentenças intermédias, que distingue das sentenças manipulativas. Iremos expor as suas considerações sobre umas e outras de seguida mas, antes disso, importa conhecer algumas das suas posições acerca do comportamento dos magistrados do *Palácio Ratton* e outras questões conexas.

Crítico da jurisprudência mais inovadora do TC, Blanco de Moraes exclama que esse é um “fator de transformação constitucional” informal. O Mestre desenvolve bastante a questão das mutações constitucionais, criticando certas posições do nosso órgão máximo da Justiça Constitucional¹⁸⁴, e alertando para a existência de “domínios de fronteira onde será possível ponderar a eventual ocorrência de transformações constitucionais de fonte jurisprudencial”, ainda que anteriormente tivesse admitido que «a atividade criadora dessa jurisprudência não tenha ultrapassado, em regra, os limites metódicos da interpretação e da

¹⁸² Vide MORAIS, Blanco de, *Justiça Constitucional, Tomo II*, 2011, p. 261.

¹⁸³ Veja-se, a este propósito: MORAIS, Carlos Blanco de, “Segurança Jurídica e Justiça Constitucional”, in *Revista da FDUL*, vol. 41, n.º 2, Ano: 2000, pp. 619 a 630, onde o Professor critica a crescente “atração da Justiça Constitucional pela experiência norte-americana”, que põe em causa o tradicional conceito de segurança jurídica da nossa experiência, que o mesmo define como “valor-suposto e imanente do conceito de Direito, que *tem por escopo garantir a durabilidade, certeza e coerência da ordem jurídica, permitindo aos membros da colectividade organizarem a sua vida individual, relacional e colectiva, mediante o imperativo da previsibilidade ou calculabilidade normativa de expectativas de comportamento e consequencialidade nas respectivas acções*”.

¹⁸⁴ Mas não era essa a sua posição num passado relativamente próximo – veja-se MORAIS, Carlos Blanco de, “Segurança Jurídica e Justiça Constitucional”, p. 630: “Somos dos que crêem que em Portugal e no Brasil a Justiça Constitucional soube, com mais ou menos vacilações, auto-conter-se e constituir um importante factor de segurança jurídica, pese os defeitos de origem constitucional. E cremos também, que, entre *juiz-robô*, escravizado a um originalismo e a um textualismo redutor, e o *juiz-herculano* de Dworkin ou o *juiz-tamargo* da nova hermenêutica que sonham, respectivamente, em transformar ou revolucionar a ordem constitucional através da jurisprudência, existe um *juiz* – guardião ou curador, que tempera a sua fidelidade à norma, com uma autonomia criativa que deve, num momento e de forte procura de Direito, indispensável garante da certeza, previsibilidade e coerência das normas que nos regem.”

concretização de normas e princípios constitucionais abertos, no plano do chamado “desenvolvimento constitucional”»¹⁸⁵.

Blanco de Moraes parece trazer – e afirmar a existência – da noção de “inconstitucionalidade deslizante” ao inferir que certas decisões constitucionais, “inovadoras e flamejantes”, implicam “uma alteração constitucional que se vai realizando silenciosa e deslizantemente, de uma forma lenta e nem sempre perceptível, como é o caso dos costumes, de práticas constitucionais, de atuações legislativas ou normativas derogatórias e de uma interpretação constitucional permanente e consistente em torno da construção de novos critérios, feita a partir de fórmulas antigas. A inércia, a aquiescência e a legitimação interpretativa dos tribunais cria uma mutação por sedimentação que vai fazendo o seu caminho e se acaba por impor.”¹⁸⁶.

No mais, o Autor refere-se aos Acórdãos n.ºs 351/91 e 695/95 (questão de direito processual penal) como exemplos de situações em que o TC optou por tomar “uma solução criativa de índole garantística e operada em favor do arguido, na fronteira entre a interpretação extensiva e a mutação deslizante (que alarga uma solução interpretativa de índole criativa dada a uma norma explícita, a institutos próximos ou conexos com o anterior não previsto no texto, mediante uma técnica que relembra a “*slippery role*” da Justiça Constitucional)”¹⁸⁷.

Para Moraes, a primeira sentença manipulativa do TC português corresponde ao Acórdão n.º 353/2012, uma vez que nessa decisão “pela primeira vez na sua história de três décadas, ignorando a letra da Constituição, [o TC] proferiu uma sentença manipulativa que fez publicar no mês de Julho e que permite a uma norma declarada inconstitucional com eficácia “*erga omnes*” vir a produzir efeitos futuros até ao final de 2012.”¹⁸⁸.

No comentário que faz ao mesmo, o Autor demonstra claramente ser contrário à admissibilidade de sentenças manipulativas na ordem constitucional portuguesa e aponta alguns motivos para tal: a) entende que o artigo 282.º, n.º 4 CRP “delimita à partida o espectro temporal do alcance da eficácia jurídica da decisão de inconstitucionalidade”¹⁸⁹, o

¹⁸⁵ MORAIS, Carlos Blanco de, “As mutações constitucionais ...”, p. 73.

¹⁸⁶ MORAIS, *ob. cit.*, pp. 64 ss.

¹⁸⁷ MORAIS, *ob. cit.*, p. 74.

¹⁸⁸ MORAIS, *ob. cit.*, p. 58. O acórdão será analisado com mais acuidade no capítulo seguinte.

¹⁸⁹ MORAIS, *ob. cit.*, p. 59.

que significa que, declarando-se uma inconstitucionalidade originária, o aresto deve produzir efeitos desde a data da sua publicação, logo “produz efeitos retroativos de caráter repressivo (que envolvem a eliminação de consequências jurídicas póstumas produzidas pela norma inválida até à entrada em vigor desta última, eliminando os seus atos de aplicação, salvo os casos transitados em julgado e, segundo alguns, os atos administrativos inimpugnáveis)”¹⁹⁰; b) considerando que o efeito típico de uma decisão de inconstitucionalidade é a nulidade da norma, esta sê-la-á com eficácia “*erga omnes*”, o que significa que “uma norma nula, depois de publicada a declaração de nulidade, é expulsa do ordenamento jurídico e não pode produzir qualquer efeito”; c) o Tribunal tem que fundamentar (ainda melhor) este tipo de decisão, o que não aconteceu nesta decisão.¹⁹¹

Outros dos pontos criticados por este Professor, no que diz respeito ao (suposto) criativismo do *Palácio Ratton*, traduz-se no sucedido com a revisão constitucional de 2004¹⁹². Segundo Blanco de Moraes, estivemos perante uma caso de “contra-mutação”, pois essa revisão “gerou uma interpretação jurisprudencial conservadora da Constituição que bloqueou a vontade superveniente do legislador (...) e conservou em boa parte a própria interpretação do Tribunal” isto porque, segundo ele “o legislador pretendeu, através de uma emenda constitucional, alterar o sentido centralista dado pelo Tribunal Constitucional a um conceito indeterminado ancorado numa norma pré-existente, mas o mesmo Tribunal Constitucional reagiu, por via interpretativa, moldando o conteúdo do conceito indeterminado resultante da emenda, de forma a conservar o sentido originário (...) ignorando a vontade superveniente do legislador”¹⁹³.

No que se refere à “interpretação criativa dos tribunais constitucionais”, estreitamente conexas com o problema das mutações constitucionais, entende que se podem distinguir diferentes situações, baseando-se no trabalho de Böckenforde¹⁹⁴. Para nós, a

¹⁹⁰ MORAIS, *ob. cit.*, página 59.

¹⁹¹ Sobre o Ac. n.º 353/2012, Moraes refere que “o Tribunal não fundamentou a sua decisão no sentido da manutenção dos efeitos da norma inválida para o futuro nem invocou um dos poucos autores (Rui Medeiros) que sustenta este entendimento (...) demonstrou ter escassa memória da sua própria jurisprudência” – isto porque, em momento anterior (Ac. n.º 866/96 – sobre a Lei da Caça) havia tomado uma posição semelhante àquela que é comum na jurisprudência italiana, retendo a publicação da decisão até que o legislador tomasse providências no sentido do retorno à legalidade da situação. *Vide* MORAIS, *ob. cit.*, p. 60.

¹⁹² Refere-se, especificamente, às alterações em relação à noção então introduzida de “âmbito regional”, mas consideramos que as suas observações podem ser extrapoladas e lidas num sentido mais geral sobre mutações constitucionais.

¹⁹³ *Vide* MORAIS, *ob. cit.*, p. 74.

¹⁹⁴ MORAIS, *ob. cit.*, pp. 78 ss.

mais interessante situação prende-se com as “variantes da construção interpretativa jurisprudencial incidente sobre normas abertas que declaram e configuram direitos fundamentais, sendo este o domínio mais poroso entre mutações informais e desenvolvimento hermenêutico da Lei Fundamental sobre o qual é difícil, *a priori*, traçar critérios especialmente definidos”¹⁹⁵, uma vez que os efeitos vinculativos das normas que consagram direitos podem conduzir a verdadeiras modificações.

Neste campo de (possíveis) inovações da Justiça Constitucional, o Autor destaca três possibilidades: a) quando a decisão revela a existência de norma anterior; b) quando se dá a aplicação de normas constitucionais a novas realidades, que não haviam sido pensadas pelo legislador quando criou o texto da norma; c) quando “*é a própria Justiça Constitucional a introduzir uma norma inovadora a partir de uma releitura do espírito ou da prática constitucional, mas sem sustentação no texto, na finalidade da norma ou na vontade do legislador*. Cenário em que o Tribunal, ao cabo e ao resto, “*inventa uma disciplina constitucional que não existe*”^{196,197}. Por fim, o Autor afirma que estas formas de interpretação ativista dos tribunais constitucionais são potenciadas pelas “normas excessivamente abertas”, pelas delegações tácitas do legislador constitucional e, ainda, pelas “deficiências técnico-jurídicas na conceção de normas constitucionais”¹⁹⁸.

Após o seu incurso pelas mutações constitucionais, Blanco de Moraes afirma que a “abordagem de inspiração neoconstitucionalista em sede de controlo da constitucionalidade” conduziu a uma “rotura de paradigma” que deixa em causa “o papel da segurança jurídica na garantia da Constituição”¹⁹⁹. No mais, reconhece a existência de mutações puras e impuras – que implicam uma maior cautela –, incluindo nesta última categoria: a) operações de integração de “lacunas fictícias da Constituição”; b) a “criação normativa jurisprudencial que contrarie o “*aquis* constitucional” sobre uma dada matéria e substitua o programa normativo da norma interpretada, modificando a esfera das competências explícitas”; c) “a substituição jurisprudencial do pensamento dogmático por

¹⁹⁵ MORAIS, “As mutações constitucionais...”, *ob. cit.*, p. 79.

¹⁹⁶ Cita MAZZAROLLI, Ludovico, “Il Giudice delle Leggi tra Predeterminazione Costituzionale e Creatività”, Pádova, 2000, p. 76, sobre sentenças aditivas discricionárias.

¹⁹⁷ MORAIS, *ob. cit.*, p. 80.

¹⁹⁸ *Vide* MORAIS, *ob. cit.*, p. 81.

¹⁹⁹ *Cfr.* MORAIS, *ob. cit.*, p. 84.

soluções típicas carentes de fundamentação ou de consenso da comunidade jurídica”, apontando o exemplo do Acórdão do TC n.º 343/2012.²⁰⁰

Por último, é interessante destacar uma expressão usada pelo Autor para concluir o seu raciocínio: “o que está verdadeiramente em causa é o próprio início do processo de sedimentação deslizante e o cada vez menos envergonhado [uso] deste tipo de decisões”²⁰¹.

Entremos, finalmente, no pensamento deste Autor acerca das decisões de tipo intermédio. Cumpre destacar, desde já, que, ao contrário da maioria da doutrina nacional, este considera as expressões “sentenças intermédias” e “sentenças manipulativas” sinónimos.

Ora, uma das primeiras considerações feitas por Blanco de Moraes vai no sentido de que as sentenças manipulativas são “aquelas que, para além do juízo de não inconstitucionalidade ou de inconstitucionalidade que formulam, comportam efeitos transformadores sobre a relação de significado ou sobre as consequências jurídicas produzidas pelo preceito normativo que é objeto da decisão”²⁰² e descarta, desde logo, a admissibilidade de sentenças deste tipo em sede de fiscalização preventiva.²⁰³

Assim, em sede de fiscalização abstrata sucessiva, além das duas decisões típicas (de rejeição e acolhimento da inconstitucionalidade), Blanco de Moraes admite a existência de decisões intermédias, nomeadamente ao abrigo do artigo 282.º, n.º 4 CRP, “o qual preserva de uma potencial eliminação, uma pluralidade de actos e contratos fundados na norma declarada inconstitucional, contanto que os mesmos sejam considerados merecedores de consolidação”²⁰⁴.

²⁰⁰ MORAIS, “As mutações constitucionais ...”, *ob. cit.*, p. 85. Para concluir, interessa atender a um dos últimos apontamentos avançados por este Professor: “Como as Constituições não anteviram meios de custodiar o custódio, as mutações “impuras” envolvem um problema crítico de alta política constitucional para o qual existem escassos remédios, todos eles implicando dilemas complexos na interdependência de poderes e um elevado grau de tensão política e institucional” (p. 87).

²⁰¹ *Cfr.* MORAIS, *ob. cit.*, p. 89. E acrescenta: “a legitimidade dessas mutações impuras, operadas por via jurisprudencial permanece uma questão em aberto que importa discutir num constitucionalismo democrático adulto que reclama que todos os atos do poder, de qualquer um dos poderes, sejam conformes à Constituição e ao princípio democrático, sujeitando-se ao debate da comunidade jurídica e dos seus intérpretes”.

²⁰² MORAIS, *Justiça Constitucional, ob. cit.*, p. 98.

²⁰³ O Autor adverte para o facto de esse ser o tipo de fiscalização da constitucionalidade mais político e que maior divisão gera entre os magistrados dos tribunais constitucionais, dando exemplos de acórdãos que demonstraram essa controvérsia. *Vide* MORAIS, *Justiça Constitucional, ob. cit.*, pp. 138 ss.

²⁰⁴ MORAIS, *Justiça Constitucional, ob. cit.*, p. 185.

No mais, o Professor contrapõe as sentenças simples e as sentenças manipulativas e considera que o ordenamento português foi pioneiro na positivação deste segundo regime, ao construir o já citado art. 282.º.²⁰⁵

Podemos considerar que Blanco de Moraes não é um adepto fervoroso das decisões de tipo intermédio, considerando, desde logo, que certas decisões de interpretação conforme à constituição, tomadas noutros ordenamentos jurídicos, são de constitucionalidade duvidosa face ao nosso ordenamento.²⁰⁶

Exige, assim, cautela na “transplantação” dos regimes, desde logo porque está em causa o princípio da segurança jurídica, inerente a todas estas decisões.

Neste sentido, Blanco de Moraes “reparte” as decisões interpretativas entre²⁰⁷:

a) Sentenças manipulativas, que compreendem²⁰⁸:

a) 1. As “decisões que restringem temporalmente os efeitos sancionatórios da declaração de inconstitucionalidade”, que obstam, no todo ou em parte, à eficácia retroativa de declaração de inconstitucionalidade, além de poderem afastar o efeito repristinatório. Estão, assim, consagradas pelo artigo 282.º, n.º 4 da CRP e justificam-se por razões de segurança jurídica, equidade e pelo interesse público de excecional relevo;

a) 2. As “decisões condicionais de conteúdo interpretativo”, que podem ser de rejeição (interpretação conforme à Constituição) ou de acolhimento (inconstitucionalidade parcial qualitativa ou inconstitucionalidade de norma ideal). Fundam-se nos princípios da unidade da ordem jurídica, na segurança jurídica, na prevenção de lacunas, conservação de atos normativos, presunção da constitucionalidade das leis e na proporcionalidade;

a) 3. As “decisões com efeitos aditivos”, que surgem para dar resposta às omissões legislativas, podendo servir para situações em que se eliminou certa norma e não há possibilidade de repristinação; para casos de omissões relativas; para situações em que o vazio justifica a aplicação de um regime diferente; e, ainda, para casos em que diplomas

²⁰⁵ Vide MORAIS, *ob. cit.*, pp. 259 ss. O Autor é daqueles que considera o n.º 4 do 282.º um caso de “sentença manipulativa constitucionalizada” (p. 261).

²⁰⁶ MORAIS, *ob. cit.*, p. 262. De salientar que, por não existirem especificidades no pensamento deste Autor sobre o princípio da interpretação conforme, não nos pronunciaremos sobre esse ponto, mas vejam-se, na mesma obra, pp. 913 ss.

²⁰⁷ Esta sistematização encontra-se desenvolvida no quadro síntese presente em MORAIS, *ob. cit.*, pp. 476 ss.

²⁰⁸ Sobre estas *vide* MORAIS, *ob. cit.*, pp. 271 ss.

distintos criam regimes diferentes sem razões para tal. Têm como fundamento a função reparadora da Justiça Constitucional.

Além daquelas, existem outros tipos, que não são admitidos pelo ordenamento português, segundo o Autor, a saber: decisões de componente apelativa (*Unvereinbarkeit*); decisões que postergam os efeitos da decisão de inconstitucionalidade para o futuro (ou sentenças de “constitucionalidade provisória”; e ainda “decisões de rejeição com reserva de acolhimento” e decisões de efeitos aditivos com conteúdo inovador.²⁰⁹

Em situação intermédia, encontram-se as chamadas sentenças manipulativas para o futuro.²¹⁰

b) Num segundo grupo encontramos as “Sentenças manipulativas com efeitos aditivos”, no sentido de serem “decisões positivas de inconstitucionalidade de cujo conteúdo resulte, tanto um juízo de invalidade, como a indicação de uma norma ou de um princípio normativo que assegurem a criação de condições para que o direito que conformou o objeto da mesma sentença se compatibilize futuramente com a Constituição”. Para o Autor, estas terão sempre uma componente ablativa e outra componente reconstrutiva, sendo que neste grupo se encontram²¹¹:

b) 1. As sentenças de “complementação constitucional”, também conhecidas como decisões aditivas de carácter impróprio ou aparente. Podem subdividir-se entre decisões concretizadoras de princípios e conceitos jurídicos indeterminados e as chamadas decisões de revisão constitucional ou de complementação constitucional, sendo que estas últimas não são admissíveis no ordenamento português. Em regras são sentenças interpretativas de acolhimento e têm por pressuposto a necessidade de diluir princípios, conceitos jurídicos indeterminados e normas abertas, dependendo de uma interpretação concretizadora;

b) 2. As sentenças “demolitórias”, que são sentenças redutivas com efeitos aditivos, em que se elimina um segmento normativo ideal da norma, que restringe indevidamente a titularidade ou o exercício de um direito. Estas decisões não são, necessariamente, de natureza interpretativa (já que a componente com maior força é a ablativa) e apresentam um grave e elevado risco de aumento da despesa pública, mas representam também o

²⁰⁹ MORAIS, *ob. cit.*, pp. 324 ss.

²¹⁰ MORAIS, *ob. cit.*, p. 329.

²¹¹ Para mais desenvolvimentos, MORAIS, *ob. cit.*, pp. 411 ss.

maior número de decisões de tipo aditivo proferidas entre nós (*vide*, por exemplo, Acs. n.ºs 962/96 e 143/85);

b) 3. Sentenças aditivas em sentido estrito, que se subdividem em sentenças aditivas de garantia e de prestação, aditivas com e sem redução do texto, aditivas de conteúdo corretivo e integrativo (sendo que estas últimas só se admitem em casos restritos).

Estas decisões de acolhimento são particularmente interessantes porque julgam a inconstitucionalidade da norma e, ao mesmo tempo, identificam a nova regra aplicável, reparando de imediato o silêncio ou a lacuna que se criavam.

Enquanto nas sentenças aditivas de garantia e prestação se julga e repara, com efeitos imediatos, a inconstitucionalidade violadora de DLG's, o que implica um benefício patrimonial por intervenção do Estado, nas sentenças aditivas com redução do texto suprime certo segmento normativo e nas redutivas dá-se a eliminação desse segmento.

Finalmente, nas aditivas corretivas transforma-se o sentido da norma, para o tornar conforme à Constituição, e nas integrativas identifica-se uma norma para colmatar a lacuna, não podendo haver espaço útil para outras decisões (caso contrário estes arestos não podem ser proferidos, pois isso significa que ainda há lugar à liberdade de conformação legislativa e que o julgador constitucional não estava a respeitar esse espaço);

b) 4. Sentenças aditivas de princípio, uma criação do Tribunal Constitucional italiano por influência das decisões de incompatibilidade sem nulidade da doutrina alemã. Para Blanco de Moraes, estas não são, na verdade, sentenças aditivas porque lhes falta a componente reconstrutiva, já que implicam uma abstenção, de integrar o vazio normativo. Assim, parecem ser legítimas, porque ainda pretendem respeitar a competência legislativa;

b) 5. Sentenças substitutivas, que são juridicamente inadmissíveis. Nestes casos, a norma é considerada inconstitucional tanto pelo que dispõe como pelo que não dispõe ou que passou a não dispor, por intervenção do Tribunal Constitucional.²¹²

Para concluir, Blanco de Moraes aponta argumentos a favor e contrários às decisões com efeitos aditivos²¹³. Entre os primeiros, destacam-se: a necessidade de concretizar a

²¹² Cumpre salientar que, pelo dever de síntese implícito a este trabalho, não pudemos escrutinar melhor todas as decisões, mas consideramos que se deu nota do mais importante.

Constituição; o dever de conservação dos atos; a obrigação constitucional de preencher vazios e lacunas; e a consolidação pela prática jurisprudencial. Pelos segundos, temos: a usurpação de poderes; a incompetência para integrar vazios normativos e lacunas com força obrigatória geral; a subversão do princípio de preferência pelo legislador; e os custos financeiros inerentes a muitas destas decisões, que podem implicar desequilíbrio orçamental. Os pratos da balança acabam por pender pelos argumentos a favor, admitindo-se limitadamente tais decisões.²¹⁴

Por fim, destacamos a consideração pré anunciada: a alteração na opinião deste Professor vai no sentido da maior abertura às decisões de tipo intermédio, uma vez que Blanco de Moraes é hoje mais generoso com a possibilidade de prolação de sentenças aditivas em sede de controlo concreto da constitucionalidade e admite decisões constitucionalmente obrigatórias.²¹⁵

Em suma, continua sem admitir, entre nós, a existência de sentenças aditivas de revisão constitucional, sentenças substitutivas, decisões aditivas em sentido estrito e sentenças aditivas que determinam a incriminação, mas já admite sentenças aditivas que descodifiquem conceitos jurídicos indeterminados, sentenças demolitórias e certas sentenças aditivas.

Sem desmérito dos demais Autores, consideramos que assim fica traçado o panorama geral de opiniões presentes na doutrina portuguesa, tendo sido apontadas opiniões mais “amigas” das decisões de tipo intermédio, posições mais comedidas e outros espectros intermédios.

²¹³ MORAIS, *ob. cit.*, pp. 450 ss. No mesmo sentido MORAIS, «As sentenças com efeitos aditivos», In *As Sentenças Intermédias da Justiça Constitucional – Estudos Luso-brasileiros de Direito Público* (coord. Carlos Blanco de Moraes), AAFDL, Maio de 2009, pp. 13 a 115.

²¹⁴ Moraes indica aquilo que chama de “critérios eletivos negativos”. Entre eles contam-se: a invalidade e escassa aceitação pela comunidade jurídica; o “grau” de desrespeito pelo legislador; a tendência da opção normativa para a inconstitucionalidade; os princípios e interesses tutelados pelo 282.º, n.º 4 CRP, os obstáculos à resolução de situações de necessidade pela dignidade da pessoa humana e a questão do desequilíbrio orçamental. *Cfr.* MORAIS, Carlos Blanco de, *Justiça Constitucional, ob. cit.*, pp. 471 ss.

²¹⁵ MORAIS, *Justiça Constitucional, ob. cit.*, p. 473; MORAIS, «As sentenças com efeitos aditivos», In *As Sentenças Intermédias da Justiça Constitucional – Estudos Luso-brasileiros de Direito Público* (coord. Carlos Blanco de Moraes), AAFDL, Maio de 2009, p. 115, onde o Autor declara expressamente: “alteramos ligeiramente o nosso entendimento mais restrigente que tínhamos expedido no II volume da “Justiça Constitucional”, a existência de uma “fresta” de admissibilidade (mais extensa em controlo concreto do que em controlo abstrato) para que o Tribunal Constitucional, a par das decisões aditivas constitucionalmente obrigatórias com carácter estrito, possa prolar também decisões constitucionalmente obrigatória de natureza conformadora”.

Após este excursus pela doutrina portuguesa, podemos retirar uma série de conclusões. Desde logo, parece que a corrente maioritária aceita um vasto leque de decisões interpretativas, tendo como fundamento o disposto no art. 80.º, n.º 3 LTC, tanto em sede de fiscalização concreta como abstrata, e o artigo 282.º, n.º 4 CRP.

Admitem-se, em geral as decisões de inconstitucionalidade parcial, em fiscalização concreta e abstrata, tanto de inconstitucionalidade parcial horizontal, como vertical e, ainda, a inconstitucionalidade parcial *ratione temporis*.

São rejeitadas as decisões apelativas/ de delegação/ construtivas, pois não se admite que o TC possa diagnosticar a inconstitucionalidade e limitar-se a fazer um apelo à atuação do legislador; as decisões de simples apreciação ou mero reconhecimento, pois a LTC parece impor que, reconhecendo-se uma inconstitucionalidade, daí se retirem as devidas consequências; e as decisões integrativas ou aditivas e substitutivas, já que estas implicam que o TC se substitua e se comporte como legislador, o que não respeita o nosso princípio de separação e interdependência dos poderes.²¹⁶

b. A doutrina estrangeira

Por razões lógicas, apenas nos poderemos ater com algum pormenor no estudo das doutrinas-mãe desta problemática.

