



Carlos Blanco de Moraes, Paulo A. Casseb,
Sofia Montelobo, Tacia Xavier, Fátima Sá,
Pedro Moniz Lopes, Rui tavares Lanceiro,
Flávia Cerqueira Sampaio, Hugo Alexandre Pedro Correia

AS SENTENÇAS INTERMÉDIAS DA JUSTIÇA CONSTITUCIONAL

Centro de Investigação da Faculdade de Direito de Lisboa



2009

Nenhuma parte desta publicação pode ser reproduzida por qualquer processo electrónico, mecânico ou fotográfico, incluindo fotocópia, xerocópia ou gravação, sem autorização prévia do editor.

Exceptuam-se as transcrições de curtas passagens para efeitos de apresentação, crítica ou discussão das ideias e opiniões contidas no livro. Esta excepção não pode, no entanto, ser interpretada como permitindo a transcrição de textos em recolhas antológicas ou similares, da qual possa resultar prejuízo para o interesse pela obra.

Os infractores são passíveis de procedimento judicial, nos termos da lei.

AS SENTENÇAS COM EFEITOS ADITIVOS*

Carlos Blanco de Morais

Professor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito de Lisboa e Consultor para os Assuntos Constitucionais do Presidente da República Portuguesa

* O Presente texto corresponde a um síntese e a alguns aditamentos de vários escritos que produzimos sobre a matéria, com especial relevo para alguns capítulos da "Justiça Constitucional"-II-Coimbra-2005.

1. INTRODUÇÃO ÀS SENTENÇAS MANIPULATIVAS E AOS SEUS FUNDAMENTOS

1.1. Decisões de acolhimento simples e decisões de acolhimento com carácter manipulativo

1. As decisões de inconstitucionalidade em fiscalização abstracta sucessiva podem, atento o critério dos respectivos efeitos, desdobrar-se em duas categorias: a das *sentenças simples* e a das *sentenças manipulativas*.

Assumem natureza *simples* as decisões que implicam a eliminação de uma norma inconstitucional¹, bem como a supressão retroactiva de todos os efeitos por ela produzidos, salvaguardados os casos julgados. Implicam a libertação de uma produtividade sancionatória particularmente severa, por virtude da qual apenas o respeito pelos casos julgados as fazem distinguir dos efeitos próprios da declaração de inexistência.

No ordenamento português a sua eficácia repressiva reconduz-se, em primeiro lugar, ao regime-regra da declaração da nulidade com *efeitos absolutos de norma originariamente inconstitucional* (nº 1 do artº 282º da CRP). Trata-se, pois, da *variante plena* das decisões simples de acolhimento.

Integram-se, também, na ordem jurídica portuguesa, numa variante mitigada das sentenças simples, embora num espectro temporalmente limitado quanto aos efeitos retroactivos da declaração de inconstitucionalidade, a sentença declaratória de *nulidade com efeitos relativos* que opera “*ope constitutione*” em sede de

¹ Compreendendo essa eliminação, uma ablação total ou parcial do texto da disposição que contém a norma.

inconstitucionalidade superveniente (nº 2 do artº 282º). É um facto que as declarações de inconstitucionalidade superveniente supõem que *a norma seja afectada pela inconstitucionalidade numa perspectiva diacrónica*, o que implica a intangibilidade dos efeitos que o acto produziu antes da superveniência do parâmetro inconstitucional. É, também, um facto que em ordenamentos onde a declaração de inconstitucionalidade superveniente não se encontra prevista na Constituição (como é o caso do italiano) e em que a restrição temporal de efeitos sancionatórios da declaração resulta de uma decisão criativa com efeitos constitutivos do Tribunal Constitucional, este tipo de decisões tem sido reconduzido ao universo genérico das *sentenças manipulativas*².

Contudo, o ordenamento português foi relativamente pioneiro em proceder à positivação do regime das decisões de inconstitucionalidade superveniente³, através da sua expressa previsão no nº 2 do artº 282º da Constituição, e a prever explicitamente a retroactividade limitada dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, dentro de pressupostos claros. Daí que, diversamente do sistema italiano, no qual a inconstitucionalidade superveniente se defronta com diversas variantes⁴ e em que a datação do alcance dos efeitos sancionatórios retroactivos constitui uma controvertida tarefa do Tribunal Constitucional (atenta uma variabilidade fluida de pressupostos), no ordenamento português é

² Cfr. M. Morelli "Incostituzionalità Supervenuta e Decisioni di Accoglimento dal Momento in cui (Ovvero "ex nunc"): Fumata Bianca. La Sentenza-Deplorazione come possibile "Dies a Quo" della Ilegittimità Superveniens" - Giusrispr. Civ.-1988-p. 776 e seg; Fabrizio Politi "Gli Effetti nel Tempo delle Sentenze di Accoglimento" - Padova-1997-p. 249 e 252 e seg.

³ O reconhecimento de que o ordenamento português assumiu, neste ponto, a dianteira, encontra-se expresso por vários expoentes da doutrina constitucional estrangeira (cfr., por todos, Augusto Martín de la Vega "La Sentencia Constitucional en Italia"-Madrid-2003-p. 345).

⁴ Fabrizio Politi, ult. loc. cit, p. 252 e seg.

a Constituição que determina a caracterização da inconstitucionalidade superveniente e regula os seus pressupostos e os efeitos temporais da correspondente declaração.

2. Em contraponto a este tipo de decisões-regra, surgem as *sentenças manipulativas* ou decisões de "carácter intermédio"⁵.

Em sentido lato, e abarcando apenas as decisões desta natureza existentes na *ordem jurídica portuguesa*, as sentenças manipulativas consistem em *decisões jurisdicionais que determinam a modelação do sentido ou dos efeitos da norma submetida a julgamento*. Trata-se de uma caracterização aproximada que procura abarcar o mínimo denominador comum existente entre uma vasta mole de sentenças desta natureza.

São sentenças manipulativas na ordem constitucional portuguesa, as:

- i) *Decisões que modulam a sua eficácia temporal bem como a do direito que é objecto do respectivo julgamento (nº 4 do artº 282º da CR);*
- ii) *Decisões interpretativas condicionais* (sentenças interpretativas de acolhimento e, até certo ponto, as de rejeição);
- iii) *Decisões com efeitos aditivos.*

⁵ Sentenças intermédias, porque se configurariam com opção intercalar entre as variantes "extremas" da declaração simples de acolhimento e a decisão simples de rejeição. Vide Jorge Miranda "Manual (...)" -VI-op. cit, p. 64; Gomes Canotilho "Direito Constitucional e Teoria da Constituição"-Coimbra-7ª Edição-p. 1018; Angel Latorre Segura-Luis Diez-Picazo Angel Latorre Segura-Luis Diez-Picazo "La Justicia Constitucional en el Quadro de las Funciones del Estado" -in AAVV "Justiça Constitucional e Espécies, Conteúdo e Efeitos das Decisões sobre a Constitucionalidade de Normas"-Lisboa-1987-p. 198.

Será legítimo que nos interroguemos, uma vez mais na ordem constitucional portuguesa, sobre a solidez e a extensão do “*punctum unionis*” existente entre as referidas categorias de decisões de acolhimento já que entre as mesmas existem dissemelhanças de regime. Salvo melhor opinião, existem três pressupostos de homologia susceptíveis de justificar a sua integração no mesmo tipo de sentença, respeitando os mesmos:

- à sua teleologia;
- à sua posição “*topográfica*” entre as decisões simples de acolhimento e as de rejeição;
- aos efeitos transformadores que projectam, directa ou reflexamente, para o conteúdo ou para os efeitos jurídicos do acto normativo sindicado.

No plano teleológico, verifica-se que todas as decisões manipulativas de acolhimento procuram temperar ou moderar, à luz do princípio da segurança jurídica, o rigor dos efeitos absolutos que resultariam da declaração simples de nulidade de uma norma⁶.

Esse desiderato logra-se, por exemplo, através de uma sentença que salvguarde uma pluralidade de situações juridicamente consolidadas que tenham sido praticadas ao abrigo da norma inconstitucional, relativamente aos efeitos repressivos que, por regra, as eliminariam (caso das decisões manipulativas que restringem temporalmente os efeitos sancionatórios da própria decisão e que se encontram previstas no n.º 4 do art.º 282.º da CRP).

Obtém-se, igualmente, através de uma decisão que salvguarde o enunciado normativo impugnado, numa ou em mais interpretações

não desconformes com a Constituição, eliminando, apenas, uma “*norma ideal*” de conteúdo inconstitucional emergente da referida disposição (sentença interpretativa de acolhimento).

E obtém-se, finalmente, por força de uma decisão que, simultaneamente, julga a inconstitucionalidade do segmento de uma norma, mas procede também à reparação do vício, juntando um “*quid*” normativo extraído do ordenamento, susceptível de permitir à norma assim “reconstruída”, produzir no futuro efeitos jurídicos válidos (sentenças com efeitos aditivos).

No plano topográfico, estamos confrontados com sentenças que se interpõem, embora assimetricamente, entre as decisões de acolhimento simples, que declaram a nulidade absoluta do acto (e que pressupõem a destruição da norma impugnada e dos efeitos que produziu, salvo os transitados em julgado) e as decisões de rejeição, que não declaram a inconstitucionalidade e que assim permitem que a norma sindicada logre produzir a plenitude dos seus efeitos.

Finalmente, no plano dos efeitos transformadores das decisões manipulativas de acolhimento, embora se recuse a ideia de que as mesmas exprimam consequências “jurídico-normativas” típicas, o facto é que as referidas decisões podem modelar o conteúdo e a produtividade da norma julgada inconstitucional dentro de certos limites.

Essa modelação pode exprimir uma *eficácia indirecta*, dado que ainda que se dirija a título imediato à restrição dos efeitos retroactivos da própria sentença (decisões previstas no n.º 4 do art.º 282.º da CRP), projecta-se a título mediato mas principal, aos efeitos produzidos no passado pelas normas julgadas inválidas, os quais são salvaguardados pese a mesma invalidade.

Pode, no entanto, a mesma modelação assumir carácter directo:

⁶ Tal como se verá, a teleologia própria de cada uma das categorias de decisão examinadas fundamenta-se, também, em princípios jurídicos com carácter específico.

– seja avaliando interpretativamente numa disposição, a existência de sentidos normativos não inconstitucionais que justifiquem a subsistência do enunciado textual após ser proferida uma decisão parcial qualitativa de invalidade (decisões interpretativas de acolhimento);

– seja adicionando a uma norma parcialmente julgada inconstitucional, outra parcela normativa extraída da Constituição pelo Tribunal, de forma a reparar directamente a invalidade gerada (sentenças com efeitos aditivos).

Dir-se-ia que nada em comum existiria entre as *decisões que modelam temporalmente os seus efeitos repressivos*, por um lado, e as *decisões interpretativas de acolhimento e as dotadas de efeitos aditivos*, por outro. Tratar-se-ia de duas situações qualitativamente distintas, pois nas primeiras o Tribunal Constitucional transformaria os efeitos das suas próprias decisões, enquanto nas segundas o mesmo Tribunal procederia à transformação do sentido e produtividade da norma sindicada⁷.

Não parece, contudo, proceder este entendimento.

Alguma doutrina refere, a este propósito, que se o Tribunal Constitucional pode modelar os efeitos das normas que fiscaliza, por maioria de razão o poderá fazer em relação às suas próprias decisões⁸. Só que, a bem da verdade, em todas as situações em exame, o que se encontra verdadeiramente em causa é o recurso pelo Tribunal a sentenças que tem como escopo directo ou indirecto a transformação do *conteúdo* ou dos *efeitos* das normas que por ele são julgadas inconstitucionais.

⁷ Neste sentido Fabrizio Politi, ult. loc. cit, p. 279.

⁸ G. Silvestri “Le Sentenze Normative della Corte Costituzionale” in “Scritti Crisafulli”-Padova-1985p. 52.

No caso da manipulação temporal da eficácia sancionatória é a própria Constituição portuguesa que autoriza a sentença a conferir um alcance mais restritivo aos efeitos repressivos com carácter retroactivo que dela normalmente resultariam. O objectivo deste instituto é o de, *a título indirecto, modelar uma componente da norma inconstitucional, traduzida na preservação dos efeitos normativos póstumos por esta produzidos, de modo a que os mesmos produzam consequências jurídicas como se fossem válidos.*

Nos casos das decisões interpretativas de acolhimento e nas que admissivelmente assumem efeitos aditivos, a sentença retira, embora a título implícito, da Constituição, a autorização para *actuar directamente sobre a disposição que contém a norma impugnada de forma a modelar o seu conteúdo e os seus efeitos*. Estamos, assim, diante de operações distintas mas com elementos homólogos traduzidos na *vocação transformadora das sentenças manipulativas examinadas relativamente aos efeitos das normas impugnadas.*

1.2. Fundamentos e linha evolutiva das sentenças manipulativas de acolhimento

A. O paradigma do “legislador negativo” frente ao modelo jurisdicional “correctivo” nos sistemas de controlo concentrado

3. A Justiça Constitucional como jurisdição especializada nasceu, no plano positivo e concreto, à sombra do pensamento de Hans Kelsen, no decurso do primeiro quartel do Século XX e no esteio da construção doutrinária do “*legislador negativo*”. De acordo com a construção clássica do máximo expoente doutrinário da escola de Viena⁹, ao Tribunal Constitucional competiria, tão só, apagar do

⁹ Hans Kelsen “La Garanzia Giurisdizionale della Costituzione”-Milano-1981-p. 143 e seg.

ordenamento as normas inconstitucionais, embora não necessariamente os seus efeitos passados, constituindo esta actividade fiscalizadora uma modalidade de função legislativa em “sentido negativo”.

No seu entendimento, a nulidade como sanção, deveria ser excepção e a anulabilidade a regra.

Para Kelsen, embora a nulidade consistisse na melhor forma de garantir a integridade da Constituição, razões de segurança jurídica deveriam prevalecer no sentido de salvaguardarem efeitos póstumos e, mesmo se necessário, alguns efeitos futuros da norma inconstitucional, sobretudo se estivessem em causa situações atendíveis de trato sucessivo.

Foi neste quadro dúctil, em que a sanção de invalidade em pouco se distinguia da revogação¹⁰, que prosperou o modelo austríaco de Justiça Constitucional, o qual foi confrontado, após a segunda guerra mundial, com o modelo alemão, cuja construção, tendo sido inspirada no sistema do Estado vizinho, assumia, contudo, características próprias, as quais já foram devidamente examinadas supra.

O modelo alemão reafirmou o postulado do carácter intrinsecamente jurisdicional, e não “para-legislativo”, do Tribunal Constitucional e, atenta a experiência traumática vivida politicamente pela Nação alemã antes e durante a II Guerra Mundial, optou por um sistema de controlo de constitucionalidade centrado, não numa defesa formal do ordenamento constitucional, mas numa garantia

¹⁰ Apenas a proibição de repristinação da norma julgada inválida, com força obrigatória, distinguia juridicamente o instituto repressivo da Justiça Constitucional austríaca da figura da revogação. Vide, sobre este tema, as linhas básicas de evolução experimentada pela doutrina da revogação, em favor da tese da anulabilidade em Kelsen.

efectiva e substancial do Estado de Direito democrático, com especial relevo para a tutela dos direitos fundamentais.

Nesse sentido foi clarificado que as decisões de inconstitucionalidade não constituíam esta relação de desvalor, declarando-a tão-só onde a mesma já exista.

A consequência imediata desta linha de pensamento constitucional foi a consagração expressa da nulidade “*ipso jure*” como sanção das normas julgadas inconstitucionais, registando-se, com as devidas diferenças, uma aproximação relativa à radicalidade do modelo americano originário (que estimava a norma inconstitucional como “nula e írrita” e de nenhum efeito (*null and void*) sanção que se reconduziu à nulidade-inexistência¹¹.

4. No respeitante ao modelo sancionatório instituído no processo de *fiscalização abstracta* sucessiva, a matriz alemã foi seguida, em momentos distintos e com algumas diferenças processuais, por outros sistemas de fiscalização da constitucionalidade, como o italiano de 1947, o espanhol de 1978, o português de 1976 (volvida a revisão constitucional de 1982) e o brasileiro de 1988.

Em breve se verificou que a rigidez subjacente à seca alternativa entre sentenças de acolhimento e sentenças de rejeição revelava expressivas lacunas no respeitante à salvaguarda de importantes princípios constitucionais, tais como a segurança jurídica, a proporcionalidade, a igualdade e a conservação dos actos normativos produzidos pelo decisor democrático.

¹¹ Assim é a expressão traduzida na doutrina brasileira, no esteio do ensinamento de Ruy Barbosa (Vide Manoel Gonçalves Ferreira Filho “Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo”-S. Paulo-2003-p. 219).

De sorte que, a génese das sentenças manipulativas e o respectivo desenvolvimento tenham surgido de algum modo, como consequência do interesse crescente dos Tribunais Constitucionais pelos “efeitos colaterais” das suas decisões.

No plano do regime inerente à retroactividade plena que inere à da eficácia sancionatória da declaração de nulidade da norma inconstitucional, considerou-se que o seu esquematismo poderia agredir o princípio da segurança jurídica, pilar fundamental do Estado de Direito.

Sem prejuízo da regra da preservação dos casos julgados, a qual foi positivada na maioria dos sistemas examinados, verifica-se uma multiplicidade de outras situações que reclamariam estabilidade à luz do mesmo princípio já que poderiam, em tese, ser desconstruídos pelos efeitos “ex tunc” da declaração. Seria o caso dos actos administrativos “resolvidos”; de contratos celebrados de boa fé; de investimentos públicos e privados também realizados de boa fé; situações usucapidas, caducas e prescritas; e actos praticados à luz de uma norma julgada supervenientemente inconstitucional, em momento anterior à edição da norma-parâmetro de carácter antitético.

5. Passou, pois, a colocar-se o problema de modelação constitutiva dos *efeitos temporais* da declaração de inconstitucionalidade, centrado predominantemente na restrição à eficácia retroactiva da declaração e, mais circunscrita e controversamente, no diferimento dessa eficácia para o futuro.

Por outro lado, contra uma lógica de uso seco de decisões ablativas do texto normativo onde se registem eventuais inconstitucionalidades, passou a primar um raciocínio favorável à redutibilidade do preceito afectado pela inconstitucionalidade.

Redutibilidade, não apenas traduzida na inconstitucionalidade parcial quantitativa (que supõe a eliminação de uma parcela da

disposição que contém uma norma ou um fragmento de norma), mas, fundamentalmente, na realização de operações interpretativas das quais decorra a redutibilidade das opções normativas que emanam do enunciado.

O “telos” do princípio do aproveitamento dos actos, associado a exigências de proporcionalidade, levou os Tribunais a procurarem utilizar um programa interpretativo de recorte criativo, destinado a salvar a disposição normativa objecto da impugnação e a reduzir o espectro da inconstitucionalidade verificada, a normas de carácter ideal extraídas por via hermenêutica do enunciado textual sindicado. Assim, quer em menor grau a interpretação conforme com a Constituição, quer o juízo de inconstitucionalidade parcial qualitativa mitigaram, respectivamente, a rigidez dicotómica das decisões puras de rejeição e de acolhimento, tendo em vista assegurar o respeito possível pela obra normativa do decisor normativo.

Finalmente, o Tribunal Constitucional não se contentou em sancionar certo tipo de inconstitucionalidades sempre que estimou que as mesmas pudessem ser directamente “reparáveis” sem necessidade de intervenção de um legislador lento e incerto.

Imperativos de aproveitamento dos actos e, sobretudo, de tutela dos princípios da segurança jurídica, igualdade e proporcionalidade conduziram a operações interpretativas e integrativas da Justiça Constitucional, destinadas não apenas a declarar uma inconstitucionalidade, mas também a “consertá-la” no tecido normativo, através da prolação de uma decisão aditiva. Neste ponto o Tribunal Constitucional afirmou-se como titular de um poder “correctivo” ou “reparador” “ad futurum” de deformidades ou insuficiências das normas jurídicas afectadas pela inconstitucionalidade.

Esta situação ocorre, em regra, quando se pretende censurar silêncios inconstitucionais do decisor normativo, criadores de desigualdades intoleráveis ou quando se intenta eliminar certas

onerações, inadmissíveis e desproporcionadas, a direitos e garantias fundamentais. Assim, sempre que seja possível, em simultâneo, julgar a inconstitucionalidade parcial de uma norma e reparar o vício através da junção de um segmento normativo que, em regra, já deve estar presente no ordenamento, o Tribunal Constitucional não se coíbe de proferir sentenças com efeitos aditivos.

B. Algumas particularidades sobre as sentenças com efeitos aditivos de natureza comum

Esse é também o finalismo das decisões com efeitos aditivos

6. Referimos que as sentenças com efeitos aditivos figuram como categoria de sentença manipulativa. Segundo a doutrina, às clássicas funções de *valorização* (declaração do valor negativo do acto inconstitucional), *pacificação* (força de caso julgado da decisão de inconstitucionalidade) e *ordenação* (força “erga omnes” da decisão de inconstitucionalidade) juntar-se-ia, também, a *função de reparação*, ou de restauração correctiva da ordem jurídica afectada pela decisão de inconstitucionalidade¹².

Os institutos manipulativos centrados da restrição temporal dos efeitos das decisões e das sentenças de acolhimento portadoras contendo uma solução interpretativa condicional revelaram-se, por vezes, insuficientes para obviar à necessidade de dar resposta, se possível imediata, ao “*horror vacui*” gerado pelo efeito que vazios jurídicos, imputáveis ao legislador ou à própria decisão de inconstitucionalidade, podem comportar na lesão de direitos fundamentais e de interesses públicos constitucionalmente protegidos.

Foi fundamentalmente para dar resposta à necessidade de se fixarem critérios de preenchimento de omissões relativas inconstitucionais ou de lacunas geradas pela própria decisão de inconstitucionalidade que nasceram as sentenças com efeitos aditivos. De entre os factores que terão reclamado esse tipo de decisões é possível eleger três, que se caracterizam pela sua maior frequência.

O *primeiro diz respeito* a decisões de acolhimento proferidas pelo Tribunal Constitucional que eliminam uma norma, sem que se torne possível a repristinação de direito anterior, gerando-se um *vazio ou uma lacuna* que se mostram lesivos quer de interesses públicos constitucionalmente protegidos, quer de direitos e expectativas legítimas dos cidadãos. Essa ausência de repristinação pode resultar do facto de não haver norma anterior, de esta ser igualmente inconstitucional ou ainda de a mesma ser portadora de um conteúdo inútil, insuficiente ou mais gravoso e injusto para os destinatários.

O *segundo factor* concerne à eventualidade de normas que ao estipularem um regime que determine sacrifícios ou que conceda benefícios a uma categoria de destinatários *silenciem omissivamente* a inclusão no mesmo regime, de outra categoria de pessoas posicionadas numa situação igual ou idêntica.

É a figura das chamadas “omissões relativas”.

O *terceiro* concerne a decisões de inconstitucionalidade que, ao eliminarem uma restrição indevida aos direitos ou garantias de categorias de cidadãos, criam condições para que os mesmos cidadãos sejam submetidos a regimes jurídicos existentes de conteúdo diferente.

¹² Cfr., em geral, J. Jimenez Campo “Que Hacer con La Ley Inconstitucional?”— in AAVV “La Sentencia sobre la Constitucionalidad de la Ley”—Madrid-1997.

