

O LEGISLADOR NEGATIVO E O INTÉRPRETE DA CONSTITUIÇÃO

Por MARIA FERNANDA PALMA*

RESUMEN

El trabajo trata principalmente sobre la virtualidad del intérprete constitucional como legislador negativo, y de la relación de tensión que se deriva de esta posibilidad. Se analizan, igualmente, los presupuestos legales de configuración del margen de movimiento del Tribunal Constitucional portugués a tal efecto y sus posibilidades de fiscalización y control normativo.

Palabras clave: Poder Judicial, interpretación jurídica, analogía, cuestión de constitucionalidad normativa, efectos de las sentencias constitucionales, delimitación del objeto de recurso, decisiones interpretativas, caso juzgado constitucional, ley penal más favorable.

ABSTRACT

This article deals with the virtuality of the constitutional interpreter as a negative legislator and the tense relationship ensuing from this possibility. It also analyses the legal suppositions underlying the way the Portuguese constitutional court has been set up to allow it certain room for manoeuvre to such end, and its possibilities of exercising normative control and supervision.

Key words: The judiciary, legal interpretation, analogy, question of normative constitutionality, effects of constitutional rulings, delimitation of the object of appeal, interpretative rulings, constitutional case judged, most favourable criminal law.

1 — Quando Montesquieu atribuiu aos juízes um «poder nulo»¹ não considerava que sentenças de um Tribunal pudessem impedir a actividade

* Doctora en Ciencias Jurídicas por la Universidad de Lisboa. Profesora Catedrática de Derecho Penal y de Derecho Procesal Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lisboa. Ex-Jueza del Tribunal Constitucional de Portugal.

¹ É o pensamento de MONTESQUIEU em *De L'Esprit des Lois* (1746), ed. Garnier Flammarion, 2 vols., 1979, I, p. 298, quando afirma «Des trois puissances dont nous avons

legislativa, invalidando as próprias leis. Tal repercussão de uma sentença sobre as leis caracteriza, porém, a competência dos tribunais constitucionais. A única hipótese de esse poder não se tornar uma limitação inaceitável do poder legislativo é o facto de se ancorar profundamente numa lógica interpretativa da Constituição, também ela uma lei democrática.

O juiz que «pronuncia as palavras» da Constituição — o juiz constitucional — é apenas um meio de tornar vivo um texto e de o desenvolver para além da actividade legislativa.

Só um método interpretativo rigoroso e controlado limita a invasão pelos tribunais constitucionais da esfera legislativa e impede a actividade judicativa de se tornar um «contra-poder legislativo».

Mas é verdade que a separação de poderes assenta numa metáfora militar, não transmitindo a verdadeira essência das actividades que compõem cada poder.

Essas actividades são, embora de modo diferente, todas elas interpretativas. Na verdade, o legislador é o intérprete da vontade popular — o que não exclui que seja também o seu modelador. O poder judicial, por outro lado, interpreta as leis na decisão de casos, podendo, ao interpretar a própria Constituição, interferir nas condições da vontade democrática — condições da própria validade e consistência da democracia.

Mas podem as sentenças constitucionais produzir os efeitos de um legislador negativo, de um legislador impeditivo? A interpretação constitucional não ultrapassará pela sua natureza aquele ponto em que o poder judicativo se converte em poder insustentado?

Ser intérprete da Constituição é a única fórmula que legitima o juiz constitucional e o impede de ser um contra-legislador, um legislador-obsáculo ou negativo. Tal legitimação depende, no entanto, do modo de ser intérprete. O juiz constitucional deverá ser hercúleo, o mais clarividente e plenamente aceite segundo a legitimidade da razão. Pode desenvolver até criativamente a Constituição, mas não pode ultrapassar as barreiras que esta impõe, tal como concluir o fim de uma história já iniciada não deverá ser modificar essa mesma história².

Os efeitos das sentenças constitucionais revelam esta tensão entre um legislador negativo que impede a afirmação das leis e um intérprete criativo. Enquanto interpretam a Constituição, as sentenças constitucionais desenvol-

parlé, celle de juger est, en quelque façon nulle». Sobre a separação de poderes e o controlo de constitucionalidade, cf. muito recentemente, FRANCISCO F. SEGADO, «Fétichisme de la loi, séparation de pouvoirs e gouvernement des juges- três ideas-forza para el rechazo del control de constitucionalidad de las leyes en Francia (1789-1958)», *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 19, 2007, pp. 45-73.