Schlink defende que a Justiça Constitucional terá, por vezes, pretensão de “dizer e impor o que é a Constituição e transformar por arrasto a Ciência do Direito, fomentando a criação de um positivismo jurisprudencial através da revelação “*ex cathedra*” de verdadeiros critérios normativos”, o que se revela como uma crítica às sentenças intermédias²¹⁷ – ou, pelo menos, a algumas delas, parece-nos.

Já Gustavo Zagrebelski, Autor de nacionalidade italiana que muito se tem dedicado a este tema, revela-se um crítico de parte das decisões de tipo intermédio. O Autor afirma que os tribunais constitucionais têm por fonte de legitimação o consenso, que deve estar patente nas suas decisões e, acima de tudo, na correta fundamentação das mesmas²¹⁸. Por outro

²¹⁶ Veja-se ARAÚJO, António de, COSTA, Pedro Cardoso da, e BRITO, Miguel Nogueira de, «As relações entre os Tribunais Constitucionais e as outras jurisdições nacionais, incluindo a interferência, nesta matéria, da acção das jurisdições europeias (Relatório português à XII Conferência dos Tribunais Constitucionais Europeus – Bruxelas, Maio de 2002)», In *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 62, III, Dezembro de 2002, Lisboa, em especial pp. 943 ss.

²¹⁷ *Apud* MORAIS, “As mutações constitucionais”, p. 87, nota de rodapé n.º 65.

²¹⁸ *Vide* MORAIS, “As mutações constitucionais”, p. 89.

lado, reconhece que os Tribunais Constitucionais são responsáveis pela concretização da Constituição, tendo um papel histórico e importante no seu desenvolvimento²¹⁹. Mas, como sublinha o Autor, não se deve entender que a Corte tenha um papel eminentemente político ou que se deva comportar como um adversário do legislador.²²⁰

No ordenamento italiano, tal como no português, a doutrina e a jurisprudência distinguem entre sentenças de acolhimento e sentenças de rejeição da inconstitucionalidade, mas têm vindo a desenhar novos tipos de decisão, ditas intermédias.²²¹

O primeiro destes tipos intermédios corresponde às sentenças de interpretação ou interpretativas, que compreende as chamadas *sentenze interpretative di rigetto* e *sentenze interpretative di accoglimento*, *sentenze di accoglimento parziale*, *sentenze aggiuntive* e *sentenze sostitutive*.²²²

As sentenças manipulativas, que Zagrebelsky define como aquelas que transformam, adequam, modificam e integram a norma no ordenamento constitucional, são aceites pelo Autor, mas este questiona a sua eficácia, se o seu carácter criativo ainda é compatível com a separação de poderes e se devemos admitir que estas “mexam” com a despesa pública.²²³ Para o Mestre, tais decisões têm sentido por serem preferíveis a situações – que se verificaram – em que a Corte prefere não se pronunciar pela inconstitucionalidade de certa norma por ter medo de criar um vazio jurídico que não seria colmatado²²⁴.

O Autor reconhece ainda a existência de duas outras categorias de decisões: as sentenças aditivas de princípio, através das quais se declara a inconstitucionalidade da norma na parte em que não prevê qualquer coisa que deveria prever; e as *sentenze monito*, através das

²¹⁹ ZAGREBELSKY, Gustavo, «La giurisdizione costituzionale», in *Manuale di Diritto Pubblico*, vol. II: *L'organizzazione costituzionale*, Giuliano Amato e Augusto Barbera (coord.), 5.ª edição, Il Mulino, p. 472.

²²⁰ Transcrevemos as palavras de Zagrebelsky: “*la politicizzazione indicata non fu voluta per attribuire alla Corte una qualsiasi legittimazione che la abilitasse a perseguire propri indirizzi politici, concorrenziali con quelli degli organi politici in senso stretto, ma, proprio al contrario, per evitare che gli scarti fra gli orientamenti interpretativi del giudice costituzionale e quelli delle forze politiche potessero farsi troppo ampi e divenire drammatici*”. Cit. ZAGREBELSKY, Gustavo, «La giurisdizione costituzionale», *ob. cit.*, p. 476.

²²¹ ZAGREBELSKY, *ob. cit.*, pp. 488 ss. Veja-se também a sentença n.º 84 de 1996.

²²² ZAGREBELSKY, *ob. cit.*, p. 489.

²²³ ZAGREBELSKY, *ob. cit.*, p. 490.

²²⁴ ZAGREBELSKY, *ob. cit.*, p. 510.

quais o Tribunal tenta influenciar o Parlamento, indicando princípios e dando instruções ao legislador.²²⁵

Ora, a esmagadora maioria das sentenças de tipo intermédio implicam uma rutura entre o tribunal constitucional e o legislador, daí que seja preferível evitá-las. Veja-se o que diz Zagrebelsky sobre as *sentenze de monito*: “a função monitora, embora tenha sido usada para afirmar princípios (...) é muito problemática (...) porque interfere diretamente com a atividade político-parlamentar, mas ainda porque transforma o caráter da jurisdição constitucional” em consultiva, abstrata e preventiva”.²²⁶

Quanto às sentenças manipulativas, ensina o Autor que este tipo de decisão foi criada pelo Tribunal Constitucional Italiano na tentativa de equilibrar os poderes. Assim, apelida-as de “*sentenze additive di principio*”²²⁷.

Já Pizzorusso destaca-se da restante doutrina por considerar que as sentenças interpretativas são já um tipo de sentença manipulativa. O Autor sublinha o relevo claro da interpretação nas decisões da *Corte*, desde o momento da sua criação. Foi, por isso, sem espanto que se criou o princípio da interpretação conforme à Constituição, com um caráter estimulante da jurisprudência constitucional.

No mais, Pizzorusso considera que se pode extrair a criação destas decisões do artigo 136.º da Constituição Italiana, que gozarão de autoridade persuasora.²²⁸

Para o Autor, as sentenças interpretativas nasceram pela necessidade de mudar o estado de coisas, pois muita da legislação em vigor na Itália era a do nazi-fascismo. Ora, como o legislador não resolvia a situação, criando novas regras, e para que não existisse um vazio

²²⁵ ZAGREBELSKY, Gustavo, «*La giurisdizione costituzionale*», *ob. cit.*, p. 491.

²²⁶ *Apud* CORREIA, *ob. cit.*, pp. 316/317.

²²⁷ *Apud* CORREIA, *ob. cit.*, p. 321, nota de rodapé n.º 422.

²²⁸ Em PIZZORUSSO, Alessandro, «*La Giurisprudenza della corte costituzionale italiana sull'inammissibilità della questione incidentale di costituzionalità per mancata ricerca da parte del giudice “a quo” di un’interpretazione costituzionalmente conforme dell legge sospettata d’incostituzionalità*», pp. 98/99 o Autor escreve: “*alle sentenze interpretative di rigetto fu generalmente riconosciuta un’autorità che, se non è pari a quella delle dichiarazioni di incostituzionalità, è certamente quasi sempre suscettibile di ‘persuadere’ gli utenti a seguire l’interpretazione ‘adeguatrice’ alla Costituzione della legge o dei suoi silenzi*”.

normativo, os magistrados constitucionais daquele tribunal passaram a interpretar as normas de forma a serem adaptadas à nova realidade.²²⁹

Para Pizzorusso fazem igualmente parte daquele grupo (das decisões manipulativas) as chamadas “sentenças de delegação”. Entre outras considerações, o Autor acaba por concluir que existe um abuso substancial do direito processual constitucional, na medida em que o uso de poderes discricionários, inerentes ao caso *sub iudice*, sejam incompatíveis com a qualificação da *Corte* como um órgão jurisdicional, assumindo este, de forma perigosa, um papel eminentemente político.²³⁰

Gaetano Silvestri alerta para a tautologia das designações atribuídas por parte da maioria da doutrina e, por isso mesmo, agrupa todas as sentenças diferentes ou anómalas num mesmo grupo, atribuindo-lhes a designação de sentenças interpretativas.²³¹

Roberto Romboli, apresenta e sintetiza três razões para apoiar a existência de novos tipos de decisão ao alcance do magistrado constitucional. Desde logo, avança com a teoria de um *horror vacui* para enfrentar o receio da criação de vazios jurídicos e para que se evitem situações com efeitos mais prejudiciais, resultantes da simples declaração de inconstitucionalidade; depois, defende que estes novos meios oferecem mais respeito pelo legislador, na medida em que deixam espaço à sua livre conformação; finalmente, entende que estes instrumentos permitem adicionar novas considerações às decisões constitucionais (como por exemplo, ter em conta as consequências financeiras de uma decisão)²³².

Este Autor, por seu lado, caracteriza as sentenças aditivas como aquelas em que o juiz constitucional declara a inconstitucionalidade da disposição por esta omitir certa disposição, que deveria conter. Já as sentenças substitutivas serão aquelas em que o Tribunal declara a inconstitucionalidade da lei “na parte em que prevê uma determinada coisa em vez de prever outra”²³³.

²²⁹ PIZZORUSSO, «La Giurisprudenza della corte costituzionale ...», *ob. Cit.*, p. 100.

²³⁰ PIZZORUSSO, «Uso ed abuso del diritto processuale costituzionale», In *Perspectivas Constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976*, Vol. I, (org. Jorge Miranda), Coimbra Editora, Coimbra, 1996, p. 901. Mas, como conclui o Autor, essa consideração não diminui o poder de interpretação daquele Tribunal, além de manter o seu importante papel de garante (p. 908).

²³¹ A este respeito, *vide* URBANO, *Curso...*, p. 108.

²³² *Apud* URBANO, «“Criação Judicial” e “Ativismo Judicial”...», *ob. cit.*, p. 25.

²³³ *Apud* URBANO, Maria Benedita, «“Criação Judicial” e “Ativismo Judicial...”», p. 23, nota rodapé n.º 54.

Roberto Pinardi é outro dos Autores italianos que se destacam no estudo das sentenças de tipo intermédio. Criador da expressão “*horror vacui*”²³⁴ considera as sentenças intermédias da *Corte Costituzionale* uma boa forma de contornar a inatividade do legislador.

O Autor reconhece as mais-valias das sentenças de mera incompatibilidade alemãs (*Unvereinbarkeit*) que permitem diferir o momento de reconhecimento da inconstitucionalidade do momento em que a sua declaração começa a produzir efeitos, estimando que essa dissociação pode ser valiosa para proteger os princípios da certeza e segurança jurídicas, evitando o vazio legislativo.

Além disso, reconhece a importância da consideração, da parte do tribunal constitucional, das consequências políticas e sociais das suas decisões. Desta feita, considera que só a manutenção da norma inconstitucional em vigor, quando existam fortes e ponderosas razões para tal, pode evitar uma maior desconformidade com a Constituição. Apoiado no direito comparado, destaca que o Tribunal também adota pronúncias interpretativas, de rejeição e acolhimento, decisões manipulativas, e decisões “aditivas de princípio”, produzindo pronúncias de mera inconstitucionalidade, à imagem do modelo alemão²³⁵.

De igual forma, admite a utilização de “sentenças declarativas de inconstitucionalidade sem nulidade”, suportando essa admissibilidade no modelo norte-americano e canadiano. Baseado neste último ordenamento, sugere a criação da graduação de efeitos caducatórios das decisões da Corte Constitucional²³⁶.

Quanto às soluções pensadas pelo constituinte italiano, o Autor considera a alternativa constitucionalidade/ inconstitucionalidade insuficiente. Porém, só através de uma leitura

Veja-se, ainda, ROMBOLI, Roberto, «IL contrasto fra motivazione e dispositivo come presupposto della correzione di errori materiali ed efficacia della interpretazione da parte della corte di proprie precedenti decisioni», In *Giurisprudenza Costituzionale*, Milano, Anno 36, Fasc. 1 (Gen./Feb. 1991), pp. 686 a 704.

²³⁴ A expressão serviu, aliás, de título à sua obra, que seguimos de perto na exposição seguinte. Assim, veja-se PINARDI, Roberto, *L'horror vacui nel giudizio sulle leggi: prassi e tecniche decisionali utilizzate dalla corte costituzionale allo scopo di ovviare all'inerzia del legislatore*, Milano, Giuffrè Editore, 2007, em especial pp. 36 ss. Na exposição seguinte temos, ainda, em conta dois outros textos produzidos pelo mesmo Autor: PINARDI, Roberto, *La corte, i giudici ed il legislatore – il problema degli effetti temporali delle sentenze d'incostituzionalità*, Milano, Giuffrè Editore, 1993, Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza, Dipartimento di Scienze Giuridiche – Università di Modena; PINARDI, Roberto, «La corte e il legislatore: spunti e riflessioni in tema di efficacia pro futuro delle sentenze di accoglimento», In *Giurisprudenza Costituzionale*, Milano, Anno 36, Fasc. 1 (Gen./Feb. 1991), pp. 788 a 845.

²³⁵ PINARDI, *ob. cit.*, p. 41.

²³⁶ PINARDI, *ob. cit.*, p. 64.

criativa do artigo 136.º Constituição Italiana se pode retirar a fundamentação para as sentenças de tipo intermédio, uma vez que esta norma é omissa a essa questão.²³⁷

Por outro lado, ressalta a gravidade de eliminar uma norma do ordenamento jurídico, daí preferir soluções mais compatibilizáveis dos valores em causa. E demonstra que não esta sozinho nesta opinião²³⁸.

Sobre a estratégia, muito utilizada pela Corte italiana, de diferir os efeitos da decisão para afastar o perigo de descontinuidade, Pinardi revela-se favorável, admitindo o uso de mecanismos processuais para procrastinar a deliberação na *Camera di Consiglio* e no uso de outros meios para atrasar a produção dos efeitos da deliberação²³⁹. Outra das possibilidades usadas pelos magistrados constitucionais italianos, que não seria possível entre nós, passa pela “decisão de não decidir”²⁴⁰, sentença que acaba por também criar uma lacuna.

Pinardi trata, com especial extensão, das pronúncias de “*incostituzionalità accertata ma non dichiarata*”, em que o Tribunal reconhece a existência de uma ilegitimidade, certa e atual, mas não adota uma decisão de acolhimento em sentido estrito, anulando a norma e exortando o legislador a intervir em tempo adequado²⁴¹. Considera o Autor que estas decisões serão menos danosas à tutela da legalidade e da realização da justiça, pois evitam o vazio sem se usurpar poderes ao legislador.

O Mestre cria, ainda, uma outra figura: as decisões de manifesta inadmissibilidade por insuficiente esforço interpretativo²⁴², que demonstram a importância de uma correta interpretação na jurisprudência constitucional.

²³⁷ PINARDI, *ob. cit.*, p. 66.

²³⁸ Veja-se o que é dito sobre os discursos dos presidentes da Corte italiana: PINARDI, *ob. cit.*, p. 72.

²³⁹ PINARDI, *ob. cit.*, pp. 76 ss. O Autor dá como exemplo a sentença n. 64 de 1970, em que a Corte permitiu que o Governo atuasse antes da publicação do próprio acórdão (p. 83).

²⁴⁰ PINARDI, *ob. cit.*, p. 85.

²⁴¹ Estas decisões são também apeladas de “pronúncias interpretativas de inadmissibilidade” ou “decisões de inadmissibilidade por irrelevância derivada da reinterpretação” e estão bastante próximas das *Unvereinbarkeit* alemãs. Vide PINARDI, *ob. cit.*, p. 88.

²⁴² A expressão original é “*decisioni di manifesta inammissibilità (o infondatezza) per «insufficiente sforzo interpretativo»*”. PINARDI, *ob. cit.*, p. 93. É interessante notar que Pinardi considera existirem cinco momentos da interpretação, que podem ser decisivos para se determinar se deve haver lugar a uma decisão de tipo intermédio ou não e de que tipo: demonstração da efetiva ilegitimidade; explicitação da impossibilidade de colmatar a lacuna por via interpretativa; individualização dos argumentos para a adoção de uma sentença de acolhimento; explicitação das exigências de salvaguarda da legitimidade constitucional; individualização exaustiva das motivações. *Cit.* PINARDI, *La corte e il legislatore...*, *ob. cit.*, p. 842.

Na opinião de Roberto Pinardi, o primeiro caso de uma decisão interpretativa prolatada pela Corte italiana data de 1956 – sentença n.º 8 de 1956 – mas outros Autores consideram que apenas na sentença n.º 1 de 1957 estamos, verdadeiramente, perante uma sentença deste tipo. Esta surgiu, precisamente, para evitar uma situação de vazio jurídico, usando-se o expediente da “*interpretazione più conforme alla Costituzione*”²⁴³.

É importar notar que, na Itália, a doutrina do “direito vivente” apresenta grande força argumentativa e, por isso, podem ser determinados dois momentos distintos, no que toca às decisões interpretativas.

Num primeiro momento, dominado por aquela tese, admitiam-se apenas duas hipóteses: ou não existia uma interpretação consolidada daquela norma, conforme à Constituição, e portanto haveria lugar a uma “*pronuncia interpretativa di rigetto*”; ou já existia uma interpretação consolidada sobre a norma, sendo a pronúncia da Corte sobre esta mesma interpretação (se ela fosse desconforme com a Constituição, haveria lugar à declaração de inconstitucionalidade, caso contrário, não se admitia a inconstitucionalidade da mesma).²⁴⁴

Na segunda fase, acabou por se abandonar as sentenças interpretativas de acolhimento e o número de “*sentenze interpretative di rigetto*” começou a aumentar.²⁴⁵ Hoje, estas decisões servem, sobretudo, para superar a teoria do “direito vivente” ou para quando o sentido que a Corte pretende atribuir à norma não surja claramente da sua letra.

Quanto às sentenças manipulativas (*di regole o principi*), que Pinardi define como aquelas que servem para modificar o texto normativo, tornando-o conforme à constituição, estas podem ser do tipo “*additivo*”, se a disposição impugnada era inconstitucional, ou “*sostitutivo*”, se se dá a substituição de uma norma considerada ilegítima por outra, conforme à Constituição²⁴⁶. Destas decisões “descenderam” outras semelhantes, como as sentenças “*additive di principio*”, as “*dichiarative*”, “*additive di meccanismo*” e “*additive*

²⁴³ PINARDI, *ob. cit.*, pp. 98/99.

²⁴⁴ PINARDI, *ob. cit.*, pp. 101 ss.

²⁴⁵ Mas o Autor refere, posteriormente, que o número destas decisões tem diminuído: “*non soltanto si assiste ad una notevole e progressiva riduzione del numero delle sentenze interpretative di rigetto, solo parzialmente attenuato dal fenomeno delle decisioni interpretative cosiddette «mascherate», mas, cosa più importante, ai nostri fini, cambiano anche i motivi principali che spingono la Corte costituzionale a fare ricorso, in quei pochi casi, a questo tipo di pronunce*”. Cit. PINARDI, *ob. cit.*, p. 104.

²⁴⁶ PINARDI, *ob. cit.*, p. 106. É de salientar que o Autor indica vários exemplos de sentenças que podem ser reconduzidas a um e ao outro tipo de decisão. No mais, merece destaque uma consideração posterior de Pinardi sobre estas decisões. Diz ele que estas representam “*il caso più eclatante di «supplenza» del legislatore da parte del giudice costituzionale*” (p. 125).

a *dispositivo generico*”, sendo o primeiro exemplo destas a sentença n.º 215 de 1987 e, a mais importante, a sentença n.º 243 de 1993. Sobre as “*additive di principio*” diz o Autor que não são mais do que uma evolução e aperfeiçoamento dos instrumentos decisórios de que a Corte já dispunha, sendo utilizadas, mais uma vez, com o objetivo de evitar o excessivo impacto demolitório de uma decisão de inconstitucionalidade *tout court*²⁴⁷.

Para afastar os efeitos-regra caducatórios, a doutrina italiana criou uma terceira estratégia decisória, que se pode traduzir num apelo (*moniti*) ao legislador, pedindo-lhe que colmate a lacuna verificada, ou pode traduzir-se numa sentença de inconstitucionalidade diferida, em que os magistrados constitucionais limitam a eficácia retroativa da decisão, determinando que só num momento sucessivo a declaração de inconstitucionalidade ganha eficácia.²⁴⁸

Na sentença 196 de 2004, considera existir uma nova técnica, ainda não consolidada.²⁴⁹

Pinardi conclui o seu raciocínio sublinhando que as decisões estudadas nasceram e foram desenvolvidas em Itália, no final dos anos oitenta, e que surgiram como mecanismos através dos quais a Corte censurava as falhas do legislador.²⁵⁰ Porém, hoje, elas são mais que isso.

Mauro Cappelletti é também responsável por vários contributos doutrinários à discussão das sentenças de tipo intermédio, em Itália.²⁵¹ O Autor mostra concordar com a existência

²⁴⁷ PINARDI, *ob. cit.*, p. 109.

²⁴⁸ PINARDI, *ob. cit.*, pp. 114 ss. O Mestre consagra, entre aquela primeira categoria, “*sentenze-delega*”/ “*sentenze-leggi*”/ “*sentenze-prescrittive*”, onde a Corte indica, com algum rigor, o caminho que o legislador deve tomar. São exemplos destes tipos de decisão as sentenças n.º 49 de 1968 e 225 e 226 de 1974. Mais adiante no seu excursus, o Autor considera que há uma “comunicação” entre a Corte e o legislador nas decisões de “*incostituzionalità accertata ma non dichiarata*”, “*moniti*”, “*additive di principio*” e nas decisões “*meramente dichiarative*” (p. 127).

Sobre as relações Corte/Legislador, veja-se ainda PINARDI, Roberto, *La corte e il legislatore...*, *ob. cit.*, pp. 788 a 845, em especial as várias sentenças aí apontadas e as críticas deixadas pela doutrina aos novos tipos de decisão. Finalmente, é de realçar que o Autor exige um maior equilíbrio no confronto entre estas decisões de tipo intermédio e os princípios da legitimidade constitucional, princípio da continuidade no tempo do sistema normativo e a discricionariedade política (p. 824).

²⁴⁹ Veja-se PINARDI, *ob. cit.*, pp. 118/119.

²⁵⁰ PINARDI, *ob. cit.*, p. 153.

²⁵¹ Na nossa exposição seguimos duas das suas obras: CAPPELLETTI, Mauro, *Dimensioni della giustizia nelle società contemporanee – Studi di diritto giudiziario comparato*, Bologna, Il Mulino, 1994 e CAPPELLETTI, Mauro, «Questioni nuove (e vecchie) sulla giustizia costituzionale», In *Giurisprudenza Costituzionale*, Anno 35, Fasc. 3 (1990), pp. 857 a 864.

destas decisões, mas também afirma que o seu entusiasmo inicial se converteu em ceticismo pelo recurso excessivo a estes meios²⁵².

Por outro lado, foi dos primeiros a chamar à atenção para as dificuldades dos novos tempos, inerentes às novas formas de Justiça constitucional supranacional²⁵³ e é um dos mais acérrimos defensores da publicidade das decisões da Corte italiana, bem como dos votos de vencido, considerando que esse comportamento dá força ao aresto.²⁵⁴

Fabrizio Politi também se tem dedicado ao estudo das sentenças de tipo intermédio. Este constitucionalista admite que a *Corte Costituzionale* adote sentenças interpretativas e manipulativas, ainda que dessas decisões surjam complexas problemáticas.²⁵⁵

Segundo o Autor, tradicionalmente, a *Corte* emitia decisões limitativas dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade, sendo as “*sentenze datate*” o melhor exemplo desse tipo de decisão. Numa segunda fase, o Tribunal passou a concentrar esforços da eficácia retroativa destas decisões, surgindo, ao lado das “*senteze datate*” ou “*di incostituzionalità sopravvenuta*” ou, ainda, “*ad effetti retroattivi limitati*” as chamadas sentenças aditivas de princípio (“*sentenze additive «di principio»*” ou “*di incostituzionalità del meccanismo*”)²⁵⁶. Politi refere como um dos primeiros exemplos desta nova orientação da justiça constitucional a sentença n.º 266 de 1988. Nesta decisão a *Corte* declarou a inconstitucionalidade da norma com efeitos apenas *pro futuro*. Outro dos exemplos paradigmáticos é a sentença n.º 50 de 1989²⁵⁷. Numa posição intermédia a estas duas decisões, coloca Politi a sentença n.º 501 de 1988, com um dispositivo parcialmente

²⁵² Destacamos uma das mais duras passagens deste Autor, que demonstra a sua crítica ao sistema instaurado: “*trovo preoccupante, è che una tesi come questa, che repudia il carattere normativo della Costituzione, possa essere sostenuta non da un laico qualsiasi occasionalmente investito di funzioni arbitrali, ma da costituzionalisti rispettati e rispettabili*”. Cit. CAPPELLETTI, Mauro, *Questioni nuove (e vecchie) sulla giustizia costituzionale*, ob. cit., p. 862.

²⁵³ CAPPELLETTI, Mauro, *Questioni nuove (e vecchie) sulla giustizia costituzionale*, ob. cit., p. 858.

²⁵⁴ Refere, com Calamendrei, que esse ato é uma lição de democracia. CAPPELLETTI, Mauro, *Questioni nuove ...*, ob. cit., p. 863.

²⁵⁵ Baseamos o nosso estudo sobre o pensamento deste Autor na obra: POLITI, Fabrizio, «Gli effetti temporali delle sentenze di accoglimento nella giurisprudenza costituzionale», In *Gli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento della Corte Costituzionale (contributo ad una teoria dell'invalidità costituzionale della legge)*, CEDAM, 1997, pp. 247 a 346.

²⁵⁶ POLITI, Fabrizio, «Gli effetti temporali delle sentenze di accoglimento ...», ob. Cit., pp. 250 ss.