C. Sinopse sobre as sentenças aditivas em alguns ordenamentos estrangeiros

7. O *ordenamento italiano* destaca-se, de entre os demais, pelo uso criativo de uma miríade de decisões com efeitos aditivos pelo Tribunal Constitucional, não resultando as mesmas de nenhuma previsão expressa na Constituição ou na lei.

Foi, sobretudo, a ocorrência de omissões relativas inconstitucionais violadoras de direitos fundamentais associada à ausência de previsão normativa para lidar com esse tipo de situações que levou a doutrina a reflectir sobre remédios para este tipo de invalidade e o Tribunal Constitucional a inovar, através do uso imaginativo de sentenças manipulativas, algumas das quais com efeitos aditivos.

O estudo crítico feito por Mortati¹³ às omissões inconstitucionais, tal como foram tratadas no Direito alemão por Wessel¹⁴, conduziu a uma reflexão sobre o modo como, através da fiscalização da inconstitucionalidade por acção, seria possível reparar as *omissões com carácter relativo*.

Diversamente das *omissões absolutas*, as quais se caracterizariam pela ausência de uma regulação sempre que a Constituição a exija, as *omissões relativas implicam que um dado regime jurídico normativo viole, através de um silêncio redutor ou não inclusivo, princípios reitores do sistema de direitos fundamentais*.

Tal ocorre, as mais das vezes, no contexto da *violação do princípio da igualdade* quando uma certa lei olvida, no tratamento de uma

¹³ Costantino Mortati "Appunti per uno Studio sui Remedi Giurisdizionali Contro Comportamenti Omissivi del Legislatore"—in "Problemi di Diritto Pubblico Nell' attuale Esperienza Costituzionale Reppublicana— Raccolta di Scritti"—III-Milano-1972-p. 928.

¹⁴ Wessel "El Control de Constitucionalidad de las Omisiones Legislativas"—Rev. CEC-Madrid-1991-p. 172.

dada matéria, grupos de pessoas que por identidade de razão aí deveriam ser incluídos.

As sentenças com efeitos aditivos não deixaram de suscitar fortes resistências na doutrina e, sobretudo, nos tribunais, havendo, num primeiro momento, casos evidentes de recusa de acatamento de segmentos aditivos das sentenças.

Depois da já aludida tensão do início dos anos sessenta entre o Tribunal Constitucional e o órgão supremo dos tribunais judiciais (*Cassazione*) que marcou o recuo do primeiro no campo das decisões interpretativas e de que resultou o abandono drástico das sentenças interpretativas de rejeição, seguiu-se no início dos anos setenta o início de outra linha de enfrentamento, agora em torno das decisões aditivas.

Os efeitos aditivos presentes na Sentença n° 190 de 1970, a qual determinou a necessidade da presença do defensor do arguido no respectivo interrogatório foram recusados pelos tribunais judiciais, os quais apenas reconheceram vinculatividade à componente ablativa da sentença e não à sua parcela *adjuntiva*.

Tal levou o Tribunal Constitucional a tentar reafirmar a sua posição, na sentença n° 67 de 1971 (e depois, n° 63 de 1972), especificando que negar efeitos "erga omnes" à componente "aditiva" seria reconhecer a falta de operatividade directa da Constituição.

Volvido um novo "teste de força" acompanhado de um extenso debate doutrinário¹⁵, o Tribunal Constitucional passou, a partir da

¹⁵ A doutrina dividiu-se entre os que, como Picardi ("Le Sentenze Integrative nella Corte Costituzionale e Vincoli del Giudice"—Giust. Civ.-1979-p. 600 e seg), negavam eficácia erga omnes à componente aditiva da sentença; os que como Zagrebelski ("Processo Costituzionale"—"Enciclopedia del Diritto"—XXXVI-Milano 648 e 557 e

segunda metade dos anos oitenta, a ensaiar um recuo, fixando limites às sentenças aditivas por si proferidas e adoptando a figura matizada da sentença aditiva de princípio¹⁶ sempre que uma omissão ou uma lacuna técnica implicassem uma pluralidade de opções correctivas ou integrativas¹⁷. Nesta última situação o Tribunal Constitucional opta por declarar a inconstitucionalidade da norma e enunciar um princípio constitucional que deve ser respeitado na operação de integração normativa, a qual ficará a cargo do juiz comum ou do legislador.

8. *No que respeita ao ordenamento alemão*, cumpre destacar que uma larga maioria das sentenças manipulativas tiradas pelo Tribunal de Karlsruhe procuram reparar seja de forma imediata, seja de forma mediata, os vazios normativos, sem se substituírem ao legislador.

Silêncios na legislação vigente, getadores da violação do princípio da igualdade têm sido, na qualidade de omissões relativas inconstitucionais, sancionados em sede do julgamento do recurso

seg e 663 seg) negavam essa eficácia mas admitiam a validade da componente aditiva quando decorrente de norma constitucional auto-aplicativa; os que como Crisafulli (in "La Corte Costituzionale ha Vent'anni" - Giurispr. Cost-1976- p. 1706 e seg) defenderam a validade da componente aditiva quando inequivocamente determinada em norma Constitucional auto aplicativa; e os que pese alguma evolução em direcção à posição precedente, sempre admitiram com generosidade alguma plasticidade e efeitos obrigatórios das decisões com operatividade aditiva, como foi o caso de Modugno ("Corolari del Principio di "Legittimità" Costituzionale e Sentenze Sostitutive della Corte" - Giurispr. Cost.-1969-p. 91 e seg) e Ruggeri-Spadaro António ("Lineamenti di Giustizia Costituzionale - Torino-1998-p. 206 e seg).

¹⁶ Claramente neste sentido, a maioria da doutrina italiana mais recente (vide por todos, a propósito das sentenças aditivas de princípio, editadas no contexto deste recuo, Ludovico Mazzaroli "Il Giudice delle Leggi tra Predeterminazione Costituzionale e Creatività" - Padova-2000.

¹⁷ Cfr. a importante intervenção do Presidente do Tribunal Constitucional Granata ("La Giustizia Costituzionale nel 1997" - Giurispr. Cost-1998-p. 2922) sobre os limites das sentenças aditivas do Tribunal.

directo de inconstitucionalidade pela Justiça Constitucional federal, através de uma pluralidade de decisões manipulativas. Sentenças essas que, em boa parte se fundam, explícita ou implicitamente na Lei do Tribunal Constitucional.

O Tribunal Constitucional alemão têm-se genericamente refreado quanto ao uso abundante de decisões com efeitos aditivos, excluindo, por regra, a hipótese de as sentenças fixarem regras integrativas de lacunas ou de omissões, sobretudo quando a revelação dessas regras implica que uma escolha discricionária¹⁸. Registrando-se silêncios discriminatórios de categorias de pessoas, entende a doutrina que o regime da nulidade não resolveria o problema pois implicaria a desaparição do regime para os cidadãos que fossem destinatários do benefício infundado, criando outro tipo de sacrifícios desnecessários¹⁹.

Daí que, nestas circunstâncias, o Tribunal Constitucional opte pela figura da declaração de incompatibilidade sem a sanção de nulidade a qual concede ao legislador oportunidade para corrigir a situação, mantendo-se, até lá, a norma inconstitucional no ordenamento, sem prejuízo de existir uma proibição da sua aplicação pelos tribunais²⁰, proibição que obnubila em parte o finalismo do instituto.

Exceptua-se desta tendência, o regime singular, senão único em termos de Direito estrangeiro) inerente a uma *subspécie de decisões que assume natureza cautelar e eficácia positiva*, e que pressupõe a edição pelo Tribunal de "*medidas de necessidade*" com carácter provisório, as quais substituem transitoriamente as normas julgadas inconstitucionais, tendo em vista evitar um grave vazio normativo.

¹⁸ Jorge Pereira da Silva "Dever de Legislar e Protecção Jurisdiccional Contra Omissões Legislativas" - Lisboa-2003-p. 221.

¹⁹ Albrecht Weber in AAVV "Las Tensiones Entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa Actual" - Dir. Eliseo Aja-Barcelona-1998-p. 79.

²⁰ Albrecht Weber, ult. loc. cit.

Trata-se da figura singular das medidas de necessidade legislativa editadas pela Justiça constitucional em complemento a uma sentença de acolhimento. Estamos diante de uma figura prevista no § 32, al. 1 da Lei do Tribunal Constitucional alemão. Reza este preceito que “*Em caso de controvérsia, o Tribunal Constitucional Federal pode regular transitoriamente uma situação mediante medida provisória, quando tal seja requerido com urgência, tendo por fim evitar graves prejuízos, fazer face a um perigo iminente ou em razão de outros factores importantes respeitantes ao bem comum*”.

As medidas adoptadas (que se presumem de carácter normativo, atenta a expressão “*regular transitoriamente*”) têm um período de vigência de seis meses, mas podem ser renovadas por uma deliberação tomada por uma maioria de dois terços dos votos (§ 32, al. 6 da referida lei). Em caso de particular urgência outras medidas podem ser adoptadas, mediante iniciativa de três juízes, por unanimidade dos membros de uma Secção em caso de inexistência de *quorum*, assumindo o período de vigência de um mês (§ 32, al. 7 da LTC). O legislador é competente para revogar substitutivamente as referidas medidas, as quais são emitidas tão-só com o objectivo de evitar vazios causadores de efeitos prejudiciais, na sequência de uma decisão de inconstitucionalidade.

Este instituto jurídico não deixa de chocar em razão da relativa “*subversão*” que opera em relação ao princípio da separação de poderes que logra potenciar.

9. *Também na Áustria* a maioria das sentenças manipulativas com fins reparadores não comporta, em regra, efeitos aditivos.

O Tribunal Constitucional prefere comunicar com o legislador, incentivando-o a editar uma norma em falta através de uma decisão apelativa. Pode também o Tribunal Constitucional optar por diferir para o futuro os efeitos repressivos de uma declaração de inconstitucionalidade, estabelecendo o artº 140.5 da Constituição um prazo

de 18 meses para que a eliminação da norma inconstitucional entre em vigor, sendo desta forma, dado um prazo útil de actuação ao legislador.

Ainda assim, a jurisprudência constitucional austríaca não deixou de proferir ocasionalmente algumas, embora escassas, *sentenças com efeitos aditivos*, em que o Tribunal Constitucional decidiu integrar o texto de uma lei parcialmente inconstitucional, pelo facto desta ter omitido uma regulação devida e conforme com o conteúdo preceptivo de normas constitucionais²¹.

Tal foi o caso da Sent. 10.705, relativa a uma ausência de proibição de candidatura do Partido Nacional Socialista na legislação eleitoral austríaca, omissão que foi preenchida com a aplicação de uma lei de valor constitucional que determinava essa proibição. E terá sido, no âmbito do recurso directo de constitucionalidade, o caso da sentença nº 9903, que integrou ou “*criou*” uma norma complementar à lei de telecomunicações.

2. ASSENTENÇAS DE ACOLHIMENTO COM “EFECTOS ADITIVOS” NA ORDEM JURÍDICA PORTUGUESA

A. Introdução conceptual

11. É oportuno advertir que a expressão “*sentenças com efeitos aditivos*”, utilizada na presente rubrica, é polissémica e que o sentido que nestas páginas lhe é emprestado nem sempre coincide com outras nomenclaturas adoptadas pela doutrina portuguesa²².

²¹ Otto Pfersmen “Chroniques Autriche”: 1991-“Ann. Int. Just. Cost.”. VII-Paris-1993-p. 3.383 e seg.

²² Veja-se, por exemplo Jorge Pereira da Silva (in “Dever de Legislar e Protecção Jurisdicional Contra Omissões Legislativas” op. cit, p.122 e seg.) que distingue as sentenças aditivas (sentenças de acolhimento contendo uma parte ablativa e outra reconstructiva), das sentenças interpretativas de efeito aditivo (decisões de rejeição que contém uma interpretação conforme com a Constituição), e, ainda, das sentenças de mero efeito aditivo (que coincidem com o que designamos de sentenças “demolitorias”).

São, em sentido muito lato, sentenças com efeitos aditivos, as 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 objecto da mesma sentença se compatibilize ou harmonize futuramente com a Constituição.

Muito frequentemente, este tipo de sentenças coincide com as chamadas sentenças aditivas em sentido próprio.

É o exemplo clássico da Lei x que concede abono de família aos filhos dos casais constituídos em regime matrimonial (categoria y) mas não prevê a extensão do regime aos filhos de casais em regime de união de facto (categoria z), violando o princípio da igualdade, nomeadamente a disposição constitucional que proíbe discriminações entre filhos nascidos dentro ou fora do casamento (repudiando a distinção tradicional entre filhos legítimos e ilegítimos).

A sentença declara a inconstitucionalidade da Lei x na parte ideal da norma em que esta criou uma discriminação omitindo a categoria x, daqui decorrendo que a norma recomposta deve ser interpretada de forma a incluir x, para que possa ser tida como constitucional, podendo essa interpretação operar imediatamente por aplicação do princípio da não discriminação entre filhos, a qual se sedia em norma constitucional preceptiva e exequível por si própria.

Só que, tal como desenvolveremos mais adiante, as sentenças com efeitos aditivos não se esgotam nas "sentenças aditivas" em sentido estrito acabadas de aludir, pontificando outras espécies de decisões

Por seu lado, Jorge Miranda ("Manual de Direito constitucional" - VI - Coimbra 2008 - cit, p. 88 e seg) distingue as decisões aditivas (pelas quais se acrescentaria um segmento normativo para uma norma ser salva) das decisões integrativas (que completariam uma norma com preceitos da Constituição para que possa ser válida) e ainda das decisões reductivas (que fariam cair um segmento de norma para que a mesma possa ser conforme à Constituição).

cujos pressupostos e regime são algo diversos mas que produzem, todavia, efeitos simultaneamente ablativos e reconstitutivos.

12. Importa advertir para o facto de este tipo de sentenças assumir características algo distintas em fiscalização abstracta e em fiscalização concreta. Isto porque, enquanto na fiscalização abstracta sucessiva as sentenças com esta natureza constituem um foco de tensão entre o Tribunal Constitucional e o legislador, dado que está em causa a aparente "criação" de normas com efeitos gerais por um órgão jurisdicional, já na fiscalização concreta esse eixo desloca-se para uma questão de delimitação fronteiriça de competências entre o Tribunal Constitucional e os tribunais comuns.

Enquanto na fiscalização abstracta, a vinculatividade da componente aditiva da decisão tem um alcance mais limitado, já que existe um risco mais sensível de usurpação de poderes dos órgãos legislativos pelo Tribunal Constitucional, na fiscalização concreta a questão desenrola-se no âmbito de um processo de integração de lacunas ou omissões relativas disputado por dois tipos de jurisdições.

Enquanto, finalmente, na fiscalização abstracta sucessiva, ninguém pretende reconverter este instituto num mecanismo processual substitutivo do ineficaz controlo abstracto de inconstitucionalidade por omissão, já no tocante à fiscalização concreta, muitos defendem a sua convalidação num processo ideal de fiscalização e reparação simultânea da inconstitucionalidade por omissão (omissões absolutas) atribuída, difusamente, a todos os tribunais.

O entendimento que aqui defendemos coincide, de algum modo, com o do Tribunal Constitucional, o qual no Ac n.º 359/91 de 9-7 especifica que, em sede de fiscalização abstracta, a inconstitucionalidade por omissão "hoc sensu" só é verificável quando existir uma incumbência constitucional ao decisor normativo para legislar de determinada forma. No caso de se gerar uma

discriminação operada pelo legislador numa matéria relativamente à qual este não tenha obrigação de legislar, não haverá inconstitucionalidade por omissão.

A actuação do Tribunal é algo diversa em sede de fiscalização concreta em relação às omissões relativas ou lacunas axiológicas. Nesse caso, o Tribunal Constitucional evita, por regra, utilizar a expressão “omissão”, preferindo julgar por acção silêncios inconstitucionais ou condutas positivas de carácter não inclusivo que ofendam o princípio da igualdade.

B. Introdução ao conteúdo necessário das sentenças com efeitos aditivos

13. Da caracterização dada de sentença com efeitos aditivos e na linha dos ensinamentos doutrinários sobre a matéria, é possível identificar no conteúdo de uma sentença dessa natureza, duas componentes dominantes, a saber:

– uma *componente ablativa*, que supõe a eliminação ou desaplicação, em regra parcial, de uma norma jurídica, com fundamento na sua inconstitucionalidade;

– e uma *componente reconstitutiva*, que consiste na identificação de um critério jurídico de decisão passível de ser junto a uma norma ou ao segmento remanescente de um regime normativo, de forma a que se sejam criadas condições de conformidade do sentido recomposto da disposição normativa com a Constituição.

A “criatividade” da componente *adjuntiva* da sentença é limitada, com especial relevo para o controlo abstracto, tal como teremos a oportunidade de desenvolver infra. É que, o “quid pluris” normativo aditado pela sentença, para que seja conforme com a Constituição, não deve constituir uma norma inovatoriamente criada “ex nihilo” pelo Tribunal Constitucional.

Deverá ser, sim, um critério de decisão já existente no ordenamento e que o mesmo Tribunal se deve limitar a revelar ou individualizar no caso “*sub iudicio*”, através de uma sentença que julga a inconstitucionalidade de um preceito²³.

Esta essência reparadora que intenta transformar o “*negativo em positivo*”²⁴, não é isenta de reparos críticos já que o Tribunal não se limita a censurar a invalidade existente fazendo-a desaparecer, procurando também, directa ou indirectamente, corrigir para o futuro o vício causador da inconstitucionalidade declarada.

Retornaremos a esta questão mais adiante.

3. CLASSES DE SENTENÇAS COM EFEITOS ADITIVOS E ADMISSIBILIDADE DA RESPECTIVA CONSIGNAÇÃO NA ORDEM JURÍDICA PORTUGUESA

14. Tal como foi antecipado, a jurisprudência constitucional italiana é particularmente rica em sentenças desta natureza e a sua sofisticada doutrina elaborou sobre elas diversas classificações. A primeira classificação distingue as *sentenças com efeitos aditivos com carácter próprio*, as quais correspondem à definição geral dada supra às sentenças aditivas com carácter impróprio que se prendem à figura das *sentenças de complementação constitucional*. Estas assumem natureza aditiva num sentido referencial e não dogmático, já que a sua componente “normativa” opera de forma diversa das restantes espécies de decisão. Tratá-las-emos em conjunto com as restantes por uma razão de economia de tratamento do instituto, seguindo, aliás, a opção sistemática da doutrina estrangeira quando trata algumas das suas variantes em conjunto com as demais sentenças com consequencialidade aditiva.

²³ Assim, Mario Rosario Morelli “Funzione della Norma Costituzionale: Meccanismi di Attuazione - Procedure di Garanzie” - Napoli-2000-p. 76.

²⁴ Gaetano Silvestri, ult. loc. cit, p. 765.

15. Quanto às sentenças de acolhimento com efeitos aditivos com carácter próprio, haverá a considerar as:

- i) Sentenças “demolirórias” com efeitos necessariamente aditivos;
- ii) Sentenças aditivas em *sentido estrito*;
- iii) Sentenças aditivas de princípio;
- iv) Sentenças substitutivas.

Importa advertir, no espectro acabado de referir, para a existência de sentenças de efeitos aditivos com carácter “*impuro*” ou “*misto*”, dado que no seu conteúdo figuram, simultaneamente, características de duas ou mais categorias das decisões “*úpicas*” acabadas de elencar.

Finalmente, considera-se útil sublinhar que duas das modalidades de sentenças com efeitos aditivos, oriundas do direito estrangeiro e (ainda) sem impacto no ordenamento português em sede de fiscalização abstracta, como é o caso das *sentenças de revisão constitucional* e das *sentenças substitutivas*, não deixarão aqui de ser brevemente aforadas com reporte ao ordenamento de origem.

A. Sentenças de complementação constitucional: considerações sobre decisões aditivas de carácter próprio ou aparente

16. Trata-se de decisões interpretativas de acolhimento que implicam que o Tribunal Constitucional, mediante a descodificação de princípios jurídicos e conceitos indeterminados, densifique com menor ou maior novidade, critérios de decisão com valor constitucional.

Este tipo de sentenças pode assumir duas modalidades: uma com carácter puramente referencial que é a das *decisões concretizadoras de princípios e de conceitos jurídicos indeterminados*; e outra de natureza

altamente controversa quanto à sua admissibilidade, que é a das chamadas “*decisões de revisão constitucional*”.

17. Importa relembrar, desde logo, que as *decisões concretizadoras de princípios e de conceitos jurídicos indeterminados e as decisões de revisão constitucional*²⁵ integram uma variante meramente “*aparente*” e não dogmática de decisões de conteúdo aditivo, encontrando-se, portanto, posicionada fora de alguns atributos que integram a caracterização deste tipo de sentenças. Ainda assim, por projectarem um efeito adjuntivo de indiscutível força persuasiva no ordenamento jurídico, têm algumas semelhanças no plano da respectiva consequentialidade com as sentenças tratadas a título principal na presente rubrica, pelo que não poderemos deixar de lhes fazer uma alusão doutrinal.

O carácter materialmente “*aditivo*” das sentenças que concretizem princípios e conceitos indeterminados assume uma natureza *aparente*, já que embora se assemelhe a outras modalidades de decisões desta natureza em alguns dos seus efeitos, difere significativamente daqueles em alguns dos seus pressupostos, já que:

- i) Estas decisões resultam da função interpretativa comum que é reconhecida ao Tribunal Constitucional, ao ponto de, em sede de revisão constitucional, se registar nos trabalhos preparatórios a intenção explícita de os decisores deixarem a dilucidação de certos conceitos abertos para a tarefa hermenéutica da Justiça Constitucional, à qual subjaz uma discricionariedade razoavelmente criativa;

²⁵ Sobre a noção de conceito indeterminado, vide English “Introdução ao Pensamento Jurídico”-Lisboa-1988-p.209 e 259; Carlos Blanco de Morais “As Leis Reforçadas”-Coimbra-1998- p. 602; Menezes Cordeiro “Tendências Actuais de Interpretação das Leis.Do Juiz Autómata aos Modelos de Decisão Judicial”-“Revista Jurídica-AAFDL-10-1987-p14;E

ii) A actividade hermenéutica desenvolvida neste contexto *não é um exclusivo das decisões de acolhimento*, diversamente do que sucede com os restantes tipos de sentenças com efeitos aditivos dissecadas nesta rubrica;

iii) No caso das decisões de acolhimento, não só a inconstitucionalidade declarada não tem de ser parcial, como a operação “adjuntiva” realizada não tem por objecto necessário a disposição impugnada, mas sim, e fundamentalmente, o próprio parâmetro normativo constitucional, cuja morfologia sincrética ou obscura carece de precisão e concretização;

iv) Tratando-se de orientações interpretativas que dilucidam o sentido da Constituição, elas assumem, em sentido improprio, um conteúdo materialmente constitucional operando como um parâmetro concretizado que incide sobre o direito ordinário, daqui resultando uma estabilidade muito maior do seu “corpus” orientativo, do que aquele que emerge das decisões com efeitos aditivos que reconstroem o conteúdo do direito comum.

18. A hipertrofia patológica das sentenças de complementação constitucional pode gerar as chamadas “*decisões de revisão constitucional*”, as quais, têm estado até agora ausentes no ordenamento português.