² Cf. RONALD DWORKIN, *Law's Empire*, 1989, pp. 28 e ss., quando afirma que «os juízes são tanto autores como críticos»

vem-na perante a questão concreta. O seu efeito imediato é, assim, o de um oráculo que transmite afirmações de validade contidas, embora implicitamente, na Constituição e que criam vias normativas de decisão de casos.

2 — No Direito português, o efeito fundamental das sentenças constitucionais é invalidar normas legais ou critérios desenvolvidos pelos tribunais que em concreto funcionem como normas³. E, em Portugal, por outro lado, efeito das sentenças é, como competência exclusiva do Tribunal Constitucional, possibilitar que normas desaplicadas pelos tribunais com fundamento em inconstitucionalidade ou em certos casos específicos de ilegalidade⁴ venham a ser aplicadas, no caso de serem recusados os fundamentos da inconstitucionalidade ou ilegalidade por aquele Tribunal.

O efeito das sentenças constitucionais em sede de recurso concreto de constitucionalidade é, conseqüentemente, uma interferência na estabilidade dos elementos normativos constitutivos da Ordem Jurídica, num sentido amplo. As sentenças constitucionais controlam o legislador e o juiz intérprete das leis, produzindo efeito de reconstrução ou realização da norma do caso a partir da linguagem de Constituição. Expandem a Constituição, para além dos seus conceitos gerais originários, concretizando-a nas normas do caso, que podem configurar critérios de constitucionalidade ainda não formulados.

Na realidade, não só as sentenças constitucionais proferidas no recurso concreto de constitucionalidade, através das decisões de provimento ou não provimento da impugnação da constitucionalidade de normas, ou da recusa de aplicação de normas por um tribunal com fundamento em inconstitucionalidade ou ilegalidade, atingem directamente a validade das normas legais tal como foram formuladas pelo legislador, como também atingem os critérios normativos de mera formulação jurisprudencial que afectem valores e direitos constitucionais.

O artigo 280.º da Constituição e o artigo 70.º da Lei do Tribunal Constitucional pressupõem este princípio, ao referirem a expressão norma, que conceptualmente, não se confunde com preceito legal⁵. A afectação dos

³ Cfr., artigo 280.º da Constituição da República Portuguesa. Sobre os efeitos das sentenças do Tribunal Constitucional, cfr., em geral, GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª ed., 2003, pp. 1009 e ss.

⁴ Cfr., artigo 280.º, n.º 2, da Constituição e artigo 70.º, n.º 1, alíneas a), c), d), e i), da Lei do Tribunal Constitucional. Em certas situações especificadas na Constituição, o Tribunal Constitucional tem competência para controlar a própria legalidade. Trata-se de violação de leis de valor reforçado, de violação do estatuto das regiões autónomas ou da contrariedade a convenção internacional.

⁵ Sobre o conceito de norma, ver, por exemplo, CASTANHEIRA NEVES em *Metodologia Jurídica — Problemas Fundamentais*, 1993, pp. 143 e ss., e ARTHUR KAUFMANN, *Rechtsphilosophie*, 1997, pp. 75 e ss.

critérios normativos de formulação jurisprudencial não é, no entanto, qualquer controle de um silogismo decisório como se supõe no recurso de amparo, que não está consagrado no Direito português, diferentemente do que acontece em Espanha ou na Alemanha, mas ainda do «legislador concreto» que o tribunal recorrido acabe eventualmente por ser.

Com efeito, segundo a Lei Constitucional portuguesa, o Tribunal Constitucional decide da validade dos fundamentos normativos de decisões dos tribunais de que se recorre, mas não das próprias decisões, cabendo ao tribunal recorrido reformular, se for esse o caso, a sua decisão de acordo com o juízo de inconstitucionalidade.

Deste modo, o efeito de julgar inválidas normas e dimensões normativas situa-se num plano diverso dos julgamentos do Supremo Tribunal de Justiça quanto à invalidação das decisões dos tribunais recorridos. Não interfere global e directamente com as decisões, mas pode atacá-las a partir da sua substância fundamentadora de raiz constitucional. E, como, no que se refere às questões de constitucionalidade normativa, as decisões do Tribunal Constitucional fazem caso julgado formal⁶ no processo, não podem os tribunais recorridos deixar de reformular as decisões com respeito absoluto pela decisão do Tribunal Constitucional, nas duas situações anteriormente referidas. A referida reformulação é, porém, como se disse, uma reconstituição das peças elementares de uma concreta ordem jurídica, as suas normas, em função de uma dinâmica de interpretação da Constituição.