²⁵⁷ Veja-se o que escreve o Autor sobre as duas decisões indicadas: “*almeno formalmente, molto diversi tra loro. Infatti mentre quello della prima ricalca lo schema di una sentenza di accoglimento parziale, il dispositivo della seconda è tipico di una sentenza di accoglimento pura e semplice, arricchito però di due particolari: la «clausola di decorrenza» (...) e la «clausola di salvezza» (...)*”. Cit. POLITI, Fabrizio, «Gli effetti temporali delle sentenze di accoglimento ...», ob. Cit., pp. 257/258.

retroativo (é essa a conclusão que o Autor retira da expressão: “na parte em que ... não dispõe”). Reconduz, assim, esta decisão à figura das sentenças aditivas de prestações²⁵⁸.

A sentença n.º 416/1992 também se destacou. Nesta, a *Corte* usou um *iter* argumentativo diverso do habitual para justificar a diferença da produção dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade.

Politi acaba por defender que a declaração de inconstitucionalidade com eficácia temporal limitada só é admissível quando essa limitação descende, diretamente, do ordenamento jurídico-constitucional. É no seguimento desta argumentação que acaba por aceitar a existência da doutrina da “*rime obbligate*” e “*obbligatissime*”²⁵⁹. Assim, estas decisões só serão admissíveis em termos bastante limitados e se existir fundamentação constitucional. Distingue este tipo de sentença das interpretativas por aquelas não manipularem a data em si, mas o efeito temporal da própria decisão, o que implica uma mudança de objeto.

Admite, ainda, a existência de sentenças aditivas de princípio (“*aditiva di principio*”) que se pautam pela possibilidade de aplicação futura da norma considerada inconstitucional e pela enorme vontade de evitar um vazio normativo. São apontados como exemplos, as sentenças n.º 215 de 1987, 560 de 1987, 406 de 1988, 497 de 1988, 277 de 1991, 421 de 1991, 88 de 1992, 204 e 232 de 1992 e, a mais importante de todas, a 243 de 1993.²⁶⁰

Politi acaba por concluir que as decisões aditivas de princípio são o melhor instrumento na garantia de equilíbrio entre *Corte*, legislador e jurisdição, mas só deve ser admitido quando e na medida em que assegure o respeito pelo princípio da constitucionalidade.²⁶¹

c. Pontos de convergência e divergência

Vejamos apenas os mais importantes pontos de coincidência e afastamento dos sistemas. Desde logo, destaca-se o facto de ser hoje pacificamente aceite, pela doutrina dos três ordenamentos estudados com mais afinco, a existência de sentenças de tipo intermédio e a

²⁵⁸ POLITI, Fabrizio, «Gli effetti temporali delle sentenze di accoglimento ...», *ob. Cit.*, p. 260.

²⁵⁹ O Autor justifica-se da seguinte forma: “*se il potere «additivo» della Corte è ammissibile in quanto non introduce qualcosa di veramente «nuovo» nell’ordinamento (...) l’esperienza delle cc. Dd. «additive temporali» (...) è ammissibile solo finchè la stessa Corte costituzionale si attenga rigorosamente ai dati normativi costituzionali esistenti*”. *Cit.* POLITI, Fabrizio, «Gli effetti temporali...», *ob. Cit.*, p. 275.

²⁶⁰ Sobre este tipo de decisão e sentenças mencionadas: POLITI, Fabrizio, «Gli effetti temporali delle sentenze di accoglimento ...», *ob. Cit.*, pp. 302 ss. Aquela última decisão é especialmente importante por ter sido a primeira vez em que o julgador fixou um prazo à intervenção legislativa (p. 313).

²⁶¹ POLITI, Fabrizio, «Gli effetti temporali delle sentenze di accoglimento ...», *ob. Cit.*, p. 329 e 331.

atribuição de um novo papel aos órgãos responsáveis pela fiscalização da constitucionalidade.

Assim, as divergências encontram-se, sobretudo, ao nível dos diferentes limites traçados por cada país, sendo o ordenamento italiano o menos respeitador da liberdade de conformação do legislador, uma vez que admite decisões manipulativas mais invasivas.

Tendo em conta o relatório elaborado por Cardoso da Costa na VII Conferência dos Tribunais Constitucionais Europeus sobre o ordenamento nacional e o seu estudo comparativo a alguns dos congéneres europeus²⁶², cumpre destacar algumas notas.

Desde logo, as diferenças em termos de criação de órgãos da justiça constitucional implicam diferenças no modelo de justiça constitucional de cada um dos países e no seu modo de exercício. Desta feita, podemos distinguir o conteúdo das decisões entre dois grandes grupos, consoante o modelo adotado seja o de controlo difuso ou concentrado.

Nestas considerações, Portugal destaca-se das demais jurisdições, uma vez que consagrou um tipo de controlo misto, diverso de todos os outros ordenamentos. Por outro lado, também cumpre destacar o caso austríaco, o caso alemão e o caso suíço, uma vez que aí se admite a chamada “queixa constitucional” que permitem uma decisão direta sobre a constitucionalidade da norma – e não apenas a título incidental.

Tendo em vista as soluções dos vários ordenamentos jurídicos quanto a decisões diretas da constitucionalidade, Cardoso da Costa reconhece a existência de tipos simples ou extremos e decisões de tipo intermédio. Nas primeiras, encontramos casos de pura e simples inconstitucionalidade da norma ou de não inconstitucionalidade – são as chamadas decisões de acolhimento e de rejeição da doutrina italiana²⁶³; no segundo grupo encontramos todas aquelas decisões que não encontram lugar no binómio.

²⁶² Além do português, apresentaram relatório os TC da Alemanha, Áustria, Espanha, Itália, Jugoslávia, Polónia e Turquia; o Tribunal de Arbitragem e Tribunal de Cassação da Bélgica; o Conselho Constitucional da França; os Supremos Tribunais da Finlândia, da Holanda e da Irlanda; o Tribunal de Estado do Principado do Liechtenstein; o Conselho de Estado do Luxemburgo; o Tribunal Federal da Suíça; e Comissão Europeia dos Direitos do Homem. *Vide* CARDOSO DA COSTA, José Manuel Marques, «A Justiça Constitucional no quadro das funções do Estado vista à Luz das Espécies Conteúdo e Efeitos das Decisões sobre a constitucionalidade das normas», In *Relatório geral da VII Conferência dos Tribunais Constitucionais Europeus*, Gabinete de Documentação e Direito Comparado, Abril de 1987, pp. 41 a 76.

²⁶³ Mas, como o Autor reconhece, o conteúdo não é “precisamente o mesmo em todos os ordenamentos e situações”. *Cit.* CARDOSO DA COSTA, *ob. cit.*, p. 54 ss.

Cardoso da Costa sublinha que esta posição da decisão pode ser meramente formal ou substancial, caracterizando este fenómeno como “inteiramente generalizado” mas de alguma gravidade, já que se atribui a sua raiz à consciência de que uma decisão de inconstitucionalidade implica sempre “desautorização do legislador”. Mas estes instrumentos estão presentes em todos os ordenamentos, em maior ou menor medida. A primeira destas técnicas a ser desenvolvida e aceite foi “*a da interpretação em conformidade com a Constituição*”, que pode ser caracterizada como uma reinterpretação da norma que lhe recusa sentidos inconstitucionais e lhe fixa aquela que se mostra compatível com o Texto Fundamental.²⁶⁴

Conclui-se que esta técnica conduz a “*decisões interpretativas de rejeição*”, uma vez que na sentença não se reconhece a inconstitucionalidade da norma em causa, sendo da máxima importância da fundamentação deste tipo de decisão. Porém, este instrumento levanta dois problemas de suma importância, já que: por um lado, parecem exceder-se os limites da atuação dos tribunais constitucionais face ao legislador²⁶⁵ e, por outro, parecem exceder-se esses limites em relação aos tribunais ordinários²⁶⁶.

Sobre a segunda ordem de problemas, defendia-se no relatório português que a LTC indica, no que respeita à fiscalização da constitucionalidade em termos concretos, a realização de uma interpretação conforme pelo TC que é obrigatória para os demais tribunais²⁶⁷; logo considera-se razoável estender tal possibilidade aos demais casos de interpretação conforme ao texto constitucional.

Por outro lado, reconhece-se que as “*declarações de inconstitucionalidade parcial*” serão outro tipo de decisão intermédia, já que se tratam de decisões “em que apenas se julga inconstitucional uma parte do preceito questionado no pedido”, esteja em causa uma disposição, um período, uma frase ou até uma palavra da norma (inconstitucionalidade

De destacar que, segundo o relatório, uma decisão de inconstitucionalidade “parcial” é ainda uma decisão de inconstitucionalidade simples (p. 56).

²⁶⁴ CARDOSO DA COSTA, *ob. cit.*, p. 57 ss. Noutros ordenamentos pode receber designação diferente, como é o caso da França, onde se fala, a este propósito, numa “interpretação neutralizante”.

²⁶⁵ Como destaca o Autor, vários Relatórios fizeram referência a este ponto, defendendo que esta técnica tem como limites a letra e vontade do legislador, devendo-se respeito ao texto legal. *Cfr.* CARDOSO DA COSTA, *ob. cit.*, p. 58.

²⁶⁶ Este problema surge pelo facto de os tribunais constitucionais e órgãos similares não serem os únicos intérpretes do texto constitucional, daí ser duvidoso que estes possam impor a sua leitura de certa lei aos demais tribunais (ditos ordinários).

²⁶⁷ CARDOSO DA COSTA, *ob. cit.*, p. 59.

parcial «horizontal» ou «quantitativa»); ou então a certa dimensão do conteúdo dispositivo (inconstitucionalidade parcial «vertical», «ideal» ou «qualitativa»)²⁶⁸.

Finalmente, Cardoso da Costa destaca a existência de um terceiro grupo de decisões, menos bem aceites pela doutrina e jurisprudência. Refere-se às chamadas “*decisões apelativas* e as de *mero «reconhecimento» da inconstitucionalidade*” que surgiram pela mão do Tribunal Constitucional Federal Alemão²⁶⁹. O Autor admite, no entanto, que se possa falar em decisões apelativas num outro sentido, ou seja, como decisões de acolhimento da inconstitucionalidade em que são enunciados princípios para que uma nova lei, a ser construída, surja conforme com a Constituição. A admissibilidade destas é problemática.

Entre as decisões integrativas e substitutivas, que implicam um imediato e autoaplicável alargamento do regime previsto ou a sua substituição por outro, encontram-se as sentenças aditivas e substitutivas, admitidas entre nós. Estas são já consideradas sentenças manipulativas e é aqui que se traça a questão da admissibilidade, nos nossos dias.²⁷⁰

O Relatório pronuncia-se, ainda, sobre a vinculatividade das decisões, pois nos países aí estudados tanto há casos de decisões com eficácia *erga omnes* como de eficácia restrita ao caso concreto, da força de caso julgado e da eficácia temporal das decisões.²⁷¹

3. As decisões judiciais

a. A posição do Tribunal Constitucional Português (*maxime* jurisprudência da crise)

Já referimos, em oportunidades anteriores, que o Tribunal Constitucional Português não tem um comportamento ativista, o que significa que, em regra, não se imiscui nos outros

²⁶⁸ O Autor destaca que esta segunda modalidade, geralmente bem aceite, é o contrário da interpretação conforme, sendo uma “*decisão interpretativa de acolhimento*” ou “*de acolhimento parcial*”, pela doutrina italiana; no mais, são “simétricas” às decisões interpretativas de rejeição ou de interpretação conforme mas têm um alcance idêntico a estas. CARDOSO DA COSTA, *ob. cit.*, pp. 59/60.

²⁶⁹ Merece destaque o facto de o segundo tipo de decisão mencionado estar já consagrado na Lei do Tribunal Constitucional Alemão.

²⁷⁰ CARDOSO DA COSTA, *ob. cit.*, p. 63.

²⁷¹ CARDOSO DA COSTA, *ob. cit.*, pp. 63 ss.

poderes ou competências²⁷². Desta forma, facilmente se compreende que poucas sejam as sentenças do TC que se apresentam como verdadeiras sentenças manipulativas.

Como vimos, a doutrina não é unânime em relação aos conceitos de sentenças de tipo intermédio, por isso uns consideram algumas das decisões do TC mais “criativas” e, até mesmo, “extrapolativas”, enquanto outros Autores entendem que o TC, nesses mesmos acórdãos, respeitou os limites da sua atividade.

A maior parte da doutrina parece aceitar que o Tribunal Constitucional Português revelou uma faceta mais inventiva em acórdãos recentes, que compõem a chamada “Jurisprudência da crise”²⁷³. Desta feita, não poderemos terminar este trabalho sem deixar algumas notas sobre essas decisões, incidindo não tanto na análise do seu conteúdo ou da sua bondade, mas sobretudo na legitimidade, se assim o podemos dizer, destas decisões, para que possamos concluir, de forma justificada, se estas devem ou não ser consideradas sentenças intermédias e, mais importante, se estas decisões poderiam ter sido tomadas pelo TC ou se,

²⁷² Recorde-se que, no entanto, parte da doutrina já havia “apontado o dedo” à jurisprudência do TC por esta, ainda antes deste período de crise, se revelar demasiado politizada. É o caso de GOMES CANOTILHO, José Joaquim, em «Tribunal Constitucional, Jurisprudências e Políticas Públicas», que afirmava: “Nem sempre, porém, o Tribunal Constitucional abordou o problema das políticas públicas em termos jurídico-constitucionalmente aceitáveis” (p. 85) referindo-se, a título exemplificativo, ao Ac. TC n.º 174/93.

²⁷³ A doutrina não é unívoca nesta categorização, mas consideramos que fazem parte deste lote os seguintes acórdãos, sobre os quais nos pronunciaremos de seguida, de forma mais ou menos breve: Acórdãos 399/2010, de 27 de Outubro; Acórdãos 396/2011, de 21 de Setembro; Acórdão 353/2012, de 20 de Julho; Acórdão 187/2013, de 22 de Abril; Acórdão 474/2013, de 17 de Setembro; Acórdão 362/2013, de 27 de Junho.

A estes arestos, que a maioria considera como as decisões da crise, juntam outros Mestres – como Paulo Mota Pinto – mais duas sentenças, o Acórdão 794/2013 e Acórdão 602/2013. Vide MOTA PINTO, Paulo, «A Protecção da Confiança na “Jurisprudência da Crise”», in *O Tribunal Constitucional e a Crise – Ensaios Críticos*, pp. 135 ss.

Há ainda quem considere a existência de diversos momentos na jurisprudência da crise do TC, que merecem ser tratados separadamente, pois as conclusões que se retiram de cada momento decisório são distintas. Assim ALEXANDRINO, José de Melo, “Jurisprudência da Crise. Das questões prévias às perplexidades”, in *O Tribunal Constitucional e a Crise – Ensaios Críticos*, pp. 59 ss, por exemplo, considera que existem “três momentos distintos: a fase anterior ao Acórdão 353/2012, a fase correspondente à prolação dessa decisão e a fase posterior à mesma”. Já Rui Medeiros, na sua obra MEDEIROS, Rui, *A Constituição Portuguesa num Contexto Global*, Universidade Católica Editora, Lisboa, Março de 2015, apresenta uma ligeira diferença em relação às decisões que integra na categoria “jurisprudência da crise” (uma vez que, do seu elenco, não consta o último aresto mencionado e surge, em vez dele, os acórdãos 413/2014 e 574/2014) considera a existência de duas fases – veja-se MEDEIROS, Rui, “A Jurisprudência Constitucional Portuguesa sobre a Crise: Entre a Ilusão de um Problema Conjuntural e a Tentação de um Novo Dirigismo Constitucional”, in *O Tribunal Constitucional e a Crise – Ensaios Críticos*, pp. 266/267, onde o Professor considera que se podem “descortinar duas fases na recente jurisprudência constitucional sobre a crise. O traço comum a ambas reside na preferência por uma abordagem *principalista* a partir de princípios estruturantes do Estado de Direito (igualdade, igualdade-proporcional, confiança) em vez de uma argumentação centrada na restrição de direitos fundamentais. O que distingue os dois períodos é a *tolerância constitucional* que o Tribunal Constitucional manifesta perante a crise”; e MEDEIROS, Rui, *A Constituição Portuguesa num Contexto Global*, Universidade Católica Editora, Lisboa, Março de 2015, p. 65, em que acrescenta a curiosa expressão: “as medidas de austeridade “sucumbiram num «triângulo das Bermudas» enformado [por aqueles] princípios”.

pelo contrário, as deveremos considerar “inconstitucionais” por extravasarem os limites da sua atividade.

Como sabemos, as épocas de crise – não só económica, mas dessas em especial – são propícias ao surgimento de soluções inovadoras e potenciam roturas no âmbito do Direito. Se há vários tipos de crise²⁷⁴, com diferentes consequências, a verdade é que a maioria das situações em que há um “desvio à normalidade” implicam novos desafios. Isso mesmo aconteceu com a crise económico-financeira portuguesa, que acarretou novos desafios para a Justiça Constitucional²⁷⁵.

Ainda que seja duvidoso aceitar a existência de um “direito de crise”²⁷⁶, uma vez que o nosso Texto Fundamental não prevê a figura do estado de crise ou de emergência económico-financeira²⁷⁷, o Tribunal Constitucional português tomou comportamentos diversos, se assim o podemos afirmar, face ao expectável.

²⁷⁴ Vide URBANO, *Curso ...*, *ob. cit.*, pp. 36 ss. A autora distingue entre “crises que ameaçam a independência ou a integridade territorial de um Estado”; “crises políticas ou de regime, consubstanciadas numa contestação ao regime, à sua legitimidade”; “crises provocadas por desastres naturais”; e acrescenta um quarto tipo, muito atual: “as crises económico-financeiras” de surgimento autónomo.

²⁷⁵ URBANO, Maria Benedita, “A Jurisprudência da Crise no Divã. Diagnóstico: Bipolaridade?”, in *O Tribunal Constitucional e a Crise – Ensaios Críticos*, pp. 11 ss, afirma que a “pressão da crise” foi sentida por todas as Instituições democráticas, mas em especial pelo Presidente da República, “com a exclusividade processual ativa em relação à fiscalização preventiva” e, acima de tudo, pelo Tribunal Constitucional português, “Pressão explícita e ostensiva por parte dos partidos da coligação” que precisavam que as medidas de austeridade não fossem chumbadas, por forma a respeitar os compromissos internacionais, “dos partidos da oposição, de sindicatos, de organizações profissionais, entre outros, que num contexto de panconstitucionalismo e panjusfundamentalismo (...) têm toda a facilidade em vestir as suas diferentes opiniões ideológicas e políticas e as suas reivindicações setoriais com as roupagens de uma questão de inconstitucionalidade”.

²⁷⁶ Aproveitamos a síntese do Professor Melo Alexandrino, para deixar o panorama geral da doutrina nacional sobre o tema: “tem algum interesse dar nota das três diferentes teses defendidas na doutrina a respeito da vigência e da normatividade da Constituição de 1976 no presente contexto: para uns (talvez a maioria), a Constituição portuguesa estaria plenamente em vigor [caso de Paulo Mota Pinto, que defende esta mesma posição in MOTA PINTO, Paulo, «A Protecção da Confiança na “Jurisprudência da Crise”», in *O Tribunal Constitucional e a Crise – Ensaios Críticos*, página 178, nota de rodapé n.º81]; para outros autores, a Constituição estaria condicionada por um “direito de crise” (MARIA BENEDITA URBANO) ou quanto menos afectada pela erosão do constitucionalismo estadual (RUI MEDEIROS); para uma terceira tese, a Constituição portuguesa estaria numa situação de “coma jurídico” (PAULO OTERO). A minha tese é distinta: (i) (...) toma como ponto de partida o reconhecimento da real afetação da capacidade de conformação da vida colectiva por parte da Constituição, em virtude de um conjunto de factores, *jurídicos* (...) e *extra-jurídicos* (...); (ii) (...) não contende à partida nem com a validade, nem com a vigência da Constituição, obrigando sim a uma releitura das respectivas normas (...); (iii) (...) “correspondente limitação dos poderes da jurisdição constitucional, sempre que esteja em causa o controlo do respeito por essa componente específica da Constituição”. Cit. ALEXANDRINO, José de Melo, “Jurisprudência da Crise. Das questões prévias às perplexidades”, in *O Tribunal Constitucional e a Crise – Ensaios Críticos*, p. 60.

²⁷⁷ Por razões de economia textual, não nos é possível desenvolver este ponto. Para observações mais aprofundadas sobre o tema, *vide*, entre outros: URBANO, Maria Benedita, “A Jurisprudência da Crise no Divã. Diagnóstico: Bipolaridade?”, in *O Tribunal Constitucional e a Crise – Ensaios Críticos*, pp. 13 ss.

Reconhecendo a situação de grave crise que o país atravessava, o TC preferiu adaptar as suas decisões às especiais circunstâncias que se atravessavam²⁷⁸ sem, contudo, utilizar a crise como “fundamento jurídico para um direito de crise carecedor de um tratamento judicial diferente do habitual”, inscrevendo essa consideração “no habitual juízo de ponderação, típico da resolução de conflitos de normas constitucionais, em particular das de natureza principal”²⁷⁹.

Por outro lado, também não deixou de atender aos demais circunstancialismos que limitavam o comportamento do Governo nacional – referimo-nos aos compromissos europeus e internacionais assumidos, *maxime* o chamado Memorando de Entendimento, presente em todas as decisões do legislador e dos tribunais^{280, 281}.

Não nos vamos centrar em demais arestos, mas deve ler-se o que expusemos anteriormente sobre várias decisões do TC português, sobre as quais opinaram vários Autores. As únicas exceções serão as seguintes decisões, que representam os primeiros exemplos de decisões de tipo intermédio na jurisprudência constitucional portuguesa.

Ora, a consagração jurisprudencial do chamado princípio da interpretação conforme à Constituição encontra-se num acórdão longínquo. Referimo-nos à decisão n.º 2/84, de 11

²⁷⁸ No mesmo sentido, URBANO, Maria Benedita, “A Jurisprudência da Crise no Divã...”, *ob. cit.*, p. 14, que ressalta o uso de expressões, nos diversos acórdãos, que apontam nesse sentido, tais como: “conjuntura financeira”, “conjuntura económico-financeira internacional”, “desequilíbrio orçamental”, “conjuntura de absoluta excecionalidade”, entre diversas outras, além de se fazer constante apelo aos compromissos europeus e internacionais subscritos por Portugal – a título de exemplo, veja-se o Ac. TC n.º 862/2013.

²⁷⁹ URBANO, Maria Benedita, “A Jurisprudência da Crise no Divã...”, *ob. cit.*, p. 15.

²⁸⁰ Questão muito interessante e que merecia ser discutida passa por saber se tal Memorando seria compatível com o nosso Texto Fundamental. No sentido da inconstitucionalidade desse ato, ver ALEXANDRINO, José de Melo, “Jurisprudência da Crise...”, *ob. cit.*, pp. 51 ss, em especial 55 ss, onde o Autor sublinha, citando o Presidente do TC: «esta perturbação da normatividade constitucional não pode deixar de ter repercussão na interpretação e na aplicação da Constituição, dada a relevância das alterações registadas no âmbito da realidade (...) “o texto respira o ar do seu contexto”». No mesmo texto, p. 63, o Autor acrescenta: “A crítica neste caso vai dirigida não ao excesso de pronúncia (*ativismo judicial*), mas sim ao défice de garantia da Constituição por parte do Tribunal Constitucional (...) é altamente desaconselhável que a instância suprema de garantia possa ignorar ofensas grosseiras à Constituição (...) o risco de descredibilização, tanto da Constituição como do órgão de fiscalização, é demasiado sério”.

²⁸¹ Não podemos esquecer, por outro lado, que a soberania nacional está, em grande parte, limitada não só pelos compromissos assumidos internacionalmente, em termos económicos, como pelos compromissos políticos, que nos possibilitaram fazer parte do Espaço da União Europeia. Numa visão alargada sobre o tema veja-se MEDEIROS, Rui, *A Constituição Portuguesa num Contexto Global*, Universidade Católica Editora, Lisboa, Março de 2015, pp. 63 ss, onde o Autor recorda, citando Dieter Grimm e Stephan Hobe, que o primado do direito constitucional já não é o mesmo de outrora, pois o direito europeu e internacional ganhou novo vigor; assim “a posição da Constituição de 1976 em face da crise do euro e do Memorando de Entendimento celebrado entre Portugal e a chamada *Troika* não é mais do que uma concreta manifestação do novo e mais limitado papel que a Lei Fundamental é chamada hoje a desempenhar”.

de Janeiro, nos termos da qual a Comissão Constitucional afirmou este instituto, ainda que de forma tímida.

Posteriormente, foram surgindo outros acórdãos que reforçaram a existência deste princípio. Apontamos, nesse sentido: Ac. n.º 304/94, de 24 de Março, onde se encontra expressa menção à ideia de interpretação conforme à Constituição; Ac. n.º 364/94, em que o TC decidiu que perante duas interpretações aceitáveis da norma legal, sendo uma incompatível e outra compatível com a Constituição, “o intérprete deve decidir-se por esta última, ou seja, pela interpretação conforme à Constituição”, desde que o teor verbal da norma em caso admita essa mesma interpretação (*elemento objetivo*); o Ac. n.º 254/92, em que o TC volta a reforçar a ideia de que não será admissível uma interpretação forçada, subvertendo “de forma clara e inequívoca, a vontade presumida do legislador, aproveitando de uma norma tão-só uma das suas partes” (pronunciou-se em sentido muito semelhante no Ac. TC n.º 229/94).

Porém, acompanhamos alguma doutrina que entende que “o Tribunal Constitucional não tem seguido nesta matéria um critério uniforme”²⁸², já que aceita a interpretação conforme à Constituição mas, enquanto nuns casos parte da interpretação para a questão (veja-se o exemplo dos acórdãos n.ºs 63/85 e 398/89), noutros apenas indica a interpretação que considera mais conforme à Constituição (acórdãos n.ºs 340/87 e 370/91).