Trata-se das sentenças que alargam, por força de uma operação interpretativa, o objecto da norma constitucional existente, à margem do texto e da vontade expressa ou implícita do legislador constitucional, acabando por gerar, de facto, “novas” normas, com pretensão valor constitucional²⁶.

²⁶ Certos autores italianos (cfr. Ruggeri-Spadaro “Lineamenti”, op. cit, p. 203 e Gaetano Silvestri “Le Sentenze Normative (...)” op. cit. p. 1684 e seg) referem-se-lhes como “*sentenças manipulativas de revisão constitucional*” ou como “*sentenças criativas de novas normas constitucionais*”.

Veja-se, no ordenamento italiano, o caso da Sent. n.º 16 de 1978 que fixou, orientativamente, novos limites de admissibilidade do referendo; das sentenças n.º 29 de 1979 e n.º 15 de 1982 que introduziram no ordenamento italiano o conceito de “*suspensão de garantias constitucionais*”; e da Sent. n.º 170/1984 que criou o juízo difuso de desaplicação de leis que colidam com normas auto-aplicativas da Comunidade Europeia.

B. Sentenças “*demolitórias*” com efeitos necessariamente aditivos

19. As sentenças em epígrafe são decisões que alguns autores qualificam como de “*demolição*”²⁷ e outros como sentenças de “*meros efeitos aditivos*”²⁸.

Preferimos a primeira designação por duas ordens de razões.

A primeira decorre da sua sugestividade imagética, a qual lembra figurativamente a inundação de uma extensão de terra vazia, pelo fluxo de água libertada por um dique entretanto demolido. Na verdade, como consequência da destruição, ou “demolição”, de uma norma inconstitucional que restrinja indevidamente um direito, ou que subtraía um grupo de pessoas do exercício de um direito ou do cumprimento de uma obrigação, a norma mais extensa que era comprimida por essa restrição inconstitucional passa a expandir automaticamente o seu âmbito de previsão às situações e pessoas que se lhe encontravam subtraídas.

A segunda razão resulta da necessidade de diferenciarmos a figura em análise, relativamente a outras classificações que a crismaram de “*sentença com meros efeitos aditivos*”. Diferenciação que importa

²⁷ Ruggeri-Spadaro, ult. loc. cit. p. 207.

²⁸ Jorge Pereira da Silva, ult. loc. cit. p. 123 e seq.

tornar claro, dado que esta última designação gera uma evidente confusão com a nomenclatura mais alargada que utilizamos na presente obra.

20. As sentenças “demolitórias” assumem um conjunto de características próprias, a saber:

- i) Definem-se como *sentenças redutivas com efeitos aditivos*, dado que, ao eliminarem uma norma presente numa dada disposição, ampliam o âmbito aplicativo de outra norma (que pode ou não encontrar-se presente na referida disposição), cujo conteúdo se encontrava restringido pela primeira;
- ii) A *sua componente ablativa* pressupõe tanto a possibilidade de redução do texto de uma norma, como a da eliminação de um segmento normativo ideal de um dado preceito
- iii) O preceito eliminado constitui, por regra, *uma norma que restringe inconstitucionalmente a titularidade ou o exercício de um direito, ou então uma norma que subtrai explícita ou implicitamente, sem fundamento material atendível, um grupo de pessoas do exercício de um direito ou da sujeição a uma obrigação que tenham sido determinados a um outro grupo de pessoas posicionadas numa situação homóloga, em violação do princípio da igualdade*;
- iv) A componente aditiva da sentença *não é conformada por uma regra adicionada criativamente pelo Tribunal*, mas sim a consequência directa da ampliação automática do âmbito de aplicação de uma norma, como efeito da eliminação do preceito inconstitucional que a restringia ou exceptionava;
- v) *Não é uma sentença de natureza necessariamente interpretativa*; já que a regra de direito que passa a ser aplicada a um grupo de destinatários que dela se encontravam subtraídos não resulta, muitas vezes, de uma operação hermenéutica “criadora” ou

“integrativa” do Tribunal Constitucional, mas sim da dilatação lógica do campo aplicativo de uma norma que deixou de estar limitada no seu potencial poder de alcance;

vi) É finalmente, uma sentença que, pese o risco de poder aumentar a despesa pública orçamentada, *se encontra mais defendida do que outras decisões de consequencialidade aditiva contra reparos fundados em vício de usurpação de poderes ou violação da competência dos tribunais comuns*, já que a componente reconstrutiva da decisão resulta de um fenómeno lógico de aplicação de regras de direito com diferente densidade e extensão.

Estamos perante um tipo de decisão particularmente comum na ordem jurídica portuguesa, podendo mesmo considerar-se que são sentenças desta natureza, mesmo que em versões impuras, que consomem a maioria dos arestos com efeitos aditivos, sendo entendível a razão de ser desta opção jurisprudencial.

Quer a reparação da situação inconstitucional gerada, quer o potencial vazio normativo que derivaria dos efeitos ablativos da sentença, defluem natural e automaticamente dos critérios lógicos que presidem às relações inter-normativas: a eliminação de uma norma especial, excepcional ou derogatória conduz a que a *faciê* *spes* por ele regulada passe a ser regida pela norma de conteúdo mais extenso que era objecto dessa restrição, excepção ou derrogação.

Não existe, deste modo, o risco de o Tribunal Constitucional imprimir força obrigatória geral ao sentido reconstrutivo do conteúdo de uma norma por ele revelada, como forma de integrar uma omissão parcial ou reparar um vazio jurídico gerado pela decisão de inconstitucionalidade, já que o *efeito aditivo* surge como consequência necessária do *efeito ablativo*, esse sim, portador de efeitos “*erga omnes*”.

Como exemplo, em sede de *fiscalização abstracta sucessiva*, teremos, em parte, o caso do Acórdão n.º 962/96 de 11-7, por força do qual

o Tribunal Constitucional declarou a inconstitucionalidade de duas normas na parte em que as mesmas condicionavam a concessão de assistência judiciária em caso de insuficiência económica a estrangeiros e apátridas aos quais tivesse sido concedido asilo ou o estatuto de refugiado²⁹.

Em sede de fiscalização concreta, algumas sentenças desta natureza *cenuram e reparam simultaneamente a violação de direitos e garantias fundamentais das pessoas quando a referida lesão é operada por normas que legitimamente restringem e comprimem aquelas posições activas.*

É o caso do Ac. n.º 728/98³⁰, o qual, curiosamente, *respeita directamente a ocorrência de uma restrição ilegítima a uma garantia constitucional*³¹.

²⁹ Ficariam, deste modo, desprovidos de assistência todos os que impugnassem contentiosamente o acto que lhes indeferira um pedido de asilo, ou de concessão de estatuto de refugiado.

A ablação de parte dessas normas nos segmentos que obstavam o apoio judiciário em caso de impugnação do acto denegatório do asilo ampliou automaticamente, em benefício dos mesmos sujeitos, e à luz do n.º 1 do art.º 15º da CRP, o âmbito universalizador das disposições legais aplicáveis em matéria de assistência judiciária.

³⁰ Ac. n.º 728/88 in DR II Série de 23-3-1998.

³¹ O art.º 88º do Código de Processo das Contribuições e Impostos admitia a interposição de recurso hierárquico relativamente a decisão sobre reclamação extraordinária, mas restringia o recurso contencioso para o Supremo Tribunal Administrativo da decisão ministerial que apreciasse o referido recurso hierárquico, se o fundamento da reclamação fosse o da alínea d) do art.º 85º do mesmo Código.

Esse fundamento previsto neste último preceito consistia em ter havido, por parte dos agentes ou autoridades fiscais alguma violência, preterição de formalidades essenciais ou denegação da Justiça.

Entendeu o Tribunal Constitucional que, desde que o acto, independentemente do seu fundamento, fosse lesivo de direitos ou interesses legalmente protegidos, e se seria necessariamente sujeito a recurso contencioso, nos termos do n.º 4 do art.º 268º da CRP.

Assim, a norma impugnada foi julgada inconstitucional na parte em que diminuía as garantias contenciosas previstas no n.º 4 do art.º 268º da CRP, limitando o recurso das decisões ministeriais para o STA.

Noutros casos o Tribunal Constitucional utiliza este tipo de sentença para defender o princípio da igualdade contra discriminações implícitas e explícitas de categorias de pessoas.

Assim, o Acórdão n.º 180/99³² *conforma o exemplo de uma decisão demolitória* que, procurando garantir o império do princípio da igualdade, julga a inconstitucionalidade parcial de uma norma com redução de texto, provocando o alargamento do âmbito aplicativo do segmento normativo remanescente.

C. Sentenças aditivas em sentido estrito

a) Noção e categorias

21. Em regra, as sentenças em epígrafe consistem nas decisões de acolhimento que não só julgam a inconstitucionalidade parcial de uma disposição normativa, mas que também reparam imediatamente o silêncio gerador desse quadro de invalidez ou a lacuna criada pela própria componente ablativa da sentença, através da identificação de uma norma aplicável³³.

Ora, caindo através de uma *decisão ablativa com redução de texto*, a segunda parte do corpo do art.º 88º do Código das Contribuições e Impostos, ou seja, a restrição indevida à interposição de recurso contencioso, passou a aplicar-se o automaticamente o regime geral impugnatório de actos administrativos lesivos de direitos e interesses legalmente protegidos, previsto na LPTA e configurado pelo art.º 268º da CRP, no sentido da universalização aplicativa de todas as garantias de recurso contencioso

³² Ac. n.º 180/99 in "Acórdãos (...)" op. cit, Vol 43º.

³³ Cfr., sinteticamente, sobre esta matéria: Leopoldo Elia "Le Sentenze Aditive e la più recente Giurisprudenza della Corte Costituzionale" - "Scritti Crisafulli" - I-Padova-p. 302 e seg e "Il potere Creativo delle Corti Costituzionali" - in "La Sentenza in Europa-Metodo, Tecnica, Stile" - Padova-1988-p. 217 e seg.; Crisafulli "La Corte Costituzionale ha (...)" op. cit, p. 1706 e seg e "Lezioni di Diritto Costituzionale" - 5ª ed-Padova-1984-p. 405; Modugno "Corolari (...)" op. cit, p. 91 e seg; Pegoraro-Reposo-Rinella-Scarciglia-Volpi, "Diritto costituzionale e Pubblico" - Torino-2002, p. 446; Roberto Romboli in AAVV "Las Tensiones (...)" op. cit, p. 113 e seg; Gaetano

A ideia-força que emerge destas sentenças é a de que se trata de decisões que censuram normas parcialmente inconstitucionais, mas que têm a preocupação simultânea de reconstruir, *de forma directa*, o sentido da “*pari passu*” da disposição sindicada, orientando-a em conformidade com a Constituição³⁴.

Alguns doutrinários consideram que estas sentenças correspondem às decisões da Justiça Constitucional alemã quando esta não julga uma norma inconstitucional, mas consideram-na a tender para a inconstitucionalidade³⁵. Na nossa opinião, dado que as sentenças aditivas são decisões positivas de inconstitucionalidade, consideramos que a sua fonte cognitiva mais aproximada (mas bem diversa em termos de efeitos) no ordenamento germânico é, ao invés, a das sentenças de incompatibilidade constitucional sem sanção de nulidade, seguidas de um apelo ao legislador ou aos operadores.

Silvestri “Le Sentenze Normative (...)” p. 767 e seg; Zagrebelski “La Giustizia Costituzionale” - Torino-1988 - p. 298 e “Processo (...)” op. cit. p. 557 e seg; Picardi: “Le Sentenze Integrative nella Corte Costituzionale e Vincoli del giudice” - giust. CIV. - 1979, p. 600; Ruggieri-Spadaro, ult. loc. cit. p. 204 e seg; Elisabetta Lamarque “Il Seguito Giudiziario alle Decisioni della Corte Costituzionale” - in AAVV “Il Giudizio sulle Leggi e la sua Diffusione” - Torino-2002 - p. 213 e seg; Ludovico Mazarroli, ult. loc. cit. p. 73 e seg; Augusto Martín de la Vega “La Sentencia (...)” op. cit. p. 221 e seg; Gascón Abellán “Justicia Constitucional: entre Legislación y Jurisdicción” - REDC-41-1994 - M. Zarza Gutierrez “Las Sentencias Interpretativas y Aditivas del Tribunal Constitucional Español” - Revista de Derecho Procesal-3-1995; Francisco Díaz Revorio “Las Sentencias Interpretativas del Tribunal Constitucional” - Valladolid-2001 p. 146 e seg; Jimenez Campo, ult. loc. cit. p. 53 e seg; J. Lafuente Balle “La Judicialización de la interpretación Constitucional” - Madrid-2000 - p. 130 e seg; Medina Guerrero in AAVV - “Jurisdicción y Procesos Constitucionales” - Madrid-1997 - p. 77; Gomes Canotilho “Direito Constitucional (...)”, op. cit. p. 1019; Jorge Miranda “Manual (...)” VI - op. cit. p. 88 e seg; Rui Medeiros “A Decisão de inconstitucionalidade” - Lisboa-1999 - p. 477; Nunes de Almeida, “Portugal” in AAVV “Las Tensiones (...)” op. cit. p. 239; Jorge Pereira da Silva, ult. loc. cit. p. 123 e seg.

³⁴ Gaetano Silvestri, ult. loc. cit. p. 763 e seg.

³⁵ Cristina Queiroz “Interpretação Constitucional e Poder Judicial” - Coimbra-2000 - p. 175.

A alusão à forma directa através da qual a sentença procede à reparação ou à reconstrução de uma disposição ferida parcialmente de inconstitucionalidade significa que a componente reconstrutiva destas sentenças tem força auto-aplicativa³⁶.

Por outro lado, a operação reconstrutiva com fins correctivos do enunciado atingido pela inconstitucionalidade parcial pode fundar-se em três ordens justificantes, a saber:

i) A necessidade de preencher a *omissão relativa* censurada pela componente ablativa da decisão de inconstitucionalidade, mediante a *identificação* da norma ou do segmento normativo em falta;

ii) A necessidade de integrar uma lacuna técnica gerada pelos próprios efeitos ablativos da decisão de inconstitucionalidade, atenta a impossibilidade ou inadequação de uma operação repristinatória e a absoluta necessidade de se evitarem prejuízos de ordem mais grave, resultantes da subsistência da mesma lacuna;

iii) A necessidade de reconstruir o sentido de um preceito afectado por uma decisão inconstitucionalidade parcial que reprimiu uma norma inconstitucional compressiva de direitos ou de garantias fundamentais.

22. Sendo quiçá exagerado qualificar estas sentenças como decisões de “*complemento da lei*”, ou como expressão de uma função legislativa “*sub-rogante*” protagonizada pelo Tribunal Constitucional,³⁷ o facto é que as mesmas promovem, seja em sede de controlo

³⁶ Ludovico Mazarroli, ult. loc. cit. p. 113.

³⁷ Peter Obendorfer “A Justiça constitucional no quadro das Funções do estado” - in AAVV “Justiça constitucional e Especíes, Conteúdos e Efeitos das Decisões Sobre a Inconstitucionalidade das Normas” - Lisboa-1997 - p. 162.

abstracto, seja em sede de fiscalização concreta, modos de hetero-integração do ordenamento jurídico³⁸.

Limitar-nos-emos a atentar em três critérios classificatórios das sentenças aditivas em sentido estrito.

Considerando a natureza do bem protegido, haverá que atentar nas *sentenças aditivas de garantia* e nas *sentenças aditivas de prestação*. Atendendo ao critério da *forma revestida pela operação ablativa*, haverá que distinguir as sentenças aditivas *sem redução de texto* e sentenças aditivas *com redução de texto*. E atentando, finalmente no fundamento da "*pars construens*", ou seja, nas *razões que presidem à operação reconstitutiva* haverá que distinguir as sentenças aditivas de *carácter correctivo* e as sentenças aditivas de *conteúdo integrativo*, importando relativamente a ambas, sub-distinguir as sentenças "*discionárias*", das que são *constitucionalmente obrigatórias*. Esta última nomenclatura é particularmente relevante já que verte directamente sobre a importantíssima questão dos limites jurídicos inerentes à operação reconstitutiva.

Examinemos estas classificações, algumas das quais se podem cumular na mesma decisão.

b) Sentenças aditivas de garantia e sentenças aditivas de prestação

23. As "*sentenças aditivas de garantia*"³⁹ consistem em decisões que julgam e reparam, com efeitos imediatos, a inconstitucionalidade parcial de uma disposição normativa violadora de situações jurídicas constitucionalmente protegidas, como é o caso de direitos, liberdades e garantias e de certas garantias institucionais.

A introdução, por via interpretativa, de um *critério de decisão positivo* através da sentença, destinar-se-ia a suprir a vontade inadmissivelmente restritiva ou omissiva do decisor normativo. O *princípio da igualdade*, com ou sem associação à tutela de outros direitos, tem sido, inequivocamente, o valor constitucional dominante, tutelado por este tipo de decisões, seja no ordenamento português, seja em ordenamentos estrangeiros.

É, por exemplo, na ordem jurídica portuguesa, o caso do Ac. n.º 103/87, de 24-3, no qual se declara a inconstitucionalidade de um artigo da Lei de Defesa Nacional "*na parte e na medida*" em que a mesma restringe o direito de queixa por parte de agentes militares ao Provedor de Justiça, à exclusiva finalidade da tutela dos seus direitos, liberdades e garantias, em caso de violação ou prejuízo que os afectasse.

O segmento da norma sindicada foi julgado inconstitucional pois vedava outras dimensões desse direito fundamental, nomeadamente aquela que respeitava à facilidade de apresentação de queixa por acções e omissões dos poderes públicos, que o art.º 23.º da CRP reconhece à generalidade dos cidadãos. Aos referidos agentes passaram a ser aplicáveis, na sua plenitude, as garantias constitucionais previstas sobre essa matéria para todos os cidadãos, constituindo a componente aditiva da sentença uma aplicação directa aos destinatários de uma norma prevista na Constituição e dotada de conteúdo auto-aplicativo.

24. Idênticos pressupostos regem as chamadas *sentenças aditivas de prestação*, nas quais princípios constitucionais, como o da *igualdade*, condicionam, por regra, o exercício de direitos económicos, sociais e culturais.

A componente aditiva reclama por parte do Estado, não apenas o reconhecimento de um direito ou a sua protecção, mas também

³⁸ Gaetano Silvestri, ult. loc. cit, p. 764.

³⁹ Leopoldo Elia, "Le Sentenze (...)" op. cit, p. 313 e seg.

a realização material de uma tarefa em favor de um titular ou, ainda, a outorga de um benefício patrimonial⁴⁰.

Tal como se verá infra e seg, o Tribunal Constitucional português é mais restritivo na prolação deste tipo de decisões em controlo abstracto do que em controlo concreto, já que no primeiro caso hesita em conferir ao efeito aditivo, força obrigatória geral

Sem prejuízo dos valores protegidos que, de forma dominante, têm justificado a emissão deste tipo de sentenças, existem exemplos de sentenças aditivas de garantia e em menor grau de sentenças aditivas de prestação, que não se encontram fundadas apenas na salvaguarda do princípio da igualdade. Trata-se de uma situação que surge mais frequentemente em fiscalização concreta.

Veja-se o já aqui citado Ac. nº 251/95, o qual o Tribunal declarou a inconstitucionalidade de uma norma, não só porque vedava o apoio judiciário aos estrangeiros e apátridas antes da concessão de asilo (princípio da igualdade), mas também porque violava, sem fundamento, a garantia do recurso contencioso contra o acto administrativo de recusa do pedido de asilo⁴¹.

c) Sentenças aditivas sem e com redução de texto

25. *As sentenças aditivas sem redução de texto* supõem a eliminação do sentido normativo ideal emergente de uma disposição e a concomitante identificação, por parte da sentença de acolhimento, de uma norma ou segmento normativo que se encontrava em falta, dada a sua indispensabilidade para tornar o referido preceito conforme com a Constituição.

Neste plano, as decisões em exame, para além de *eliminarem um segmento normativo ideal* de um preceito, na medida em que o mesmo não tenha incluído ou tenha implicitamente excluído, um grupo de pessoas (ou uma situação que deveria também ter sido contemplada por identidade de razão), indica, também, a regulação que se encontra em falta.

A eficácia da sentença não se projecta desta forma sobre o texto de uma disposição, mas sim sobre o seu conteúdo, nomeadamente sobre as normas que, por via interpretativa podem ser retiradas de um enunciado normativo.

Dai que o juízo de invalidade que recai sobre uma norma ideal ou implícita *atabe por aproximar este tipo de decisão das sentenças de inconstitucionalidade parcial qualitativa* embora se distingam destas últimas em razão do seu suplemento "adjuntivo".

Cumprir examinar, com um pouco mais de detenção, os silêncios não inclusivos e geradores de discriminações inconstitucionais protagonizados por certas normas e que geram, simultaneamente, uma *lacuna* e uma *omissão relativa*.

Lacuna, porque se trata de uma incompletude no processo de regulação que contraria o plano do sistema normativo, no sentido de o mesmo reclamar a disciplina de uma dada matéria⁴². Estamos perante uma exigência lógica ou teleológica que se projecta no universo aplicativo do direito, nos termos sublinhados por LARENZ⁴³.

⁴² Cfr. António Menezes Cordeiro "Da Boa Fé no Direito Civil" - Coimbra-1984.

⁴³ Karl Larenz "Metodologia da Ciência do Direito", Lisboa-1989-p.453. O autor refere que "se uma lei regula uma situação de facto A de uma maneira determinada, mas não contém nenhuma regra para o caso B que é semelhante àquele (...)", a falta de tal regulação deve considerar-se uma lacuna da lei".

⁴⁰ Leopoldo Elia, ult. loc. cit, p. 320.

⁴¹ Cfr. Também sobre essa decisão, Rui Medeiros (ult. loc. cit, p.474).

*Omissão relativa*⁴⁴, na medida que existindo uma regulação positiva, esta é incompleta, importando essa incompletude que a norma não inclua na sua regulação ou *exclua implicitamente* os destinatários que nos termos constitucionais deveria ter incluído para lhes assegurar um tratamento igual.

Consideramos que as chamadas *omissões relativas inconstitucionais* constituem uma figura cuja natureza e processo de fiscalização as distingue substancialmente das omissões absolutas.

Na verdade, *o silêncio parcial derivado da incompletude de uma norma pode equivar a uma regra implícita excludente de certos destinatários* e, como tal, violadora do plano constitucional relativo à proibição de discriminações não materialmente fundadas.

O juízo de inconstitucionalidade não recai directamente, e em sentido próprio sobre a omissão, realidade que, caso ocorresse, poderia suscitar um problema de desvio de poder da sentença que o tivesse proferido. Isto porque, se intentaria fiscalizar as omissões absolutas inconstitucionais, através de um processo de controlo abstracto de constitucionalidade por acção, quando a Constituição prevê para a apreciação das mesmas, um processo específico e desprovido de carácter sancionatório, que é o do instituto de controlo abstracto da inconstitucionalidade por omissão (artº 283º da CRP). Recairá sim, sobre uma norma de carácter implícito⁴⁵ de decisão extraída do silêncio parcial de um conjunto de preceitos de direito positivo, cujo sentido excludente de um grupo de sujeitos viola princípios constitucionais estruturantes do sistema de direitos fundamentais.