3 — Pressuposto desta configuração dos poderes do Tribunal Constitucional português é, na verdade, a perspectiva de que, no *direito vivo*, tal como ele é praticado nos tribunais, a formulação da norma do caso concreto (que no fundo corresponde a uma «dimensão normativa») é segundo a natureza da interpretação jurídica um poder do intérprete, constitutivo do Direito.

Por isso, o Tribunal Constitucional tem de estender a sua competência de controle àquelas formulações normativas. Se um tribunal decide que uma lei que prevê a sucessão no arrendamento após falecimento do arrendatário do «cônjuge» exclui (ou inclui) o companheiro em união de facto, define uma dimensão normativa, através da interpretação, que não estava explicitamente delimitada como dever ser na formulação legal. Mesmo que recorra a raciocínios analógicos, a partir dos princípios legais, gera uma

⁶ Como diz Gomes Canotilho, as decisões do Tribunal Constitucional fazem caso julgado formal, na medida em que exaurem a possibilidade de renovação da questão e caso julgado material na medida em que, no processo não pode ser proferida decisão por aquele ou outro Tribunal que interfira com o julgamento de constitucionalidade. Cfr. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, ob., cit., p.1009.

norma que desenvolve a lei e que não pode coerentemente ser subtraída ao controle de constitucionalidade.

Por outro lado, no cerne do controle constitucionalidade está também a possibilidade de concluir que uma interpretação mais restritiva (ou até o não desenvolvimento analógico) pelo intérprete contrarie a Constituição, como aconteceria no caso de um direito reconhecido ao cônjuge não ser extensível ao companheiro em união de facto ou o direito reconhecido aos indivíduos do sexo masculino não ser reconhecido aos do sexo feminino⁷. Assim, o controle de constitucionalidade tem uma dinâmica de reconstrução da própria norma do caso pelo tribunal⁸.

É claro que a norma do caso será praticamente a formulação legal, se o tribunal *a quo* desenvolver uma actividade interpretativa muito restrita. Mas, sempre que os raciocínios analógicos se tornem dominantes, a norma do caso autonomiza-se como texto ou se quisermos até como acto locucinário e ilocucinário⁹, na perspectiva hermenêutica.

Deste modo, a analogia inerente à actividade interpretativa dos tribunais revela a vertente de criação normativa da actividade judicial.

Esta percepção das coisas tem conduzido ainda o Tribunal Constitucional português, em importantes decisões, a admitir o controle de constitucionalidade da analogia em matéria penal, em face da proibição da analogia quanto às normas penais positivas decorrente do princípio da legalidade penal¹⁰.

Embora com divergência acentuada entre as secções do Tribunal Constitucional, que se têm dividido nesta matéria, veio a afirmar-se, numa das secções, a posição de que o controle da analogia proibida em matéria penal corresponde ainda a um controle de normas, à interferência com a

⁷ Cf. Acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 359/91, DR I Série de 15/10/91 (atribuição de casa de morada de família a unidos de facto) e 122/96 em *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, vol. 35, p. 557 (não discriminação dos filhos nascidos fora do casamento) e ainda o Acórdão n.º118/2001 em *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, vol.49, p.489 (referente a uma norma interpretada no sentido de excluir do seu âmbito de aplicação os danos morais resultantes de separação de facto)

⁸ Cfr., sobre tal tipo de casos, os *Acórdãos do Tribunal Constitucional* n.ºs 143/85, de 30 de Julho; 191/88 de 20 de Outubro; 231/94 de 9 de Março; 545/99 de 23 de Outubro. Ver JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, 2001, tomo VI, p.73 e ss.; VITALINO CANAS, *Introdução às decisões de provimento do Tribunal Constitucional*, 2ªed., 1994, p100 e ss.; BLANCO DE MORAIS, *Justiça Constitucional*, 2005, II, p.322 a 441.

⁹ Sobre essa distinção, com simplicidade e clareza, PAUL RICOEUR, *Teoria da Interpretação* (trad. port. Artur Morão), 1976, p.25 e ss..

¹⁰ Cfr., *Acórdãos do Tribunal Constitucional* n.ºs 205/99 e 258/99, D.R II Série, de 5 de Novembro e 2 de Outubro respectivamente. Ver acerca de tal questão, RUI MEDEIROS, *A Decisão de Inconstitucionalidade. Os autores, os conteúdos e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade*, 1998, p.358 e ss..e FERNANDA PALMA, *Direito Constitucional Penal*, 2006, pp. 99 e ss..

decisão a partir dos respectivos critérios normativos, e não apenas a um controle de decisões judiciais.