O TC também tem reconhecido a sua “incompetência” para impor interpretações das normas aos demais tribunais, limitando-se a decidir se a interpretação das normas, feita pelos tribunais *a quo*, é ou não conforme à Constituição, sem definir a interpretação que considere mais correta, o que evita situações delicadas. Basta atender ao que se escreveu no Ac. n.º 271/92: “não se vai aqui discutir se a melhor interpretação (...) é a propugnada pelos recorrentes (...) se a adoptada pelo tribunal recorrido”²⁸³.

Finalmente, cumpre destacar que, segundo parte da doutrina, o TC já proferiu decisões modificativas, que podemos considerar o último patamar das decisões intermédias, mais distante da vinculação à CRP. Serão exemplos: Ac. n.º 338/95; Ac. n.º 251/92; 203/86; Ac. n.º 12/8; Ac. n.º 181/87; Ac. n.º 449/87; Ac. n.º 191/88; Ac. n.º 231/94 e Ac. n.º 563/96.²⁸⁴

²⁸² BRITO, Mário de, “Sobre as decisões...”, *ob. cit.*, p. 74.

²⁸³ *Cfr.* BRITO, Mário de, “Sobre as decisões...”, *ob. cit.*, p. 73.

²⁸⁴ Neste sentido MEDEIROS, Rui, *A decisão de inconstitucionalidade ...*, *ob. cit.*, pp. 474 ss.

Tratemos, finalmente, dos arestos que fazem parte da designada “Jurisprudência da Crise”.

Apontámos que, para a maioria dos Autores portugueses, esta “rubrica” foi iniciada com a prolação do *Acórdão 399/2010*, onde o TC decidiu relativizar as legítimas expectativas e admitiu a diminuição de certos salários e prestações sociais, sem que considerasse ter ocorrido uma violação do princípio da igualdade ou da protecção dessas legítimas expectativas. Esta decisão não teve, contudo, natureza de sentença intermédia.

De seguida, o TC proferiu o *Acórdão n.º 396/2011*²⁸⁵, onde voltou a afirmar que Portugal atravessava uma situação excepcional para admitir a restrição de certos direitos, sublinhando que a conjuntura europeia e internacional já faziam adivinhar medidas deste tipo.²⁸⁶

Esta é, assim, uma decisão de tipo intermédio.

Em anotação ao acórdão, Menezes de Leitão afirmou que este foi “mais um passo na jurisprudência complacente que o [Tribunal Constitucional] tem vindo a seguir desde o início da crise financeira”²⁸⁷.

É de salientar que, nesta anotação, o citado Autor deixa fortes críticas à atuação do nosso Tribunal, entendendo que “por esta via, a Constituição vai sendo sucessivamente reescrita pelo Tribunal Constitucional, receando-se que em breve nada reste da protecção dos direitos fundamentais”²⁸⁸. Para Menezes de Leitão, o corte salarial aceite pelo acórdão é inconstitucional, quer seja considerado confisco – constitucionalmente proibido pelo artigo 62º, n.º 2 da CRP – quer seja considerado um imposto, por violação do princípio da

²⁸⁵ Processo n.º 72/11, Plenário, Relator: Joaquim de Sousa Ribeiro. Trata-se da decisão que permitiu o corte dos salários dos funcionários públicos.

²⁸⁶ Além de reforçar a ideia de que nem toda a restrição de direitos viola o princípio da protecção da confiança ou implica um tratamento injusto e desigual, afirmando que “o sacrifício adicional que é exigido a essa categoria de pessoas – vinculada que ela está (...) à prossecução do interesse público – não consubstancia um tratamento injustificadamente desigual”. Rui Medeiros escreve que denota neste acórdão, assim como no anterior, “uma ponderação dos princípios constitucionais relevantes sensível ao argumento da crise” – *Cfr.* MEDEIROS, Rui, “A Jurisprudência Constitucional Portuguesa sobre a Crise: Entre a Ilusão de um Problema Conjuntural e a Tentação de um Novo Dirigismo Constitucional”, in *O Tribunal Constitucional e a Crise – Ensaios Críticos*, p. 267.

Veja-se também CANAS, Vitalino, «Constituição *Prima Facie*: igualdade, proporcionalidade, confiança (aplicadas ao “corte” de pensões)», in *Revista Eletrónica de Direito Público*, n.º 1, 2014, (disponível em <www.e-publica.pt>; último acesso em 01/07/2017).

²⁸⁷ MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de, *Anotação ao acórdão do Tribunal Constitucional n.º 396/2011*; processo n.º 72/11, plenário; Relator: Joaquim de Sousa Ribeiro, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 71, Lisboa, Out./Dez. 2011, pp. 1225 a 1285.

²⁸⁸ MENEZES LEITÃO, *Anotação ...*, p. 1279.

igualdade tributária, previsto no artigo 13.º da CRP, e da universalidade do imposto, que se encontra no artigo 12.º da CRP.

O Professor acrescenta que a fundamentação apresentada não convenceu minimamente²⁸⁹, por o TC “concluir, no seu habitual uso de uma jurisprudência vaga, com um enorme grau de subjetividade, que *“só por parâmetros valorativos decorrentes de princípios constitucionais, em particular os da confiança e da igualdade, pode ser apreciada a conformidade da constitucionalidade das soluções normativas em causa”*, recordando que *“independentemente do sentido das pronúncias”* foi sempre essa *“a orientação constante deste Tribunal, sempre que chamado a julgar questões atinentes, directa ou indirectamente, a reduções remuneratórias”*, citando os Acórdãos n.ºs 303/90, 786/96 e 141/2002.”²⁹⁰.

Sem querermos entrar na análise da bondade do acórdão ou numa discussão sobre direitos fundamentais, ressaltamos a expressão utilizada por Menezes Leitão, que defende que “a Constituição não se basta com uma simples garantia do direito à retribuição, exigindo antes um nexo de correspectividade entre a retribuição e o trabalho prestado”. O Autor vai mais longe e considera que esse vínculo é quebrado quando o salário é reduzido, mas o trabalhador se mantém obrigado a prestar o mesmo trabalho²⁹¹.

Assim, o Autor defende que a política do Governo – e esta decisão do Tribunal Constitucional, que permitiu a sua manutenção – implicam a violação do artigo 59.º, n.º 1, a) da CRP, que reconhece os direitos dos trabalhadores, nomeadamente “à retribuição do trabalho, segundo a quantidade, natureza e qualidade”.

De certa forma, devemos entender que a maioria da doutrina que se pronunciou contra este Acórdão o fez por ele ter implicado uma inversão de sentido na jurisprudência constitucional portuguesa já que, como refere Menezes Leitão, sempre que o TC havia sido chamado a pronunciar-se sobre diminuição de salários tinha considerado que uma redução afetava a protecção da confiança do trabalhador, inerente ao princípio do Estado de direito.²⁹²

²⁸⁹ Cfr. MENEZES LEITÃO, *Anotação ...*, p. 1280, onde o Autor estende a sua crítica às anteriores decisões.

²⁹⁰ MENEZES LEITÃO, *Anotação ...*, p. 1282 e 1283.

²⁹¹ Cfr. MENEZES LEITÃO, *Anotação ...*, p. 1282.

²⁹² Vide MENEZES LEITÃO, *Anotação ...*, p. 1283.

Mas, desta vez, o TC considerou que a lesão ao princípio da proteção da confiança se justificava por razões de interesse público – lembramos que estava em causa o cumprimento dos compromissos económicos, assumidos pelo Governo Português, com instâncias europeias e internacionais.

Ou seja, o TC apoiou-se num dos fundamentos presentes no artigo 282.º, n.º4 para emitir uma decisão de rejeição da inconstitucionalidade, ao contrário do que a doutrina e a opinião pública esperavam. Assim, parece-nos que as críticas apontadas a este acórdão não vão tanto no sentido da extrapolação de competências ou de excesso de criatividade da parte dos juízes constitucionais – uma vez que estes nem sequer deferiram a eficácia da decisão no tempo – mas, sobretudo, pela “regressão” na proteção dos direitos dos trabalhadores.²⁹³

Importa lembrar que, nesse momento, grande parte da opinião política e diversos setores da sociedade estavam “cansados” das medidas de austeridade e da passividade do Governo, começando a exigir mais dos órgãos que poderiam travar esta situação. Parece-nos que foi a partir daqui que a maioria dos portugueses se familiarizou com o Tribunal Constitucional e com as suas competências, fazendo “pressão” para que atuasse – por isso parte da Doutrina considera que assistimos aqui a um momento de viragem na jurisprudência constitucional.²⁹⁴

²⁹³ Citamos, uma última vez MENEZES LEITÃO, *Anotação ...*, p. 1285, que deixa uma crítica muito feroz ao comportamento dos juízes constitucionais, ao afirmar que “sendo tão clara a inconstitucionalidade da medida de redução de salários, não admira que surjam decisões dos tribunais a declarar esta medida inconstitucional... Lamentavelmente, no entanto, a última palavra caberá ao Tribunal Constitucional, pelo que, se ele insistir nesta jurisprudência, essas decisões serão revogadas... [e assistiremos a] uma inversão total do papel que deveria caber ao Tribunal Constitucional. Tendo sido criado para defender a Constituição, está afinal a impedir os outros tribunais de proteger essa mesma Constituição”.

²⁹⁴ Leia-se, a este respeito, MEDEIROS, Rui, *A Constituição Portuguesa num Contexto Global*, Universidade Católica Editora, Lisboa, Março de 2015, pp. 68 ss: “A viragem do Tribunal Constitucional deve ser contextualizada. Cumpre, em primeiro lugar, ter presente a evolução do modo como, no espaço público nacional, a própria crise e, sobretudo, as medidas anticrise foram percecionadas (...) o mal-estar foi-se instalando na sociedade portuguesa e as dúvidas acumulando-se (...) o maior partido da oposição assumiu uma rutura com as políticas do governo, este passou a atuar «a solo» perante a Troika e perante o país”, o que tornou extremamente frágil a ação do executivo (...) entre os próprios especialistas, começaram a multiplicar-se as críticas à pretensa desvalorização do direito e da própria Constituição (...) aumentando o número de vozes que considerava que o que se estava a assistir, em virtude da “complacência” do Tribunal Constitucional, era verdadeiramente à substituição da Constituição por uma lei constitucional ditada pela gravidade e urgência dos problemas nacionais gerados pela crise”.

É nesta fase que surge outro dos acórdãos que merece uma atenção mais cuidada, por também ele se integrar na chamada “jurisprudência da crise” e por ser um exemplo da maior abertura do Tribunal Constitucional português a técnicas criativas.²⁹⁵

Referimo-nos ao *Acórdão n.º 353/2012, de 20 de Julho*²⁹⁶⁻²⁹⁷. Este é, segundo Carlos Blanco de Moraes um caso de “sentença aditiva de revisão constitucional”²⁹⁸.

Nesta decisão, resultado de um processo de controlo abstrato sucessivo da constitucionalidade, o TC “criou ensaiando uma variante de mutação constitucional através de uma componente manipulativa da sentença que modelava os seus próprios efeitos

²⁹⁵ Segundo Sousa Ribeiro, até ao surgimento deste acórdão, a esmagadora maioria das decisões do TC no sentido da restrição temporal de efeitos, haviam-se traduzido na atribuição de eficácia *ex nunc* a partir da publicação da decisão – a única exceção seria o Ac. n.º 92/84. Este aresto marca, assim, um período de viragem pois os magistrados avançaram ainda mais no tempo o início da verificação dos efeitos decorrentes da inconstitucionalidade. *Cfr.* RIBEIRO, Joaquim Sousa, «O diferimento da eficácia no tempo da declaração de inconstitucionalidade», In *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 145, n.º 3998, pp. 266 a 295.

²⁹⁶ Processo n.º 40/12. O Relator deste acórdão – Conselheiro Cura Mariano – revelou-se especialmente sensível às questões intimamente ligadas à crise nacional e foi um dos maiores defensores dos direitos dos portugueses. Basta atender ao facto de o mesmo, em momento anterior – Ac. 396/2011 – ter defendido solução semelhante à agora adotada. Já Vítor Gomes, Maria Lúcia Amaral e Rui Manuel Moura Ramos votaram vencido. Catarina Sarmento e Castro, Carlos Pamplona de Oliveira e Cunha Barbosa foram contra o adiamento da produção dos efeitos da decisão para o ano de 2013. Para uma análise crítica dos votos de vencido, *vide* SANTOS, António Carlos dos, e PALMA, Clotilde Celorico, «O acórdão do Tribunal Constitucional n.º 353/2012, de 5 de Julho – a prevalência da razão jurídica sobre a razão económica», In *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, Vol. II, Ano V, 11/12, 2012, pp. 40ss.

²⁹⁷ A questão da inconstitucionalidade recaía sobre uma norma, prevista no Orçamento de Estado para 2012, nos termos da qual se suspendiam os chamados “subsídio de férias” e “subsídio de Natal” dos trabalhadores da função pública e seus pensionistas, prevendo-se, ainda, que a norma persistisse enquanto durasse o programa internacional de assistência a Portugal. A norma acabou por ser declarada inconstitucional, com força obrigatória geral, por violação do princípio da igualdade. O estudo desta decisão revela-se fulcral não só por demonstrar a maior abertura do TC português a “novas técnicas decisórias”, mas também por ter sido o ponto de viragem, segundo grande parte dos Autores, na jurisprudência da crise. Vide, a esse respeito, MEDEIROS, Rui, “A Jurisprudência Constitucional Portuguesa sobre a Crise: Entre a Ilusão de um Problema Conjuntural e a Tentação de um Novo Dirigismo Constitucional”, in *O Tribunal Constitucional e a Crise – Ensaio Crítico*, páginas 268 e seguintes, onde o Autor afirma que a viragem na jurisprudência constitucional se manifestou na maior preocupação na “reafirmação inequívoca da primazia da Constituição” e em “assegurar a todo o custo a plena efetividade da ordem constitucional”; MEDEIROS, Rui, *A Constituição Portuguesa num Contexto Global*, Universidade Católica Editora, Lisboa, Março de 2015, pp. 67 ss.

²⁹⁸ Na exposição subsequente seguimos de perto, ainda que não concordemos com todas as suas observações, como teremos oportunidade de revelar: MORAIS, Carlos Blanco de, “As mutações constitucionais implícitas e os seus limites jurídicos: autópsia de um Acórdão controverso”, in *Separata da IurisMat – Revista Jurídica do Instituto Sup. Manuel Teixeira Gomes*, pp. 55 a 90.

Ver também SANTOS, António Carlos dos, e PALMA, Clotilde Celorico, «O acórdão do Tribunal Constitucional n.º 353/2012, de 5 de Julho – a prevalência da razão jurídica sobre a razão económica», In *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, Vol. II, Ano V, 11/12, 2012, pp. 31 a 53. O estudo deste último texto revela interesse por se colocarem outras dúvidas, que extrapolam o âmbito da maior parte das produções sobre o acórdão – questiona-se, nomeadamente, a legitimidade de um governo de gestão, como era o de José Sócrates, para assinar o Memorando. No mais, destacamos uma das suas ilações, por concordar com o nosso pensamento – e o de parte da doutrina: “As razões de eficácia podem muito, mas não podem tudo (...) o Direito não pode ser uma função da razão económica sob pena de deixar de ser Direito” (pp. 38 e 40).

temporais (...) contagiado pelo sofrimento dos cidadãos”²⁹⁹. Maria Benedita Urbano concorda com esta conclusão, afirmando existir, neste aresto, uma “modulação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade ‘à austríaca’ [em relação aos efeitos concretos e não em termos formais] – de que resultou o esvaziamento do efeito útil da decisão de inconstitucionalidade da medida orçamental que previa o não pagamento dos subsídios de férias e de Natal durante o ano de 2012”³⁰⁰.

No mesmo sentido, Melo Alexandrino classifica esta decisão como “uma sentença até aí inédita de limitação dos efeitos *in futuro*”³⁰¹. Por seu turno, Rui Medeiros sublinha “a cautela demonstrada pelo *Palácio Rattón* ao impor, de forma inovadora na jurisprudência constitucional portuguesa, “a *domesticação* da declaração de inconstitucionalidade” através de uma limitação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade *in futuro* – permitindo este acórdão de julho de 2012 que as normas inconstitucionais da lei do orçamento vigorassem até ao final do ano de 2012”³⁰².

As censuras àquela norma eram diversas. Por um lado, criticava-se o facto de esta coartar um direito análogo aos DLG através de ato legislativo (o que não é permitido pela CRP, a não ser em caso de “estado de sítio” ou “estado de emergência”, “criando-se assim um estado de exceção financeira à margem da Constituição”).³⁰³

²⁹⁹ Blanco de Moraes chega a afirmar – de forma exagerada, segundo nos parece – que a “imparcialidade [do TC] foi ofuscada, talvez com menor justiça, pela partidarização do processo de designação parlamentar dos seus titulares e por reparos de certos sectores políticos a um hipotético “*favor legislatoris*”; ora não nos parece que o tribunal mereça tamanha censura, mas essa ponderação será feita mais tarde.”. Vide MORAIS, Carlos Blanco de, “As mutações constitucionais ...”, p. 56.

³⁰⁰ URBANO, Maria Benedita, “A Jurisprudência da Crise no Divã...”, *ob. cit.*, pp. 17/18.

³⁰¹ ALEXANDRINO, José de Melo, “Jurisprudência da Crise...”, *ob. cit.*, p. 59. Segundo o Autor, este aresto coincide com o “pico máximo de protecção” conferido pelo TC, pois a partir deste momento “o Tribunal Constitucional tendeu a ignorar a situação de excecionalidade para dela extrair exigências metódicas particulares”; e crítica “por razões que permanecem insondáveis, o Tribunal Constitucional passou diretamente da “autocontenção” (Acórdão n.º 396/2011) para picos de “dirigismo constitucional” (Acórdão n.º 862/2013).”.

³⁰² *Cit.* MEDEIROS, Rui, “A Jurisprudência Constitucional Portuguesa sobre a Crise: Entre a Ilusão de um Problema Conjuntural e a Tentação de um Novo Dirigismo Constitucional”, in *O Tribunal Constitucional e a Crise – Ensaios Críticos*, p. 271. Em MEDEIROS, Rui, *A Constituição Portuguesa num Contexto Global*, Universidade Católica Editora, Lisboa, Março de 2015, página 71, o Autor considera que esta mesma posição voltou a ser sufragada pelo TC nos acórdãos n.ºs 187/2013 e 413/2014.

³⁰³ MORAIS, Carlos Blanco de, “As mutações constitucionais ...”, p. 57.

Por outra parte, arguia-se que esta disposição violava o princípio da proteção da confiança³⁰⁴ dos pensionistas, uma vez que atentava situações jurídicas constituídas no passado e sobre as quais nada fazia prever que, em certo momento, pudessem deixar de existir.³⁰⁵

Finalmente, muitos entendiam que havia violação do princípio da igualdade, uma vez que apenas se retiravam os subsídios dos funcionários públicos, deixando intactas prestações iguais ou semelhantes recebidas pelos trabalhadores do setor privado.

Face a esta situação, o TC foi chamado a pronunciar-se e, nas palavras de Blanco de Moraes, fê-lo numa “peculiar sentença que se caracterizou por um forte impacto político (indignando a maioria governamental e os credores internacionais e encantando um sector da oposição) mas, simultaneamente, por uma ausência de efeitos jurídicos, sendo entendida como uma espécie de tiro de pistola de alarme relativamente a uma lei nascitura, mais precisamente, a Lei do Orçamento de Estado para o ano de 2013.”³⁰⁶.

Deixando o mérito do acórdão de parte³⁰⁷ e entrando nas questões processuais, podemos concluir que houve uma manipulação constitucional, na medida em que, apesar de não se terem produzido “efeitos jurídicos repressivos” a decisão, com eficácia *erga omnes*, no

³⁰⁴ Para uma larga análise dos acórdãos da crise na perspetiva da proteção do princípio da confiança – em particular desta decisão – veja-se MOTA PINTO, Paulo, «A Protecção da Confiança na “Jurisprudência da Crise”», in O Tribunal Constitucional e a Crise – Ensaio Críticos, pp. 135 ss, em especial p. 143.

³⁰⁵ Blanco de Moraes utiliza a interessante expressão “legítima e fundada expectativa do seu pagamento”. MORAIS, Carlos Blanco de, “As mutações constitucionais ...”, p. 57.

³⁰⁶ MORAIS, Carlos Blanco de, “As mutações constitucionais ...”, p. 57.

³⁰⁷ Mas não o poderíamos fazer sem deixar uma interessante nota em relação ao “uso” da questão da crise, em sentido diverso do habitual, neste concreto acórdão. Segundo Maria Benedita Urbano, nesta decisão, o TC lançou mão da problemática em sentido diverso do habitual, pois afirmou reconhecer a “gravíssima situação económico-financeira”, mas também sublinhou que os objectivos assumidos com instâncias internacionais “devem ser alcançados através de medidas de diminuição de despesa e/ou de aumento da receita que não se traduzam numa repartição de sacrifícios excessivamente diferenciada”; ou seja, os magistrados não se revelaram insensíveis ao argumento “crise”, mas também não admitiram que o mesmo fosse usado para justificar todas as opções políticas “duvidosas”, especialmente aquelas que coartavam o princípio da igualdade, afirmando a Autora “que o argumento da crise não é suficiente para minimizar o seu carácter excessivo”. Cfr. URBANO, Maria Benedita, “A Jurisprudência da Crise no Divã...”, *ob. cit.*, p. 16. Ver também BRANCO, Ricardo, «Ou sofrem todos, ou há moralidade: breves notas sobre a fundamentação do Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 353/2012, de 5 de julho», In *Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Teles*, obra coletiva, Vol. I, Coimbra, 2012, pp. 329 a 356. Este Autor entende que o TC deveria ter afastado a presunção de incompetência fiscalizadora do pedido e exercer a sua “competência da competência” e “mesmo que em zona de areia movediça, ainda [estaria] nas fronteiras da explicitação das determinantes constitucionais positivas e negativas da protecção da confiança. Mas nem sequer as tentou” (p. 349). Por isto aplaude o pedido de fiscalização da constitucionalidade mas critica o TC, apontando-lhe um “défice de esforço” que, segundo o Autor, está patente na fundamentação da decisão, entendendo que a interpretação daquele se presta a uma “equivocidade pouco amiga do bom desempenho das garantias constitucionais” (p. 350).

sentido da inconstitucionalidade da norma, implicou uma modelação dos efeitos típicos destas sentenças.

Assim, o TC, invocando o interesse público de excecional relevo, restringiu temporalmente os efeitos da decisão, decorrentes do n.º 2 do art.º 282.º da CRP, e salvaguardou tanto os efeitos inconstitucionais passados da norma, como os efeitos futuros, até ao final desse ano.³⁰⁸ Ou seja, ainda que tenha considerado a norma inconstitucional, preferiu defender o erário público, retirando eficácia retroativa à sua decisão, explicando no texto do acórdão os motivos para que a decisão de inconstitucionalidade valesse apenas para o futuro.

Porém, como fomos apontando, a doutrina não é unanime na designação a atribuir a esta decisão. Ou seja, não há acordo entre os Autores nacionais sobre a que figura corresponde esta decisão intermédia, sendo apenas óbvio que se tratou de uma decisão de acolhimento da inconstitucionalidade com efeitos para o futuro. Seja como for, grande parte da doutrina revelou-se contrária a esta decisão e ao seu “figurino”.

Blanco de Moraes acrescenta que esta será uma “decisão de acolhimento fictício”, já que se associou uma advertência ou “apelo” ao legislador para que, no próximo orçamento, não repetisse a solução pensada, pois já estava “avisado” que pela não passaria pelo crivo da constitucionalidade, devendo fixar novos critérios distributivos dos sacrifícios de forma mais equitativa.³⁰⁹

Concluiu, ainda, que se criou um “precedente instável e duvidoso, criticado por uma larga maioria da doutrina, que abre caminho para que o Tribunal Constitucional, no futuro, volte a autorizar que uma norma declarada inconstitucional produza efeitos futuros, sem que tal resulte da letra da Constituição ou do espírito de um legislador que excluiu essa hipótese nos trabalhos preparatórios da revisão constitucional de 1982. Sob o manto diáfano da Lei Fundamental foi gerada uma primícia de mutação constitucional, informal e algo sorrateira, operada por via jurisprudencial e contida numa ‘sentença aditiva de revisão constitucional’.”³¹⁰

³⁰⁸ MORAIS, Carlos Blanco de, “As mutações constitucionais ...”, *ob. cit.*, p. 58.

³⁰⁹ MORAIS, Carlos Blanco de, “As mutações constitucionais ...”, *ob. cit.*, p. 58. No mais, o Autor defende, acerrimamente, a impossibilidade de decisões como estas em Portugal, criticando de forma incisiva o comportamento do Tribunal Constitucional nesta decisão – na medida em que deturpou os efeitos típicos das decisões de inconstitucionalidade.

³¹⁰ MORAIS, Carlos Blanco de, “As mutações constitucionais ...”, *ob. cit.*, p. 61.

A crítica ao acórdão parte, igualmente, de Mota Pinto. Para o Professor, esta decisão abriu caminho à redução da liberdade de conformação política do legislador, criando condições ao aumento da politização das decisões do julgador, referindo a falta de adequação funcional e epistémica da decisão.³¹¹

Sobre o acórdão também se pronunciou Jorge Miranda.³¹²

Para o Mestre, o TC andou bem ao limitar-se a sugerir que certas medidas eram possíveis, mas sem as formular, pois ficaríamos perante uma situação de ativismo judicial inoportável.³¹³ Considera que estava em causa uma avaliação “do princípio da proporcionalidade na vertente da produção do excesso”, uma vez que o tribunal foi chamado a decidir se as medidas dirigidas aos funcionários públicos eram, em termos quantitativos e qualitativos, racionais.