⁴⁴ Cfr. F. Delfino "Omissioni Legislative e Corte Costituzionale" in "Studi Chiarelli" - Milano - 1974 - p. 915 e seg.

M. Ahumada Ruiz "El Control de Constitucionalidad de las Omissiones Legislativas" - REDC-8-1991-p. 172; Ignacio Villa Verde Menéndez "La Inconstitucionalidad por Omission" - Madrid-1997 - p. 40 e seg. e 72 e seg.

⁴⁵ Francisco Javier Revorio "Las Sentencias Interpretativas (...)" op. cit., p. 199 e seg.

Dáí que, na "omissão relativa" se possa de algum modo falar numa conduta *comisiva* inconstitucional derivada de uma exclusão (ou não inclusão) tácita e indevida de um conjunto de pessoas. Norma que, repete-se, não sendo textual é deduzível do complexo normativo positivado e, por isso mesmo, susceptível de controlo por acção.

O Tribunal Constitucional formula, neste contexto, um juízo de desvalor sobre os efeitos positivos de um silêncio parcial juridicamente ilegítimo.

A figurativamente designada *omissão relativa* fundamenta a componente ablativa da sentença quando julga inconstitucional a norma ideal que, em razão do seu silêncio parcial, afronta o princípio da igualdade de tratamento entre categorias de pessoas posicionadas em situações iguais. E a *dimensão lacunar* sustenta a operação *integrativa-reconstitutiva*, no sentido de permitir a identificação do direito apto a preencher o silêncio normativo inerente à exclusão implícita de certos destinatários e a reparar com efeitos "*ad futurum*" a inconstitucionalidade ou a insuficiência crítica da disciplina jurídica que antes se encontrava incompleta.

Eis porque haja quem entenda que as sentenças aditivas desta natureza não se destinam apenas a restaurar os efeitos inconstitucionais de uma omissão relativa, *mas também a reagir a inconstitucionalidades por exclusão*⁴⁶.

Têm estas decisões o efeito de alargarem o âmbito normativo da disposição e determinarém nesta, a inconstitucionalidade da parte em que a mesma omite uma categoria de pessoas numa previsão em que as deveria incluir; em que introduz uma excepção indevida; ou

⁴⁶ Cfr. Antonino Spadaro "La Norma o Piuttosto la Situazione Normativa qual Oggetto del Giudizio Costituzionale? Una Manipolativa de Rigetto Dottinale che Dice e non Dice" (imagine alla sent. Cost. Ma. 84/1996" - Giurispr. Cost.-1996-p. 788 e seg.

quando impõe uma condição ilegítima a certas situações “*que deveria prevet*”⁴⁷.

Usualmente, a fórmula utilizada consiste na declaração da inconstitucionalidade da norma x, na parte e na medida em que a mesma não prevê y, passando a considerar-se que a eliminação parcial qualitativa de x (no seu segmento de norma ideal ou implícita) implica, no quadro da orientação interpretativa inserida na sentença, que a regra remanescente passe a prevet y.

Na ordem jurídica portuguesa, embora se possa assinalar em sede de fiscalização concreta a existência de uma pluralidade de sentenças desta natureza o mesmo não ocorre em fiscalização abstracta sucessiva.

Tal, *dever-se-á*, fundamentalmente, ao “*self-restraint*” do Tribunal Constitucional que recusa a possibilidade de transmitir força obrigatória à componente da decisão que integra uma “*lacuna axiológica*”⁴⁸, através da junção de um critério normativo identificado ou revelado por via interpretativa.

Esta situação tornou-se evidente quando, no Acórdão nº 423/87 de 26-11 frente a normas legais que previam o ensino da religião e moral católica nas escolas públicas e silenciavam a adopção de medidas idênticas em favor das restantes confissões religiosas, o Tribunal, pese o facto de admitir a eventualidade de uma inconstitucionalidade por omissão, não proferiu uma sentença aditiva sem redução de texto, abstendo-se mesmo de prolatar uma decisão de inconstitucionalidade.

Embora pudesse ser tentado, em tese, a solucionar a controvérsia à luz da ofensa ao princípio da igualdade desferida por um regime

portador de uma incompletude discriminatória, o Tribunal preferiu estribar-se no entendimento segundo o qual o instituto para o controlo de inconstitucionalidade por omissão (absoluta) é o do artº 283º da CRP e não o do controlo abstracto sucessivo.

Isto não significa, contudo, que inexistam decisões desta natureza em fiscalização abstracta, nomeadamente quando seja invocável um princípio ou uma regra constitucional auto-aplicativa que permita reparar a situação de inconstitucionalidade fabricada por uma norma que exclua arbitrariamente uma categoria de pessoas do exercício de um direito de que as mesmas seriam potencialmente titulares.

Veja-se o caso do Ac. nº 423/2001 de 9-10, o qual respeita a uma declaração de inconstitucionalidade de uma norma, na medida em que a mesma reservava a cidadãos portugueses que se deficientaram no cumprimento do serviço militar em Defesa da Pátria (com exclusão implícita de estrangeiros residentes) o gozo de direito de ingresso na função pública para o exercício de actividades diversas das de direcção (como seria o caso de funções técnicas).

A decisão de inconstitucionalidade proferida não eliminou uma parcela do texto, mas sim a norma ideal que reservava os referidos benefícios apenas a cidadãos portugueses, passando a ficar incluídos na previsão, à luz do princípio da igualdade e atenta a motivação do acórdão, os estrangeiros residentes que também se tenham incapacitado na defesa do Estado Português.

26. As *decisões aditivas com redução de texto* têm em comum com as anteriores a *componente reconstitutiva*, por força da qual se junta um “*quid*” normativo ao segmento remanescente de uma norma julgada parcialmente inconstitucional, tendo por fim reparar a invalidade gerada.

O elemento de distinção radica na *componente ablativa*, já que a mesma não fulmina uma norma ideal ou implícita de conteúdo

⁴⁷ Gomes Canotilho *ult. loc. cit.*, p. 1019; Francisco Diaz Revorio, *op. cit.*-p. 146 e seg.

⁴⁸ Ignacio Vila Verde Menendez, *ult. loc. cit.*, p. 73.

inconstitucional, mas sim uma norma ou a parcela de uma norma com carácter explícito, inseparável do texto da disposição impugnada⁴⁹.

d) As sentenças aditivas de natureza correctiva e integrativa e a natureza "constitucionalmente obrigatória" da sua componente reconstrutiva

27. Com as expressões sentenças aditivas "correctivas" e "integrativas" procuramos aludir aos dois tipos de operações dominantes que a melhor doutrina⁵⁰ tem imputado às decisões aditivas.

i) A declaração de inconstitucionalidade de omissões parciais seguida da reparação do silêncio inconstitucional;

ii) O preenchimento do vazio gerado pelos efeitos ablativos da própria decisão de inconstitucionalidade, de forma a evitar situações prejudiciais para o interesse público ou para os direitos fundamentais, susceptíveis de decorrerem imediatamente dessa lacuna.

28. As sentenças aditivas podem, no nosso entendimento, assumir um conteúdo "correctivo" em sentido estrito, sempre que a sua componente "reconstrutiva" intenta, através da revelação ou indicação de

⁴⁹ Em certos casos estas sentenças aproximam-se das decisões demolitórias com efeitos adiutos, dado que, mediante a eliminação de uma norma restritiva ou discriminatória, submetem um grupo de pessoas sujeitas a um dado regime jurídico, a um regime diverso que se encontra em vigor. Ainda assim, as sentenças aditivas com redução de texto distinguem-se das demolitórias, na medida em que não pressupõem automaticidade na aplicação de um novo regime, com carácter geral, aos destinatários da norma restritiva julgada inconstitucional, dado que é a componente reconstrutiva da decisão que indica, por via interpretativa, a norma a aplicar aos referidos destinatários.

⁵⁰ Cfr, em geral, sobre as referidas operações, Vezio Crisafulli "La Corte Costituzionale ha (...)" op. cit, p. 1706 e seg.

uma norma, transformar o sentido originário do preceito julgado parcialmente inconstitucional, de forma a compatibilizá-lo com a Constituição⁵¹.

Podem, igualmente, as sentenças aditivas qualificar-se de "integrativas"⁵², também em sentido estrito, sempre que o Tribunal Constitucional decide colmar uma lacuna técnica ocasionada, directa ou indirectamente, pelo efeito ablativo próprio decisão de inconstitucionalidade, materializando-se a operação aditiva através da identificação na sentença de uma norma aplicável já existente no ordenamento.

A decisão de inconstitucionalidade procura, assim, cicatrizar reconstitutivamente, uma incisão operada pela própria sentença, no tecido normativo, depois de se proceder à remoção de uma norma inconstitucional⁵³.

⁵¹ A expressão "correctiva" aqui utilizada traduz uma operação reparadora de uma "inconstitucionalidade por defeito" que se traduz na indicação de uma norma que carece ser junta a um outro preceito julgado parcialmente inconstitucional, como "prius" para se assegurar uma reconstrução do respectivo sentido que assegure, no futuro, a sua conformidade com a Lei Fundamental. Neste sentido a fórmula usada não coincide inteiramente com as noções de "interpretação correctiva", ligada às sentenças interpretativas de rejeição, tal como estas são entendidas nos ordenamentos italiano (Zagrebelski, ult. loc. cit, p. 284 e seg) e espanhol (Francisco Javier Revorio, ult. loc. cit, p. 87 e seg).

⁵² A fórmula "integrativa" é utilizada nestas páginas em sentido estrito, em conexão com a reparação de uma lacuna técnica gerada pela decisão de inconstitucionalidade, e não como sentido atribuído por outra doutrina, como sinónimo de uma operação aditiva que eleja uma norma para preencher um vazio ou omissão (cfr. supra, nota).

⁵³ A necessidade deste tipo de decisões no ordenamento espanhol foi configurada pela jurisprudência constitucional, mormente na sentença n.º 36/9154: "(...) este Tribunal está bem consciente de que a declaração de inconstitucionalidade (...) cria uma situação normativa obscura e inclusivamente um vazio normativo, pelo que, enquanto o legislador não intervier, serão os juízes a preencher o vazio produzido".

29. A *operação integrativa* pode ser desencadeada, seja para acautelar exigências de justiça, segurança jurídica e completude no ordenamento, seja para evitar potenciais cenários prejudiciais propulSIONADOS pela própria sentença.

De um modo geral, a doutrina coincide no entendimento de que as operações correctivas e integrativas das sentenças aditivas não devem editar direito novo para colmatar um vazio jurídico, mas sim recorrer a normas jurídicas já constantes do ordenamento⁵⁴. Na verdade, se o Tribunal "*inventa uma disciplina que não existe*", viola claramente o campo reservado ao legislador e a decisão aditiva é inválida⁵⁵.

Deste modo, a operação reconstrutiva deve ser sempre estribada num princípio ou numa norma constitucional.

Ainda assim, o Direito comparado e o direito português em sede de fiscalização concreta demonstram que, se nalguns casos é o próprio princípio ou norma constitucional que são identificados na sentença como fundamento jurídico imediato da operação reconstrutiva, noutros casos o Tribunal recorre a direito ordinário vigente que, ou é objecto de uma extensão applicativa, ou conforma a base de um exercício integrativo de recorte analógico. Muitos ainda aceitam que o Tribunal Constitucional, tal como sucede com qualquer outra jurisdição, possa integrar lacunas técnicas e colmatar até *omissões relativas* convertidas em "lacunas", podendo recorrer, nomeadamente, ao espírito do sistema⁵⁶. Outros, num campo oposto,

⁵⁴ Fabrizio Politi, ult. loc. cit., p. 275, recorrendo a uma ideia dominante na doutrina e jurisprudência, tendo como matriz o pensamento de Crisafulli. Cfr. também Silvestri, nota.

⁵⁵ Ludovico Mazarroli "IL Giudice (...)" op. cit., p. 76.

⁵⁶ Em geral, Marcos Gomez Puentes "La Inactividad del Legislador: Una Realidad Susceptible de Control". Madrid-1997-p. 27 e seguintes.

anotam que a hipotética faculdade de o Tribunal Constitucional poder integrar lacunas com recurso ao direito ordinário implicaria, em primeiro lugar, uma incursão na competência dos tribunais comuns a quem compete a interpretação e integração do direito ordinário⁵⁷. E pressuporia, em segundo lugar, uma invasão da competência do legislador, porque caso o Tribunal Constitucional conferisse eficácia "*erga omnes*" à componente integrativa das suas decisões de inconstitucionalidade, estaria a substituir-se ao referido decisor legislativo na criação de normas jurídicas⁵⁸.

Alguns doutrinários, defensores de um modelo de jurisdição constitucional não exclusivamente cassatório, chegam a entender que o Tribunal Constitucional concorreria com o legislador no processo de elaboração legislativa, tendo um papel relevante de desenvolver os princípios constitucionais⁵⁹. Outros autores, ao invés, lograram sedimentar uma orientação doutrinária que se veio a tornar dominante e que considera apenas admissíveis as sentenças aditivas de carácter correctivo e integrativo que decorram directamente da Constituição e não se defrontem com opções políticas alternativas no preenchimento de uma lacuna axiológica ou técnica.

Assim, a solução adequada ao preenchimento de uma omissão ou lacuna não poderia ser fruto de uma valorção discricionária, mas sim a consequência necessária de um juízo de inconstitucionalidade, por força do qual o Tribunal Constitucional deva proceder a uma "*extensão necessária por razões lógicas*"⁶⁰.

⁵⁷ Zagrebelski, "La Giustizia (...)" op. cit., p. 301.

⁵⁸ Cfr., em geral, Silvestri, op. cit., p. 763.

⁵⁹ Modugno "La Corte Costituzionale Italiana Oggi" - in "Scritti Crisafulli" - Padova-1985-p. 575.

⁶⁰ Em geral sobre as decisões aditivas "a rime obligate", Crisafulli "Lezioni di Diritto Costituzionale"-II-Padova-1993-p. 402 e seg.; e jurisprudência constitucional italiana (cfr., em especial, sentenças 1/1987, 96/1987 e 80/1987) citada por Giustino

Procurar-se-ia, deste modo, preencher omissões relativas e colmatar “lacunas técnicas”, não usurpando, nessa tarefa eminentemente jurisdicional, a função do legislador ou dos tribunais⁶¹. É neste contexto que emerge, na expressão de CRISAFULLI, a figura nuclear das sentenças aditivas “*a rime obligate*”, ou, no léxico português, *sentenças aditivas constitucionalmente obrigatórias*⁶².

30. Existe, desde os anos noventa, um largo consenso em torno da ideia segundo a qual, as sentenças aditivas ou são *constitucionalmente obrigatórias*, ou são *juridicamente ilegítimas*⁶³.

Tal ocorreu com a sedimentação da construção de CRISAFULLI, na doutrina e, especificamente, a partir do momento em que a jurisprudência liderante assumiu que as decisões aditivas deveriam ser sempre a “*rime obligate*”⁶⁴. De acordo com os pressupostos deste tipo de decisões, uma sentença aditiva constitucionalmente obrigatória, pressupõe:

i) Que exista um vazio normativo presente numa norma julgada inconstitucional que careça de ser preenchido ou integrado pelo Tribunal Constitucional como fundamento para a reparação imediata e com efeitos futuros de uma inconstitucionalidade parcial declarada por aquele órgão;

D’orazio “Le Sentenze Costituzionali Additive tra Esaltazione e Contestazione”. RTDP-1992-1-p. 63 e seg.

⁶¹ Picardi, ult. loc. cit, p. 626 e seg.

⁶² Rui Medeiros, ult. loc. cit, p. 504.

⁶³ Cfr. Ludovico Mazzaroli, ult. loc. cit, p. 75; Julio Fernandez Rodriguez, “La Justicia Constitucional Europea Ante el Siglo XXI-Madrid-2002- p. 131 e seg; Rui Medeiros, ult. loc. cit, (num sentido muito estrito) p. 510 e seg.

⁶⁴ Cfr. o artigo do Presidente do Tribunal Constitucional transalpino GRANATA “La Giustizia Costituzionale nel 1997”- Giurisp. Cost-1998-p. 2922.

ii) Que a reparação seja feita através da decisão de inconstitucionalidade, mediante uma operação reconstrutiva com eficácia “*self executing*”;

iii) Que a norma que irá preencher o vazio jurídico constitua a extensão lógica de um princípio ou de uma norma constitucional preceptiva e exequível por si própria;

iv) Que a operação concretizadora realizada pelo Tribunal Constitucional a partir desse princípio ou dessa norma constitucional seja a única determinada pela Constituição, não podendo existir outras opções alternativas, também elas conformes com a Constituição, aptas para o preenchimento do vazio jurídico.

A natureza constitucionalmente obrigatória da operação reconstrutiva deriva do facto de a solução correctiva ou integrativa que comporta, ser a única possível, não consentindo outras opções verosímeis que envolvam um juízo de discricionariedade do Tribunal.

Em torno desta tese vieram a convergir seja autores que tinham manifestado uma maior abertura às decisões aditivas⁶⁵, seja autores que de algum modo as criticaram ou recusaram⁶⁶. Certo é que este importante *limite estrutural* às sentenças aditivas, pese o facto de ter

⁶⁵ Pizzorusso “Sui Limiti della potestà Normativa della Corte Costituzionale” - Riv Dir e Proc. Penale”, 1982- p. 312.

⁶⁶ Zagrebelski “Processo (...)” op. cit, p. 557 e 663. O autor aceita a sentenças a “*rime obligate*”, pese o facto de considerar que o seu valor aditivo é fundamentalmente persuasivo. Tratou-se uma contradição criticada noutros sectores da doutrina que assinalaram que se a sentença aditiva era constitucionalmente obrigatória, então seria vinculativa e, como tal, não poderia ter uma componente reconstrutiva pautada por um mero valor persuasivo. A partir da sua obra “Il Diritto Mitte” (Torino-1992) o autor exhibiu, sobretudo no universo da tutela de direitos fundamentais, maior abertura na aceitação de decisões aditivas constitucionalmente obrigatórias e concretizadoras de princípios constitucionais.

tido uma importância fulcral no "self restraint" da Justiça Constitucional mediterrânica, sobretudo a partir da década de oitenta, não logrou terminar por completo com a prolação de sentenças aditivas pautadas por alguma criatividade, mesmo que algumas delas tenham reclamado um "status" de decisões constitucionalmente obrigatórias.

Este problema, que envolve alguma porosidade dos pressupostos das sentenças constitucionalmente obrigatórias, assenta no facto de:

- i) A extensão lógica de um princípio constitucional, para efeitos da fabricação da componente reconstitutiva de uma sentença aditiva nem sempre assume carácter puro, já que recorre concomitantemente a medidas de valor axiológico e até medidas de valoração política;
- ii) A situação acabada de referir levanta o problema da fragilidade do limite que se centra na "ausência de opções alternativas conformes com a Constituição" e na "proibição da discricionariedade" que é, neste campo, imposta ao Tribunal Constitucional;
- iii) Torna-se relevante precisar os próprios pressupostos da "solução constitucionalmente obrigatória" nomeadamente quanto ao critério que permite excluir a existência de outras alternativas constitucionalmente admissíveis de preenchimento de uma lacuna axiológica ou técnica presente na norma julgada parcialmente inconstitucional.

Daí que, alguns autores da linha mais céptica relativamente à admissibilidade das sentenças aditivas, mas que superaram a fase negacionista em favor da discussão da melhor forma de concretização dos seus limites, tenham passado a considerar o carácter insatisfatório de muitas sentenças crismadas como "*a rime obligate*"⁶⁷ e a reforçar

⁶⁷ Ludovico Mazzaroli, ult. loc. cit., p. 81.

a ideia de que as sentenças constitucionalmente obrigatórias não poderão ser ser um mero "chavão" que permita a legitimação encapotada de decisões genuinamente discricionárias⁶⁸ (Cfr. o n.º 56, infra).

31. O Tribunal Constitucional português, em sede de fiscalização *abstracta successiva*, tem circunscrito, de um modo geral, as suas escassas sentenças aditivas ao pressuposto restringente das decisões constitucionalmente obrigatórias.

De entre as que assumem natureza "*correctiva*" é possível avançar alguns exemplos.

Este poderá ser, não obstante o carácter misto da decisão, o caso já examinado do Ac. n.º 103/87, que declarou a inconstitucionalidade de uma norma da Lei de Defesa Nacional "*na parte e na medida*" em que a mesma restringia o direito de queixa por parte de agentes militares ao Provedor de Justiça, à exclusiva finalidade da tutela dos seus direitos, liberdades e garantias⁶⁹.

Determinados sectores doutrinários e operadores judiciários defendem que, o Tribunal Constitucional deve proferir uma *sentença aditiva de tipo integrativo*, reparando o vazio jurídico gerado através da *extensão do regime jurídico mais favorável aos destinatários da norma inconstitucional*.

⁶⁸ Fabrizio Politi, ult. loc. cit. p. 275. Cfr., também Lanzillo que há muito restringia a admissibilidade das decisões aditivas às sentenças a "*rime obligatissime*" ("Porteri Creativi della Corte Costituzionale nei Giudizi Incidentali sulla Validità della Legge". Riv. Dir. Civ. 1982-p. 678).

⁶⁹ A circunstância de aos mencionados militares passarem a ser aplicáveis as *garantias constitucionais* previstas sobre essa matéria para a generalidade dos cidadãos levou a que a parcela aditiva da sentença constituísse uma forma de preenchimento do vazio regulatório deixado por uma norma parcialmente julgada inconstitucional através da convocação directa de uma regra da Constituição da República.

O facto é que, no ordenamento português, se esta extensão é operada pelo Tribunal Constitucional em sede de fiscalização concreta o mesmo não se passa no campo da fiscalização abstracta, sempre que a solução para o preenchimento do vazio jurídico não resulte inequivocamente da Constituição. Na realidade, o Tribunal Constitucional tem dúvidas sobre a sua própria faculdade de imposição de soluções extensivas ou analógicas com força obrigatória geral, sobretudo quando exista uma pluralidade de opções políticas, para o preenchimento de uma lacuna.

Paradigmático, a este respeito, parece ser o Ac. n.º 191/88 de 20-9, quantas vezes indevidamente citado em alguma doutrina.

Neste, o Tribunal Constitucional declarou a inconstitucionalidade da alínea b) do n.º 1 da base XIX da Lei n.º 2127, de 3 de Agosto de 1965, pelo facto de conferir ao viúvo de cônjuge morto em acidente de trabalho, uma pensão de valor menor, do que à viúva em idênticas circunstâncias (regime próprio previsto na alínea a) do preceito). Ora, apesar de o Ministério Público ter requerido ao Tribunal que declarasse a inconstitucionalidade da norma b) e estendesse aos seus destinatários (os viúvos) o regime mais favorável, previsto na norma a) (regime das viúvas) o Tribunal Constitucional recusou-se a fazê-lo (não conhecendo dessa parte do pedido), por se considerar incompetente para o efeito.

Diz o mesmo aresto que "(...) não há espaço na competência do Tribunal Constitucional para este indicar então a valência significativa que, de futuro, deverá, porventura, caber à norma da alínea a) do n.º 1 da base XIX".

A sentença proferida não assumiu, portanto, carácter aditivo "*hoc sensu*", quicá porque os juízes entenderem correcta ou incorrectamente, existir uma pluralidade de opções políticas alternativas e conformes com a Constituição que permitiriam reparar a desigualdade que fora censurada na decisão de acolhimento, não sendo nessa optica

prudente, à luz do princípio da separação de poderes, que o Tribunal, através de uma decisão dotada de uma força superior à da lei, se substituisse à função do legislador e preenchesse a lacuna axiológica (Cfr. n.º 56, *infra*).