Com efeito, a criação pelo intérprete de uma norma do caso por analogia em matéria penal corresponde a uma espécie de inconstitucionalidade orgânica atípica¹¹, revelando exactamente uma apropriação pelo tribunal de uma função de criação de normas, em matéria penal, dada a própria reserva de competência legislativa na definição de crimes prevista na Constituição¹².

Seria uma lacuna grave que o sistema de controle de constitucionalidade normativa não abarcasse no controle último de constitucionalidade pelo Tribunal Constitucional, em sede de fiscalização concreta, uma importante parcela dos «resultados normativos» da interpretação das leis penais, na verdade as normas do caso, produzidas pela analogia e o decisivo confronto desta interpretação com o mais estruturante princípio constitucional do Direito Penal, o princípio da legalidade

Mas esta questão, que tem igualmente pertinência em matéria fiscal¹³, revela que, sendo, pela sua natureza, a actividade judicativa interpretação da lei em função da interpelação dos problemas suscitados pelos casos concretos, os raciocínios analógicos que caracterizam esta actividade¹⁴ não poderiam ser subtraídos a um qualquer controle externo de constitucionalidade, diferentemente do que se passaria com as normas emanadas do legislador, que estão sujeitas à fiscalização de constitucionalidade.

Se os tribunais não são «a boca que pronuncia as palavras de lei», então terão de deter, no equilíbrio da separação de poderes, um controle das normas que emitem, através das suas decisões, tal como o próprio legislador.

4 — Mas esta via de um controle de constitucionalidade normativa que é atribuída em fiscalização concreta de constitucionalidade ao Tribunal Constitucional, apesar de não corresponder ao poder de invalidação global de decisões concretas, não sendo um controle das decisões em si, pressupõe, para se exercer coerentemente, poderes de delimitação do objecto do pedido e interpretação das decisões recorridas.

E este poder é uma competência fundamental do Tribunal Constitucional em matéria de controle de constitucionalidade que não faz apenas do Tribunal Constitucional a última instância, mas uma instância de controle

¹¹ Cfr., *Acórdão do Tribunal Constitucional*, n.º 205/99, citado na nota antecedente.

¹² Artigo 165º, n.º 1, alínea b), da Constituição.

¹³ A proibição da analogia em matéria fiscal ancora-se no artigo 103º, n.º 2, da Constituição.

¹⁴ A interpretação será mesmo, segundo Arthur Kaufmann, analogia (cfr., *Analogie und Natur der Sache, Zugleich ein Beitrag zur lehre vom Typus*, 2.ª ed., 1982, p. 37 e ss.)

definitivo. Com efeito, a identificação da dimensão normativa questionada e da norma efectivamente aplicada não é livre e arbitrariamente decidida nem pelo recorrente nem pelo tribunal recorrido. Este último não pode ocultar, fora dos cânones da ciência jurídica, a concreta norma do caso nem pode através de um discurso formal transfigurar a real *ratio decidendi* ou transfigurar uma efectiva, mas impeditiva, recusa de aplicação de uma norma aplicável numa aplicação de norma distinta.

Entre todos os efeitos das sentenças constitucionais, este poder de delimitação da parte do objecto da questão de constitucionalidade que decorre da interpretação da decisão recorrida, impondo-se ao recorrente e ao tribunal recorrido, torna o controle de constitucionalidade nos recursos concretos um poder que atinge o âmago da relação entre o poder legislativo e judicial. Esta competência resulta de uma possibilidade de o juízo de constitucionalidade ser auto-referente¹⁵, isto é absorver na sua lógica todo o material das sentenças recorridas e produzir ou corrigir a respectiva linguagem nos termos de uma significação outorgada pelo intérprete — juiz constitucional.

Trata-se, simultaneamente, de um controle da «verdade normativa», do «direito vivo» dos tribunais, na sua dimensão de Direito em sentido próprio, isto é na sua qualidade normativa de edificação de um critério geral, aceitando que o Direito existe para além da lei e de uma subordinação da linguagem das sentenças, por vezes construída por falsas etiquetas, a uma desconstrução pelo intérprete constitucional.

Em suma, embora não seja normalmente catalogável como efeito das sentenças constitucionais, esta complexa competência transmite às decisões do Tribunal Constitucional o importante efeito de reformulação do Direito do caso e é condição de determinação dos limites do caso julgado¹⁶⁻¹⁷.