No entanto, o Autor critica outra parte da decisão, pois considera que o TC não esteve bem ao não se pronunciar sobre a situação dos reformados e aposentados, já que a situação destes é totalmente distinta e merecia uma pronúncia à parte.³¹⁴

Face àquele que é o nosso objeto de estudo, importa-nos sobretudo ter em conta as últimas considerações de Jorge Miranda sobre este acórdão. Afirma ele que a restrição de efeitos levada a cabo pelo Tribunal Constitucional não deveria ter acontecido, pois não compreende restrições de efeitos para o futuro de uma decisão de provimento da inconstitucionalidade. Assim, aponta o dedo ao Tribunal por este ter mantido em vigor uma norma inconstitucional.

O Professor não exclui a hipótese de serem ressalvados efeitos (e factos) passados, mas não admite que efeitos futuros, que se venham a produzir depois da publicação da declaração de inconstitucionalidade, com eficácia obrigatória geral, sejam ressalvados.

³¹¹ MOTA PINTO, Paulo, «A Protecção da Confiança na “Jurisprudência da Crise”», in *O Tribunal Constitucional e a Crise – Ensaios Críticos*, pp. 143 e 144.

³¹² Cfr. MIRANDA, Jorge, “O Tribunal Constitucional em 2012”, in *Revista Jurídica O Direito*, Lisboa, A. 145, n.ºs 1 e 2, 2013, pp. 341 a 378.

³¹³ O Autor escreve, com segurança: “não cabia ao Tribunal fornecer tais indicações concretas; o que lhe competia era averiguar se as normas respeitantes às categorias de trabalhadores se continham no âmbito da diferenciação razoável, à luz do princípio da igualdade, ou se o ultrapassavam”. MIRANDA, Jorge, “O Tribunal Constitucional em 2012”, p. 364.

³¹⁴ MIRANDA, Jorge, “O Tribunal Constitucional em 2012”, p. 365.

Concluiu, por isso, que “diferir para o futuro a produção de efeitos briga com o próprio princípio da constitucionalidade”.³¹⁵

Quanto ao *Ac. n.º 187/2013*³¹⁶ muito se poderá dizer.

Segundo parte da doutrina nacional, neste caso concreto, o TC ficou aquém do que seria de esperar³¹⁷, por não reconhecer a inconstitucionalidade das normas em análise.³¹⁸

Maria Benedita acrescenta, por outro lado, que o TC revelou, nesta decisão, uma posição de autocontenção, ao rejeitar liminarmente a figura do caso julgado – supostamente formado pelo Acórdão 353/2012 – como componente do bloco de constitucionalidade.³¹⁹

Este aresto deu, ainda, lugar a uma acesa discussão doutrinária acerca do problema da justiça intergeracional.³²⁰

³¹⁵ Cfr. MIRANDA, Jorge, *ob. cit.*, p. 365. O Autor acrescenta, para reforçar a sua posição, que se o Tribunal não tivesse tomado aquela posição, com certeza a Assembleia ou o Governo teriam tomado as medidas necessárias para repor a regularidade da situação.

Em sinal contrário SANTOS, António Carlos dos, e PALMA, Clotilde Celorico, «O acórdão do Tribunal Constitucional n.º 353/2012, de 5 de Julho – a prevalência da razão jurídica sobre a razão económica», In *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, Vol. II, Ano V, 11/12, 2012, pp. 52/53. Concluem estes autores que a decisão tomada pelo TC foi possível graças a uma “interpretação muito lata dos poderes que lhe são conferidos pelo artigo 282.º, n.º 4 da CRP” que se afastou da jurisprudência anterior e da maior parte da doutrina, levando em conta “um juízo de oportunidade e autodefesa”. Porém, alertam os Autores, o custo desta medida é elevado, pois o “TC arrisca-se a transpor a fronteira que separa um juízo jurídico de um juízo político”. Por outro lado, justificam os votos dissidentes dos Conselheiros Vítor Gomes, Lúcia Amaral e Rui Moura Ramos no ponto em que os efeitos práticos da decisão apenas se manifestarem em 2013. Quanto à declaração da Conselheira Catarina Sarmento e Castro admitem-lhe certa razão.

³¹⁶ De 22 de Abril, processos n.º 2/2013, 5/2013, 8/2013 e 11/2013.

³¹⁷ Transcrevemos uma das passagens do acórdão que mais discussão proporcionou, por ser uma crítica ao comportamento do Governo português, ainda que a decisão tenha sido pela não inconstitucionalidade da norma, e que demonstra, como aponta MEDEIROS, Rui, “A Jurisprudência Constitucional Portuguesa sobre a Crise: Entre a Ilusão de um Problema Conjuntural e a Tentação de um Novo Dirigismo Constitucional”, in *O Tribunal Constitucional e a Crise – Ensaios Críticos*, pp. 271 ss, a diminuição da tolerância do TC às medidas restritivas com o prolongar dos tempos de crise, chegando a falar numa “Constituição *insensível* à crise”: “o decurso do tempo implica um acréscimo de exigência ao legislador no sentido de encontrar alternativas que evitem que, com o prolongamento, o tratamento diferenciado se torne claramente excessivo para quem o suporta, e exige ao legislador um ónus de fundamentação em termos de valores previsíveis para as diversas alternativas possíveis de aumento de receita ou redução de despesa”.

³¹⁸ Urbano fala numa “apreciação *light*” da redução das deduções à coleta.

³¹⁹ Vide URBANO, Maria Benedita, “A Jurisprudência da Crise no Divã...”, *ob. cit.*, pp. 30/31, e a própria decisão, onde se lê: “Ainda que possa admitir-se que a fundamentação jurisprudencial de uma decisão de inconstitucionalidade tenha a virtualidade de desempenhar um papel de orientação de futuras atuações legislativas (...) é constitucionalmente inadmissível pretender que essa fundamentação tenha força de caso julgado e seja, por si, invalidante de uma nova solução legislativa”.

³²⁰ Essa discussão não faz parte do nosso estudo mas aconselhamos, para sua compreensão, a leitura de: SILVA, Suzana Tavares, «O problema da justiça intergeracional em jeito de comentário ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 187/2013», In *Cadernos de Justiça Tributária n.º 00*, Abril/Junho de 2013, pp. 6 a 18.

Na decisão n.º 474/2013, o TC volta a sublinhar a ideia de que a crise não pode justificar todas as medidas de austeridade, ao mencionar que “não se encontra fundamento que permita considerar a presença de razões de interesse público com peso prevalecente sobre a confiança gerada pela expectativa legítima reforçada de defesa relativamente ao afastamento do despedimento sem justa causa subjetiva”.

Assim, voltou a tomar uma decisão auto contida e a comportar-se como era expectável.

No que respeita ao Acórdão n.º 862/2013, em que o TC declarou a inconstitucionalidade da norma que reduzia as pensões de antigos funcionários públicos por violação do princípio da confiança³²¹, este parece ser o aresto em que “o TC *mais se estendeu* sobre a *avaliação do interesse público* que poderia justificar a norma em questão – e também aquele em que adotou uma posição de *menor tolerância* perante a liberdade de conformação do legislador, roçando já o “dirigismo constitucional”³²².

Muito se pronunciou – como podemos demonstrar – a doutrina acerca destes casos e sobre as polémicas decisões do TC português³²³, sendo que muitas vezes se levantaram contra o andamento deste³²⁴.

³²¹ É de salientar que, na esmagadora maioria das decisões de inconstitucionalidade em tempo de crise, o TC lançou mão deste argumento para defender a sua posição, tenha sido ela no sentido da inconstitucionalidade ou da não inconstitucionalidade da norma. Ver, neste sentido, MOTA PINTO, Paulo, «A Protecção da Confiança na “Jurisprudência da Crise”», in O Tribunal Constitucional e a Crise – Ensaio Críticos, pp. 135ss.

³²² Cit. MOTA PINTO, Paulo, «A Protecção da Confiança na “Jurisprudência da Crise”», in O Tribunal Constitucional e a Crise – Ensaio Críticos, p. 159.

Concordamos com esta conclusão, pois parece-nos que o TC acabou por se estender demais nas formulações que fez, tentando “substituir-se” ao legislador em certas ponderações necessárias à reforma do sistema de pensões. Referimo-nos, por exemplo, à consideração feita por este tribunal de que a violação das expectativas “só se justificaria eventualmente no contexto de uma reforma estrutural que integrasse de forma abrangente a ponderação de vários fatores. Só semelhante reforma poderia, eventualmente, justificar uma alteração nos montantes das pensões a pagamento, por ser acompanhada por outras medidas que procedessem a reequilíbrios noutros domínios. (...) teria de ser uma medida tal que encontrasse forte apoio numa solução sistémica, estrutural, destinada efetivamente a atingir os três desideratos acima explanados: sustentabilidade do sistema público de pensões, igualdade proporcional, e solidariedade entre gerações.”

³²³ Não podemos analisar o acórdão mais controverso em relação aos limites ao espaço de conformação política do legislador vs atividade jurisdicional, uma vez que essa decisão não é, por nós, incluída na chamada jurisprudência da crise. Referimo-nos ao Ac. 862/2013, vastamente analisado em URBANO, Maria Benedita, “A Jurisprudência da Crise no Divã...”, *ob. cit.* pp. 31 ss.

³²⁴ Certos Autores lançaram mão de expressões que consideramos um pouco extremistas. É o caso de Paulo Otero, que afirma que o Memorando colocou a CRP num estado de “coma jurídico”, com a “transformação de Portugal num protetorado internacional” e uma “total indiferença pela «Constituição oficial» ou escrita”. *Apud* MEDEIROS, Rui, “A Jurisprudência Constitucional Portuguesa sobre a Crise: Entre a Ilusão de um Problema Conjuntural e a Tentação de um Novo Dirigismo Constitucional”, in O Tribunal Constitucional e a Crise – Ensaio Críticos, página 274, que se pronuncia sobre a “jurisprudência da crise” (e MEDEIROS, Rui, *A Constituição Portuguesa num Contexto Global*, Universidade Católica Editora, Lisboa, Março de 2015,

Vistos os acórdãos, parece-nos que devemos fazer uma breve resenha sobre as ilações.

Por um lado, parece-nos que se é verdade que “o perigo de rotura da unidade constitucional muitas vezes se torna real em tempos de crise, quando os juízes constitucionais optam por privilegiar os direitos fundamentais ou certos direitos fundamentais em claro desrespeito pelas normas organizatório-competenciais da constituição”³²⁵, também não podemos deixar de considerar que é nestes momentos de “crise” que se revela a fibra dos tribunais e demais instituições³²⁶, pois é nesse momento que eles mais têm de enfrentar dificuldades e críticas. E essa dificuldade acrescida de afirmação ficou patente, neste último período do TC³²⁷.

páginas 75 e seguintes) nestes termos: “A perspectiva adotada neste texto é radicalmente distinta. (...) mais do que um momento alfa representam a *ponta do iceberg*, apresentando-se como uma manifestação do fenómeno *estrutural* da erosão do constitucionalismo estadual português na atual encruzilhada pós-nacional. Por isso, independentemente da situação conjuntural, e das respostas constitucionais para situações de exceção, o que se exige, no contexto atual, é uma releitura da Constituição no quadro de um Estado constitucional cosmopolita”. Conclui o Mestre, in MEDEIROS, Rui, *A Constituição Portuguesa num Contexto Global*, p. 112: “Mesmo em Portugal, como transpareceu da análise já realizada da evolução da jurisprudência (...) assiste-se a um movimento de reafirmação dos direitos sociais e à apologia da sua normatividade reforçada”.

³²⁵ URBANO, Maria Benedita, *Curso ...*, p. 128. A mesma Autora – num texto diferente – afirma que a posição do TC não foi sempre a mesma e “que este tribunal nem sempre terá usado os mesmos pesos e medidas nas suas ponderações”, uma vez que “pontualmente, ele se rendeu demasiado depressa aos argumentos do legislador (...) não expandi[ndo] ao máximo (...) o alcance das normas constitucionais em prol da sua leitura mais *rights friendly*”. Vide URBANO, Maria Benedita, “A Jurisprudência da Crise no Divã...”, *ob. cit.*, p. 17.

³²⁶ Acompanhamos Alexandrino quando este afirma que para se sair da situação de crise é necessário uma “*cooperação responsável* entre os diversos poderes do Estado, todos colaborando para o mesmo fim prioritário do pronto regresso à normalidade constitucional”. Cfr. ALEXANDRINO, José de Melo, “Jurisprudência da Crise. Das questões prévias às perplexidades”, in *O Tribunal Constitucional e a Crise – Ensaios Críticos*, p. 57.

³²⁷ ALEXANDRINO, *ob. cit.*, p. 58, afirma que períodos de crise exigem do TC “um reforço da [sua] sensibilidade política, mas também da responsabilidade e transparência”. Já URBANO, Maria Benedita, “A Jurisprudência da Crise no Divã...”, p. 23 escreve: “Não obstante, a abertura do TC a esse espaço de livre conformação vai-se aos poucos desvanecendo. Efetivamente, a capacidade de resistência deste tribunal vai sendo posto à prova, terminando, ao final, com o TC a ‘corrigir’ a actuação do legislador (...) testou a sua própria capacidade de sacrifício no que respeita à tentação de interferir na escolha das melhores opções de governação”. Ver, ainda, MEDEIROS, Rui, “A Jurisprudência Constitucional Portuguesa sobre a Crise: Entre a Ilusão de um Problema Conjuntural e a Tentação de um Novo Dirigismo Constitucional”, in *O Tribunal Constitucional e a Crise – Ensaios Críticos*, pp. 284 ss, que considera: “Bem andou, pois, a nossa jurisprudência constitucional inicial sobre a crise”, mas vai muito mais longe, afirmando a necessidade de uma nova teoria constitucional pós-moderna e ao reconhecer que o “Tribunal Constitucional não se deve contentar em verificar, em face das diferentes normas de controlo, a constitucionalidade ou inconstitucionalidade, devendo ainda os interesses tutelados pelas diferentes normas constitucionais ser tomados em consideração em sede de determinação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade”, uma vez que as normas devem ser olhadas como “elementos fundamentais de uma ordem objetiva da comunidade e, nessa medida, ser tomadas em consideração pelo Tribunal Constitucional em sede de determinação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade”.

Por outro lado, concordamos com a opinião de Paulo Mota Pinto, quando defende que o TC deve ser mais autocontido no julgamento de inconstitucionalidades em fiscalização abstrata do que em fiscalização concreta, uma vez que naqueles casos não tem perante si todo o conjunto de circunstâncias concretas.³²⁸

Assim, talvez fosse exigível uma ponderação mais cautelosa e fundamentada do TC, que, em muitos dos Acórdãos, parece ter decidido “mais com o coração do que com a cabeça”. Porém, não vemos que o comportamento do Tribunal Constitucional português possa ser considerado muito inventivo, ou sequer deturpador dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Ao contrário do que acontece com tribunais congéneres, queremos que o TC não adotou sentenças inconstitucionais, ainda que o conteúdo do Ac. n.º 353/2012 nos cause um certo melindre.

Mais consideramos que, tendo em conta a conjuntura nacional, europeia e internacional, os juízes do *Palácio Ratton* não teriam como não ser mais ativistas ou criativos e, acima de tudo, tiveram de se comportar como protetores dos direitos e liberdades dos portugueses.

Desta feita, ainda que concordemos com algumas das críticas lançadas por parte da doutrina, não consideramos que se deva censurar a maioria das posições assumidas nestes acórdãos³²⁹, pois as decisões e medidas tomadas (mesmo que questionáveis, em certos pontos) revelaram-se indispensáveis à garantia, manutenção e ao equilíbrio (possível) entre os interesses do Estado e os direitos constitucionalmente consagrados – tanto DLG como direitos sociais³³⁰.

³²⁸ MOTA PINTO, Paulo, «A Protecção da Confiança na “Jurisprudência da Crise”», in *O Tribunal Constitucional e a Crise – Ensaios Críticos*, p. 172. Ainda que o Autor tenha escrito esta frase a pensar no princípio da protecção da confiança, parece-nos que este pensamento é extensível a muitos outros valores.

³²⁹ Apoiamo-nos, neste ponto, nas palavras de ALEXANDRINO, *ob. cit.*, p. 68: “Independentemente da natureza ou do modelo de Constituição, no *contexto* de um Estado constitucional cosmopolita e na *circunstância* de uma Constituição e de um poder político do Estado particularmente afectados por uma situação de grave crise intersistémica, perante a série de opções e escolhas trágicas a fazer, impõe-se não só uma leitura adequada da Constituição nacional, mas necessariamente também um equivalente reforço da autocontenção do juiz constitucional. (...) em zonas onde se deva reconhecer a existência de uma margem de conformação do legislador, o Tribunal Constitucional deve considerar-se incompetente, salvo em casos de violação de regras ou de desvio manifesto ao programa constitucional (...)”.

³³⁰ E mesmo aqueles que apontam críticas à atuação do TC lhe reconhecem méritos. Veja-se, a título de exemplo, URBANO, Maria Benedita, “A Jurisprudência da Crise no Divã...”, *ob. cit.*, pp. 28 ss, sublinhando a “atitude comedida e autocontida – e bastante louvável – do TC em relação à leitura das várias normas constitucionais que nos sucessivos pedidos de fiscalização foram tidas como não observadas pelo legislador”.

Passemos, por fim, à análise dos ordenamentos estrangeiros selecionados, traçando um quadro geral das soluções existentes nestes países.³³¹

b. As decisões do Tribunal Constitucional Italiano

O sistema de controlo da constitucionalidade italiano constitui um dos modelos paradigmáticos dessa função. Relembremos algumas breves notas sobre este sistema e vejamos o que se passa no campo das decisões de tipo intermédio.

Tal como acontece em Portugal e em muitas outras jurisdições, o sistema italiano reconhece a existência de um controlo concreto e de um controlo abstrato da constitucionalidade³³² e trata o tribunal constitucional – no seu caso, a *Corte Costituzionale* – como um órgão soberano. Porém, não se admite, naquele espaço, a emissão de opiniões dissidentes, como acontece entre nós.³³³ Isto significa que se exige um consenso, a todo o momento, de todos os magistrados constitucionais. Como se percebe, a criação de decisões de tipo intermédio aliviou a tensão existente, por esse motivo, entre os juízes da *Corte*.

Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade estão previstos no artigo 136.º da Constituição Italiana. Esta prevê a eficácia obrigatória geral das decisões de acolhimento da inconstitucionalidade e admite que esta só produza efeitos *pro futuro*. O reconhecimento da eficácia retroativa daquela declaração está presente na Lei 87/1953.³³⁴

No entanto, essa eficácia retroativa conhece limites. Nas palavras de Zagrebelsky, ela depende da possibilidade de o juiz fixar esses efeitos, pelo facto de a realidade exigir essa conformação, sendo definidas três causas principais.³³⁵

³³¹ Deve também atende-se às decisões que fomos indicando em momentos anteriores.

³³² Para um conhecimento breve do sistema italiano, com notas comparativas face à jurisdição portuguesa, vide PIZZORUSSO, Alessandro, «“Concreteza” e “Astrattezza” nel sistema italiano e nel sistema portoghese di controllo di costituzionalità delle leggi», In *30 anos da Constituição Portuguesa – 1976/2006, edição especial da Revista Themis – Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, 2006, pp. 171 a 178. Concluiu o Autor que a mais visível diferença entre os dois ordenamentos é apenas que no ordenamento italiano, o juiz do tribunal ordinário apenas remete a questão constitucional para a *Corte*, tendo de esperar a sua deliberação para resolver o caso concreto; já no português aquele magistrado tem competência para decidir se aplica ou não aplica a norma cuja conformidade à Constituição é questionável. Veja-se também ZAGREBELSKY, Gustavo, «*La giurisdizione costituzionale*», *ob. cit.*, pp. 481 ss; e ELIA, Leopoldo, «*L'esperienza italiana della giustizia costituzionale. Alcuni nodi critici*», In OLIVETTI, Marco e GROPPI, Tania (ob. Col.), *La Giustizia Costituzionale in Europa*, 2003, pp. 137 a 148.

³³³ ZAGREBELSKY, *ob. cit.*, pp. 477/478.

³³⁴ ZAGREBELSKY, *ob. cit.*, p. 492.

³³⁵ Veja-se ZAGREBELSKY, *ob. cit.*, p. 493.

A jurisprudência constitucional italiana tem dado um dos maiores contributos na construção e desenvolvimento de sentenças de tipo intermédio³³⁶. Além de ter criado grande parte destas decisões, tem aplicado vastos esforços no aperfeiçoamento das técnicas e na sua compatibilização com o ordenamento jurídico.

A propósito das sentenças interpretativas, bastante comuns naquele ordenamento, podem ser apontados vários pontos de interesse.³³⁷ Como já afirmamos, com outros Autores, a criação deste tipo de decisão foi inevitável, tendo em conta a história do surgimento da *Corte*.

Para D’Atena, esta só tinha duas hipóteses: ou assumia uma posição aniquiladora, com escândalos e destruição de legislação, ou tinha um comportamento contido e conservador, com a certeza de que essa decisão teria consequências (já que o legislador não conseguia colmatar as falhas atempadamente).

Surge, assim, o primeiro ato que corresponde a uma “sentença-advertência”. Neste caso, o Tribunal decidiu enverdar por um terceiro caminho e na sentença n.º 8 de 1956 decidiu no sentido de que não se podia aceitar sem mais a inconstitucionalidade, e muito menos afastá-la. Assim, chamou à colação o legislador, destinatário deste tipo de sentença, para que este colocasse um ponto final àquela situação.³³⁸

As sentenças interpretativas de rejeição nasceram logo no ano seguinte, num caso sobre patentes farmacêuticas. Nessa decisão, o Tribunal fixou uma interpretação distinta, constitucionalmente orientada e ilustrada na motivação. Desta forma, a *Corte* afastou a tese de Mauro Cappelletti, da criação de “sentenças condicionais”.

Em suma, através destas decisões, os magistrados constitucionais puderam modelar os efeitos das suas sentenças de rejeição. É de salientar que a controvérsia face ao artigo

³³⁶ Como salienta Maria Benedita Urbano, a *Corte Costituzionale* italiana é particularmente criativa e os seus juízes são muitas vezes criticados por se comportarem como verdadeiros legisladores. Porém, parte da doutrina defende esta atuação mais revolucionária do TC – é o caso de Pizzorusso. Neste sentido *vide* URBANO, Maria Benedita, «“Criação Judicial” e “Ativismo Judicial”: as duas faces de uma mesma função?», In *35.º Aniversário da Constituição de 1976* (obra organizada pelo TC), vol. II, Coimbra, Janeiro de 2012, p. 33.

³³⁷ Seguimos D’ATENA, Antonio, «A propósito das sentenças interpretativas da corte constitucional italiana», In *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, Volume I – Direito Constitucional e Justiça Constitucional, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2012, Coimbra Ed., pp. 373 a 381.

³³⁸ D’ATENA, Antonio, *A propósito das sentenças interpretativas da corte ...*, *ob. cit.*, p. 375.

101.º, 2 e a possibilidade da *Corte* impor as suas interpretações aos tribunais ordinários ainda não foi resolvida.³³⁹

As sentenças interpretativas de acolhimento surgem posteriormente. O Tribunal italiano sentiu necessidade de adotar esta posição por as suas declarações anteriores não estarem a ser atendidas, continuando os demais atores da justiça constitucional a aplicar normas com sentidos reputados como inconstitucionais pela própria *Corte*. A lógica inerente a estas decisões é a mesmas que as anteriores. Porém, sendo estes dispositivos decisões de acolhimento da inconstitucionalidade, as mesmas ganham nova força³⁴⁰. Pode considerar-se como primeiro exemplo deste tipo de decisões a sentença n.º 26/1961.

Estas construções só são possíveis porque a doutrina italiana, bem como a jurisprudência, compreenderam que norma e disposição são conceitos distintos, admitindo que um mesmo texto normativo, por conter diferentes interpretações, contém várias normas.

No caso das sentenças manipulativas, estes esforços têm-se traduzido na criação de uma vasta panóplia de decisões aditivas, o que permite salvaguardar a figura. Em Itália reconhecem-se hoje as chamadas “sentenças aditivas de garantia e de prestação”, “sentenças aditivas que resultam do texto da norma e que resultam do princípio genérico da igualdade” e “sentenças aditivas que têm/ não têm repercussões no erário público”³⁴¹.

Todas estas considerações têm tradução na jurisprudência italiana mais recente. Basta ver o caso em que a *Corte Costituzionale* entendeu que uma norma penal era inconstitucional, na medida em que apenas exigia a presença de advogado para a prática de certos atos, esquecendo outros. Neste caso, aquele Tribunal considerou que a norma não estava em conformidade com a Lei Fundamental mas preferiu estender a sua previsão aos demais casos – ou melhor, demais fases dos processos penais –, sem a invalidar. Ou seja, usou as suas competência, reconhecidas doutrinariamente, para estender o regime a um grupo de situações que não haviam sido pensadas.

³³⁹ D’ATENA, Antonio, *A propósito das sentenças interpretativas da corte ...*, ob. cit., p. 375/376.

³⁴⁰ Crisafulli afirma que há uma inversão do padrão nestas decisões, quando comparadas com as sentenças interpretativas de rejeição – em vez de se conservar a norma, declara-se a sua inconstitucionalidade, o que implica a sua anulação. *Apud* D’ATENA, Antonio, *A propósito das sentenças interpretativas da corte ...*, ob. cit., p. 376.

³⁴¹ URBANO, Maria Benedita, *Curso ...*, pp. 114/115.