Em fiscalização concreta o Tribunal Constitucional prolata, com mais desenvoltura sentenças aditivas que não se quadram rigorosamente no paradigma teórico das decisões constitucionalmente obrigatórias, já que não decorrem de uma norma constitucional suficientemente concretizada, mas de princípios constitucionais preceptivos que o Tribunal procura concretizar através de uma extensão lógica e teleológica.

O Ac. n.º 1221/96⁷⁰ conforma uma sentença aditiva de conteúdo interpretativo, a qual reprime uma omissão relativa geradora de uma norma indevidamente compressorá de um direito ou garantia fundamental.

Assim, o n.º 1 do art.º 1793º do CC dispõe que "*Pode o tribunal dar de arrendamento a qualquer dos cônjuges, a seu pedido, a casa de morada de família, quer esta seja comum quer própria de outro, considerando, nomeadamente, as necessidades de cada um dos cônjuges e o interesse dos filhos do casal*".

Encontrava-se em causa uma decisão judicial relativa à atribuição de uma fracção habitacional a uma das partes de um litígio, e que recusou aplicar esta norma a uma união de facto, já que o referido preceito teria por objecto relações matrimoniais.

Considerou o Tribunal Constitucional que a referida disposição silenciou a sua aplicabilidade a uniões de facto em que existissem filhos fora do casamento.

Nesse caso, a garantia dos interesses dos filhos prevista na última parte da norma sindicada deveria prevalecer, seja em relação a relações matrimoniais, seja em relação a uniões de facto.

Isto porque o n.º 4 do art.º 36.º da CRP reza que os filhos nascidos fora do casamento não podem, por esse motivo, ser objecto de qualquer discriminação.

Uma interpretação que negasse a possibilidade de o tribunal dar de arrendamento a casa de morada de família a um dos sujeitos coabitantes de uma união de facto, no caso de se encontrar em causa o interesse dos filhos, discriminaria os que nascessem fora do casamento em relação aos nascidos na constância do matrimónio.

A decisão eliminou (tal como sucede nas inconstitucionalidades parciais qualitativas) o segmento ideal da norma denegatória da aplicação do preceito às uniões de facto com filhos, e alargou implicitamente o âmbito de previsão do preceito os filhos provenientes de uniões de facto nessas circunstâncias, mediante a aplicação directa, embora concretizada, do n.º 4 do art.º 36.º da CRP, e em observância dos critérios reitores do princípio da igualdade.

Outras sentenças aditivas em controlo concreto primam, não apenas pela sua frágil fundamentação, como também pelo carácter constitucionalmente duvidoso, quer da operação ablativa, quer da operação reconstrutiva, encontrando-se o seu conteúdo marcado por uma opção política de ordem conjuntural.

Um caso emblemático consta do Acórdão n.º 457/99⁷¹ e refere-se a uma sentença aditiva de prestação que julgou inconstitucional o n.º 1 do art.º 24.º da Lei n.º 4/85, de 9-4, na medida em que não contemplou a contagem do tempo do serviço prestado como

Governador de Macau para efeito da atribuição da subvenção mensal vitalícia nele prevista.

Trata-se de um exemplo invulgar de extralimitação dos poderes do Tribunal, de manipulação do princípio da igualdade e de um paradigma de decisão susceptível de provocar tensões indesejáveis entre poderes.

e) Sentenças aditivas de princípio

32. As chamadas *sentenças aditivas de princípio* têm sido objecto de uso relativamente recente pelo Tribunal Constitucional italiano, para mitigar uma prática anterior onde abundavam decisões aditivas discricionárias e decisões substitutivas, fenómeno que gerou conflitualidade e inobservância ocasional da componente aditiva da sentença pelos tribunais comuns, motivando também críticas doutrinárias⁷².

33. Trata-se pois de um tipo de decisão:

- i) Que pressupõe a eliminação, em regra parcial, de uma norma inconstitucional;
- ii) Que enuncia os limites da operação reparadora de uma omissão relativa ou de uma lacuna técnica;
- iii) Mas que se abstém de proceder directamente a essa reparação⁷³.

A razão de ser da relutância do Tribunal Constitucional, neste tipo de sentenças, em proceder directamente ao preenchimento de uma lacuna técnica ou axiológica através da indicação de uma

⁷² Em geral, vide sobre a descrição do fenómeno, Ruggieri-Spadaro, ult. loc. cit, p. 205-206.

⁷³ Ludovico Mazzaroli, ult. loc. cit, p. 100.

norma, prende-se ao facto desse vazio poder ser, em tese, passível de integração por mais do que uma solução normativa conforme à Constituição.

Não estando reunidos os pressupostos para o Tribunal Constitucional proferir uma sentença constitucionalmente obrigatória o mesmo órgão prefere enunciar um princípio constitucional que deverá ser respeitado pelas disposições que vierem a criar o direito omitido.

Esse princípio deveria vincular tanto o tribunal comum (no caso de se estar perante o preenchimento de lacuna) como o legislador⁷⁴.

Nestes termos:

- i) O Tribunal Constitucional, proferindo uma sentença de acolhimento, em regra parcial, abstém-se de proferir quer uma decisão simples de inconstitucionalidade, quer uma sentença aditiva em sentido estrito;
- ii) O Tribunal abstém-se de reparar directamente o vazio normativo, atenta a presença de soluções diversas e constitucionalmente legítimas de integração ou correcção positiva, as quais reclamariam um tipo intervenção criativa que excede a competência do mesmo Tribunal;
- iii) O Tribunal não se desintereza, contudo, dos efeitos menos positivos que podem decorrer da subsistência de uma omissão: relativa, ou de uma lacuna gerada pela sua decisão, já que formula a identificação de um princípio que deve presidir à operação reconstitutiva ou integrativa;
- iv) Se é um facto que o referido princípio não produz efeitos “*erga omnes*”, diversamente do que sucede com as sentenças

⁷⁴ Aresto convocado por, Jimenez Campo, ult. loc. cit, p. 55.

“demolitórias” ou com as sentenças aditivas “constitucionalmente obrigatórias”, o facto é que o valor eminentemente persuasivo da componente aditiva da sentença pode produzir alguma eficácia indirecta, tal como sucede com as decisões interpretativas de rejeição.

v) Assim, se a reconstrução ou integração do vazio vierem no futuro a ser feitas em colisão com o sentido do princípio revelado na sentença, o Tribunal Constitucional reserva-se a faculdade de declarar a inconstitucionalidade da referida norma, em caso de nova impugnação (ou de reenvio), reunindo-se os pressupostos para uma dupla pronúncia.

34. Alguns autores negam carácter genuinamente aditivo às sentenças “aditivas de princípio”⁷⁵. Consideram que as mesmas são, sobretudo, decisões de inconstitucionalidade que procedem à indicação de princípios, o que, ao cabo e ao resto as transformaria em sentenças de acolhimento “*mascanadas de algo diverso*”⁷⁶.

Faltar-lhes-ia a componente reconstitutiva das decisões aditivas, já que deixariam subsistir um vazio ou lacuna sem procederem à sua reparação directa, carecendo do carácter “*self executing*” da função reparadora que inere às primeiras. No fundo seriam decisões de acolhimento de perfil próximo às decisões orientativas ou apelativas (*sentenze monito*) mas que não possuiriam, sequer, a componente de “*ameaça*” destas últimas, já que não determinariam prazos para o preenchimento da lacuna nem fixariam sanções que reprimissem a inadimplência do legislador.

Consideramos, pelo nosso lado, que as chamadas decisões aditivas de princípio não, são, efectivamente, sentenças aditivas

⁷⁵ Ludovico Mazzarolli, ult. loc. cit, p. 95 e seg.

⁷⁶ Ludovico Mazzarolli, ult. loc. cit, p. 121.

em sentido estrito, já que carecem de uma componente reconstitutiva plena que proceda, directa e imediatamente, à reparação de uma lacuna técnica ou axiológica ínsita numa norma que por elas tenha sido julgada parcialmente inconstitucional. Ainda assim, integram-se no tipo mais amplo das *decisões com efeitos adiados* já que nestas, de acordo com a definição dada, as decisões de inconstitucionalidade ou reparam directamente ou “*criam condições para a reparação*” de um cenário de inconstitucionalidade entretanto declarada.

No caso presente, a componente reconstitutiva da sentença é incompleta: não indica uma norma *self executing*, mas enuncia, ao invés, uma simples base ou princípio que carece de mediação do legislador ou do aplicador judicial.

Trata-se, contudo, de uma *componente adjuntiva* que não se reduz a um enunciado discursivo, mas que supõe a revelação de um *princípio cogente*, que, caso não seja observado, gerará decisões futuras de inconstitucionalidade. Neste sentido não deixam de ter certas semelhanças com as sentenças interpretativas, tendo como elementos distintivos próprios o facto de enunciarem um princípio preceptivo que vinculará uma pluralidade alternativa de operações integrativas ou reconstitutivas realizadas por outros órgãos. Também neste sentido se produzem efeitos adiados, ainda que com eficácia indirecta. E, finalmente, não podem ser reconduzidas a uma variante “inofensiva” de sentenças orientativas ou apelativas, dado que se *trata, em primeiro lugar de decisões de acolhimento* e a sua força principal reside na circunstância de exprimirem um *juízo de inconstitucionalidade*, realidade que pode não estar presente nas sentenças apelativas que tiverem a natureza de decisões de rejeição⁷⁷. Paralelamente, a sua componente adjuntiva não se reduz a um apelo, configurando ao invés a revelação.

de um princípio-parâmetro destinado a operar no quadro de uma valência múltipla, o que as converte em verdadeiras sentenças de *indivisão*⁷⁸.

No já citado Acórdão nº 191/88, ao decidir julgar a inconstitucionalidade da norma discriminatória dos *viúvos*, o Tribunal preveniu que essa decisão não deveria “*pôr em causa o direito do viúvo ser receptor de pensão por morte infortunistica do outro conyuge*” restringindo-se a inconstitucionalidade à parte em que atribui ao viúvo uma compensação menor do que à viúva em idêntica circunstância⁷⁹.

f) Sentenças substitutivas

35. Trata-se de sentenças interpretativas de acolhimento que julgam a *inconstitucionalidade parcial de normas* e que constituem, juntamente com as impropriamente chamadas “*sentenças de revisão*”

⁷⁸ Fabrizio Politi, ult. loc. cit., p. 328.

⁷⁹ Em suma, o Tribunal eliminou a norma discriminatória mas *clarificou que dessa eliminação não poderia resultar uma lacuna que implicasse que os viúvos se quedassem sem pensão.*

Essa clarificação redundou, não numa sentença aditiva “stricto sensu” (a qual ocorreria se o Tribunal Constitucional tivesse procedido à referida extensão, tal como fora requerida pelo Ministério Público), mas sim, na prolação de uma variante imperfeita de uma *sentença aditiva de princípio, destinada ao juiz comum e ao operador administrativo*. O Tribunal Constitucional português ao destacar (atento o *princípio da proteção de confiança*) que os viúvos não poderiam ser despoziados de uma pensão que auferiam e ao destacar a necessidade de ser concretizado o princípio da igualdade entre viúvos e viúvas, ditou critérios alternativos para:

i) Que o aplicador pudesse preencher a lacuna entendendo, analogicamente, o regime mais favorável (o das viúvas) aos destinatários do regime menos favorável cuja inconstitucionalidade fora declarada

ii) Que o legislador, para o futuro, procedesse à igualização do regime de pensão compensatória entre viúvos e viúvas, ponderando fazê-lo seja através de um novo regime comum, seja através do antigo regime respeitante aos viúvos (regime menos favorável), seja através do regime destinado às viúvas (mais favorável), sendo certo que, por força do princípio da proteção da confiança, a segunda opção não se aplicaria a situações constituídas no passado.

constitucional", uma das mais expressivas manifestações de activismo dos tribunais constitucionais.

Pressupondo que o legislador deva prever uma coisa e acabe por prever outra diversa que se mostra desconforme com a Constituição, estas sentenças procedem à substituição do segmento normativo contrário à Lei Fundamental por outro que lhe seja afeiçãoado⁸⁰.

Segundo alguma doutrina⁸¹ a fórmula mais comum deste tipo de sentenças é a declaração de inconstitucionalidade do preceito "*na parte em que*" dispõe algo, "*ao invés*" de dispor outra coisa, operando a própria sentença a junção, explícita ou implícita, desse "quid" que o preceito não acolheu. Assim, o referido tipo de sentença declara, por um lado, a inconstitucionalidade da norma na parte desta em que o Tribunal considera ser ilegítima e, por outro lado, acrescenta, em sua substituição, um critério de decisão diverso que deve ser conjugado com o segmento da norma não julgado inconstitucional⁸².

Em suma, a norma é inconstitucional por aquilo que dispõe, sendo também inconstitucional por aquilo que não dispõe ou que passou a não dispor em consequência da referida ablação, fixando o Tribunal Constitucional um critério de decisão destinado a colmatar esse vazio prescricional.

Na ordem jurídica portuguesa este tipo de sentenças, altamente perturbadoras do princípio da separação de poderes, têm inexistido fiscalização abstracta sucessiva, se bem exista, pelo menos, um caso marcante de sentença de natureza substitutiva ditada em controlo concreto.

⁸⁰ J. Lafuente Balle "La Judicialización op. cit. p. 142."

⁸¹ Zagrebelski "La Giustizia (...)" op. t. loc. cit. p. 146.

⁸² Cfr. Gomes Canotilho ult. loc. cit. p. 1019.

Nele, o Tribunal aventurou-se no perigoso sendeiro da criação de normas "*ex nibilo*", ou seja, normas que nem são amparadas num raciocínio analógico ou numa extensão lógica do segmento de norma remanescente nem decorrem da aplicação de uma norma constitucional⁸³.

⁸³ No Acórdão n.º 365/2000 encontrava-se em causa a situação de um cidadão estrangeiro de um País de Língua Oficial Portuguesa que integrou a Administração Pública Nacional até independência desse território e que interpsó recurso contencioso contra uma decisão da Caixa Geral de Depósitos que lhe recusou o estatuto de aposentado da Administração Pública, por falta de documento comprovativo da nacionalidade portuguesa.

Tendo o recorrente requerido o benefício de apoio judiciário, este foi-lhe negado, tendo a parte vencida recorrido da decisão denegatória proferida pela primeira instância, para o Tribunal Central Administrativo.

Decidiu este tribunal revogar a decisão recorrida, considerando ser violadora do princípio da igualdade (em razão da situação económica) a distinção entre estrangeiros "residentes" e "não residentes" para efeitos do direito previsto no n.º 1 do art.º 20º da CRP.

Tendo sido interposto pelo Ministério Público recurso obrigatório para Tribunal Constitucional, este confirmou a decisão recorrida, por considerar que:

i) O art.º 15º da Constituição alarga aos estrangeiros e apátridas residentes em território nacional os direitos reconhecidos aos portugueses, salvo excepções expressas Constituição e na lei;

ii) Essa lei só poderia ser lei da Assembleia da República, vinculada aos princípios constitucionais previstos no art.º 15º;

iii) Ao ser interpretada a norma impugnada (n.º 2 do art.º 7º do Decreto-Lei n.º 387/B/87 de 29-12, na redacção que lhe foi dada pela Lei n.º 46/96, de 3-8) no sentido de a mesma negar o patrocínio judiciário a um cidadão estrangeiro não residente, mas que antes foi titular da nacionalidade portuguesa, violar-se-ia o art.º 13º da CRP, conjugado com o n.º 1 do art.º 20º e o n.º 4 do art.º 268º da CRP;

iv) Isto, porque existiria um "mínimo de conexão" entre o recorrente e o regime de equiparação de direitos entre portugueses e estrangeiros, no respeitante à fruição do direito ao acesso à Justiça, conexão derivada da circunstância de o mesmo recorrente ter sido titular da nacionalidade portuguesa e, pelo que, podendo vir a ser-lhe reconhecido o direito à pensão de aposentação, seria "pouco razoável" que lhe não fosse reconhecido o direito instrumental ao apoio judiciário.

Dai que a norma impugnada tenha sido julgada inconstitucional "*enquanto nega a possibilidade de concessão de apoio judiciário ao cidadão de nacionalidade estrangeira*".

Trata-se de uma das decisões juridicamente mais débeis ditadas pelo Tribunal Constitucional até à data, não ficando atrás do Tribunal Central Administrativo quanto à leitura maximalista dos direitos fundamentais que, a dado passo, chega a imputar a esta jurisdição.

Vejam os porquê

1°. A argumentação formal expressa na motivação da sentença, segundo a qual restrições ao n.º 1 do art.º 15º devem constar de lei parlamentar conforme aos princípios enformadores do mesmo artigo parece inteiramente deslocada.

Em primeiro lugar, porque o decreto-lei na versão que contém a disposição impugnada, foi objecto de uma redacção dada por lei parlamentar.

Em segundo lugar, essa disposição legal mostra-se estritamente conforme com o art.º 15.º da CRP no sentido de equiparar direitos entre portugueses e estrangeiros residentes, já que a negação do patrocínio a estrangeiros não residentes e que não requeriam asilo se mostra plenamente conforme ao referido preceito constitucional. Isto, na medida em que *nega o exercício do direito respeitante ao art.º 32º, a um estrangeiro não residente.*

Em terceiro lugar não existe qualquer restrição a um direito fundamental por parte da norma sindicada, já que não se restringe o que não existe.

Se o patrocínio judicial, atenta a situação económica do recorrente, consiste num direito (art.º 20º da CRP) e se esse direito pode ser titulado por portugueses, bem como por estrangeiros e apátridas residentes em território nacional, já no caso de estarmos perante um estrangeiro não residente, este não pode ser tido como titular do referido direito.

A lei pode, de acordo com o art.º 3º e à luz do princípio da reciprocidade, conceder outras equiparações entre portugueses e cidadãos residentes de Estados de língua portuguesa, mas o facto é que os mesmos têm de ser residentes, o princípio da reciprocidade deve ser respeitado e o domínio material da equiparação constitui uma área de liberdade de conformação do legislador e não um domínio de restrição de direitos.

2°. Ao reconhecer a um estrangeiro, não residente, os mesmos direitos dos residentes, à luz de um princípio da igualdade destinado a alargar o âmbito aplicativo do direito previsto no art.º 20º da CRP, a sentença enferma de um vício de raciocínio, operando um salto lógico. É que, o pressuposto dessa situação de virtual igualdade setia a de que o estrangeiro fosse residente em território nacional, realidade que não sucede. É óbvio que um suposto critério de conexão a que o Tribunal Constitucional alude, sem fundamentar nem esclarecer a respectiva natureza, encontra-se totalmente desprovido de sentido.

Se a conexão resulta do facto de o recorrente ter tido a nacionalidade portuguesa antes de 1975, tal facto é irrelevante em termos constitucionais, já que se trata de uma situação póstuma e não de uma situação contemporânea ao direito vigente. Na realidade, a invocação processual do direito que constitui o objecto do processo-pretexo ocorre num momento em que o cidadão já não possui a nacionalidade portuguesa nem reside em território português, pelo que inexistem à luz art.º 15º da CRP os pressupostos que lhe permitiriam beneficiar de uma igualdade de direitos com os portugueses para beneficiar de patrocínio judicial.

Se a conexão a que o Tribunal alude é *instrumental* em relação ao direito ao reconhecimento, por via judicial, de uma pensão, a situação resulta ser ainda mais ininteligível, já que o Tribunal Constitucional não tem de antecipar divinatoriamente o desfecho da solução jurisdicional julgada no processo-pretexo (tal como o fez) e muito menos invocar uma conexão instrumental necessária onde ela não existia.

A instrumentalidade do patrocínio judicial em relação ao exercício de um direito é uma realidade possível, mas não necessária ou indispensável para o exercício desse direito, já que seja por meios próprios seja através de apoio do respectivo Estado, o recorrente poderia aceder aos tribunais portugueses.

Não cabe ao Tribunal Constitucional seleccionar uma alternativa possível quando existem outras igualmente adequadas, ou até mais adequadas e razoáveis.

A conexão instrumental deve medir-se, sempre, em razão da necessidade ou indispensabilidade e nunca, através de uma razoabilidade dentro de um quadro de opções alternativas.

3°. Em suma, o Tribunal Constitucional substituiu-se ao legislador.

A solução que ditou, traduzida na adição de uma nova regra, segundo a qual estrangeiros oriundos dos Países de língua oficial portuguesa e neles residentes têm direito a patrocínio judiciário no acesso aos tribunais portugueses, não resulta, nem do direito positivo constante da parcela não julgada inconstitucional, nem da Constituição, a qual não confere os referidos direitos, nos termos dos n.ºs 1 e 3 do art.º 15º da CRP, aos estrangeiros não residentes.

Ao alargar o benefício a não residentes oriundos das ex-províncias ultramarinas portuguesas, o Tribunal Constitucional criou uma norma legal na base de um critério político de decisão, optando por uma solução que se situa no domínio da reserva da lei.

Para além de substituir ao legislador, usurpando o exercício da função legiferante, o Tribunal Constitucional criou uma norma que é materialmente inconstitucional.

Na realidade, o reconhecimento de certos direitos, como o do patrocínio judiciário, atribuídos portugueses a estrangeiros oriundos dos Estados de língua portuguesa, apenas pode ser realizada de acordo com os pressupostos do n.º 3 do art.º 15º, a saber: os estrangeiros devem residir em território português, deve respeitar-se o princípio da reciprocidade e o alargamento de direitos deve constar de lei.

D. Refutação da tese favorável à admissibilidade de um controlo jurisdicional de omissões inconstitucionais absolutas por via da fiscalização concreta difusa

a) **Contributos doutrinais para um hipotético novo passo na tutela jurisdicional difusa dos direitos fundamentais**

36. A revalorização do papel das sentenças com efeitos aditivos deve-se, fundamentalmente, à preocupação de alguma doutrina, tanto pela inexistência de institutos específicos de controlo da inconstitucionalidade por omissão, como sucede com os sistemas

Não estando reunidos os referidos pressupostos à data da prolação da decisão, o Tribunal Constitucional violou os n.ºs 1 e 3.º do art.º 15.º da CRP.

4.º Para além de tudo o resto a decisão criou um "precedente" argumentativo em favor de um alargamento de outros direitos, nomeadamente prestacionais, a cidadão estrangeiros que já tenham sido titulares da nacionalidade portuguesa, o que implica uma afronta o princípio do equilíbrio orçamental e uma desrespeito pelos direitos dos contribuintes.

5.º Tudo visto, a sentença deveria ter sido estimada como juridicamente inexistente pela Administração Pública com fundamento em usurpação de poderes (à qual acresce uma inconstitucionalidade material geradora de invalidade).

Contudo, o facto de constituir a confirmação de um decisão de um tribunal administrativo, a questão do seu cumprimento dificilmente prosperaria em sede jurisdicional comum.