¹⁵ Utilizo aqui a ideia de um sistema auto-referente ou auto-poietico, como sistema fechado que funciona através de critérios e fins formulados internamente, cfr. (NIKLAS LUHMANN em *Soziale Systeme, Grundriß einer allgemeinen Theorie*, 1.ª ed., 1984, e GUNTER TEUBNER em *O Direito como sistema autopoietico*, trad. de Engrácia Antunes, 1984).

¹⁶ Cfr., sobre a delimitação interpretativa do objecto do recurso pelo Tribunal Constitucional, entre muitos outros os Acórdãos n.ºs 172/01 de 18 de Abril, publicado no *DR IIª Série*, n.º 132 de 7 de Junho de 2001; 96/02 de 27 de Fevereiro, publicado no *DR IIª Série*, n.º 203 de 3 de Setembro e ainda cfr. Acórdãos n.ºs 605/94 de Novembro 428/06 de 11 de Julho; 103/07 de 13 de Fevereiro; 216/07 de 23 de Março publicados em www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos.

¹⁷ Sobre tal tema, cfr., PAULO OTERO, *Ensaio sobre o caso Julgado inconstitucional*, 1993, e ISABEL ALEXANDRE, «O caso julgado na Jurisprudência constitucional portuguesa», *Estudos em Homenagem a José Manuel Cardoso da Costa*, 2002, pp. 11 e ss. Discutindo a aplicabilidade do caso julgado no processo constitucional, cfr. M.ª CARMEN BLASCO SOTO, «Reflexiones en torno de la fuerza de cosa juzgada en la sentencia dictada en cuestión de inconstitucionalidad», *Revista Española de Derecho Constitucional*, ano 14, n.º 41, 1994, pp. 35 e ss..

Um tal efeito, produzido pela definitiva interpretação da *ratio decidendi* realizada pela instância suprema em matéria de constitucionalidade, introduz-nos ao tema tradicional do caso julgado em sede de decisões de constitucionalidade¹⁸.

5 — O efeito de caso julgado das sentenças e decisões sobre uma questão de constitucionalidade tem uma expressão próxima do caso julgado processual comum nos recursos de constitucionalidade em fiscalização concreta e uma expressão apenas paralela, mais complexa, nas declarações de constitucionalidade produzidas em fiscalização preventiva e sucessiva de constitucionalidade.

Quando se trate de recursos de constitucionalidade, em fiscalização concreta, surgem três situações diferenciáveis: O julgamento de inconstitucionalidade de uma norma, num concreto processo, que tem como consequência a definitiva solução da questão e a necessária reformulação da decisão recorrida de acordo com aquele julgamento; o julgamento sobre uma recusa de aplicação de norma pelo tribunal recorrido com fundamento em inconstitucionalidade; e o não julgamento de inconstitucionalidade, o qual como uma «não decisão de inconstitucionalidade» não impede futura decisão de constitucionalidade no mesmo processo.

Na primeira situação, há um verdadeiro caso julgado no processo (artigo 80.º, n.º 2, da Lei do Tribunal Constitucional), que impede o tribunal *a quo* de voltar a aplicar a norma inconstitucional ou de a interpretar contra o juízo de inconstitucionalidade. Isso justificará, se se verificarem mais duas decisões semelhantes em processos diferentes, uma declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral, que erradicará a norma do ordenamento jurídico (artigo 80.º, n.º 1, da Lei do Tribunal Constitucional).

Também a segunda situação referida impõe, na hipótese de não verificação do fundamento de inconstitucionalidade invocado, uma reformulação da decisão, aplicando-se a norma recusada e definitivamente julgada não inconstitucional no processo concreto.

Por outro lado, o Tribunal Constitucional pode também controlar a violação do caso julgado que as suas decisões produzem. Tal poder surge como consequência deste efeito de caso julgado ínsito naquele preceito e

¹⁸ Cfr. GOMES CANOTILHO, *ob. cit.*, p. 943; M. GALVÃO TELLES, «A competência da competência do Tribunal Constitucional», *Legitimidade e legitimação da Justiça Constitucional*, p. 115; A. ROCHA MARQUES, «O Tribunal Constitucional e os outros tribunais: a execução das decisões do Tribunal Constitucional», *Estudos sobre a jurisprudência do Tribunal Constitucional*, p. 465; MARIA DOS PRAZERES BELEZA, «Admissibilidade de um recurso autónomo para o Tribunal Constitucional por violação do caso julgado», *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Magalhães Collaço*, 2002, vol. II, pp. 479 e ss.

mesmo para além da competência geral de controle prevista na Constituição, (artigo 220.º, n.º 5) e na Lei do Tribunal Constitucional (artigo 70.º, alínea h), que se refere à possibilidade de recurso das decisões que apliquem norma já julgada inconstitucional pelo próprio Tribunal Constitucional). É essa a prática, fundamentada doutrinariamente¹⁹. A sua justificação decorre da concepção de um sistema completo e auto-referente do controle de constitucionalidade na ordem jurídica portuguesa.