Outro caso de sentença aditiva, muito debatida entre a doutrina, foi a sentença em que se avaliou uma norma que atribuía licenças remuneradas a mulheres trabalhadoras com gravidezes de risco, nada se dizendo em relação às domésticas. Neste caso, o Tribunal Constitucional italiano também considerou a norma inconstitucional, na medida em que violava o princípio da igualdade, mas preferiu emitir uma sentença aditiva e manipulou os efeitos da mesma, estendendo a referida proteção ao grupo de mulheres não protegido pela norma. Também nas sentenças manipulativas substitutivas se denota preocupação da doutrina e jurisprudência italianas, uma vez que este tipo de decisão é muito comum – casos houve em que se substitui a moldura penal de certos crimes ou de medidas administrativas por sanções penais, através destas decisões.³⁴²

Como afirma Alves Correia, o Tribunal Constitucional italiano “manipula” verdadeiramente os efeitos temporais das suas sentenças, emitindo “decisões manipulativas para o passado”, com razão de ser pela comodidade em contrair e limitar efeitos retroativos, limitando-os nas sentenças de acolhimento, o que permite evitar a desaplicação genérica do artigo 30.º, III da Lei n.º 87/1953³⁴³, e “decisões manipulativas para o futuro” sem grandes pudores.

Assim, nas pronúncias “*pro praeterito*” devemos fazer uma distinção entre as chamadas “decisões de inconstitucionalidade superveniente” e as “decisões de inconstitucionalidade diferida”, uma vez que nas primeiras “os efeitos caducatórios atingem não todo o arco temporal de vigência da lei, mas somente um segmento terminal”, como acontece na inconstitucionalidade superveniente em sentido clássico – onde surge um novo paradigma – e em sentido lato – caso em que o vício da lei é determinado em momento posterior à sua entrada em vigor, motivada pela ponderação dos valores constitucionais, enquanto que nas segundas o TC “prolonga no tempo os efeitos da declaração de inconstitucionalidade porque o vício da lei é determinado “*in un momento successivo*” à sua entrada em vigor”, como se verifica com as chamadas inconstitucionalidades supervenientes.

Porém, Alves Correia entende que no primeiro caso, o TC faz decorrer os efeitos caducatórios desde que o vício é determinado, enquanto no segundo caso aquele determina o momento preciso em que se verifica a inconstitucionalidade e “com um (aparentemente)

³⁴² Vide URBANO, Maria Benedita, Curso ..., p. 115.

³⁴³ Tal opção favorece a transição entre o antigo e o novo regime no que respeita às situações subjetivas.

inexplicável salto lógico” determina previamente aqueles efeitos, usando recorrentemente a fórmula “a partir do momento em que”.

Quanto às decisões manipulativas *pro futuro*, que o Autor divide entre sentenças “*indirizzo*”, “*auspici* ou *monitore di rigetto*” e de “*incostituzionalità accertata ma non dichiarata*” sublinha que estas surgem quando se revele necessário estender os efeitos caducatórios das decisões de acolhimento, afirmando: “uma vez que a lacuna normativa que pode criar a sentença é mais grave do que a própria vigência da disciplina inconstitucional (o denominado *horror vacui*), o Tribunal Constitucional, embora reconhecendo de modo implícito ou explícito na motivação a inconstitucionalidade, adia a anulação com uma decisão de rejeição, esperando a intervenção do legislador para a qual expressamente apela”.³⁴⁴

Reunindo alguns exemplos de decisões intermédias, devemos juntar à já citada sentença n.º 8 de 1956, uma das primeiras de decisões intermédias de tipo interpretativos, outros exemplos, como as sentenças n.º 26 de 1961 e 63 de 1966³⁴⁵. Como exemplares de sentenças aditivas, que quase sempre se baseiam no princípio da igualdade, podemos apontar a sentença n.º 240 de 1994. Já como decisões “*sostitutiva*” temos o exemplo da sentença n.º 15 de 1969.³⁴⁶ Servem de exemplo às decisões manipulativas a sentença n.º 62 de 1971, 225 de 1974 e 243 de 1993.³⁴⁷ Importa lembrar que o criador destas decisões foi Elia, num comentário à sentença 52 de 1965.³⁴⁸

É de salientar que, atualmente, os números revelam uma diminuição das decisões de tipo intermédio. Segundo D’Atena “sobreviveram as sentenças interpretativas de rejeição (...) registou-se o declínio (não o desaparecimento) das sentenças interpretativas de acolhimento, com exceção das aditivas, as quais, sempre numerosas, revelaram-se um instrumento insubstituível”³⁴⁹.

Por fim, releva notar a controvérsia que, a dada altura, surgiu entre a *Corte Costituzionale* e a *Corte di cassazione*, no âmbito destas decisões. Tudo porque esta última instituição

³⁴⁴ Vide CORREIA, Fernando Alves, “...”, pp. 349/350, com destaque para a nota de rodapé n.º 445.

³⁴⁵ Veja-se ZAGREBELSKY, Gustavo, «*La giurisdizione costituzionale*», *ob. cit.*, pp. 489.

³⁴⁶ ZAGREBELSKY, Gustavo, «*La giurisdizione costituzionale*», *ob. cit.*, p. 490.

³⁴⁷ ZAGREBELSKY, Gustavo, «*La giurisdizione costituzionale*», *ob. cit.*, pp. 491.

³⁴⁸ SEGADO, Francisco Fernández, «El tribunal constitucional español como legislador positivo», p. 782.

³⁴⁹ D’ATENA, Antonio, *A propósito das sentenças interpretativas da corte ...*, *ob. cit.*, p. 378.

contestava a possibilidade de aquela adotar sentenças manipulativas, mas a situação é hoje pacífica e as sentenças manipulativas são admitidas por todos, em Itália.³⁵⁰

c. As decisões do Tribunal Constitucional Federal Alemão

Historicamente, o Tribunal Constitucional Federal alemão apresenta um comportamento pouco criativo, sendo considerado por muitos um dos menos ativistas. Não obstante, sempre se verificaram tensões entre a jurisdição constitucional e o legislador e entre o TCF e Governo, como referia Klaus Stern³⁵¹, que podiam implicar a intervenção do Tribunal Constitucional.

O surgimento do *Bundesverfassungsgericht* deu-se pela mão da Lei de Bona, em 1949. Mas este Tribunal ganhou verdadeiro destaque quando a sua Lei, que lhe atribui competências para se tornar dono do monopólio da declaração de inconstitucionalidade, surgiu, em Março de 1951.³⁵² Todavia, este não é o único com competências constitucionais no Estado, pois a sua natureza federal permite que cada *Länder* constitua um Tribunal Constitucional.

Tal como acontece em Portugal – mas contrariamente ao que se passa em Itália – os magistrados do Tribunal Constitucional Federal Alemão têm a possibilidade de emitir votos dissidentes (*Sondervotum*). Esta possibilidade melhora a jurisprudência constitucional, contribuindo para a transparência da Justiça. Contudo, esta admissibilidade,

³⁵⁰ Para mais desenvolvimentos sobre esta controvérsia veja-se, entre outros, ZAGREBELSKY, Gustavo, «*La giurisdizione costituzionale*», *ob. cit.*, p. 510. O Autor conclui que, neste momento, se vive uma época com aspetos muito felizes naquele país e que as relações entre os vários órgãos constitucionais são pacíficas. No mais, Zagrebelsky avança motivos para que se aceite um ativismo moderado, desde que sejam respeitados limites.

Para finalizar, atenda-se ao que escreve ELIA, Leopoldo, «*L'esperienza italiana della giustizia costituzionale. Alcuni nodi critici*», In OLIVETTI, Marco e GROPPi, Tania (ob. Col.), *La Giustizia Costituzionale in Europa*, Milano – Dott. A. Giuffrè Editore, 2003, p. 147: “*i giudici, quando dichiarano nulla una legge contrastante con la Costituzione, non asseriscono affatto una loro superiorità sul potere legislativo, ma sono essi stessi strumenti della Costituzione, che se ne serve al fine di riaffermare la superiorità della legge fondamentale sulle leggi ordinarie, del potere originario del popolo intero sul potere derivato del legislatore, delle assemblee politiche, delle maggioranze di tempo in tempo prevalenti*”.

³⁵¹ *Apud* URBANO, Maria Benedita, «“Criação Judicial” e “Ativismo Judicial”: as duas faces de uma mesma função?», In 35.º Aniversário da Constituição de 1976 (obra organizada pelo TC), vol. II, Coimbra, Janeiro de 2012, p. 10, nota de rodapé n.º 8.

³⁵² A Lei do Tribunal Constitucional Federal alemão, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, é a mais importante, no que toca ao conhecimento desta instituição. Veja-se o que diz RESCIGNO, Francesca, «*La Giustizia Costituzionale in Germania*», In OLIVETTI, Marco e GROPPi, Tania (ob. Col.), *La Giustizia Costituzionale in Europa*, Milano – Dott. A. Giuffrè Editore, 2003, pp. 93 a 135.

pode tornar a tomada de decisão e as próprias sentenças um pouco confusas, parecendo que, afinal, não existe qualquer maioria nas decisões tomadas.³⁵³

Neste país, existem vários meios de controlo da constitucionalidade, entregues ao TCF, que goza também de outras competências: controlo abstrato e concreto da constitucionalidade de normas federais e regionais (*Normenkontrolle*)³⁵⁴; recurso direto (*Verfassungsbeschwerde*); resolução de conflitos dentro do Estado (*Organstreitigkeiten*), entre *Bund* e *Länder*, entre *Länder* e dentro dos próprios *Land*; sobre a constitucionalidade dos partidos; em caso de divergência na interpretação da Constituição, entre outros³⁵⁵.

Quanto ao controlo da constitucionalidade das normas, o TCF pode intervir quando esteja em causa um caso concreto ou uma situação abstrata, tendo por objeto a própria norma. Em suma, são-lhe reconhecidos três mecanismos de controlo de constitucionalidade das leis: o recurso constitucional (*Verfassungsbeschwerde*), o controlo abstrato e o controlo concreto da constitucionalidade.³⁵⁶

No controlo abstrato, como está em causa a “custódia da Constituição”, o artigo 76.º da Lei Fundamental Alemã prevê a exclusão de questões puramente teóricas, ou seja, a norma deve ser apreciada no sentido que lhe é atribuído recorrentemente e não segundo outras interpretações possíveis. Este é um recurso pouco usado no espaço alemão, pois o cálculo político inerente a estas decisões é elevado e o TCF prefere não se intrometer nessa atividade. Já no controlo concreto, o objeto da fiscalização é a lei em sentido formal.

No mais, o recurso para o TCF em via incidental tem efeito suspensivo, o que significa que só depois da decisão daquele Tribunal o processo pode prosseguir e ser pronunciada a sentença. Finalmente, cumpre destacar que existe lugar a contraditório, nestas decisões.

Quanto aos efeitos da sentença de acolhimento, tal como acontece no nosso ordenamento, a regra é a da eficácia *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade, o que significa que a norma será tida por nula. Estas decisões têm eficácia *erga omnes* mas são admitidas, pelos

³⁵³ RESCIGNO, Francesca, *ob. Cit.*, pp. 100 ss.

³⁵⁴ Poderes previstos, respetivamente, nos artigos 93, 1, n.º 2 e 100, 1, n.º 4 da Lei Fundamental Alemã.

³⁵⁵ RESCIGNO, Francesca, *ob. Cit.*, pp. 105/106.

³⁵⁶ Vide GOMES, Frederico Barbosa Gomes, “O modelo Alemão de controle da constitucionalidade”, In *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, pp. 158 ss. Tal como no ordenamento português, mas ao contrário do que acontece no ordenamento brasileiro, este Tribunal não se pode pronunciar pela constitucionalidade da norma.

artigos 82.º e 95.º da Lei Fundamental, sentenças interpretativas que afastem os efeitos típicos da declaração de inconstitucionalidade.³⁵⁷

O primeiro tipo de decisão de tipo intermédio a ser admitido pelo TCF foi a “sentença de mera incompatibilidade”, que modera a eficácia retroativa da declaração. Seja como for, podemos considerar que o limite aos efeitos temporais daquelas decisões está no valor da garantia da certeza do Direito, que tanto pode influenciar o TCF a tomar uma decisão comum ou de tipo intermédio, podem escolher dentre um vasto espectro de possibilidades, desde o afastamento de toda a retroatividade até à simples mitigação dos efeitos caducatórios.

As sentenças de mera incompatibilidade (*Unvereinbarkeitserklärung*) foram codificadas no artigo 31.º, n.º 2 da Lei fundamental Alemã em 1970 e têm como escopo principal evitar situações de violação do princípio da igualdade.³⁵⁸ Estas servem para “chamar” o legislador a intervir, de forma a colmatar o vazio jurídico verificado.

No entanto, numa segunda fase, o TCF admitiu que, através destas, se retirasse a norma inconstitucional do ordenamento, substituindo-a por outra, conforme à constituição, ou que se alargasse o âmbito de aplicação da mesma, a categorias que haviam sido excluídas.

Neste seguimento, surgiram as sentenças interpretativas e as decisões de acolhimento parcial (*Teilnichtigkeitserklärung*), existindo uma série de formas intermédias de decisão do TCF, que interpretam as normas sobre fiscalização: pode estabelecer-se que uma norma ainda é conforme à Constituição, mas que necessita da intervenção do legislador para que não se torne inconstitucional, aplicando-se o princípio da interpretação conforme à Constituição; ou pode indicar-se no dispositivo, com força de lei, ou na motivação, com

³⁵⁷ Vide GOMES, Frederico Barbosa Gomes, “O modelo Alemão de controle da constitucionalidade”, In *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, Pouso Alegre, v. 26, n.º 2, Julho/Dezembro de 2010, pp. 175 ss. Cumpre destacar que Otto Bachof deu um importante contributo para a teoria dos efeitos prospetivos das decisões de inconstitucionalidade, tendo sido um dos primeiros a alertar para as consequências nefastas que a retroatividade das decisões pode acarretar. Veja-se ENTERRÍA, Eduardo Garcia, «*Un paso importante para el desarrollo de nuestra justicia constitucional: la doctrina prospectiva en la declaración de ineficacia de las Leyes inconstitucionales*», In *CIVITAS – Revista española de derecho administrativo*, n.º 61, 1989, pp 13/14.

³⁵⁸ Escreve MENDES, Gilmar Ferreira, *Jurisdição Constitucional – o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*, 6.ª edição, São Paulo, Editora Saraiva – série IDP: instituto brasiliense de Direito Público, 2014, p. 305: “Enquanto até 1969/70 ainda não se podia falar de um tipo autônomo de decisão, pode afirmar-se que a partir de 1969, passou a Corte Constitucional a abster-se, com frequência, de pronunciar a nulidade de uma lei”.

efeito vinculativo, a interpretação mais correta da norma, que deve ser respeitada pelos demais atores da justiça constitucional.

Existe ainda a possibilidade de aquele Tribunal proferir decisões em que declara a inconstitucionalidade da norma (apenas) na parte em que – uma parte, uma palavra ou uma expressão – esta dispõe algo que não devia dispôr. Tais decisões implicam a extensão do regime em análise a casos que deveriam estar excluídos ou aos quais não se poderia aplicar, por falta de previsão legal, ainda que esses certos casos merecessem a sua cobertura. Em suma, nestes arestos o decisor constitucional opta por salvaguardar a parte sã da norma e expurgar restante, preferindo a manutenção da vontade expressa pelo legislador ordinário.

De realçar, finalmente, que cabe ao TCF a interpretação de normas da Lei Fundamental, sempre que existam dúvidas de interpretação, suscitadas noutros tribunais, que precisem ser esclarecidas.³⁵⁹

Exemplo paradigmático da veia mais ativista deste Tribunal, o que foge à regra da sua atuação, é o acórdão em que o Tribunal fixou, de forma audaz, os limites ao autofinanciamento dos partidos políticos. Neste caso não observou qualquer norma constitucional para chegar ao resultado alcançado e, por isso, alguns Autores apontam o dedo a esta decisão.³⁶⁰

³⁵⁹ RESCIGNO, Francesca, «*La Giustizia Costituzionale in Germania*», *ob. Cit.*, p. 132. A Autora salienta que esta interpretação deve ser evolutiva, no sentido da protecção do direito ao livre desenvolvimento da personalidade e do princípio da igualdade, eliminando discriminações injustificadas. Veja-se também SCHWABE, Jürgen, *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*, tradução: Beatriz Hennig, Leonardo Martins, Mariana Bigelli de Carvalho, Tereza Maria de Castro e Vivianne Geraldine Ferreira, org.: Leonardo Martins, 2005 (disponível em <http://www.kas.de/wf/doc/kas_7738-544-1-30.pdf>, último acesso a 01/07/2017), em especial pp. 129 ss., sobre a interpretação conforme à Constituição, 141 ss., para uma análise aos limites de competências deste Tribunal, e 151 ss., sobre os efeitos da declaração de inconstitucionalidade.

³⁶⁰ O mesmo acontece com as decisões de 17 de março de 1954, *BVerfGE* 9, 199, muito criticada por ter ocorrido, segundo parte da doutrina, uma interpretação artificiosa e desrespeitadora da norma, e a *BVerfGE* 46, 43. Vide MENDES, Gilmar Ferreira, *Jurisdição Constitucional – o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*, 6.^a edição, São Paulo, Editora Saraiva – série IDP: instituto brasiliense de Direito Público, 2014, pp. 329 ss.

Desta feita, reconhecemos que a doutrina e a jurisprudência alemãs sempre se souberam adaptar a tempos conturbados³⁶¹ e, por isso, foram percussores de muitas das decisões de tipo intermédio reconhecidas, atualmente, um pouco por todo o mundo jurídico.

Contrariamente ao que temos defendido, Sousa Ribeiro entende que o TCF está cada vez mais criativo. Considera que é já comum este ir para além da letra do artigo 79.º da Constituição alemã, onde se prevê que a declaração de inconstitucionalidade tem por efeito a nulidade da norma objeto de controlo, com eficácia *ex tunc*.³⁶²

Já concordamos com o Autor que estas decisões tem maioritariamente por razão a violação do princípio da igualdade, respeitando-se o espaço legislativo, a sua livre conformação, pois o TCF concede, várias vezes, oportunidade ao legislador para corrigir a situação.

Às declarações de mera compatibilidade a doutrina alemã reconhece a consequência que apelida de “*Anwendungssperre*”, que se pode traduzir por “interdição de aplicação” da norma contrária ao texto constitucional. Esta situação provisória é admitida quando não prive os cidadãos do exercício dos seus direitos fundamentais nem ponha em causa a continuidade do Estado ou dos seus serviços públicos. Caso contrário, será admissível uma de duas soluções: ou a norma inconstitucional continua a produzir efeitos até que o legislador decida intervir (*Weitergeltungsordnung*); ou o Tribunal aceite levar a cabo uma interpretação “muito generosa” da 2.ª parte do 35.º e cria, ele próprio, regras provisórias que devem ser respeitadas até que o legislador decida atuar³⁶³.

Desta feita, conclui o Autor que as decisões alemãs estão cada vez mais próximas do que se encontra expressamente previsto na Constituição austríaca, de direta suspensão de eficácia da decisão.

³⁶¹ Sobre a adaptabilidade das jurisdições constitucionais europeias ao direito europeu e, em especial, a alemã, vide MEDEIROS, Rui, *A Constituição Portuguesa num Contexto Global*, Universidade Católica Editora, Lisboa, Março de 2015, páginas 399 a 406.

³⁶² A doutrina alemã considera que esta possibilidade está a coberto do previsto no artigo 35.º da *BVerfGG*, que atribui ao TC poder para determinar quem executa as decisões e os modos dessa execução. Segundo o Autor, estas soluções foram, sobretudo, potenciadas pela reforma de 1970, momento a partir do qual «o *BVerfG* tem recorrido, com muita frequência, a “decisões de não conformidade”, alcançando as pretendidas vantagens de flexibilização, não só de fuga aos efeitos automaticamente associados à nulidade, como do vazio legal quanto à determinação dos fundamentos e dos efeitos dessas decisões, os quais, assim, podem ser fixados, com grande margem de discricionariedade, pelo próprio Tribunal». *Cit.* RIBEIRO, Joaquim Sousa, *ob. cit.*, p. 284.

³⁶³ A doutrina alemã fala, a este respeito, num “poder intercalar quase legislativo” (*quasilegislatorische Interimherrschaft*). RIBEIRO, Joaquim Sousa, *ob. cit.*, pp. 285 ss.

d. Análise comparativa da posição dos diferentes tribunais

Não restam dúvidas de que os ordenamentos alemão e italiano foram percursores na criação destes novos tipos decisórios, mas os caminhos seguidos por um e por outro são distintos. No caso português, as soluções foram pensadas pelo constituinte (artigos 282.º, n.º4 CRP e 80.º, n.º 3 LTC) ou copiadas pelos doutrinadores dos outros ordenamentos, aceitando-se soluções menos criativas.

A principal diferença entre a experiência alemã e a lição italiana encontra-se na delimitação dos casos em que são constitucionalmente admissíveis decisões modificativas: enquanto o Tribunal Constitucional Federal alemão rejeita decisões modificativas que tenham como fundamento uma discriminação resultante da lei, a *Corte* italiana está mais confortável com essas situações, admitindo mais facilmente que certos valores se sobreponham e que se deve dar a modificação da lei.³⁶⁴

Assim, é recorrente que, por exemplo, perante uma violação ao princípio da igualdade, o *Bundesverfassungsgericht* lance mão de uma declaração de incompatibilidade, uma vez que admite existirem várias soluções para o problema, devendo deixar-se espaço para a intervenção legislativa; enquanto o Tribunal italiano prefere uma decisão manipulativa, mesmo que implícita, diminuindo o âmbito de atuação do legislador. Por outro lado, encontramos divergências entre estes dois ordenamentos em termos da própria admissibilidade da mera declaração de incompatibilidade, pois enquanto o TCF dispõe deste instrumento, a *Corte* não, daí ser mais recorrente o recurso a decisões modificativas por parte desta última.

Concluimos com Rui Medeiros que o comportamento da Corte italiana está bastante menos vinculado à Constituição do que o seu congénere alemão (ainda que este não feche, por completo, as portas às decisões modificativas) admitindo uma *criatividade ex nihilo*.³⁶⁵

Para finalizar o nosso estudo, parece-nos relevante conhecer experiências de outros países:

- Áustria

O sistema austríaco de controlo da constitucionalidade é um dos mais influentes do mundo, afirmando-se como o paradigma clássico do controlo concentrado.

³⁶⁴ MEDEIROS, Rui, *A decisão de inconstitucionalidade ...*, *ob. cit.*, p. 461.

³⁶⁵ Em MEDEIROS, Rui, *ob. cit.*, p. 463 podemos encontrar mais exemplos de diferenças entre os Tribunais.

Porém, também este tem sofrido alterações profundas e significativas, por influência de outros modelos de justiça constitucional, sobretudo do espaço europeu. Assim, ainda que se afirme como consequência da decisão de inconstitucionalidade de certa norma, em controlo abstrato, a sua anulabilidade, também se admite que o Tribunal Constitucional determine que a eficácia da sua decisão só aconteça após (um prazo máximo de) 18 meses (artigos 139º, n.º 6 e 140º, n.º 7 Constituição). Esta solução é completamente inovadora, mas parte da doutrina internacional – incluindo Autores portugueses – considera-a uma solução inteligente e que pode/ deve ser copiada por outros ordenamentos.

Naquele caso, estamos perante a admissão constitucional explícita das sentenças manipulativas. Assim, este sistema releva por apresentar alternativas diferentes às estudadas ao binómio mera declaração de incompatibilidade vs. decisão modificativa.

- Brasil ³⁶⁶

Ainda que o modelo de controlo de constitucionalidade brasileiro se tenha inspirado no modelo constitucional português, são várias as diferenças existentes entre eles, muito potenciadas pelas alterações aos textos constitucionais originários³⁶⁷. Este é, segundo

³⁶⁶ Indicamos como sugestões de leitura: para uma visão em geral do ordenamento constitucional brasileiro: BASTOS, Celso Ribeiro, *Curso de Direito Constitucional*, 22.ª edição. Para o tratamento em específico de decisões de tipo intermédio proferidas pelo STF: GONÇALVES, Isabela Carnaúba, “Sentenças Intermédias na Justiça Constitucional: uma atividade meramente interpretativa do direito?”, em especial pp. 70 ss e 96 ss; MORAIS, Carlos Blanco de, *Justiça Constitucional*, Tomo II, em especial pp. 283 ss e 323ss. Para uma análise mais concreta sobre sentenças de tipo intermédio: AMORIM, Camila Silva de, «Efetividade das normas constitucionais e sentenças com efeitos aditivos na justiça constitucional portuguesa e brasileira», In *Revista Eletrónica Direito e Política*, Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v. 10, n.º 2, Janeiro/Abril de 2015, pp. 871 a 906 (disponível em: <www.univali.br/direitoepolitica>, último acesso a 01/07/2017), que faz uma interessante análise à questão das omissões legislativas e ao ganho de importância do poder judiciário no Brasil, acabando por concluir que as sentenças de tipo intermédio são válidas mas não devem servir para colmatar as falhas do legislador, uma vez que “a edição, cada vez mais frequente, de sentenças aditivas pelo judiciário, além de macular o princípio estruturante estabelecido nessas constituições, o da separação de poderes, trazem ao juiz um poder não previsto constitucionalmente e de consequências práticas que somente podem ser avaliadas pelo legislador” (p. 902); CASTRO, Vitória Isabel S. S., «As sentenças aditivas como particular (e controversa) expressão de ativismo judicial», In *Revista Jurídica Luso Brasileira da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Ano 1 (2015), n.º 2, pp. 2067 a 2116; ISRAEL, Lucas Nogueira, *A legitimidade das sentenças manipulativas com efeitos aditivos no controle judicial de constitucionalidade: entre a supremacia judicial e a supremacia parlamentar*, Dissertação de Mestrado em Direito – Universidade de Brasília, Brasília, 2014.