No ordenamento italiano este tipo de decisões surgiu com mais desenvoltura. Foi o caso da Sentença n.º 409 de 1989, na qual o Tribunal Constitucional eliminou a norma que condenava numa pena de dois a quatro anos de prisão um militar que recusasse prestar serviço militar por razões de consciência, por considerar à luz do princípio da igualdade que esse delito era equiparável ao militar que faltasse à chamada sem motivo, o qual era sancionado com pena de seis meses a dois anos de cadeia. O Tribunal Constitucional determinou, na parte reconstruída da sentença, a aplicação desta última pena de conteúdo menos gravoso, ao comportamento ilícito referido em primeiro lugar.

Outra decisão desta natureza encontra-se contida na Sentença n.º 145/95, na qual se eliminou, porque supostamente violadora do princípio da separação das Igrejas e do Estado, uma fórmula de juramento de Direito Processual Civil, onde se invocava a Pessoa Divina, a qual foi substituída por outra fórmula de juramento, invocatória da República e dos seus valores, fixada

de controlo puramente concentrado, como pela ausência de eficácia sancionatória quando essa fiscalização é consagrada⁸⁴. Dificuldades e preocupações prudenciais na repartição de competências entre o Tribunal Constitucional e os tribunais comuns levaram a mesma doutrina a justificar, de um modo geral, a transferência para os segundos da faculdade de profírentem sentenças com efeitos aditivos em sede de controlo por acção, tendo em vista a integração de vazios normativos provocados por omissões absolutas.

37. Pese a circunstância de existirem algumas diferenças argumentativas entre as diversas sensibilidades que entroncam nesta posição, dir-se-á que as mesmas se revêem num conjunto de premissas comuns⁸⁵, a saber:

- i) As omissões constituiriam, ou poderiam constituir uma forma de lacuna;
- ii) O juiz, na ausência de lei, não poderia deixar de julgar, sob pena de denegação de justiça;
- iii) As omissões inconstitucionais, relativas ou absolutas, poderiam e, em muitos casos, deveriam ser integradas pelo juiz, a partir da Constituição.

38. Uma sensibilidade mais ousada chega a justificar a conversão do controlo difuso por acção desenvolvido pelos tribunais comuns, num sistema de controlo e reparação imediata de omissões inconstitucionais de natureza absoluta e relativa⁸⁶. Ela parte do

⁸⁴ Caso do ordenamento português e do brasileiro em relação a actos legislativos.

⁸⁵ Por todos Marcos Gomez Puente "La Inactividad (...)" op. cit. p. 27 e seg. e 86 e seg.

⁸⁶ Cfr. Raquel Brizida Viana "Contributo para o Estudo das Omissões Normativas Inconstitucionais" - Lisboa-2003 (Tese de Mestrado - policopiada) sustentando-se esta tese, nas premissas de Gomez Puente adaptadas à ordem jurídica interna.

entendimento, segundo o qual, havendo a registar a existência de uma lacuna nas chamadas omissões *relativas*, a mesma situação lacunar, por identidade de razão, seria passível de alargamento às próprias omissões *absolutas*, totais e parciais, decorrentes da inação do legislador em concretizar normas constitucionais não exequíveis por si próprias⁸⁷.

Competiria ao juiz, em caso de omissão do legislador, concretizar a Constituição a partir do conteúdo essencial do direito declarado na Constituição e integrar uma lacuna axiológica, tendo mesmo o dever de o fazer sob pena de denegação de Justiça, atento o disposto no n.º 1 do art.º 8.º do Código Civil conjugado com o n.º 1 do art.º 20.º da CRP. Finalmente, o critério da optimização do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, defendido por HESSE, terá sido transplantado por esta tese, émula de uma concepção dita "*fundamentalista*" da democracia, para sustentar o alargamento do sistema de integração directa de lacunas-omissivas, aos próprios *direitos sociais* inseridos em normas constitucionais dado que, pese o seu carácter programático, teriam todavia a mesma hierarquia das que declaram os direitos, liberdades e garantias⁸⁸.

No que aparenta ser um salto lógico, passou a considerar-se que os tribunais comuns poderiam passar a integrar todos os tipos de omissões, como se de lacunas se tratassem.

39. Outra sensibilidade chega a soluções muito próximas, através de uma argumentação diversa⁸⁹.

1.º. Considera este entendimento que uma omissão constitucional é uma incompletude contrária a um plano traçado pela Constituição,

encontrando-se "na origem de uma espécie de lacunas jurídicas com a característica particular de resultarem do incumprimento de um dever constitucional de actuação do legislador"⁹⁰. Isto, sem prejuízo de reconhecer que nem todas as omissões legislativas podem ser supriáveis pela metódica da integração de lacunas.

2.º. O problema do preenchimento de lacunas derivadas de uma decisão de inconstitucionalidade extravasaria o âmbito de competência do Tribunal Constitucional, constituindo um poder funcional do juiz que julga a causa⁹¹.

Neste sentido, frente a uma omissão relativa, o Tribunal Constitucional limitar-se-ia a julgar a inconstitucionalidade por acção de uma "*norma implícita*" decorrente dessa omissão que contraria o plano constitucional. Norma deduzida da recusa de regular uma dada disciplina constitucionalmente obrigatória ou da recusa tácita e indevida de um dado regime legal em estender a outros grupos homólogos, certas onerações e benefícios que atribui a certas categorias de pessoas. Em conclusão o Tribunal Constitucional deveria resumir a sua intervenção à prolação de uma decisão ablativa, já que componente integrativa ou aditiva "*hoc sensu*" caberia aos tribunais comuns. Estes constituiriam os verdadeiros centros de poder jurisdiccional competentes para preencher lacunas axiológicas resultantes de uma omissão relativa.

3.º. Mas solução exposta, pese o facto de ser construída a partir das *omissões relativas* valerá também para as *omissões absolutas*, dado que nestas últimas se registaria, também, a violação por acção da Lei fundamental, através de uma norma implícita.

⁸⁷ Raquel Brízida Viana, ult. loc. cit, p. 189 e seg.

⁸⁸ Raquel Brízida Viana, ult. loc. cit, p. 172-176, 189 e seg e 226.

⁸⁹ Jorge Pereira da Silva "Dever de Legislar (...)" ult. loc. cit, p. 120 a 224.

⁹⁰ Jorge Pereira da Silva, ult. loc. cit, p. 202.

⁹¹ Jorge Pereira da Silva, ult. loc. cit, p. 224 (segundo aqui a posição de Rui Medeiros, "A Decisão (...) " op. cit, p. 491.

Não seria, pois, um contra-senso, verificada uma omissão absoluta, que o juiz tentasse aplicar directamente normas constitucionais não exequíveis por si próprias, nelas incluídas as normas programáticas⁹². Mesmo estas últimas seriam detentoras de um conteúdo essencial, e mínimo, possuindo, por vezes, nem que seja na sua equiparação a princípios constitucionais, densidade bastante para serem, directamente aplicadas pelos tribunais, dado que em muitos casos, a aplicabilidade imediata de uma norma constitucional não dependeria de uma mediação do legislador, podendo a referida norma ser concretizada pelo juiz, sem ofensa à reserva de do poder legislativo. Isto porque o juiz criaria normas para valer no caso concreto, enquanto que o poder legislativo ditaria normas vocacionalmente gerais.

b) Posição adoptada

40. A construção favorável a um *controlo concreto puramente difuso* da inconstitucionalidade por omissão não mereceu acolhimento, até ao momento presente, por parte da jurisprudência constitucional portuguesa e europeia, sendo acolhida com distância e cepticismo pelos sectores clássicos da doutrina⁹³.

Relativamente ao raciocínio que a ampara é possível contra-argumentar, em favor da:

- i) Imprudência da assimilação entre omissões absolutas e lacunas técnicas, bem como da insustentabilidade da equiparação entre omissões absolutas e relativas, daqui resultando a incompetência de qualquer tribunal para integrar, directa ou indirectamente, vazios gerados por *omissões absolutas*, a partir do controlo concreto de constitucionalidade por acção;

ii) Inadmissibilidade, em face da lógica processual de garantia da Lei fundamental de 1976, da construção de um sistema jurisdicional de controlo difuso por acção para reparar *omissões absolutas* inconstitucionais;

iii) Existência de uma *divisão de competências* entre o Tribunal Constitucional e os tribunais comuns, para o efeito de se assegurar a reparação de omissões aparentes geradas pela decisão de inconstitucionalidade e de se integrar ou corrigir lacunas axiológicas geradoras de omissões relativas.

Observemos, com um pouco mais de detenção os três reparos críticos acabados de expor:

i) Imprudência da recondução das omissões absolutas às lacunas tendo em vista a sua "integração" por via jurisdicional

41. As *omissões absolutas* e as *lacunas técnicas*, pese o facto de gerarem vazios de regulação jurídica, ostentam um conjunto de diferenças sensíveis que precludem a sua recondução dogmática ao mesmo instituto classificatório.

Examinemo-los.

1º. As *omissões absolutas* implicam uma contração com um plano constitucional que impõe ao legislador um "*facere*" legislativo.

Diversamente, as *lacunas técnicas* são falhas de regulação que contrariam a lógica, a sistematicidade e, eventualmente, a teleologia do sistema jurídico, sempre que deste seja possível deduzir que uma dada *facte-species* careceria de disciplina normativa.

2º. Em consequência do exposto no número precedente, enquanto a violação omissiva da Constituição pressupõe um juízo implícito

⁹² Jorge Pereira da Silva, ult. loc. cit., p. 224 e seg.

⁹³ Cfr. a posição de Jorge Miranda ult. loc. cit., p. 330 e seg.

de *censura nominal* ao legislador⁹⁴ e não a uma norma que, afinal, inexistente, já a falta de regulação não implica, de “per se” qualquer censura, mas a adopção de medidas integrativas que lhe ponham termo. A omissão absoluta, como “*lacuna de poder*”, pressupõe nos termos do artº 283º da CRP, um *mero juízo de desvalor sem sanção à conduta negativa do legislador* que se absteve indevidamente de exercer uma competência positiva de carácter devido⁹⁵; diversamente, uma *simples lacuna técnica constitui um problema de regulação*, não estando em causa qualquer juízo de desvalor ou censura ao legislador, mas apenas a integração de um vazio jurídico através de uma norma revelada ou contruída “*ad casum*” pelo intérprete⁹⁶.

Declarada uma omissão absoluta, a chamada de atenção do legislador pelo Tribunal Constitucional, nos termos do artº 283º da CRP significa que na falta de uma lei e em razão dessa falta, o juízo recai sobre o órgão que se encontrava vinculado a emití-la.

Ora, semelhante regime retira sustentação ao entendimento de certa doutrina⁹⁷ que pretende decantar nas próprias omissões

⁹⁴ Esta ideia de censura não significa que parilhemos a tese clássica de Mortati (Mortati “Apuntes (...)” op. cit, p. 928 e seg), quando este diferenciou omissão e lacuna na base do critério do carácter doloso da conduta omissiva do legislador, como contraponto à lacuna técnica, onde essa intencionalidade “dolosa” não existia.

Na verdade, a ideia imprópria de “dolo”, como intenção de não legislar em contradição com um plano constitucional ou um plano do sistema jurídico, tanto pode ocorrer nas omissões absolutas como nas lacunas.

Do mesmo modo, o carácter fortuito da génese do vazio jurídico também pode suceder nas duas situações.

Finalmente a “censura” ao legislador omissivo opera, nos termos do artº 283º da CRP, independentemente da sua intenção em provocar a omissão, podendo também ocorrer nos casos em que este se absteve de normar por falta de dever de cuidado.

⁹⁵ Ou num contexto omissivo situado fora da apreciação da constitucionalidade, mediante, uma injunção ao centro normativo competente, a qual contenha um comando de “facere”, como sucede com contencioso regulamentar.

⁹⁶ Ignacio Villaverde Menéndez, ult. loc. cit. P. 73

⁹⁷ Jorge Pereira da Silva, ult. loc. cit, p. 225.

absolutas, a existência de uma norma implícita, susceptível de apreciação no controlo por acção.

Nas omissões absolutas pontifica um “status” de abstenção em fazer algo devido e para o qual se é competente, pelo que semelhante inacção total ou parcial, resulta ser logicamente inapta para criar qualquer tipo de norma, explícita ou implícita. Na verdade, o legislador não exprimiu qualquer acto de vontade passível de se traduzir num critério de decisão material passível de ser censurado⁹⁸, já que tipo de omissões, o legislador não concede, nem nega, um benefício através de um programa normativo: limita-se a não agir dentro de um prazo razoável quedando-se em suspenso se o fará ou não, e em que termos.

3º. Enquanto que todas as omissões absolutas têm, necessariamente origem num silêncio do legislador, nem todas as lacunas técnicas radicam num silêncio do decisor normativo, dado que algumas resultam das próprias decisões ablativas de inconstitucionalidade proferidas pela Justiça Constitucional.

4º. Finalmente, enquanto, o juízo sobre a ocorrência de uma omissão absoluta se encontra *dependente da operatividade de um parâmetro temporal de conteúdo indeterminado* (ou seja, da emissão de uma norma em “tempo razoável”), o juízo que atesta a existência de uma lacuna técnica não depende de qualquer exigência de temporalidade, sendo imediatamente aferível para que o vazio seja, também, reparável no imediato, através de uma operação integrativa.

⁹⁸ Em face do contencioso constitucional vigente, seria impossível cumprir com o nº 1 do 75-A da LTC e indicar a norma violadora, a partir de qualquer tipo de preceituado de direito positivo, ou precisar, inequivocamente, uma norma “ideal” de conteúdo inconstitucional, já que seria inaceitável lavar na ficção que inere à invenção de uma decisão de recusa em legislar, a qual é virtualmente insusceptível de provar a partir de um silêncio total do legislador.

Tão pouco as *omissões absolutas* podem ser assimiláveis, quanto à sua natureza e regime jurídico, às *omissões relativas*, essas sim, frequentemente sobreponíveis com as *lacunas técnicas*.

1º. Enquanto que na omissão absoluta se regista, por regra, um *silêncio total* ou *parcial quantitativo* do legislador que se confronta com uma imposição ou mandato constitucional de "*facere*", na omissão relativa existe sempre uma actuação positiva do mesmo legislador, expressa numa lei incompleta, sendo a Constituição violada pela circunstância da referida incompletude criar discriminações infundadas entre pessoas, ofendendo comissivamente o princípio da igualdade.

Por consequência, a omissão absoluta não pode ser reparada mediante um juízo de inconstitucionalidade por acção, já que:

- i) Registrar-se-ia um fenómeno de *desvio de poder*, caso se utilizasse um processo de controlo de validade de condutas comissivas, que é o da fiscalização concreta por acção, para reprimir e reparar condutas intrinsecamente omissivas, as quais constituem o objecto principal do processo de controlo das constitucionalidade por omissão previsto no artº 283º que não prevê nem sanção, nem qualquer meio substitutivo de reparação da inconstitucionalidade;
- ii) As omissões absolutas distinguem-se, como vimos, das lacunas e, como tal, não são susceptíveis de integração por via jurisdicional;
- iii) Nas omissões absolutas não se torna possível deduzir, diferentemente do que sucede nas omissões relativas, uma norma "implícita" que contrarie a Constituição e que permita justificar a sua invalidação através do controlo por acção, constituindo uma pura ficção jurídica a fabricação desse tipo de norma, sem sujeito nem objecto, apenas para justificar a convocação forçada do controlo concreto como instituto substitutivo do legislador pelos tribunais;

iv) As omissões absolutas, não podem ser reparadas através de uma norma isolada e fabricada "ad casum" pelos tribunais, já que respeitam a imposições de "facere" que reclamam uma escolha entre opções políticas ou programáticas alternativas que integram a reserva de lei e a reserva de poder dos órgãos criadores da mesmas lei, sendo estranhas à actividade dos aplicadores do Direito mesmo quando estes integram lacunas, já que essa integração supõe o recurso a um "espírito da lei" ou à aplicação analógica de uma lei existente que no caso em apreço, pura e simplesmente não existem.

Mesmo quanto às omissões relativas, estas só num plano figurativo ou referencial são genuínas omissões.

Na verdade, estamos diante de *lacunas axiológicas*, onde o conteúdo incompleto de um regime legal positivo afronta a Constituição pelo facto de o silêncio parcial de algumas das suas normas gerar uma depreciação indevida de garantias ou uma situação intoleravelmente discriminatória, à luz do princípio da igualdade.

Uma norma que silencia a inclusão de algo que, nos termos da Constituição, deveria incluir contém uma regra ideal de exclusão implícita, perfeitamente equiparável em sentido e em efeitos às normas que, em ofensa do artº 13º da CRP, excluem expressamente certas categorias de pessoa.

*Ora uma norma explícita que proceda a essa mesma exclusão perpétua, ao cabo e ao resto, uma inconstitucionalidade por acção, já que segrega um critério positivo de discriminação infundada, devendo por conseguinte rejeitar-se o entendimento da doutrina que ora se critica*⁹⁹ quando

⁹⁹ Jorge Pereira da Silva, ult. loc. cit. p. 210, considera, que uma exclusão expressa é uma pura discriminação positiva com carácter explícito, realidade que torna subsidiária, a problemática da não assumpção de comportamento positivo devido, devendo qualificar-se como uma omissão imprópria.

qualifica a antijuridicidade dessa operação discriminatória expressa como uma "omissão imprópria".

Uma exclusão inconstitucional implícita com carácter discriminatório, mesmo que involuntária equivale, na sua antijuridicidade objectiva, a uma exclusão inconstitucional explícita das mesmas pessoas. Trata-se de dois modos comissivos de atingir o mesmo propósito discriminatório, o primeiro através de uma norma implícita que determina o efeito inconstitucional e o segundo através de uma norma que o determina expressamente, pelo que a repressão de semelhante violação constitucional deve necessariamente processar-se através do mesmo processo de controlo, que é a fiscalização sucessiva concreta por acção, e ser objecto do mesmo tipo de sanção.

Daí que, no caso das "omissões relativas", o objecto do processo de fiscalização acaba por ser uma norma ideal com carácter implícito e ilegitimamente discriminatório e não, a título imediato, o silêncio ilegítimo da lei (e do legislador), pelo que se encontra justificado, o recurso a um controlo de inconstitucionalidade por acção destinado a invalidar essa norma.

Sem embargo, os tipos de sentença que, simultaneamente, fulminam e reparam as duas modalidades de normas discriminatórias acabadas de mencionar podem, ainda assim, ser distintos:— as normas de exclusão implícita (ou de não inclusão) são reprimidas e reparadas, em regra, através de *sentenças aditivas simples*, sem ablação de texto enquanto que as normas de exclusão explícita são sancionadas e reparadas, usualmente, através de *sentenças demolitórias*, com efeitos *aditivos*, com ablação de texto.

2º. Enquanto que nas omissões absolutas, o silêncio do legislador constitui o objecto da fiscalização, nas omissões relativas o objecto efectivo do controlo recai, por regra, numa norma ideal que subtrai por via de uma

não inclusão indevida, um grupo de pessoas da sua esfera de destinatários¹⁰⁰.

3º. Enquanto que as omissões absolutas respeitam, necessariamente, à ausência de concretização de normas constitucionais não exequíveis por si próprias, as omissões relativas *podem nada ter a ver com essa concretização*, dado que decorrem do modo constitucionalmente inadequado como se regula o exercício de certos direitos, os quais se devem sediar em normas exequíveis por si próprias ou ser regidos à luz de princípios auto-aplicativos, como é o caso do princípio da igualdade.

4º. Enquanto as omissões absolutas podem, respeitar, ou não, à tutela de direitos fundamentais¹⁰¹, as omissões relativas concernem directa e necessariamente à tutela de direitos e garantias fundamentais.

5º. Enquanto as omissões absolutas são vazios regulatórios que, salvo raríssimas excepções, *apenas podem ser preenchidas pelo legislador atenta a variabilidade de opções subjacentes às políticas públicas que inerem à adopção do regime em falta*, as omissões relativas são simultaneamente lacunas (embora com carácter axiológico) e, como tal, podem ser integradas pelos tribunais.

Em conclusão, encontra-se prejudicada a primeira premissa de onde parte a construção que pretende que os tribunais integrem omissões absolutas, como se de lacunas se tratasse. Isto, porque *as omissões absolutas não são lacunas, nem sequer se mostram susceptíveis de equiparação às omissões relativas*, as quais, como lacunas axiológicas, podem ser integradas pelos tribunais e, dentro de certos limites, pelo próprio Tribunal Constitucional.

¹⁰⁰ Cfr. Ignacio Villaverde Menéndez, ult. loc. cit, p. 50 e seg.

¹⁰¹ Vide o exemplo de não emissão de legislação no caso da matéria prevista no n.º 2 do art.º 267º da CRP

ii) Imprudência da criação de um novo sistema jurisdicional difuso de fiscalização concreta e de reparação imediata da inconstitucionalidade por omissão

42. A questão em epígrafe procura abordar directamente o fundamento que justificou a criação da tese favorável a um controlo difuso da constitucionalidade por omissão. A sensibilidade doutrinária que defende a mesma tese considera que, sempre que ocorra uma omissão inconstitucional (relativa ou absoluta) que ofenda direitos, liberdades e garantias registar-se-ia como que uma repartição de poderes entre jurisdições.

Assim, o Tribunal Constitucional seria competente para profêrir um juízo de inconstitucionalidade e os tribunais comuns teriam a competência para integrar o vazio normativo aplicando directamente a norma constitucional consagradora dos mesmos direitos. Isto, mesmo que a norma constitucional integrativa da omissão fosse preceptiva e não exequível por si própria, ou até portadora de um conteúdo programático.

Trata-se, salvo melhor opinião, uma versão recomposta do modelo da "Constituição Dirigente" que procura investir os tribunais numa tutela activa e reforçada dos direitos fundamentais, mormente nos declarados em normas não exequíveis por si próprias.

Ficariam os mesmos tribunais titulares de uma espécie de *poder normativo de suplência* em relação a um legislador omissivo, retardatário ou incompleto.

43. Julgamos que a tentativa de conceber o modelo de controlo exposto a partir do ordenamento positivo em vigor carece de sustentação por três ordens de razões.

1º. Começa por não ser defensável o entendimento segundo o qual, sempre que a Constituição remeta a configuração de um direito, liberdade ou garantia para lei, se regista uma "lacuna constitucional de

regulação" e, como tal, uma reserva constitucional dessa disciplina complementar. Se o Poder Constituinte não é juridicamente limitado, como aliás é defendido por sectores que sufragam essa posição¹⁰², então ele será livre para desconstitucionalizar disciplinas de configuração ou de regulação do exercício de direitos fundamentais e de as remeter para lei ordinária.

Não há, pois, reserva necessária de Constituição na configuração e regulação do exercício de direitos, liberdades e garantias *declarados em normas que não sejam auto-exequíveis*, mas sim uma reserva de lei ordinária conformadora que, aliás, é reconhecida pela maioria da doutrina e pela jurisprudência. E percebe-se porquê. A regulação do estatuto dos cidadãos sofre necessárias mutações impostas pela vida política e social fazendo todo o sentido que seja a lei ordinária a proceder a essas adaptações.

Tirando a estabilidade necessária do valor jurídico protegido, a flexibilidade é uma característica fundamental do sistema de direitos, por antinomia a um protótipo de direito rígido na disciplina da sua configuração e do seu exercício. Só existe reserva total ou reserva quase total de Constituição *quando, respectivamente, os direitos, liberdades e garantias na globalidade do seu regime, ou nalgumas das suas dimensões de protecção e modos essenciais do seu exercício, se sediam em normas exequíveis por si próprias, normas essas que prevalecem sobre lei ordinária contrária.*

2º. A doutrina dominante¹⁰³ é clara ao sublinhar a indispensabilidade da mediação do legislador como "*conditio*" para a concretização dos direitos, sempre que a Constituição a reclame, tendo GOMES CANOTILHO afirmado, por exemplo, que no caso de normas não

¹⁰² Raquel Brizida Viana, ult. loc. cit. p. 57 e 85).