Se o resultado do julgamento de constitucionalidade no recurso for um não pronunciamento pela inconstitucionalidade, o efeito correspondente ao de caso julgado no processo é apenas o trânsito da decisão recorrida, se estiverem esgotadas outras vias de recurso diversas do recurso de constitucionalidade (artigo 80.º, n.º 4, da Lei do Tribunal Constitucional).

Em todo o caso, nada impede que, suscitada num recurso ordinário de novo a inconstitucionalidade da mesma norma, essa outra instância a considere como tal. Nesse caso, se tiver sido produzida uma decisão de inconstitucionalidade pelo tribunal comum, caberá ao Ministério Público recurso obrigatório para o Tribunal Constitucional (artigo 280.º, n.º 5 da Constituição e artigo 70.º, alínea a) da Lei do Tribunal Constitucional).

E, nessa situação, nada impede que acabe por existir um julgamento de inconstitucionalidade em face de novos argumentos ou de alteração da posição do Tribunal Constitucional, entretanto questionado.

Em suma, uma decisão de não provimento só de modo enfraquecido tem um efeito de caso julgado, não impedindo, afinal, em absoluto, que venha, ainda no mesmo processo, a ser julgada inconstitucional a mesma norma. Todavia, também neste caso haverá sempre a possibilidade de um recurso para o Tribunal Constitucional, reunido em plenário, para que se produza uma jurisprudência uniforme (artigo 79.º-D, n.º 1, da Lei do Tribunal Constitucional). Mais uma vez se verifica que há uma lógica de sistema auto-referente na organização do controle de constitucionalidade.

6 — No elenco dos efeitos das sentenças constitucionais, proferidas pelo Tribunal Constitucional, deve mencionar-se, também, o que resulta da interpretação conforme à Constituição, prevista no artigo 80, n.º 3, da Lei do Tribunal Constitucional²⁰.

Em certas situações, impõe-se ao Tribunal uma decisão de teor interpretativo, que julgará uma norma adequada à Constituição apenas em certa interpretação e rejeitará outra ou outras interpretações não conformes.

¹⁹ Cfr., muito sugestivamente, MARIA DOS PRAZERES BELEZA, «Admissibilidade de um recurso autónomo para o Tribunal Constitucional por violação do caso julgado», text. cit.

²⁰ Sobre tal tema, cfr. RUI MEDEIROS, *A Decisão de Inconstitucionalidade...*, ob. cit., pp. 363 e ss., e, em geral, GOMES CANOTILHO, ob. cit., pp. 1009 e ss., e 1023 e ss.

A imposição que decorre para o tribunal recorrido é a aplicação da norma em causa na dimensão adequada à Constituição, afastando a formulação inconstitucional que aplicara ou qualquer outra diversa daquela que o Tribunal Constitucional tenha considerado estritamente conforme à Constituição.

Tais decisões interpretativas não são decisões de inconstitucionalidade, na medida em que a norma não é em si mesma considerada inconstitucional, mas ainda considerada válida numa certa interpretação. Como só é legítimo deixar de aplicar a lei com fundamento em inconstitucionalidade, o tribunal recorrido tem o dever de reformar a decisão, aplicando a norma, em causa, interpretada nos termos ditados pelo Tribunal Constitucional.

Uma decisão de teor interpretativo não é uma decisão de acolhimento em sentido próprio, mas também não constitui uma verdadeira rejeição do recurso de constitucionalidade, sendo antes uma categoria híbrida, que interfere com a própria tarefa interpretativa do tribunal *a quo*, conformando-a. Como não se trata de uma decisão de inconstitucionalidade, não é possível ser fundamento de uma generalização de inconstitucionalidade, no caso de julgamentos semelhantes em processos diferentes, nos termos do artigo 281.º, n.º 3, da Constituição.

Numa decisão interpretativa, há, porém, sempre uma dimensão implícita de julgamento de inconstitucionalidade da norma com a configuração normativa rejeitada, de modo que só se justifica esta solução, na hipótese de só existir uma interpretação da norma conforme com a Constituição aplicável no caso concreto. Só nessa situação os poderes do Tribunal Constitucional não extravasariam o puro controle de constitucionalidade e se tornariam poderes de formulação legislativa, de um legislador negativo.