³⁶⁷ Para notas sobre a história do controlo da constitucionalidade nos dois países, vide CARDOSO DA COSTA, José Manuel M., «Controlo da constitucionalidade no Brasil e em Portugal (Apontamento)», In *Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Teles*, obra coletiva, Vol. I, Coimbra, 2012, pp. 403 a 421. O Autor sublinha o facto de naquele país existir uma profusão de meios de controlo da constitucionalidade expressamente previstos – como é o caso da ação declaratória de constitucionalidade, que não conhece qualquer paralelo entre nós, já que o nosso TC nunca afirma a constitucionalidade das normas. Veja-se também BASTOS, Celso Ribeiro, *Curso ..., ob. cit.*, pp. 557 ss.

cremos, um dos sistemas mais complexos de controlo da constitucionalidade e estamos impossibilitados de sequer referir todas as novas formas de decisão, presentes no mesmo.

Isabela Carnáuba Gonçalves faz uma síntese da doutrina e jurisprudência brasileiras sobre o tema, e conclui pela existência de várias espécies de decisões de tipo intermédio no espaço brasileiro, devendo distinguir-se entre: a) decisões interpretativas (interpretação conforme a Constituição e sentenças de declaração de inconstitucionalidade parcial qualitativa); b) sentenças transitivas (reconhecimento de inconstitucionalidades sem pronúncia de nulidade, decisões em que se considera a lei ainda não inconstitucional e decisões de apelo ao legislador); c) sentenças manipulativas/ técnicas modificativas (sentenças aditivas de garantia, sentenças aditivas de prestação e sentenças aditivas de princípio; sentenças substitutivas).

Ora, estudando os casos paradigmáticos ocorridos naquele território e comparando-as com as soluções portuguesas, Isabela Gonçalves acaba por concluir que a jurisprudência portuguesa se aproxima mais da experiência italiana, mas com uma menor abertura a certos tipos de decisão. Já a experiência brasileira é mais “amiga” de todos os tipos decisórios intermédios.

Também neste ordenamento se admite a interpretação conforme à constituição, que Celso Bastos Ribeiro define como uma moderna forma de interpretação constitucional e um novo mecanismo de controlo da constitucionalidade³⁶⁸.

No que respeita à possibilidade de restrição de efeitos decorrentes da inconstitucionalidade, sublinha Cardoso da Costa a grande abertura do ordenamento constitucional brasileiro, onde se encontra expressamente consagrada a hipótese da restrição poder, inclusivamente, operar *pro futuro*³⁶⁹.

Conhecido pela profusão de soluções inovadoras e institutos desconhecidos de outros ordenamentos jurídicos, há muito que na Justiça Constitucional brasileira se admitem sentenças manipulativas. Aliás, essa hipótese é admitida – implicitamente – no artigo 27º

³⁶⁸ BASTOS, Celso Ribeiro, *Curso ...*, *ob. cit.*, pp. 104 ss. Acrescenta que o instrumento “funciona como um fator de autolimitação da atividade do Poder Judiciário que acaba por respeitar à atuação dos demais Poderes Legislativo e Executivo e consequentemente a obedecer ao princípio da separação dos Poderes” (p. 106).

³⁶⁹ O Autor assinala que até ao polémico Ac. 353/2012, o TC português nunca havia dado tal alcance ao artigo 282.º, n.º 4 CRP. *Cfr.* CARDOSO DA COSTA, José Manuel M., «Controlo da constitucionalidade no Brasil e em Portugal (Apontamento)», In *Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Teles*, obra coletiva, Vol. I, Coimbra, 2012, p. 417ss.

da Lei 9.868 de 1999, nos termos da qual uma norma inconstitucional pode continuar a produzir efeitos, mesmo após trânsito em julgado da declaração de inconstitucionalidade, por razões de excepcional interesse social.

Outro ponto de divergência entre este sistema e a ordem constitucional portuguesa prende-se com a existência de súmulas vinculantes no Brasil, que se traduzem em “normas de génese jurisprudencial que, nos termos constitucionais, não podem inovar, mas sim corporizar e simplificar o sentido de uma norma interpretada por decisões jurisdicionais anteriores que lhe servem de precedente”³⁷⁰.

Sobre a ação direta de inconstitucionalidade³⁷¹, que existe no sistema brasileiro, muito se tem discutido no nosso país, uma vez que a doutrina não se entende em relação à sua consagração entre nós. Assim, enquanto alguns Autores se mostram favoráveis à criação de tal instituto, para outros ele não deve ser copiado.³⁷² A verdade é que mesmo após tantos anos de discussão, a figura ainda não existe em Portugal.

Também à ação declaratória de constitucionalidade³⁷³ é admitida naquele país, mas não entre nós, uma vez que o nosso legislador constituinte não quis que o TC reconheça que certa norma é constitucional, mas apenas que determine se ela é inconstitucional. Esta figura levanta muitos problemas, pois parece-nos pouco correto (assim como à maioria da doutrina nacional) que um tribunal, mesmo que seja o Tribunal Constitucional, possa garantir que aquela norma será sempre conforme à Constituição – podem ocorrer razões externas ou internas que impliquem uma mudança da opinião dos magistrados.

O mesmo se passa com o recurso de amparo.³⁷⁴⁻³⁷⁵

³⁷⁰ Vide MORAIS, Carlos Blanco de, “As mutações constitucionais ...”, p. 86, e BASTOS, Celso Ribeiro, *Curso ...*, *ob. cit.*, pp. 568 ss.

³⁷¹ Sobre esta figura *vide* BASTOS, Celso Ribeiro, *Curso ...*, *ob. cit.*, pp. 572 ss; CASTRO, Bernardo de, *As sentenças intermédias ...*, pp. 103 ss; e CARVALHO, Kildare Gonçalves, «Controle de Constitucionalidade: aspetos contemporâneos», In Adhemar Ferreira Maciel, Lakowsky Dolga; Leonardo de Faria Beraldo; Monica Aragão Martiniano Ferreira e Costa (org.), *Estudos de Direito Constitucional – Homenagem ao Professor Ricardo Arnaldo Malheiro Fiuza*, Vol. I, Belo Horizonte, Del Rey, 2009, pp. 155 a 174, com análise de jurisprudência do STF sobre ADI’s.

³⁷² É o caso de Jorge Miranda - MIRANDA, Jorge, “A fiscalização da constitucionalidade ...”, pp. 179 ss.

³⁷³ BASTOS, Celso Ribeiro, *Curso ...*, *ob. cit.*, pp. 577 ss.

³⁷⁴ A este propósito CANAS, Vitalino, “Introdução às decisões ...”, p. 2, defende que o recurso de amparo só muito vagamente tem semelhanças com o recurso direto, pois aquele, para além de incidir vulgarmente sobre outros atos não normativos, é um recurso de protecção de direitos fundamentais, particularmente de direitos, liberdades e garantias.

- Espanha

Com um passado constitucional semelhante ao nosso, o caminho traçado pela jurisprudência constitucional espanhola, no que respeita às decisões de tipo intermédio foi, igualmente, próximo do português.³⁷⁶

Vinculado ao princípio do “legislador negativo”, o Tribunal Constitucional espanhol seguiu a tendência de adoção de sentenças intermédias, e hoje admite que certos efeitos típicos da inconstitucionalidade possam ser afastados, por razões ponderosas. O primeiro passo dado foi no sentido da adoção do princípio da interpretação conforme à Constituição, sempre abraçado pelo princípio da conservação da norma, tentando compatibilizar-se a primazia da Constituição, a vontade do legislador e o desiderato de realização da Justiça Constitucional com segurança jurídica. Pelo receio de vazio normativo, o TC Espanhol passou a admitir as sentenças interpretativas, criadas por Crisafulli.³⁷⁷

As primeiras sentenças intermédias daquele Tribunal foram declarações de inconstitucionalidade sem nulidade, copiando a solução criada pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão. Posteriormente, começaram a admitir-se os demais tipos.

Reconhecem-se como sentenças de tipo intermédio, entre outras: a sentença 116/1987, em que o Tribunal lançou mão do expediente das sentenças aditivas para afastar uma violação ao princípio da igualdade; a sentença 45/1989, onde, pela primeira vez, se desassociou a nulidade da declaração de inconstitucionalidade³⁷⁸; a sentença 13/1993, que fixou efeitos *pro futuro* da inconstitucionalidade declarada; e a sentença 235/1999, através da qual o

³⁷⁵ Seria interessante estender esta análise comparativa a outros ordenamentos de países de língua portuguesa, mas a economia deste texto não nos permite. Todavia, pela pertinência do tema, para ser relevante apontar, como leitura complementar, URBANO, Maria Benedita, «Relatório Geral – Fiscalização da Constitucionalidade e Estatuto das Jurisdições Constitucionais dos países de Língua Portuguesa», In *Conferência das Jurisdições Constitucionais dos Países de Língua Portuguesa – I Assembleia*, publicação do Tribunal Constitucional Português, Lisboa, Maio de 2010, em especial pp. 29 ss (disponível em <<http://cjcplp.org/wp-content/uploads/2015/06/201005-relatoriogeral.pdf>>; último acesso a 01/07/2017).

³⁷⁶ Leia-se CORREIA, Fernando Alves, «A justiça constitucional em Portugal e em Espanha. Encontros e Divergências.», In *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 131, n.ºs 3891, 3892 e 3893, pp. 162 e seguintes. Destacamos, apenas a inexistência, no espaço espanhol, de norma semelhante ao 282.º, n.º4 CRP.

³⁷⁷ Vide. SEGADO, Francisco Fernández, «El tribunal constitucional español como legislador positivo», In *Estudios em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda, Volume I – Direito Constitucional e Justiça Constitucional*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2012, Coimbra Ed., p. 740.

³⁷⁸ A esta se refere Enterría, como sendo a primeira vez em que o TC espanhol consagrou efeitos prospetivos. Vide ENTERRÍA, Eduardo Garcia, «Un paso importante para el desarrollo de nuestra justicia constitucional: la doctrina prospectiva en la declaración de ineficacia de las Leyes inconstitucionales», In *CIVITAS – Revista española de derecho administrativo*, n.º 61, 1989, pp. 5 ss.

Tribunal chamou o legislador estatal, recordando-lhe o seu imperativo constitucional de legislar.³⁷⁹

Como exemplos de decisões em que o TC espanhol modelou os efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade, podem ser apontadas as sentencias 60/1987; 60/1986; 45/1989; 96/1996; 195/1998; 208/1999.³⁸⁰

Alguma doutrina espanhola reconhece, ainda, a existência de sentenças interpretativas “*desestimatorias*” e “*estimatorias*” e decisões manipulativas aditivas e substitutivas.³⁸¹ Porém, estas causam maior controvérsia, uma vez que, nesses casos, o TC se comporta como um legislador positivo, havendo quem entenda que tais decisões constituem um abuso do princípio da interpretação conforme. Para parte da doutrina, a sentencia 101/2008 pode ser avançada como um exemplo da ultrapassagem dos limites.³⁸²

Em suma, parecem ser admissíveis, em espaço espanhol, sentenças interpretativas, sentenças de mera inconstitucionalidade e sentenças manipulativas, ainda que a divergência sobre estas últimas seja acentuada, pelo menor respeito frente ao legislador.³⁸³

A jurisprudência espanhola não se tem revelado muito ativista. Abellán, por exemplo, defende que o TC espanhol não se comporta como um substituto do Parlamento, pois não tem a pretensão “de fixar a «melhor» interpretação de cada preceito constitucional, mas apenas a de eliminar aquelas que resultem intoleráveis, de tal modo que «a validade da lei

³⁷⁹ Sobre estas decisões *vide* SEGADO, Francisco Fernández, «El tribunal constitucional español como legislador positivo», *ob. cit.*, pp. 746 ss.

³⁸⁰ Mais uma vez SEGADO, *ob. cit.*, pp. 750 ss.

³⁸¹ SEGADO, *ob. cit.*, pp. 765 ss.

³⁸² SEGADO, *ob. cit.*, pp. 776 ss. O Autor avança a existência de três princípios que devem ser respeitados por todas as decisões e que, a seu ver, não foram obedecidos naquela decisão. São eles: a efetividade do princípio da conservação das normas não pode ignorar o sentido da mesma, desfigurando-o; a interpretação conforme não pode ser *contra legem*; o Tribunal não tem competência para reconstruir o texto normativo ou criar novas normas.

Quanto às decisões manipulativas, cumpre destacar que são admitidas na jurisdição constitucional espanhola desde 1983, data das primeiras sentenças deste tipo: 103/1983 e 104/1983 (pp. 782 ss.).

³⁸³ LLORENTE, Francisco Rubio, «La jurisdiccion constitucional como forma de creacion de derecho», In *Revista Española de Derecho Constitucional*, Ano 8, n.º 22, Janeiro-Abril, Madrid, 1988, pp. 38 refere-se àquelas decisões como uma violação ao máximo do sistema de divisão de poderes. No entanto, o mesmo Autor, nas páginas seguintes, admite a existência de várias formas de criação de Direito pelo TC (criação por anulação e por transformação da estrutura do ordenamento).

há-de ser preservada quando o seu texto *no* impede uma interpretação adequada da Constituição»³⁸⁴.

Por fim, ao contrário do que acontece noutros ordenamentos – como por exemplo no italiano – é aceite a vinculação dos demais tribunais à interpretação que o TC espanhol faça das normas à luz do princípio da interpretação conforme.³⁸⁵

Parece-nos que a doutrina espanhola – ou parte dela – está mais à vontade com o novo papel do Tribunal Constitucional, como legislador positivo, aceitando estas novas decisões e que a sua tomada de posição dependa da consideração dos efeitos e consequências das mesmas.

³⁸⁴ *Apud* URBANO, Maria Benedita, «A Jurisprudência da Crise no Divã...» p. 47. Essa designação segue a terminologia hispano-americana, mas na doutrina germânica é apelidada de «queixa constitucional».

³⁸⁵ SEGADO, *ob. cit.*, pp. 759/760. Sobre razão jurídica e interpretação da constitucionalidade: ARGÜELLES, Juan Ramon de Paramo, «Razonamiento jurídico e interpretacion constitucional», In *Revista Española de Derecho Constitucional*, Ano 8, n.º 22, Janeiro-Abril, Madrid, 1988, pp 89 a 119.

Considerações Finais

Aqui chegados é o momento certo para retirar as devidas ilações de tudo o que se expôs. Do excuro precedente, deve concluir-se que os tribunais constitucionais já não cumprem apenas o papel para o qual foram pensados. Hoje em dia, além de se lhes recusar um papel meramente passivo, de aplicadores da lei, os magistrados constitucionais comportam-se como guardiões do Texto Fundamental, como seus fiéis depositários e ainda como super-protetores dos direitos fundamentais.

Nesse sentido, só a tomada de decisões de tipo intermédio permite aos juízes cumprirem com tais funções, mesmo que ocorra um desrespeito, mais ou menos ostensivo, do princípio da separação de poderes.

Mas essa aceitação não nos parece correta. Assim sendo, não consideramos que todas as decisões de tipo intermédio sejam ilegítimas, mas rejeitamos as decisões manipulativas que implicam um total desrespeito pelo espaço legislativo. Nesse sentido, nunca poderíamos aceitar que o TC português legislasse num acórdão, mesmo que a regulação criada se tivesse por transitória.

Quanto à doutrina portuguesa, vimos que não existe uniformidade de categorizações ou de construção de limites. No entanto, a maioria é unânime e aceita o princípio da interpretação conforme como um dos valores inerentes ao nosso ordenamento constitucional, que permite aos magistrados do TC olvidar a certas dificuldades, decorrentes da interpretação de normas e do regime da inconstitucionalidade.

Vitalino Canas surge como o Autor português mais ativista e amigo das várias decisões de tipo intermédio. Entre os menos acolhedores destas decisões parecem destacar-se Blanco de Moraes e Gomes Canotilho.

Quanto aos Acórdãos que formam a «jurisprudência da crise», destacamos o n.º 353/2012 como o mais importante, por denotar um comportamento mais “agressivo” do Tribunal Constitucional. Recordamos que nesta decisão de tipo manipulativo, aquele considerou que a inconstitucionalidade reconhecida só produziria efeitos para o futuro, o que contraria o previsto pela CRP. Assim, a maioria da doutrina teceu fortes críticas a este aresto e considerou que o Tribunal Constitucional havia passado todos os limites, produzindo um acórdão desconforme com a Constituição.

As mesmas críticas mereceu o Ac. n.º 862/2013, em que o Tribunal Constitucional <também se comportou de forma ativista, afrontando a liberdade de conformação do legislador ordinário. Porém, esta decisão foi acolhida mais facilmente, pois já seria, de certa forma, expectável.

Finalmente, apontamos como um dos desideratos desta dissertação a tentativa de responder a uma série de questões, face ao desenho do nosso ordenamento constitucional: será legítimo um tribunal constitucional comportar-se desta forma? Será admissível o TC português assumir este tipo de decisões? Terá havido, sobretudo na jurisprudência mais recente, desrespeito pela vontade do legislador constituinte? Haverá justificação legal para este tipo de sentença? Tendo em vista o direito a constituir, impõem-se alterar a CRP ou criar lei ordinária?

Por razões de facilidade de leitura e exposição, responderemos a cada questão por pontos:

1. É nossa convicção que os tribunais constitucionais não são meros aplicadores da lei, mas também não se devem comportar como legisladores. Desta forma, admitimos sentenças intermédias desde que as grandes opções constitucionais sejam respeitadas. É de salientar que não nos fixamos na questão da legitimação destes tribunais – que, como se sabe, gozam de legitimidade indireta – por a considerarmos ultrapassada
2. No que respeita ao TC português, a resposta não difere. Parece-nos que não deve existir qualquer discriminação (positiva ou negativa) do nosso órgão de fiscalização da constitucionalidade e que ele tem possibilidade de tomar decisões de tipo intermédio. Aliás, essa mesma faculdade foi-lhe atribuída pelo legislador constituinte, de forma generosa (veja-se o que a doutrina diz acerca do art. 282.º CRP).
3. Sobre a jurisprudência do TC, fomos deixando indícios da nossa opinião durante a exposição, mas voltamos a sublinhar que não considerámos a maioria das decisões daquele órgão ativistas ou desrespeitadoras da vontade do legislador. Concordamos que, nos últimos anos, o TC assumiu mais poder do que nunca e que, em certos casos, se comportou mais como oposição do que os partidos da Assembleia da República, mas parece-nos que o momento excepcional que o país atravessa(va) exigia esse maior intervencionismo da sua parte. Em suma, não nos parece que o

TC tenha extravasado as competências que lhe são constitucionalmente cometidas e que tenha ocupado a esfera do legislativo.

4. Quanto à questão de saber se há justificação legal para este tipo de decisão, não podemos dar uma resposta unívoca. Parece-nos que o art. 282.º da CRP admite uma flexibilização do binómio decisão de acolhimento da inconstitucionalidade / decisão de rejeição da inconstitucionalidade e, nesse ponto, justifica alguns tipos de decisões de tipo intermédio, mas não todos eles. O mesmo se passa com o art. 80.º, n.º 3 LTC.
5. E, assim, chegamos à última questão, estreitamente relacionada com a anterior. Ora, não se deve retirar do que acabámos de expor que sejamos a favor de uma revisão constitucional sobre esta matéria. Pelo contrário, parece-nos que o legislador constituinte fez “um bom trabalho” e não há necessidade de alterar o regime por ele consagrado.

Concluimos com Vitalino Canas: «No “Jogo Constitucional” moderno, o árbitro é impelido a tornar-se ele próprio um jogador, mas um jogador imparcial pois vai “marcar” em ambas as balizas por comando da Constituição. É aqui que mais nitidamente detetamos o “*indirizzo*” dos Tribunais Constitucionais.»³⁸⁶

³⁸⁶ CANAS, Vitalino, *Introdução às decisões ...*, ob. cit., p. 14.

Bibliografia

ALEXANDRINO, José de Melo, «Jurisprudência da Crise. Das Questões Prévias às Perplexidades», In *O Tribunal Constitucional e a Crise – Ensaio Críticos*, Gonçalo de Almeida Ribeiro e Luís Pereira Coutinho (org.), Coimbra, Almedina, Junho de 2014.

ALMEIDA, Luís Nunes de, «O Tribunal Constitucional e o conteúdo, a vinculatividade e os efeitos das suas decisões», In *Portugal - O Sistema Político e Constitucional: 1974/1987*, (Coord. Mário Baptista Coelho), Instituto de Ciências Sociais, Universidade de Lisboa, 1989, páginas 941 e seguintes.

AMARAL, Maria Lúcia, «Carl Schmitt e Portugal – o problema dos métodos em Direito Constitucional Português», In *Perspectivas Constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976, Vol. I* (Org. Jorge Miranda), Coimbra Editora, Coimbra, 1996, páginas 167 e seguintes.

AMARAL, Maria Lúcia, «Justiça Constitucional e Trinta Anos de Constituição», In *30 anos da Constituição Portuguesa – 1976/2006, edição especial da Revista Themis – Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, 2006, páginas 145 a 153.

AMARAL, Maria Lúcia, *A forma da República – uma introdução ao estudo do direito constitucional*, Coimbra, 2012, 1.^a edição (reimpressão), Coimbra Editora.

AMARAL, Maria Lúcia, As decisões intermédias na jurisprudência constitucional portuguesa (disponível em <<https://www.icjp.pt/sites/default/files/media/414-362.pdf>>; último acesso em 01/07/2017).

AMORIM, Camila Silva de, «Efetividade das normas constitucionais e sentenças com efeitos aditivos na justiça constitucional portuguesa e brasileira», In *Revista Eletrónica Direito e Política*, Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v. 10, n.º 2, Janeiro/Abril de 2015, páginas 871 a 906 (disponível em: <www.univali.br/direitoepolitica>, último acesso a 01/07/2017).

ARAÚJO, António de, COSTA, Pedro Cardoso da, e BRITO, Miguel Nogueira de, «As relações entre os Tribunais Constitucionais e as outras jurisdições nacionais, incluindo a interferência, nesta matéria, da acção das jurisdições europeias (Relatório português à XII

Conferência dos Tribunais Constitucionais Europeus – Bruxelas, Maio de 2002)», In *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 62, III, Dezembro de 2002, Lisboa, páginas 907 a 982.

ARGÜELLES, Juan Ramon de Paramo, «Razonamiento jurídico e interpretación constitucional», In *Revista Española de Derecho Constitucional*, Ano 8, n.º 22, Janeiro-Abril, Madrid, 1988, páginas 89 a 119.

ASCENSÃO, José de Oliveira, «Os Acórdãos com Força Obrigatória Geral do Tribunal Constitucional como Fonte de Direito», In *Nos dez anos da Constituição*, Jorge Miranda (org.), Lisboa, Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 1987, páginas 249 e seguintes.

BACHOF, Otto, «Estado de Direito e poder político: os tribunais constitucionais entre o direito e a política» (tradução: J. M. Cardoso da Costa), In *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Ano 56, 1980.

BASTOS, Celso Ribeiro, *Curso de Direito Constitucional*, 22.^a edição, revista e atualizada por Samantha Meyer-Pflug, (Prefácio de Gilmar Ferreira Mendes), São Paulo, Malheiros Editores, 2010.

BRANCO, Ricardo, «Ou sofrem todos, ou há moralidade: breves notas sobre a fundamentação do Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 353/2012, de 5 de julho», In *Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Teles*, obra coletiva, Vol. I, Coimbra, 2012, páginas 329 a 356.

BRITO, Maria Helena, «Relações entre a ordem jurídica comunitária e a ordem jurídica nacional: desenvolvimentos recentes em direito português», In *Estudos em Homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa*, obra coletiva, Vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, páginas 301 a 317.

BRITO, Mário de, «Sobre as decisões interpretativas do Tribunal Constitucional», In *Revista do Ministério Público*, Ano 16.º, n.º 62, Abril – Junho de 1995, páginas 57 a 75.

CANAS, Vitalino, «Algumas notas sobre o valor e alcance das decisões do Tribunal Constitucional», In *Progresso do Direito*, Lisboa, A. 3, n.ºs 3/4, 1985, páginas 93 a 111.

CANAS, Vitalino, «Constituição *Prima Facie*: igualdade, proporcionalidade, confiança (aplicadas ao “corte” de pensões)», In *Revista Eletrónica de Direito Público*, n.º 1, 2014, (disponível em <www.e-publica.pt>; último acesso em 01/07/2017).

CANAS, Vitalino, «O Tribunal Constitucional: órgão de garantia da segurança jurídica, da equidade e do interesse público de excecional relevo», In *Estudos em Homenagem ao Prof Doutor Armando Marques Guedes*, FDUL, 2004, Coimbra Editora, páginas 107 e seguintes.

CANAS, Vitalino, *Introdução às Decisões de Provisamento do Tribunal Constitucional (Conteúdo, Objeto, Efeitos)*, 2.^a edição (revista), Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1994.

CAPPELLETTI, Mauro, «Questioni nuove (e vecchie) sulla giustizia costituzionale», In *Giurisprudenza Costituzionale*, Anno 35, Fasc. 3 (1990), páginas 857 a 864.

CAPPELLETTI, Mauro, *Dimensioni della giustizia nelle società contemporanee – Studi di diritto giudiziario comparato*, Bologna, Il Mulino, 1994.

CARDOSO DA COSTA, José Manuel M., «Controlo da constitucionalidade no Brasil e em Portugal (Apontamento)», In *Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Teles*, obra coletiva, Vol. I, Coimbra, 2012, páginas 403 a 421.

CARDOSO DA COSTA, José Manuel M., «Justiça Constitucional e Jurisdição Comum (Cooperação ou Antagonismo?)», In *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho – Boletim da Faculdade de Direito – Studia Iuridica 103*, Fernando Alves Correia, Jónatas E. M. Machado e João Carlos Loureiro (org.), Coimbra Editora, Coimbra, 2012, páginas 193 a 212.