¹⁰³ Gomes Canotilho "Direito Constitucional (...)" op. cit. p. 438; Marcelo Rebelo de Sousa e José de Melo Alexandrino "Constituição da República Portuguesa". Comentada-Lisboa-2000p. 97.

executíveis por si próprias a “*aplicação directa não implica a transformação de direitos, liberdades e garantias em direitos subjectivos, concretos e definitivos*”. Numa mesma linha de entendimento, também se pode ter por admissível que se proceda a essa aplicação directa, independentemente da executibilidade imediata das normas constitucionais, no caso de decorrer das mesmas um qualquer dever de abstenção do Estado. Só que, a aplicabilidade directa não é executibilidade imediata, pelo que, no caso das normas que não são auto-executíveis, o sentido dessa aplicabilidade é sempre distinto do que inere às normas executíveis por si próprias.

Esse sentido traduz-se na faculdade de o juiz comum, em caso de omissão, poder declarar a existência, conteúdo e limites do direito, abrindo caminho para a sua responsabilização patrimonial nos termos da legislação que vigorar sobre a matéria. Tal, não é, todavia, a mesma coisa do que permitir que o mesmo juiz se substitua ao legislador na conformação positiva dos direitos fundamentais e da sua concretização subjectiva. E se tal vale para o direitos, liberdades e garantias, por maioria de razão valerá para os direitos económicos, sociais e culturais cujas normas consagradas nem sequer gozam de aplicação directa.

3º. Não é possível criar, por outro lado, um sistema de fiscalização concreta e difusa da constitucionalidade de omissões “*hoc sensu*”, sem que exista um mínimo de apoio no sistema de garantia da Constituição da República. Do dever que impende sobre o juiz comum no sentido de desaplicar normas inconstitucionais violadoras de direitos, liberdades e garantias (artº 204º da CRP) não é possível, através de um salto lógico, extrair um “*direito-dever*” positivo do mesmo juiz em substituir-se ao legislador na criação de normas inovatórias.

Podemos concluir, em síntese, que:

- i) As *omissões absolutas*, pelo facto de não se reconduzirem às lacunas técnicas, não podem ser integradas por via jurisdicional, nem sequer sujeitas a um controlo de constitucionalidade por acção, mesmo que esteja em causa a ofensa a direitos fundamentais;
- ii) Já as chamadas *omissões relativas* emergem das insuficiências de uma legislação incompleta e pressupõem a existência de um comando positivado portador de silêncios passíveis de conter normas discriminatórias de carácter implícito violadoras de princípios reitores do sistema de direitos fundamentais, como é o caso do princípio da igualdade;
- iii) Neste último caso, a norma de carácter implícito gerada pelo silêncio parcial do legislador é passível de censura em sede de fiscalização concreta por acção, bem como de eventual reparação, através da correção ou integração por via jurisdicional, da lacuna de carácter axiológico que motivou o cenário de inconstitucionalidade;
- iv) Não procedendo a construção de um sistema virtual de fiscalização difusa alargado da inconstitucionalidade por omissão, já que seria inadmissível que os tribunais comuns substituíssem o poder de inovação do legislador, restará, mais modestamente, em sede de fiscalização concreta, a adopção de um trâmite de controlo e reparação de “omissões relativas” que não são, no plano dogmático, genuínas omissões;
- v) De qualquer forma, esse processo de controlo e reparação não se reconduz a um sistema puramente difuso já que, tal como se verá de seguida, o Tribunal Constitucional assume nessa tarefa um maior protagonismo do que o defendido pela doutrina que ora se critica.

Examinemos, pois, o processo de repartição de competências entre o Tribunal Constitucional e os tribunais comuns na reparação de lacunas aparentes, resultantes de uma decisão de inconstitucionalidade ou de lacunas axiológicas geradoras de inconstitucionalidade.

iii) Repartição da competência jurisdicional para o preenchimento de lacunas aparentes geradas por decisões de inconstitucionalidade e de lacunas axiológicas derivadas de omissões relativas inconstitucionais

44. Consideramos que o Tribunal Constitucional, desde que reunidos certos pressupostos, é competente para assegurar directamente a integração de lacunas aparentes de criação jurisdicional e de lacunas axiológicas geradas por omissões relativas.

As lacunas aparentes de criação jurisdicional têm lugar a partir do momento em que o Tribunal Constitucional se confronta com um virtual vazio de regulação derivado de uma decisão de inconstitucionalidade por ele proferida.

Embora a repristinação do direito revogado pela norma inconstitucional constitua, por aplicação paralelística do n.º 1 do art.º 281.º da CRP, o remédio mais adequado para o preenchimento da lacuna verifica-se que essa repristinação pode vir a não ter lugar. Semelhante *preclusão do efeito repristinatório* pode ocorrer, seja porque inexistente direito revogado para poder reviver, seja ainda porque o Tribunal Constitucional pode determinar a sua não repristinação nos termos do n.º 4 do art.º 282.º, por razões de segurança jurídica, de equidade, de interesse público ou de inconstitucionalidade do direito potencialmente revivescente.

A registar-se uma lacuna aparente, o Tribunal Constitucional pode, legitimamente, preenchê-la em sede de controlo concreto mediante duas modalidades de sentenças com efeitos aditivos.

Dir-se-ia que não caberia ao Tribunal Constitucional essa tarefa, sobretudo quando subsistem dúvidas sobre se essas normas permitem verdadeiramente fundamentar uma única solução constitucionalmente devida.

Só que este argumento não parece proceder, por três ordens de razões.

A primeira consiste no facto de que, se qualquer operador jurídico-público pode chamar à colação essas normas constitucionais, por maioria de razão deve ser reconhecida essa faculdade ao Tribunal Constitucional, como "tribunal das leis" e máxima instância em matéria de constitucionalidade, *sobretudo quando se encontra em causa a aplicação directa de normas da Lei Fundamental.*

A segunda estriba-se no facto de que, *se existe um órgão competente para estinar a existência ou não de uma única solução constitucionalmente obrigatória*, esse órgão é o Tribunal Constitucional. Não se está perante a escolha de diversas soluções alternativas previstas no direito ordinário que se mostram susceptíveis de preencher uma lacuna, mas sim de uma *única solução* determinada na Constituição e imposta por ela, sob pena de inconstitucionalidade de uma solução diversa.

Em terceiro lugar, se o n.º 3 do art.º 80.º da LTC prevê a vinculatividade de uma sentença negativa de inconstitucionalidade que contenha uma solução interpretativa conforme com a Constituição, no caso de o Tribunal Constitucional a julgar como a única constitucionalmente admissível, por identidade de razão, esse órgão poderá impor através de uma decisão positiva de inconstitucionalidade, uma única solução interpretativa e aplicativa de direito, *quando a Constituição não consinta que possa existir uma outra.* Deve, ainda assim, o Tribunal Constitucional motivar a correspondente decisão que imponha uma única solução normativa, constitucionalmente obrigatória.

Uma solução idêntica ou próxima à que se acaba de expor vale para a integração, pelo Tribunal Constitucional, de lacunas axiológicas inerentes às chamadas omissões relativas inconstitucionais.

Assim, considera-se que o Tribunal Constitucional é competente para proferir sentenças aditivas “*a rime obligate*”, com ou sem redução de texto. É certo que a aplicação directa de uma norma constitucional para o preenchimento de uma lacuna pode sempre comportar variantes regulatórias mínimas, devendo o Tribunal Constitucional, para que possa impor uma solução única, demonstrar que essas variações aplicativas são pouco verosímeis, ou claramente onerosas em termos de compressão de outros princípios constitucionais. Contudo, no caso de o Tribunal Constitucional proferir uma sentença aditiva que contenha uma solução pretensamente estribada num critério constitucionalmente obrigatório e se vir a verificar a existência de outras soluções normativas verosímeis e igualmente amparadas na Constituição, considera-se que o Tribunal Constitucional perpetrará uma incursão indevida numa esfera de competência dos tribunais comuns. Na situação descrita, a força de caso julgado não se estende às componentes da sentença que dispõem sobre a escolha de direito aplicável no quadro de uma pluralidade de soluções alternativas não violadoras da Constituição. Por conseguinte, o segmento aditivo não produzirá, neste caso, qualquer efeito jurídico, podendo ser ignorado pelo tribunal “*a quo*” a quem compete, nesse caso, integrar a lacuna axiológica, nos termos gerais

E. Argumentário favorável e crítico às sentenças com efeitos aditivos

45. As considerações que figuram na presente rubrica envolvem a questão da admissibilidade das decisões aditivas, seja em termos globais, à luz da dogmática constitucional, seja na especialidade, relativamente às decisões de inconstitucionalidade proferidas com força obrigatória geral.

Tal significa que a discussão compreenderá argumentos doutrinários respeitantes:

- i) A todos os tipos de decisões de inconstitucionalidade proferidas pela Justiça Constitucional nos ordenamentos que adoptam um sistema de fiscalização de matriz concentrado, já que as mesmas são sempre proferidas com força obrigatória geral nos processos de controlo concreto, abstracto e, normalmente, no recurso directo de constitucionalidade;
- ii) Às decisões proferidas na ordem jurídica portuguesa, no âmbito do processo de fiscalização abstracta sucessiva, já uma vez que se trata do único processo de controlo cujas decisões produzem efeitos “*erga omnes*”.

a) Posições favoráveis.

46. Diversas correntes doutrinárias consideram que algumas sentenças interpretativas com efeitos aditivos, entre elas as “demolitorias”, as aditivas “*stricto sensu*” e as aditivas integrativas de lacunas criadas pela decisão de nulidade, se justificam na base de diversos ordens de razões, das quais destacaremos quatro.

1º *Necessidade de concretizar a Constituição tendo em vista a reparação imediata de omissões e de lacunas cuja subsistência se revele ofensiva para a esfera dos direitos e garantias fundamentais*

As sentenças com efeitos aditivos derivariam do princípio da supremacia constitucional, da potencialidade expansiva das normas constitucionais e da competência autorizada dos tribunais constitucionais para interpretar a Constituição, para a complementarem¹⁰⁴

¹⁰⁴ Modugno “Corte Costituzionale e Potere Legislativo” in “Corte Costituzionale e Sviluppo della Forma di Governo in Italia” Bologna-1982-p. 48.

e para a fazerem aplicar¹⁰⁵, devendo, mesmo, serem elencadas de entre as fontes de Direito¹⁰⁶.

Colheriam, neste sentido, a sua justificação na qualidade de melhor antídoto contra discriminações infundadas, frente às quais a extensão do regime mais favorável se firmaria como o tipo de decisão de eficácia mais *“imediata para a sensibilidade colectiva e a mais próxima dos valores fundamentais”*¹⁰⁷. Dá que semelhante tipo de imperativos materiais se sobreponham a considerações orgânico-funcionais, respeitantes à substituição do legislador pelo Tribunal Constitucional

Não sendo o papel de *legislador negativo* do Tribunal Constitucional suficiente para, por exemplo, fiscalizar inactividades legislativas relativas, justificar-se-ia que o mesmo Tribunal reparasse, de imediato, inconstitucionalidades geradas por certas omissões e lacunas, através da concretização de princípios constitucionais ou do recurso à analogia¹⁰⁸.

As decisões aditivas introduziriam no ordenamento alguma novidade, sem prejuízo do facto de essa criatividade não advir *“ex nihilo”*, revelando, sim, um tipo de criatividade instrumental, porque

¹⁰⁵ Pizzorusso “Sui Limiti della Potesta Normativa della Corte Costituzionale” - Rev Trim. Dir. Proc. Pen. - 1982-p. 308 e seg.

¹⁰⁶ Pizzorusso “Ancora Sulle Sentenze di Accoglimento della Corte Costituzionale e sulla Metodologia dello studio delle Fonti del Diritto” - “Politica del Diritto” - 1987-p. 139 e seg.

¹⁰⁷ Jorge Miranda “Manual (...)” - VI-op. cit. p. 88 e seg. Para o autor, o Tribunal Constitucional não se comportaria como um legislador, pois não agiria por iniciativa própria ou segundo critérios políticos, mas sim em processo instaurado por outrem e vinculado aos critérios interpretativos inerentes à hermenéutica constitucional.

¹⁰⁸ Mortati “Appunti per un Studio sui Remedi Giurisdizionali Contro Comportamento Omissivi del Legislatore” in “Scritti-III-Milano-1972-p. 945 e seg.; vide também, embora mais estritamente, LAVAGNA “Istituzioni di Diritto Pubblico”-1988-p. 996), o qual admite a declaração de inconstitucionalidade de um *“silêncio”* e a junção de um enunciado aditivo, quando tal for consentido pela estrutura lexical do texto da norma.

condicionada à necessária adequação do direito normativo à Constituição, encontrando-se a mesma vinculada a atingir o fim dessa mesma *“adequação”*¹⁰⁹. O Tribunal inovaria, mas operaria in *“culpa felix”*, como factor de qualificação e modernização do ordenamento constitucional. E funcionaria como forma de co-responsabilização institucional envolvendo o próprio Tribunal Constitucional, os demais tribunais e o legislador, no que toca ao preenchimento de vazios jurídicos geradores de antijuridicidade ou de injustiça constitucionalmente censurável¹¹⁰.

2. Conservação relativa dos actos

Estas decisões fundamentariam a sua existência à luz do princípio do aproveitamento dos actos e do respeito pela conservação da lei. As sentenças com efeitos aditivos procurariam conservar o preceito num quadro de constitucionalidade que é assegurado através de um enunciado reconstrutivo, com fins reparadores¹¹¹.

3. Preenchimento de vazios e lacunas técnicas e axiológicas mediante soluções integrativas lógicas ou critérios obrigatoriamente determinados pela Constituição

As decisões com efeitos aditivos justificar-se-iam, igualmente, sempre que a solução adequada ao preenchimento de uma omissão ou lacuna não seja fruto de uma valoração discricionária, mas uma consequência necessária de um juízo de inconstitucionalidade, por força do qual o Tribunal Constitucional deva proceder a uma *“extensão necessária por razões lógicas”*¹¹². Intentariam, pois, mediante extensões

¹⁰⁹ Elia “Il Potere (...)” op. cit. p. 220 e seg e 224 e seg.

¹¹⁰ Ruggieri-Spadaro, ult. loc. cit. p. 206 e seg.

¹¹¹ Francisco Diaz Revorio, op. cit. p. 306; e até certa medida, Manuel Aragón Reyes “El Sistema Español de Justicia Constitucional” - Aragón e J. Solazábal “Materiales de Jurisprudencia Constitucional” - Madrid-1984-p. 614.

¹¹² Em geral sobre as decisões aditivas *“a rime obligate”*, Crisafulli “Lezioni”, op. cit. p. 402 e seg; e jurisprudência constitucional italiana (cfr., em especial, sentenças 1/

constitucionalmente obrigatórias ou devidas, preencher omissões relativas inconstitucionais e colmatar "*lacunas técnicas*", não usurpando, nessa tarefa eminentemente jurisdicional, a função do legislador¹¹³. *Tal valeria, especialmente, para a reparação imediata das lacunas criadas pelo próprio Tribunal Constitucional, que actuaria neste caso em "estado de necessidade", evitando que lacunas derivadas da componente ablativa das sentenças pudessem libertar efeitos mais onerosos para as pessoas, do que as próprias leis declaradas inconstitucionais*¹¹⁴.

4º. *Consolidação pela prática jurisprudencial*

As sentenças com efeitos aditivos constituiriam já um "aquis" da Justiça Constitucional, ou seja, o resultado de uma longa prática interpretativa e reparadora, não sendo já mais pertinente ou realista discutir se devem ou não ser admitidas, mas sim quais os respectivos limites de utilização¹¹⁵.

Outras correntes mais audaciosas, presas ao receituário controverso da Teoria Crítica do Direito defendem a normalização dos efeitos aditivos das decisões de inconstitucionalidade e até a sua difusão por todo o sistema judiciário, valorando a legitimidade das pré-compreensões políticas, culturais e sociais do intérprete. Uma tese doutoral brasileira¹¹⁶ saúda o papel da Justiça Constitucional como "legislador positivo", considerando que ele decorre de uma actividade interpretativa, que seria sempre produtiva de Direito. Um texto

1987, 96/1987 e 80/1987) citada por Giustino D'orazio "Le Sentenze (...) op. Cit. P. 63 e seg.

¹¹³ Picardi, ult. loc. cit, p. 626 e seg.

¹¹⁴ Francisco Diaz Revorio, op. cit. p. 306; e embora com muitas reservas quanto à oportunidade ou legitimidade de uma reparação imediata da lacuna, Jimenez Campo "La Sentencia (...) op. cit, p. 55 (vide nt., deste volume).

¹¹⁵ Jorge Pereira da Silva, ult. loc. cit, p. 126.

¹¹⁶ Lenio Streck "Jurisdição Constitucional e Hermenêutica" Porto alegre-2002- p. 443 e seg.

normativo só seria claro quando sobre ele houvesse consenso, bastando uma discrepância para a clareza desaparecer. A intervenção interpretativa dos órgãos de Justiça Constitucional estaria vocacionada, não apenas para a reprodução do sentido mas para a produção do próprio sentido, justificando-se, que na sequência de uma declaração de inconstitucionalidade, que um Tribunal Constitucional preencha o quadro lacunar dela resultante com uma espécie de legislação transitória editada por via hermenêutica.

b) *Objecções às sentenças aditivas*

47. Um sector importante da doutrina esgrimiu, também, impressionantes argumentos contra certas sentenças com efeitos aditivos, como é o caso das decisões aditivas em sentido estrito, as decisões de integração de lacunas geradas pela própria declaração de nulidade e as decisões substitutivas. Vejamos os seus argumentos principais.

1º. *Usurpação de poder*

O recurso às sentenças com efeitos aditivos constituiria um expediente conferido ao Tribunal Constitucional para, sob o pretexto de uma operação interpretativa, invadir a função legislativa, substituindo-se ao legislador ou mesmo suplantando-o, dada a especial força vinculante inerente às suas decisões. Ora, à luz do princípio da separação de poderes, facultar aos tribunais constitucionais a possibilidade de produzirem normas não decididas pelo legislador e não derivadas expressa e inequivocamente de uma regra constitucional seria investi-los em funções legislativas, as quais lhe são vedadas pela Constituição.

¹¹⁷ Zagrebelski ult. loc. cit, p. 301; G. Silvestri "Le Sentenze Normative", cit, p. 765 e seg; Piebemat Domenech "Los Efectos de la Declaración de Inconstitucionalidad" - in "Revista Jurídica de Cataluña" 4-1987-p. 82.

Como tal, as referidas decisões normativas incorreriam em vício de usurpação de poder¹¹⁷. Ao Tribunal Constitucional só competiria averiguar se uma lei enferma ou não de inconstitucionalidade, estando-lhe vedado, à luz do princípio da separação de poderes, substituir-se ao legislador para impor as soluções conformes com a Constituição¹¹⁸ ou para sanar os vícios geradores da inconstitucionalidade, convertendo algo negativo em positivo.

2º. *Incompetência para integrar vazios normativos e lacunas e emprestar a essa integração força obrigatória geral*

Cometer aos tribunais constitucionais a faculdade de preencherem vazios e lacunas (criadas pela norma inconstitucional ou derivadas da própria declaração de nulidade) e emprestar às normas criadas jurisprudencialmente para o efeito força de caso julgado e força obrigatória geral seria invadir uma faculdade reconhecida, por regra, a todos os operadores jurídicos, em particular aos tribunais comuns.¹¹⁹

Acrescentar-se-ia na linha deste raciocínio que “Nenhum princípio constitucional é invocável para argumentar em favor de uma posição aristocrática do Tribunal Constitucional que intente indicar unilateralmente e com eficácia erga omnes as normas destinadas a colmatar lacunas derivadas da inconstitucionalidade da lei”¹²⁰. E conferir força obrigatória à parte aditiva da sentença seria investir a regra criada pelo Tribunal Constitucional numa potência superior à da própria lei, realidade contrária aos limites constitucionais das competências do Tribunal, pelo que o segmento aditivo não poderia, senão, estar privado dessa mesma força¹²¹.

¹¹⁷ Vital Moreira “Princípio da Maioria e princípio da Constitucionalidade; Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional” - Coimbra-1995-p. 195 e segs. Rui Medeiros “A Decisão (...)” op. cit. p. 494 e seg.

¹¹⁹ Zagrebelski, idem.

¹²⁰ Zagrebelski, ibidem, p. 301-302.

¹²¹ Picardi ult. loc. cit. p. 627 e seg.

3º. *Subversão de um princípio de preferência pelo legislador e exercício derivado da fiscalização da inconstitucionalidade por omissão através de um processo de fiscalização de inconstitucionalidade por acção*

Existiria, segundo sectores da doutrina¹²², um princípio de preferência constitucional pelo legislador como órgão concretizador da Constituição, o qual não admitira delegações de competências em favor de outros órgãos, sendo o artº 283º da CRP (fiscalização da constitucionalidade por omissão) disto um exemplo¹²³. Ocorreria, neste cenário um claro desvio do fim que preside ao controlo de constitucionalidade por acção¹²⁴.

Em segundo lugar, conferir-se-ia por via de um processo inadequado, o do controlo da validade por acção, *efeitos mais intensos à reparação das omissões* do que no próprio processo de controlo da inconstitucionalidade por omissão, o que seria ilógico em face à principologia e teleologia dos institutos garantísticos da Constituição.

4º. *Custos financeiros das decisões aditivas de prestação e violação do princípio do equilíbrio orçamental*

Finalmente, o alargamento automático de certos benefícios materiais ou financeiros por parte de *sentenças aditivas de prestação* ou outras com efeitos idênticos, poderia colidir com outras disposições constitucionais, como as das leis-travão que asseguram a estabilidade orçamental¹²⁵.

¹²² Cfr. Gomes Canotilho “Direito Constitucional (...)” op. cit. p. 1033 e seg.
¹²³ Rui Medeiros, ult. loc. cit. p. 497.

¹²⁴ Ramon Punset Blanco “Canon, Caracter Vinculante, Contenido y Efectos de los Pronunciamientos sobre la Constitucionalidad de las Leyes” - in AAVV “La Sentencia Sobre la Constitucionalidad de las Leyes”, op. cit. p.195, vide também o voto de vencida da Conselheira Maria dos Prazeres Beleza junto ao Ac. nº 254/2002 (cit.).

¹²⁵ Caianello “Corre Costituzionale e Finanza Pubblica” - “Giurispr. Italiana” - 1984-IV-p. 273.

Se, por exemplo, uma decisão do Tribunal Constitucional alargar certos subsídios pecuniariamente relevantes a estrangeiros residentes, que não se encontram incluídos numa previsão legal, a qual os conferia apenas a nacionais, dela resultaria um aumento anómalo da despesa, podendo estar em causa uma ofensa às regras constitucionais que vedam iniciativas ou decisões não governamentais, susceptíveis de desequilibrarem negativamente o Orçamento de Estado.