7 — Por outro lado, os efeitos de uma declaração de inconstitucionalidade, em fiscalização preventiva ou em fiscalização sucessiva, *a posteriori*, são directamente regulados na Constituição.

Prevedo o sistema constitucional português uma fiscalização prévia, *ex ante*, da constitucionalidade de leis, uma declaração da inconstitucionalidade tem pura e simplesmente como efeito, nos termos do artigo 279.º, a não entrada em vigor do diploma, devendo obrigatoriamente ser vetado pelo Presidente da República ou pelo Ministro da República, conforme se trate de diploma da Assembleia da República ou de Assembleia Regional (artigo 279.º da Constituição).

Constituiu-se, então, uma obrigação constitucional de expurgar do diploma a norma julgada inconstitucional pelo órgão que a produziu.

A harmonização entre o efeito da declaração de inconstitucionalidade e os poderes parlamentares faz-se através de um mecanismo que opera em

dois tempos: numa primeira fase dá-se o expurgo ou a confirmação por maioria de dois terços dos deputados presentes (desde que superior à maioria absoluta dos Deputados em efectividade de funções). Nesse caso, a confirmação parlamentar sobrepõe-se à decisão de inconstitucionalidade, sem mais. No caso de expurgo, numa segunda fase, a Constituição admite nova fiscalização preventiva de constitucionalidade (artigo 279.º, n.º 3)²¹.

Note-se que a opção pela estabilidade parlamentar não tem significado desrespeito pelas decisões do Tribunal Constitucional. Tal facto revela uma boa compreensão política da solução constitucional.

A desautorização do Tribunal Constitucional só seria, aliás, justificável em situações excepcionais de manifesto abuso dos poderes de fiscalização pelo Tribunal Constitucional, em função dos próprios valores constitucionais. A confirmação deveria, assim, ser entendida sempre como um acto de interpretação da Constituição, embora através dos representantes do poder político e não como uma pura decisão política.

8 — Em matéria de fiscalização abstracta sucessiva da constitucionalidade, regulada, no artigo 281.º da Constituição, prevêem-se rigorosamente como efeitos de decisão, a erradicação da norma inconstitucional, desde a sua entrada em vigor, e a repristinação das normas que a norma inconstitucional, eventualmente, haja revogado (artigo 282.º, n.º 1, da Constituição).

Há, assim, em suma um duplo efeito da declaração de inconstitucionalidade: a supressão de norma inconstitucional *ex nunc* e a repristinação das normas revogadas por aquela.

O artigo 282.º, n.º 3, ressalva, nesse sentido, o caso julgado, salvo decisão em contrário, em matéria penal. E o artigo 282.º, n.º 4, permite até que o Tribunal Constitucional, por razões de segurança jurídica, equidade ou interesse público de excepcional relevo, fundamentados, fixe efeitos mais restritos quanto à decisão de inconstitucionalidade, possibilitando que não sejam abrangidas situações materiais abrangidas pela norma inconstitucional.

Questão interessante que se suscita é a que se refere à possibilidade de reabertura do caso julgado em matéria penal, disciplinar ou de ilícito de mera ordenação social, quando a norma inconstitucional for de conteúdo menos favorável ao arguido (artigo 282.º, n.º 3 da Constituição).

A norma contida no artigo 282.º, n.º 3, da Constituição está desenhada como uma faculdade do Tribunal Constitucional fundamentada no princí-

²¹ Sobre este regime, cfr. GOMES CANOTILHO, *ob. cit.*, pp. 1029 e ss.; MARCELO REBELO DE SOUSA, *Constituição da República Portuguesa Comentada*, Anotação ao art. 278.º; CARDOSO DA COSTA, «A jurisdição constitucional», pp. 56 e ss., e, por todos, JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, 2001, VI, pp. 235 e ss.

pio da aplicação da lei penal mais favorável numa sucessão de leis penais no tempo. No entanto, em rigor, a lei inconstitucional (menos favorável), por não ser válida, não consta de uma verdadeira sucessão de leis penais, e, por isso a protecção do caso julgado ofenderia não tanto o artigo 29.º, n.º 4 da Constituição, que consagra o princípio da aplicação da lei penal mais favorável, numa sucessão de leis penais como o próprio princípio da legalidade, já que uma norma penal incriminadora inconstitucional não poderia fundamentar qualquer decisão judicial de qualificação dos factos, pois seria uma incriminação *sine lege praevia*.