CARDOSO DA COSTA, José Manuel M., «O tribunal constitucional português e o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias», In *Separata Ab uno ad omnes – 75 anos da Coimbra Editora*, Coimbra, 1998, páginas 1363 e seguintes.

CARDOSO DA COSTA, José Manuel Marques, «A Jurisprudência Constitucional Portuguesa em matéria administrativa», In *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Rogério Soares*, obra coletiva, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, páginas 177 a 221.

CARDOSO DA COSTA, José Manuel Marques, «A Justiça Constitucional no quadro das funções do Estado vista à Luz das Espécies Conteúdo e Efeitos das Decisões sobre a constitucionalidade das normas», In *Relatório geral da VII Conferência dos Tribunais Constitucionais Europeus*, Gabinete de Documentação e Direito Comparado, Abril de 1987, páginas 41 a 76.

CARDOSO DA COSTA, José Manuel Marques, *A Jurisdição Constitucional em Portugal*, 3.^a Edição, Coimbra, Almedina, 2007.

CARVALHO, Kildare Gonçalves, «Controle de Constitucionalidade: aspetos contemporâneos», In Adhemar Ferreira Maciel, Lakowsky Dolga; Leonardo de Faria Beraldo; Monica Aragão Martiniano Ferreira e Costa (org.), *Estudos de Direito Constitucional – Homenagem ao Professor Ricardo Arnaldo Malheiro Fiuza*, Vol. I, Belo Horizonte, Del Rey, 2009, páginas 155 a 174.

CASTRO, Bernardo de Mendonça Teixeira de, *As sentenças intermédias na ordem constitucional nacional: análise da sua legitimidade à luz do princípio da separação de poderes*, Dissertação de Mestrado apresentada à Escola de Direito da Universidade do Minho, Setembro de 2015.

CASTRO, Bernardo de, «As sentenças de interpretação conforme à Constituição. Análise dos limites jurídico-funcionais do Tribunal Constitucional nas relações com as demais jurisdições», In *Revista Eletrónica de Direito Público*, vol. 3, n.º 2, Novembro de 2016, páginas 229 a 258 (disponível em <www.e-publica.pt>; ultimo acesso a 01/07/2017).

CASTRO, Vitória Izabel S. S., «As sentenças aditivas como particular (e controversa) expressão de ativismo judicial», In *Revista Jurídica Luso Brasileira da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Ano 1 (2015), n.º 2, páginas 2067 a 2116 (disponível em <http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2015/2/2015_02_2067_2116.pdf>; último acesso em 01/07/2017).

CORREIA, Fernando Alves, «A justiça constitucional em Portugal e em Espanha. Encontros e Divergências.», In *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 131, n.ºs 3891, 3892 e 3893, páginas 162 e seguintes.

CORREIA, Fernando Alves, *Justiça Constitucional*, 1.^a Edição, Almedina, Coimbra, Setembro de 2016.

CORREIA, Hugo Alexandre Pedro, «Admissibilidade da restrição temporal de efeitos em fiscalização concreta», In *As Sentenças Intermédias da Justiça Constitucional – Estudos Luso-brasileiros de Direito Público*, coord.: Carlos Blanco de Moraes, AAFDL, Maio de 2009, páginas 735 a 830.

D’ATENA, Antonio, «A propósito das sentenças interpretativas da corte constitucional italiana», In *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, Volume I – Direito Constitucional e Justiça Constitucional, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2012, Coimbra Ed., páginas 373 a 381.

ELIA, Leopoldo, «L’esperienza italiana della giustizia costituzionale. Alcuni nodi critici», In OLIVETTI, Marco e GROPPi, Tania (ob. Col.), *La Giustizia Costituzionale in Europa*, Milano – Dott. A. Giuffrè Editore, 2003, páginas 137 a 148.

ENTERRÍA, Eduardo Garcia, «Un paso importante para el desarrollo de nuestra justicia constitucional: la doctrina prospectiva en la declaración de ineficacia de las Leyes inconstitucionales», In *CIVITAS – Revista española de derecho administrativo*, n.º 61, 1989, páginas 5 a 17.

FONSECA, Guilherme da, «O papel da Jurisprudência Constitucional», In *Perspectivas Constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976*, Vol. II (org. Jorge Miranda), Coimbra Editora, Coimbra, 1996, páginas 1035 a 1052.

FONSECA, Guilherme da, «Os juízes e o Tribunal Constitucional: breve análise de jurisprudência», In *Estudos em Homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa*, obra coletiva, Vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, páginas 565 a 573.

GALVÃO TELES, Miguel, «A competência da competência do Tribunal Constitucional», In *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional*, (Colóquio no 10.º Aniversário do Tribunal Constitucional), Coimbra Editora, 1995, páginas 114 e seguintes.

GOMES CANOTILHO, José Joaquim, «A Concretização da Constituição pelo Legislador e pelo Tribunal Constitucional», In *Nos dez anos da Constituição*, Jorge Miranda (org.), Lisboa, Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 1987, páginas 345 e seguintes.

GOMES CANOTILHO, José Joaquim, «Direito, direitos; Tribunal, tribunais», In *Portugal - O Sistema Político e Constitucional: 1974/1987* (Coord. Mário Baptista Coelho), Instituto de Ciências Sociais, Universidade de Lisboa, 1989, páginas 901 e seguintes.

GOMES CANOTILHO, José Joaquim, «Jurisdição Constitucional e intranquilidade discursiva», In *Perspectivas Constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976*, Vol. I, (org. Jorge Miranda), Coimbra Editora, Coimbra, 1996, páginas 871 e seguintes.

GOMES CANOTILHO, José Joaquim, «Para uma teoria pluralística da Jurisdição Constitucional Democrático Português», In *Revista do Ministério Público*, Ano 9, n.ºs 33-34, Janeiro-Junho, 1988, páginas 9 a 27.

GOMES CANOTILHO, José Joaquim, «Tribunal Constitucional, Jurisprudências e Políticas Públicas», In *Anuário Português de Direito Constitucional*, vol. III, 2003, Coimbra Editora, páginas 77 a 86.

GOMES CANOTILHO, José Joaquim, *Constituição dirigente e vinculação do legislador – Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, 2.ª edição.

GOMES CANOTILHO, José Joaquim, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª edição, Edições Almedina, Coimbra, Setembro de 2003.

GOMES CANOTILHO, José Joaquim, e MOREIRA, Vital, *CRP – Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. II, 4.ª edição Revista, Coimbra Editora, Coimbra, Outubro de 2014.

GOMES CANOTILHO, José Joaquim, e MOREIRA, Vital, *Fundamentos da Constituição*, Coimbra Editora, 1991.

GOMES, Frederico Barbosa Gomes, «O modelo Alemão de controle da constitucionalidade», In *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, Pouso Alegre, v. 26, n.º 2, Julho/Dezembro de 2010, páginas 153 a 180 (disponível em <<http://www.fdsu.edu.br/adm/artigos/e1ff91a8c7b5ca24065fefa82261ff0b.pdf>>; último acesso a 01/07/2017).

GONÇALVES, Isabela Carnáuba, *Sentenças Intermédias na Justiça Constitucional: uma atividade meramente interpretativa do direito?*, Dissertação de Mestrado, na Área de

Especialização em Ciências Jurídico-Políticas, Menção em Direito Constitucional, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Orientadora: Prof. Doutora Maria Benedita Urbano, Coimbra, Outubro de 2014.

HECK, Luís Afonso, «Tradução do artigo 79 da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal Alemão (BVerfGG)», In *Revista de Informação Legislativa*, n.º 127, Ano 32, Julho/Setembro de 1995, Senado Federal, Brasília, páginas 241 a 258.

ISRAEL, Lucas Nogueira, *A legitimidade das sentenças manipulativas com efeitos aditivos no controle judicial de constitucionalidade: entre a supremacia judicial e a supremacia parlamentar*, Dissertação de Mestrado em Direito – Universidade de Brasília, Brasília, 2014 (disponível em <<http://repositorio.unb.br/handle/10482/16943>>; último acesso em 01/07/2017).

LANCEIRO, Rui Tavares, «O efeito repristinatório da declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral e a sua limitação pelo Tribunal Constitucional», In *As Sentenças Intermédias da Justiça Constitucional – Estudos Luso-brasileiros de Direito Público*, (coord. Carlos Blanco de Moraes), AAFDL, Maio de 2009, páginas 581 a 664.

LLORENTE, Francisco Rubio, «La jurisdicción constitucional como forma de creación de derecho», In *Revista Española de Derecho Constitucional*, Ano 8, n.º 22, Janeiro-Abril, Madrid, 1988, páginas 9 a 51.

LLORENTE, Francisco Rubio, «Seis Tesis sobre la jurisdicción constitucional en Europa», In *Revista Española de Derecho Constitucional*, Ano 12, n.º 35, Maio-Junho, 1992, páginas 9 a 39.

LOPES, Pedro Moniz, «Sobre as sentenças de inconstitucionalidade parcial qualitativa», In *As Sentenças Intermédias da Justiça Constitucional – Estudos Luso-brasileiros de Direito Público*, (coord. Carlos Blanco de Moraes), AAFDL, Maio de 2009, páginas 477 a 577.

MARTINS, Licínio Lopes, «O conceito de norma na Jurisprudência do Tribunal Constitucional», In *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXXV, 1999, páginas 599 a 648.

MEDEIROS, Rui, «A Jurisprudência Constitucional Portuguesa sobre a Crise: Entre a Ilusão de um Problema Conjuntural e a Tentação de um Novo Dirigismo Constitucional»,

In *O Tribunal Constitucional e a Crise – Ensaios Críticos*, Gonçalo de Almeida Ribeiro e Luís Pereira Coutinho (org.), Almedina, Coimbra, Junho de 2014.

MEDEIROS, Rui, *A Constituição Portuguesa num Contexto Global*, Universidade Católica Editora, Lisboa, Março de 2015.

MEDEIROS, Rui, *A Decisão de Inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*, Universidade Católica Editora, Lisboa, Abril de 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira, *Jurisdição Constitucional – o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*, 6.^a edição, São Paulo, Editora Saraiva – série IDP: instituto brasileiro de Direito Público, 2014.

MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de, «Anotação ao acórdão do Tribunal Constitucional n.º 396/2011; processo n.º 72/11, plenário; Relator: Joaquim de Sousa Ribeiro», In *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 71, Lisboa, Out./Dez. 2011, páginas 1225 a 1285.

MIRANDA, Jorge, «“Caducidade de normas constitucionais”», Comunicação em 24 de Abril de 2014 ao Seminário sobre mutações constitucionais, promovido pelo Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da FDUL», In *O Direito*, Lisboa, A., 146, n.º 2, 2014, páginas 283 a 295.

MIRANDA, Jorge, «3º Tema – Relatórios Introdutórios: O Tribunal Constitucional Português. Valor e Alcance das suas decisões», In *Progresso do Direito*, Lisboa, A. 3, n.ºs 3/4, 1985, páginas 100 a 110.

MIRANDA, Jorge, «A fiscalização da constitucionalidade por omissão», In *Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Teles*, obra coletiva, Vol. I, Coimbra, 2012, páginas 687 a 716.

MIRANDA, Jorge, «A fiscalização da constitucionalidade: uma visão panorâmica», In *Revista Scientia Iuridica*, 0870-8185, Tomo XLII, n.ºs 244/246, Julho/Dezembro de 1993, Universidade do Minho, páginas 161 a 180.

MIRANDA, Jorge, «O Tribunal Constitucional em 2012», In *O Direito*, Lisboa, A., 145, n.ºs 1-2, 2013, páginas 341 a 378.

MIRANDA, Jorge, *Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade*, Clássicos Jurídicos, Coimbra Editora, 2007 (Reimpressão), Coimbra.

MIRANDA, Jorge, *Curso de Direito Constitucional, Vol. II – Estrutura do Estado. Sistemas Políticos. Atividade Constitucional do Estado. Fiscalização da Constitucionalidade.*, Universidade Católica Editora, Lisboa, Julho de 2016.

MONTEIRO DINIZ, «A fiscalização concreta da constitucionalidade como forma de dinamização do Direito Constitucional (o sistema vigente e o Ir e Vir Dialético entre o Tribunal Constitucional e os outros tribunais)», In *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional* (Colóquio no 10.º Aniversário do Tribunal Constitucional), Coimbra Editora, 1995.

MONTELOBO, Sofia, «A tutela das omissões relativas geradas pela violação do princípio da igualdade através do controlo de constitucionalidade por acção», In *As Sentenças Intermédias da Justiça Constitucional – Estudos Luso-brasileiros de Direito Público*, (coord. Carlos Blanco de Moraes), AAFDL, Maio de 2009, páginas 165 a 323.

MORAIS, Carlos Blanco de, «As mutações constitucionais implícitas e os seus limites jurídicos: autópsia de um Acórdão controverso», In *Separata da Iuris Mat – Revista Jurídica do Instituto Superior Manuel Teixeira Gomes*, n.º 3, Portimão, Novembro de 2013.

MORAIS, Carlos Blanco de, «As sentenças com efeitos aditivos», In *As Sentenças Intermédias da Justiça Constitucional – Estudos Luso-brasileiros de Direito Público* (coord. Carlos Blanco de Moraes), AAFDL, Maio de 2009, páginas 13 a 115.

MORAIS, Carlos Blanco de, «Segurança Jurídica e Justiça Constitucional», In *Revista da FDUL*, vol. 41, n.º 2 (ano: 2000), páginas 619 a 630.

MORAIS, Carlos Blanco de, *Justiça Constitucional, Tomo II – o Direito do Contencioso Constitucional*, 2.ª edição, Coimbra Editora, Cascais, Junho de 2011.

MOTA PINTO, Paulo, «A Protecção da Confiança na “Jurisprudência da Crise”», In *O Tribunal Constitucional e a Crise – Ensaios Críticos*, Gonçalo de Almeida Ribeiro e Luís Pereira Coutinho (org.), Almedina, Coimbra, Junho de 2014.

MOTA PINTO, Paulo, «Reflexões sobre Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais nos 30 anos da Constituição da República Portuguesa», In *30 anos da Constituição Portuguesa – 1976/2006, edição especial da Revista Themis – Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, 2006, páginas 201 a 216.

MOURA RAMOS, Rui Manuel, «O tratado que estabelece uma constituição para a Europa e a posição dos tribunais constitucionais dos Estados-Membros no sistema jurídico e jurisdicional da União Europeia», In *Estudos em Homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa*, obra coletiva, Vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, páginas 365 a 395.

PIÇARRA, Nuno, «A Separação de Poderes na Constituição de 1976. Alguns Aspectos», In *Nos dez anos da Constituição*, Jorge Miranda (org.), Lisboa, Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 1987, páginas 143 e seguintes.

PINARDI, Roberto, «La corte e il legislatore: spunti e riflessioni in tema di efficacia pro futuro delle sentenze di accoglimento», In *Giurisprudenza Costituzionale*, Milano, Anno 36, Fasc. 1 (Gen./Feb. 1991), páginas 788 a 845.

PINARDI, Roberto, *L'horror vacui nel giudizio sulle leggi: prassi e tecniche decisionali utilizzate dalla corte costituzionale allo scopo di ovviare all'inerzia del legislatore*, Milano, Giuffrè Editore, 2007, Collana del Dipartimento di Scienze Giuridiche e della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Modena e Reggio Emilia.

PINARDI, Roberto, *La corte, i giudici ed il legislatore – il problema degli effetti temporali delle sentenze d'incostituzionalità*, Milano, Giuffrè Editore, 1993, Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza, Dipartimento di Scienze Giuridiche – Università di Modena.

PIZZORUSSO, Alessandro, «“Concreteza” e “Astrattezza” nel sistema italiano e nel sistema portoghese di controllo di costituzionalità delle leggi», In *30 anos da Constituição Portuguesa – 1976/2006, edição especial da Revista Themis – Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, 2006, páginas 171 a 178.

PIZZORUSSO, Alessandro, «La Giurisprudenza della corte costituzionale italiana sull'inammissibilità della questione incidentale di costituzionalità per mancata ricerca da parte del giudice “a quo” di un'interpretazione costituzionalmente conforme della legge sospettata d'incostituzionalità», In *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge*

Miranda, Volume I – Direito Constitucional e Justiça Constitucional, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2012, Coimbra Ed., páginas 97 a 106.

PIZZORUSSO, Alessandro, «Uso ed abuso del diritto processuale costituzionale», In *Perspectivas Constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976*, Vol. I, (org. Jorge Miranda), Coimbra Editora, Coimbra, 1996, páginas 889 e seguintes.

POLITI, Fabrizio, «Gli effetti temporali delle sentenze di accoglimento nella giurisprudenza costituzionale», In *Gli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento della Corte Costituzionale (contributo ad una teoria dell'invalidità costituzionale della legge)*, CEDAM, 1997, páginas 247 a 346.

Projeto SPES – Socialidade, Pobreza(s) e Exclusão Social, *Cadernos do Programa de Doutoramento em Direito Público/ Estado Social, Constituição e Pobreza – Diálogo sobre “Weak Courts, Strong Rights” de Mark Tushnet*, publicações do Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Agosto de 2016 (disponível em: <http://www.fd.uc.pt/spes/pdfs/caderno_2.pdf>; último acesso a 01/07/2017)

QUEIROZ, Cristina M. M., «A relação entre o Tribunal Constitucional e a Justiça Comum no processo de Controle Concreto de Normas. Em particular, o caso das Sentenças Interpretativas», In *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho – Boletim da Faculdade de Direito – Studia Iuridica 103*, Fernando Alves Correia, Jónatas E. M. Machado e João Carlos Loureiro (org.), Coimbra Editora, Coimbra, 2012, páginas 605 a 635.

RANGEL, Paulo Castro, «O legislador e o Tribunal Constitucional: o risco da redução metodológica do problema político», In *Repensar o Poder Judicial*, Porto, 2001.

REGO, Carlos Lopes do, «O objeto *idóneo* dos recursos de fiscalização concreta da constitucionalidade: as *interpretações normativas* sindicáveis pelo Tribunal Constitucional», In *Revista Jurisprudência Constitucional*, n.º 3, Julho/Setembro de 2004, AATRIC Editora, Lisboa, páginas 4 a 15.

REGO, Carlos Lopes do, *Os Recursos de Fiscalização Concreta na Lei e na Jurisprudência do Tribunal Constitucional*, Almedina, Coimbra, Janeiro de 2010.

RESCIGNO, Francesca, «La Giustizia Costituzionale in Germania», In OLIVETTI, Marco e GROPPPI, Tania (ob. Col.), *La Giustizia Costituzionale in Europa*, Milano – Dott. A. Giuffrè Editore, 2003, páginas 93 a 135.

RIBEIRO, Joaquim Sousa, «O diferimento da eficácia no tempo da declaração de inconstitucionalidade», In *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 145, n.º 3998, páginas 266 a 295.

ROMBOLI, Roberto, «IL contrasto fra motivazione e dispositivo come presupposto della correzione di errori materiali ed efficacia della interpretazione da parte della corte di proprie precedenti decisioni», In *Giurisprudenza Costituzionale*, Milano, Anno 36, Fasc. 1 (Gen./Feb. 1991), páginas 686 a 704.

SÁ, Fátima, «Omissões inconstitucionais e sentenças aditivas», In *As Sentenças Intermédias da Justiça Constitucional – Estudos Luso-brasileiros de Direito Público* (coord. Carlos Blanco de Moraes), AAFDL, Maio de 2009, páginas 409 a 473.

SAMPAIO, Flávia Cerqueira, «Os efeitos diferidos para o futuro de uma decisão de inconstitucionalidade», In *As Sentenças Intermédias da Justiça Constitucional – Estudos Luso-brasileiros de Direito Público* (coord. Carlos Blanco de Moraes), AAFDL, Maio de 2009, páginas 665 a 734.

SANJUÁN, Teresa Freixes, e CARBONELL, Jose Carlos Remotti, «Los valores y principios en la interpretacion constitucional», In *Revista Española de Derecho Constitucional*, Ano 12, n.º 35, Maio-Junho, 1992, página 97 a 110.

SANTOS, António Carlos dos, e PALMA, Clotilde Celorico, «O acórdão do Tribunal Constitucional n.º 353/2012, de 5 de Julho – a prevalência da razão jurídica sobre a razão económica», In *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, Vol. II, Ano V, 11/12, 2012, páginas 31 a 53.

SCHWABE, Jürgen, *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*, tradução: Beatriz Hennig, Leonardo Martins, Mariana Bigelli de Carvalho, Tereza Maria de Castro e Vivianne Geraldine Ferreira, org.: Leonardo Martins, 2005 (disponível em < http://www.kas.de/wf/doc/kas_7738-544-1-30.pdf>, último acesso a 01/07/2017).

SEGADO, Francisco Fernández, «El tribunal constitucional español como legislador positivo», In *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda, Volume I – Direito Constitucional e Justiça Constitucional*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2012, Coimbra Ed., páginas 735 a 795.

SILVA, Jorge Pereira da, *Dever de legislar e protecção jurisdiccional contra omissões legislativas – Contributo para uma Teoria da Inconstitucionalidade por Omissão*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2003.

SILVA, Suzana Tavares, «O problema da justiça intergeracional em jeito de comentário ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 187/2013», In *Cadernos de Justiça Tributária n.º 00*, Abril/Junho de 2013, páginas 6 a 18.

TAVARES, André Ramos, «Modelos de uso da jurisprudência constitucional estrangeira pela justiça constitucional», In *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda, Volume I – Direito Constitucional e Justiça Constitucional*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2012, Coimbra Ed., páginas 261 a 291.

TELES, Miguel Galvão, «Inconstitucionalidade Pretérita», In *Nos dez anos da Constituição*, Jorge Miranda (org.), Lisboa, Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 1987, páginas 265 e seguintes.

URBANO, Maria Benedita, «Relatório Geral – Fiscalização da Constitucionalidade e Estatuto das Jurisdições Constitucionais dos países de Língua Portuguesa», In *Conferência das Jurisdições Constitucionais dos Países de Língua Portuguesa – I Assembleia*, publicação do Tribunal Constitucional Português, Lisboa, Maio de 2010 (disponível em <<http://cjclp.org/wp-content/uploads/2015/06/201005-relatoriogeral.pdf>>; último acesso a 01/07/2017).

URBANO, Maria Benedita, «“Criação Judicial” e “Ativismo Judicial”: as duas faces de uma mesma função?», In *35.º Aniversário da Constituição de 1976* (obra organizada pelo TC), vol. II, Coimbra, Janeiro de 2012, páginas 7 a 41.

URBANO, Maria Benedita, «A Jurisprudência da Crise no Divã. Diagnóstico: Bipolaridade?», In *O Tribunal Constitucional e a Crise – Ensaio Crítico*, Gonçalo de Almeida Ribeiro e Luís Pereira Coutinho (org.), Almedina, Coimbra, Junho de 2014.

URBANO, Maria Benedita, «Sentenças Intermédias: Para além de Kelsen mas ainda aquém de uma nova teoria da separação de poderes», In *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho – Boletim da Faculdade de Direito – Studia Iuridica 103*, Fernando Alves Correia, Jónatas E. M. Machado e João Carlos Loureiro (org.), Coimbra Editora, Coimbra, 2012, páginas 691 a 719.

URBANO, Maria Benedita, *Curso de Justiça Constitucional – Evolução Histórica e Modelos do Controlo da Constitucionalidade*, 2.^a edição, Almedina, Coimbra, Setembro de 2016.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, «Legitimidade da Justiça Constitucional e Princípio da Maioria», In *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional (Colóquio no 10.º Aniversário do Tribunal Constitucional)*, Coimbra Editora, 1995.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, 3.^a edição, Coimbra, 2001.

ZAGREBELSKY, Gustavo, «A lei, o Direito e a Constituição», In *Anuário Português de Direito Constitucional*, ano III, 2003, páginas 35 a 49.

ZAGREBELSKY, Gustavo, «La giurisdizione costituzionale», in *Manuale di Diritto Pubblico, vol. II: L'organizzazione costituzionale*, Giuliano Amato e Augusto Barbera (coord.), 5.^a edição, Il Mulino (editora), páginas 471 a 515.

Jurisprudência (apenas os acórdãos do TC português sobre «jurisprudência da crise»):

Ac. TC n.º 399/2010, de 27 de Outubro, processos n.ºs 523 e 524/10 (<www.tribunalconstitucional.pt>)

Ac. TC n.º 396/2011, de 21 de Setembro, processo n.º 72/11 (<www.tribunalconstitucional.pt>)

Ac. TC n.º 353/2012, de 20 de Julho, processo n.º 40/12 (<www.tribunalconstitucional.pt>)

Ac. TC n.º 187/2013, de 22 de Abril, processos n.ºs 2/2013, 5/2013, 8/2013 e 11/13 (<www.tribunalconstitucional.pt>)

Ac. TC n.º 474/2013, de 17 de Setembro, processo n.º 754/13
(<www.tribunalconstitucional.pt>)

Ac. TC n.º 362/2013, de 27 de Junho, processo n.º 192/13
(<www.tribunalconstitucional.pt>)

Ac. TC n.º 862/2013, de 19 de Dezembro, processo n.º 1260/13
(<www.tribunalconstitucional.pt>)

Legislação

Costituzione della Repubblica Italiana – Gazzetta Ufficiale, 27 Dez. 1947, n. 298.

Lei Constitucional n.º 1/82, de 30 de Setembro (1ª Revisão Constitucional): criação do TC.

Lei Fundamental da República Federal da Alemanha – *Deutscher Bundestag*.

Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal Alemão: Lei do Tribunal Constitucional Federal

LOFPTC – Lei n.º 28/82, de 15 de Novembro («Lei sobre a organização, funcionamento e processo do Tribunal Constitucional»).