F. Posição adoptada: admissibilidade limitada de sentenças com efeitos aditivos

a) A questão prévia dos riscos das decisões aditivas no contexto da politização ou partidarização da Justiça Constitucional.

48. Os riscos de um consequencialismo aditivo da Justiça Constitucional tornam-se visíveis sobretudo se se tiverem em conta as teses da *Teoria Crítica do Direito*, muito em voga nos anos 60 e 70 na Europa e nos Estados Unidos e ainda hoje com expressivos seguidores no sul do Brasil. Conceder ao juiz um livre e irrefreado poder interpretativo da Constituição e da lei, que lhe permita dizer o que a Constituição objectivamente não diz, e ser, a “boca” e das suas convicções subjectivas erigidas a parâmetros constitucionais¹²⁶, constituiria um livre trânsito para a violação do princípio da separação de poderes e do princípio democrático-representativo.

É que, pese a refracção natural das próprias pré-compreensões dos juizes nas suas decisões, importa sublinhar que ao Estado de direito democrático não interessa um juiz filósofo¹²⁷ ou legista que

¹²⁶ Contra esta linha de reflexão, e em favor das correntes da hermenêutica alemã, defensoras da valorização das pré-compreensões filosóficas e até políticas dos juizes constitucionais, vide Fernanda Palma “Constituição e Justiça (...)” op. cit. p. 27 e seg.

¹²⁷ Cfr. John Hartley “Democracy and Distrust”-Massachusetts, London-1987-44 e seg.

corrija positivamente as omissões e lacunas do ordenamento através de comunicações metapsíquicas com o “espírito da lei”, mas sim um juiz que, ao abrigo da função jurisdicional, garanta a Constituição e aplique o Direito devido.

49. E o facto é que a grande maioria das decisões com efeitos aditivos pronunciadas pelos tribunais constitucionais têm exibido até ao momento presente uma baixa carga político-ideológica, dirigindo-se maioritariamente à reparação de lacunas axiológicas susceptíveis de lesar direitos e garantias fundamentais, com particular destaque para os princípios da igualdade e segurança jurídica. Tal tem sido evidente no caso português, onde no universo da fiscalização abstracta sucessiva tem pontificado um efectivo “self restraint”, pese o carácter controverso de algumas sentenças mais recentes prolatadas no espectro da fiscalização concreta

b) Decisões com efeitos aditivos de carácter ilegítimo

50. Não se considera, em primeiro lugar, como legítimas as chamadas “sentenças aditivas de revisão constitucional” as quais, sem credencial habilitante e sem amparo em qualquer raciocínio extensivo necessariamente derivado da própria Constituição, criam novos parâmetros constitucionais marcados pelo seu carácter inovatório.

Tal como referimos em sede própria¹²⁸, acompanhando o pensamento de um autor norte-americano¹²⁹, é inaceitável transformar o intérprete jurisdicional numa “câmara de revisão constitucional” ou num “oráculo” supostamente mais apto do que o legislador constitucional para predizer o futuro ou contradizer a maioria de hoje com os supostos

¹²⁸ Carlos Blanco de Moraes “As Leis Reforçadas (...)”, op. cit. p. 597.

¹²⁹ John Hartley, op. cit. p. 4 e seg. 44 e seg. 61 e seg. Vide também Merola Chierchia “L’interpretazione Sistematica della Costituzione”-Padova-1978-p. 11 e seg. e Gaetano Silvestri “Le Sentenze Normative (...)” op. cit. p. 1684 e seg.

valores que, no seu entender, devem ser adoptados pela maioria de amanhã.

São, pois, *inconstitucionais*, por invasão clara de reserva parlamentar da função de revisão constitucional, sentenças que criem, por exemplo tal como sucedeu na ordem jurídica italiana pressupostos de realização de referendos ou que alterem a natureza dos poderes do Estado.

51. Não se consideram, em *segundo lugar* legítimas, as *sentenças substitutivas* em razão do seu sentido positivador que excede a composição independente, imparcial, e passiva de um conflito entre normas, cometida aos tribunais no exercício da função jurisdicional, para redundar na produção primária de regras de direito com força de lei, tarefa reservada ao legislador.

O que se encontra verdadeiramente em causa é a transformação, ou o desvio, de um processo que tem por fim o controlo da constitucionalidade de uma norma para um processo normativo, através do qual o Tribunal Constitucional elimina as opções políticas, sociais ou técnicas do decisor normativo, substituindo-as pelas suas próprias opções. Opções que raramente derivam de uma operação estritamente analógica, de uma interpretação extensiva ou da aplicação de um princípio ou uma regra constitucional auto-exequível que guarde um sentido lógico com a disposição remanescente do texto normativo.

Existindo uma opção do legislador tida como ilegítima e que é parcialmente eliminada, criando-se um vazio, verifica-se que o seu preenchimento através da "*reconstituição da regra devida*" é feito mediante uma escolha política do tribunal, a qual não deriva nem da disposição invalidada (que diz algo de diferente da componente aditiva) nem da componente mutilada e subsistente da norma (já que dela não se extrai sentido gramatical ou lógico para uma operação reconstitutiva).¹³⁰

¹³⁰ Cf. Francisco Javier Revorio, ult. loc. cit., p. 149.

E, não derivando nem de uma, nem de outra, não existe norma habilitante para a opção inovatória de reconstrução comportada pela componente positiva da decisão do Tribunal Constitucional.

Estima-se deste modo, tal como na primeira situação descrita que a *componente substitutiva de uma decisão de inconstitucionalidade enferma de inexistência jurídica*.

53. Não se entende, em *terceiro lugar*, como legítima, a prolação de uma *decisão aditiva em sentido estrito* sempre que, na sequência do efeito ablativo parcial decorrente do juízo de inconstitucionalidade, a mesma decisão opte por enunciar um critério normativo destinado a preencher uma determinada lacuna ou omissão relativa, *se esta puder ser superada por uma pluralidade de soluções normativas verosímeis*, todas elas conformes com a Constituição. Várias razões militam para sustentar essa inadmissibilidade.

1.^a Ao determinar-se livremente por uma dada solução normativa, e não por outra ou outras igualmente válidas, o Tribunal Constitucional está, não a sancionar deformidades do ordenamento, mas sim a conformá-lo, através de uma liberdade prescritiva que é reserva do legislador e que se encontra subtraída ao juiz.

2.^a No ordenamento constitucional português deveria competir, por regra, ao Tribunal Constitucional, em processo de fiscalização abstracta sucessiva (n.º 1 e 3 do art.º 282.º da CRP), *declarar a inconstitucionalidade por acção* de normas jurídicas, com força obrigatória geral, e não, necessariamente, julgar através desse processo, a *inconstitucionalidade de omissões absolutas, totais ou parciais, do legislador*, convertendo mediante a adição de um enunciado normativo em falta¹³¹, o preceito sobre o qual recaiu uma decisão parcial de invalidade, num preceito válido.

¹³¹ Assim, Gomes Canotilho, ult. loc. cit., p. 1086.

3ª. Paralelamente não deve ser admitida a “convolação” malabar da fiscalização abstracta da inconstitucionalidade por acção em instituto de controlo de omissões, absolutas sobretudo quando abonada pela visão céptica lançada por vários autores sobre a incapacidade do legislador em suprir as omissões de um modo atempado, visão desajustada a Portugal onde a centralidade do poder legislativo repousa no Governo¹³².

4ª. Não nos parecem inteiramente pacíficas as contribuições doutrinais favoráveis à legitimidade das sentenças aditivas inovatórias sobretudo quando fundadas em paradigmas como os da “sensibilidade colectiva”, em “valores fundamentais” e numa “culpa felix”.

A “sensibilidade colectiva” constitui uma fórmula movediça e pode ser entendida em vários ângulos. Se essa expressão corresponde à ideia, segundo a qual “não existe norma jurídica, senão norma jurídica interpretada”, que “interpretar um acto normativo nada mais é do que colocá-lo no tempo ou integrá-lo na realidade pública”, e que “a actualidade hermenéutica nada mais é do que um procedimento historicamente situado”¹³³, poder-se-á aceitar, embora com reservas, esse entendimento, na medida em que ele fundamenta, não só, as alterações de orientação jurisprudencial, mas também as tendências hermenéuticas que têm marcado a Justiça Constitucional europeia, sobretudo na esfera dos direitos fundamentais escrutinados na fiscalização concreta. Trata-se, contudo, de uma teoria da interpretação evolutiva com alguma pretensão dogmática que não logra, ainda assim, fundamentar, na nossa leitura, a substituição do espírito objectivo da lei por “pré

compreensões” do juiz-intérprete¹³⁴ fundadas na sua visão subjectiva da lei ajustada ao “tempo presente”. E que, muito menos consegue justificar a “fabricação ex nihilo” de normas pelas decisões aditivas da Justiça Constitucional, quando ditadas ou forçadas por construções tópicas ancoradas em valores dominantes meramente conjunturais.

Daí que, se a “sensibilidade colectiva” corresponde ao último percurso descrito, ela configurar-se-ia mais como um etéreo *figurino de modas* do que um parâmetro jurídico consistente.

No mesmo sentido se considera pouco procedente a tese segundo a qual as sentenças aditivas, em face de um vazio passível de ser preenchido com uma pluralidade de opções normativas, estariam isentas de pecado, por uma qualquer “culpa felix”, dado que melhorariam ou “bonificariam” a qualidade do ordenamento e co-responsabilizariam na sua integração, o Tribunal Constitucional, o legislador e os demais tribunais.

A tese da melhoria da qualidade normativa parte da premissa aristocrática, ou se se quiser, do mito de que os tribunais constitucionais são, necessariamente, “conselhos de sábios” e que qualquer decisão positiva que tomem será, necessariamente, melhor do que a do legislador. Trata-se de uma premissa que não pode proceder, não só porque não logrou ser demonstrada, mas também porque é estranha ao princípio democrático.

54. Finalmente, atento o princípio da legalidade em matéria penal (artº 29º da CRP) parecem ser inadmissíveis quaisquer sentenças aditivas que determinem a incriminação de pessoas em relação a factos passados (*nullum crimen sine lege previa*); ampliem, mesmo por via demolitória, o objecto da norma incriminadora (*nullum crimen sine lege certa e sine lege scripta*); ou que acrescentem pressupostos

¹³² Carlos Blanco de Moraes “As Metamorfoses do Semipresidencialismo Português”. “Revista Jurídica” n.º 22-1998-p.146.

¹³³ Peter Häberle (“Zeit und Verfassung”. in: *Probleme der Verfassungsverstärkung*, Bad.-Baden, 1976, p.312-313), cit. por Gilmar Ferreira Mendes na fundamentação do seu voto no julgamento do “Habeas Corpus” n.º 82.959-7 (www.stf.gov.br).

difusos ou indeterminados de incriminação (*nullum crimen sine lege stricta*).

c) **Decisões aditivas não desconformes com a Constituição**

55. Tem-se, em *primeiro lugar* como juridicamente legítima, uma sentença “aditiva” de acolhimento que *descodifique* conceitos jurídicos indeterminados contidos na Constituição, de acordo com os métodos científicos de interpretação jurídica.

56. Em *segundo lugar*, dificilmente se logrará obstar aos efeitos aditivos automáticos das sentenças “demolitórias”.

57. Em *terceiro lugar*, estima-se, no que toca às sentenças aditivas em sentido estrito que estas não serão ilegítimas quando, ao reprimirem uma norma parcialmente inconstitucional, (nomeadamente por violação do princípio da igualdade) determinem que a inclusão de determinadas pessoas constituirá *efeito necessário e obrigatório* de um princípio ou de normas constitucionais, aptos a serem directamente aplicados.

Aqui, o Tribunal Constitucional, longe de criar uma regra nova, desamparada de um parâmetro constitucional de referência, enuncia no segmento positivo da sentença, um critério de decisão que deriva directamente da Lei Fundamental.

Ainda assim, a legitimidade desta operação depende da circunstância de:

i) O vazio não poder ser solucionado através da repositinação de Direito válido ou de direito que não seja sustido com fundamento nas razões elencadas no n.º 4 do art.º 282.º da CRP;

ii) Existir uma *correspondência lexical e lógica* entre o segmento não inconstitucional do preceito normativo remanescente e o

enunciado normativo resultante da Constituição, de modo a que dela resulte um critério prescriptivo congruente;

iii) As disposições constitucionais aplicadas consistirem em princípios ou em regras *constitucionais preceptivas, com uma componente auto-aplicativa*, que imponham uma solução *inequívoca, verosímil e unitária* para a solução da omissão em causa.

Considera-se que, neste caso, a componente aditiva é juridicamente obrigatória, já que corporiza um critério que decorre directa e necessariamente da Constituição, o que não obsta a uma ulterior intervenção do legislador: no sentido de o mesmo vir no futuro modelar e a concretizar os termos em que a norma constitucional é aplicável à situação regida por lei. Próxima desta solução e, também num quadro de admissibilidade, encontra-se a variante das sentenças *com efeitos aditivos que integram uma lacuna criada pela própria decisão de inconstitucionalidade, através da aplicação de uma norma constitucional*.

Coloca-se, contudo, uma dúvida, assaz discutida na doutrina estrangeira e equacionada supra nos n.ºs 30 e 31 deste artigo, sobre o conteúdo necessário de uma sentença constitucionalmente obrigatória.

Foi dito que a componente reconstitutiva deste tipo de sentenças aditivas deve resultar da projecção da única solução jurídica possível para a integração de uma lacuna axiológica presente num preceito julgado inconstitucional e resultante da aplicação de uma norma ou da concretização de um princípio constitucional, com carácter preceptivo.

É o facto de apenas ser concebível uma única solução de ordem positiva para a reparação “ad futurum” de omissões relativas, ditada pelo Tribunal Constitucional a partir da Constituição que converte a correspondente sentença numa decisão tornada obrigatória, por força da normatividade da Constituição que por ela é concretizada. Isto porque, caso se obtivesse, a partir da densificação

de um princípio ou de uma norma constitucional aberta, vários critérios políticos de decisão verosímeis e conformes à Constituição e o Tribunal Constitucional decidisse optar por um deles, essa solução não só não seria constitucionalmente obrigatória como também o Tribunal Constitucional estaria, indevidamente, a proferir juízos de optimização do direito ordinário (tarefa do legislador ou dos tribunais comuns) e não a aplicar a administrar a Justiça em matérias de natureza jurídico-constitucional (artº 221º da CRP).

O que sucederá, pois, se Tribunal Constitucional prolatar uma sentença aditiva puramente discricionária, que resulte de um juízo integrativo ou correctivo de optimização jurídica tomado de entre várias soluções normativas não inconstitucionais? A resposta é a de que essa componente reconstrutiva da sentença não será constitucionalmente obrigatória e, como tal, não vinculará, nem o legislador, nem a Administração, nem o tribunal "a quo".

Em sede de fiscalização abstracta, no que concerne ao legislador, este poderá substituir livremente a norma reconstruída através da sentença aditiva, por qualquer outra solução não inconstitucional. E quanto à Administração pública esta tem, no limite competência para inaplicar a componente reconstrutiva da sentença, invocando o desvalor de *inexistência jurídica* da norma aditada jurisprudencialmente, com fundamento em usurpação de poderes, seguindo-se neste ponto a solução que foi dada às sentenças substitutivas.

No caso dos tribunais comuns, em sede de fiscalização concreta, estes podem sempre invocar a natureza não constitucionalmente obrigatória da componente "adjuntiva" da decisão e procederem à integração da lacuna axiológica, com outra solução normativa não inconstitucional, já que não compete ao Tribunal Constitucional criar discricionariamente critérios normativos sub-constitucionais que não resultem de uma imposição da Lei Fundamental. No fundo, as instâncias judiciais comuns seguiriam o rumo dos tribunais

italianos, no final dos anos oitenta, quando confrontados com decisões aditivas de conteúdo discricionário do Tribunal Constitucional.

Em suma, sempre que da concretização da Constituição decorra uma pluralidade de soluções conformes à constituição, integrativas de um vazio normativo derivado de uma omissão relativa, deverá ser ditada pelo órgão máximo de Justiça Constitucional uma *sentença aditiva de princípio*, já que a mesma:

— Transmite ao juiz comum, em controlo concreto, um enunciado principiológico que o orienta no processo de integração de uma lacuna axiológica, devendo caber, em Portugal, recurso obrigatório do Ministério Público para o Tribunal Constitucional se o tribunal "a quo", na reforma da decisão, não respeitar o referido princípio constitucional (que deve figurar explicita ou implicitamente na parte dispositiva da sentença, bem como na sua fundamentação);

— Exprimir um *indirezzo* ou orientação ao legislador, em fiscalização abstracta, quanto à reparação da lacuna axiológica, sendo certo que, se a reparação ofender o princípio enunciado, e a norma reconstruída for impugnada contenciosamente, o Tribunal Constitucional, na fundamentação de uma eventual decisão de inconstitucionalidade, pode remeter para a sua decisão "apelativa" anterior que continha a sentença aditiva de princípio.

Existe, contudo, uma *área de penumbra* entre as *sentenças constitucionalmente obrigatórias de carácter estrito* (ou de *rime obligatissime*) e as *sentenças aditivas de princípio*, a qual pode vir ter lugar não infrequentemente e que carece de resposta quanto a algumas questões que levanta.

Na verdade, não poucas vezes, tal como sublinha Sofia Montelóbo em artigo publicado neste livro a propósito da tutela das omissões

relativas, se verifica que a concretização de um princípio ou de uma norma constitucionais dotados de preceptividade podem consentir mais do que uma solução normativa possível, não claramente desconforme com a Constituição, podendo fazer sentido que, em certos casos que requerem uma solução imediata, o Tribunal Constitucional possa profereir uma sentença aditiva e não uma sentença aditiva de princípio.

Poderá, pois, o Tribunal, diante de um *espectro necessariamente limitado de opções normativas de carácter alternativo* resultantes da densificação da Constituição e não objectivamente inconstitucionais, excluir legitimamente uma delas, pelo facto de a mesma regra:

— assumir uma natureza manifestamente inovatória e se mostrar juridicamente pouco verosímil, em termos de utilidade para os poderes públicos e para os seus potenciais destinatários, bem como portadora de reduzida aceitação no seio da comunidade jurídica, em função da matéria que regula;

— o seu sentido contrariar, ostensivamente, o programa do legislador que editou a norma julgada parcialmente inconstitucional (criando uma solução inovatória que o decisor legislativo não poderia, em caso algum, ter querido adoptar);

— sem que seja objectivamente inconstitucional, tenda para a inconstitucionalidade, suscite dúvidas mesmo que leves de constitucionalidade ou se afigure como objectivamente propiciadora de incerteza e prejudicial a interesses públicos de especial relevo constitucional (cfr. n.º 4 do art.º 282.º da CRP);

— obstar à aplicação de uma solução normativa com carácter alternativo, mais apta a solucionar uma evidente situação de urgência ou necessidade legislativa, devidamente fundamentada

à luz da salvaguarda do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana;

— implicar custos financeiros adicionais de carácter relevante, não antecipados pelo legislador, que se mostrem susceptíveis de afectar negativamente o valor constitucional do equilíbrio orçamental (critério cumulativo com qualquer um dos anteriores);

Haverá deste modo alguma margem de manobra, no sentido da admissibilidade de um juízo de ponderação sobre carácter “verosímil” da opção normativa, de que resulte a fixação de uma solução constitucionalmente obrigatória. Solução que emerja de uma prévia operação hermenéutica de selecção negativa, pela qual se excluam legitimamente outras soluções alternativas menos verosímeis por força do seu confronto ou menor harmonia com critérios com assento constitucional.

A título de exemplo, reexaminemos o já citado Acórdão n.º 191/88 (supra n.º 31) sobre a querela das pensões diferenciadas, atribuídas aos viúvos e viúvas.

O Tribunal Constitucional optou, como vimos, por não acolher o pedido do Ministério Público, na parte em que o mesmo solicitava, a par da declaração de inconstitucionalidade do preceito que discriminava negativamente os viúvos, que procedesse igualmente a uma operação correctiva que estendesse a estes, a norma mais favorável relativa ao cálculo das pensões das viúvas. O órgão máximo de Justiça Constitucional limitou-se a julgar a inconstitucionalidade do preceito impugnado e a advertir que os viúvos conservariam direito à pensão, devendo, implicitamente, o legislador ou os tribunais comuns preencherem a lacuna à luz do princípio da igualdade.

Será, contudo, que o Tribunal Constitucional não teria tido, neste mesmo caso, margem para profereir uma sentença aditiva

constitucionalmente obrigatória, através de um juízo de ponderação jurídico-axiológica, ao invés da algo envergonhada *decisão aditiva de princípio* que aprovou?

A resposta é, cautelosamente afirmativa.

Em termos das alternativas de prolação de uma eventual componente reconstitutiva do Acórdão, e à luz do princípio do pedido (que limita o conhecimento do Tribunal à apreciação da validade da norma mais desfavorável) o órgão máximo de Justiça Constitucional teria apenas à sua disposição dois cenários:

— o de, à luz do princípio da igualdade mandar aplicar ou estender aos viúvos o regime prestacional mais favorável em vigor (que era o regime de cálculo da pensão das viúvas);

— o de editar uma sentença aditiva de princípio (como, de algum modo o fez) a qual, a bem da verdade, não deixa grande margem conformadora ao legislador, dado que este só poderia optar entre proceder ele próprio a essa equiparação no respeito do regime mais favorável, ou tomar outras decisões virtualmente inconstitucionais, *com fundamento em violação do princípio da protecção de confiança*, tais como reduzir as pensões das viúvas ao patamar menos favorável do antigo regime fixado para os viúvos ou suprimir os dois tipos de pensões¹³⁵.

Calculando os limites constitucionais que no caso em apreço vinculariam a discricionariedade do legislador, o Tribunal poderia, ou deveria, ter concluído que a equiparação de pensões pelo regime

¹³⁵ Poderia, como é óbvio, o legislador extinguir o regime de pensões, fixando uma cláusula temporal de salvaguarda das situações já constituídas. Trata-se contudo de uma solução que operaria apenas para o futuro e que, quanto às situações constituídas, não daria qualquer resposta cabal ao preenchimento de uma lacuna, a qual exigiria sempre, à luz do princípio da igualdade, uma equiparação de pensões respeitadora do princípio da protecção da confiança.

mais favorável era a única solução constitucionalmente verosímil e, como tal, obrigatória, tendo, portanto, competência para a ter determinado, mesmo em sede de fiscalização abstracta, tal como lhe fora requerido pelo Ministério Público.

Haverá pois a considerar, e aqui alteramos ligeiramente o nosso entendimento mais restringente que tínhamos expandido no II Volume da “Justiça Constitucional”, a existência de uma “fresta” de admissibilidade (mais extensa em controlo concreto do que em controlo abstracto) para que o Tribunal Constitucional, a par das *decisões aditivas constitucionalmente obrigatórias com carácter estrito*, possa prolatar também *decisões constitucionalmente obrigatórias de natureza conformadora*. Sentenças onde possa legitimamente gizar juízos axiológicos de ponderação entre um número restrito de soluções normativas alternativas e hipotéticas, de que resulte a exclusão das que revelarem uma natureza pouco verosímil e desadequada ao pensamento legislativo inerente ao regime jurídico sindicado, excessivamente onerosa ou — menos afeiçoada aos princípios constitucionais, nomeadamente as que estruturam o sistema de direitos fundamentais.