A reabertura do caso julgado, quanto a normas incriminadoras inconstitucionais, é, com efeito, uma decorrência do princípio de legalidade e do Estado de Direito consagrados respectivamente nos artigos 29.º e 2.º da Constituição.

Por isso, a salvaguarda de decisão em contrário prevista no preceito constitucional é sistematicamente aberrante, sobretudo no caso em que a lei penal inconstitucional é menos favorável. Na verdade, a protecção do caso julgado em tais hipóteses colide com a estrutura fundamental da legalidade e do Estado de Direito.

A única interpretação que evita esta disfuncionalidade do referido poder do Tribunal Constitucional é a que lhe atribui a natureza de um poder vinculado exclusivo do próprio Tribunal.

Diferentemente, se coloca o problema de ressalva do caso julgado em matéria de leis penais inconstitucionais mais favoráveis.

Ao contrário da situação anterior, resulta do artigo 282.º, nº3, que se preserva o caso julgado e que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade são exclusivamente *ex nunc*. Deste modo, a lei penal inconstitucional mais favorável não levaria à repristinação de lei penal anterior, mantendo, por exemplo, uma não incriminação (se for uma lei descriminalizadora) ou a atenuação da pena determinada pela lei inconstitucional.

Questão que subsiste, porém, é a de saber se uma lei mais favorável inconstitucional se pode aplicar ainda retroactivamente, nos termos do princípio consagrado no artigo 29.º, n.º 4, de aplicação retroactiva da lei penal mais favorável²².

A solução para o problema tem dois parâmetros insuperáveis: o princípio da legalidade e a confiança nas leis ancorada no princípio do Estado de Direito.

²² Cfr. JORGE MIRANDA, «Os princípios constitucionais da legalidade e da aplicação da lei penal mais favorável em matéria penal», *O Direito*, 1989, IV, pp. 699 e ss.; RUI PEREIRA, «A relevância da lei penal inconstitucional de conteúdo mais favorável», *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, I, 1991, pp. 55 e ss.; e FERNANDA PALMA, *Direito Constitucional Penal*, cit., p. 103, n.º 87.

Na verdade, uma lei inconstitucional é inválida e, por isso, não faz parte efectiva de uma sucessão de leis válidas no tempo²³. No entanto, esse rigor argumentativo esqueceria que uma lei penal inconstitucional mais favorável, contém orientações de acção que podem ter determinado expectativas de não punição e enfraquecido - ou mesmo anulado - uma motivação adequada ao princípio da culpa²⁴.

Assim, sempre que uma lei penal seja mais favorável do que a lei repressinável por ela revogada deverão ser salvaguardados os casos julgados em função da confiança gerada; e, mesmo sem caso julgado, se tal lei foi inevitavelmente orientadora da conduta do agente, devem ser os seus critérios mais favoráveis a prevalecer. Trata-se basicamente de uma das exigências do Estado de Direito e do princípio da culpa.

9 — Atingido este ponto, num breve balanço do sistema português sobre os efeitos das decisões de constitucionalidade, poderemos concluir que tais efeitos são implicações da realização da Constituição nos casos ou nas leis concretas. A Constituição pronuncia, através do poder dos juízes, os critérios concretos de uma racionalidade de limitação do poder do Estado pelo seu Direito. Esse Direito, no caso português, e muito por força da elevada consciência dos direitos fundamentais pelo Tribunal Constitucional, tem-se tornado um Direito justificado pelos valores da dignidade da pessoa e da democracia.

O juiz constitucional é, no fundo, a «boca que pronuncia», no caso concreto, as palavras da Constituição. Por isso não é um legislador obstáculo.

Porém, a jurisdição constitucional não representa, como se verificou, um poder nulo, no sentido da configuração da Ordem Jurídica. Controlando a actividade de criação normativa dos tribunais, reconhece o «direito vivo» e pode recriá-lo ou reescrevê-lo de acordo com a Constituição. Na actividade de controle, dentro dos limites consentidos pela lógica da interpretação jurídica, as decisões constitucionais confirmam, alteram ou rejeitam a norma do caso ou impõem ao legislador uma resposta adequada à Constituição²⁵.

²³ Assim RUI PEREIRA, text. cit., pp. 55 e ss.

²⁴ Cfr. JORGE MIRANDA, text. cit., pp. 699 e ss.; e ainda TAIPA DE CARVALHO, *Sucessão de Leis Penais*, 1990, pp. 289 e ss.

²⁵ O que acontece, manifestamente, através da possibilidade de reconhecimento da inconstitucionalidade por omissões legislativas, prevista no artigo 283º da Constituição.