

# *A repristinação de normas no recurso de fiscalização concreta da constitucionalidade*

DR. TIAGO FÉLIX DA COSTA

SUMÁRIO: *I – Introdução. II – O Recurso de fiscalização concreta: 1. Introdução; 2. Objecto; 3. Efeitos. III – A repristinação como efeito da sentença do Tribunal Constitucional. IV – A inconstitucionalidade da norma a repristinar.*

## **I – Introdução**

*Repristinação*, em sentido técnico, significa a reentrada em vigor no ordenamento jurídico de uma norma revogada como consequência da revogação da correspondente norma revogatória.

Nos termos do artigo 7.º, n.º 2, do Código Civil, *a revogação da lei revogatória não importa o renascimento da lei que esta revogara*, daqui se vislumbrando a existência e o encadeamento de três actos legislativos, que se sucedem no tempo: uma primeira lei em vigor é revogada por uma segunda lei posterior que, por sua vez, vem a ser revogada por uma terceira lei.

A regra, estabelecida no Código Civil, é a de que a primeira lei não renasce pela entrada em vigor da última lei revogatória, ou, de outro modo, a lei revogada não renasce pela revogação da lei que a revogou. Todavia, a doutrina civilística parece ser unânime em considerar que nada impede que o legislador consagre um regime diferente, *maxime*, que o legislador determine a aplicação da lei ou norma repristinada<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito – Introdução e Teoria Geral*, 9ª ed., Almedina, p. 290 e ANTUNES VARELA e PIRES DE LIMA, *Código Civil Anotado*, I Volume, Coimbra Editora, anotação ao artigo 7.º.

## II – O Recurso de fiscalização concreta

### 1. Introdução

Por não ser este o lugar próprio, dispensamos aqui uma introdução – teórica, histórica e de direito comparado – dos sistemas de fiscalização de constitucionalidade e, em concreto, do sistema de fiscalização da constitucionalidade vigente em Portugal. Importa, todavia, recordar em traços gerais que o sistema português de fiscalização da constitucionalidade é um sistema *misto*<sup>6</sup> ou *compósito*<sup>7</sup>, que combinou, diríamos de forma inovadora, o controlo difuso e concreto da constitucionalidade, na senda da tradição republicana e dos sistemas de *judicial review*, com elementos próprios do sistema abstracto e concentrado de controlo da constitucionalidade de actos normativos.

A originalidade do modelo português, sobretudo na forma como combinou a necessidade da existência, *rectius*: o postulado, de um *órgão específico de garantia da constituição*<sup>8</sup> (primeiro a Comissão Constitucional e depois o Tribunal Constitucional)<sup>9</sup>, típico de um sistema concentrado, com a tradição de um sistema de controlo difuso, subsiste mesmo se se considerar que a divisão clássica dos sistemas de fiscalização da constitucionalidade assenta em *critérios redutores* e que os actuais modelos de justiça constitucional integram um movimento mais vasto de *aproximação entre os sistemas do Civil Law e do Common Law*<sup>10</sup>.

A singularidade, ou especialidade, do sistema português manifesta-se no próprio controlo difuso de constitucionalidade. Com efeito, em Portugal não se consagrou um sistema puro de *judicial review*, uma vez que, entre nós, o controlo difuso pode, como se sabe, conduzir ao controlo concentrado e abstracto e, do mesmo modo, não se estabeleceu apenas um sistema de incidente ou de

<sup>6</sup> MARCELO REBELO DE SOUSA, *Direito Constitucional – Introdução à Teoria da Constituição*, Livraria Cruz, 1979, p. 385.

<sup>7</sup> A expressão é de J.J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, Almedina, Coimbra, 1998, p. 809.

<sup>8</sup> *Vide* sobre a evolução histórica e sobre o compromisso alcançado na Revisão Constitucional de 82, JOSÉ MANUEL CARDOSO DA COSTA, *O Tribunal Constitucional Português*, in *Portugal – O sistema Político e Constitucional 1974-87*, obra colectiva, Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa.

<sup>9</sup> Quanto ao sistema originário da Constituição de 1976 e evolução posterior, *vide* por todos JORGE MIRANDA, *op. cit.*, pp. 143 e sgs.

<sup>10</sup> RUI MEDEIROS, *A Decisão de Inconstitucionalidade*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 1999, p. 18.

No direito constitucional o conceito assume diferentes particularidades<sup>2</sup>, porquanto o artigo 282.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa (CRP) consagra que: “*A declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade com força obrigatória geral determina a reprivatização das normas que ela [a norma declarada inconstitucional ou ilegal], eventualmente haja revogado*”. Resulta, assim, desse comando constitucional, que a declaração de inconstitucionalidade de uma norma implica a reposição da norma que ela haja, possivelmente, revogado, ao contrário, portanto, do que sucede no caso previsto no Código Civil.

A diferença entre os efeitos reprivatizatórios<sup>3</sup> da revogação legal e da declaração de inconstitucionalidade encontrar-se-á na natureza dos dois institutos. Enquanto a revogação legal constitui uma faculdade, um poder, do legislador fazer cessar a existência e a vigência de uma ou mais normas, de excluí-las, por opção e a partir de determinado momento, do ordenamento jurídico, já a declaração de inconstitucionalidade implica *um juízo normativo estrito*, com a conseqüente *erradicação* da norma do sistema jurídico<sup>4</sup>. Como não poderia deixar de ser, a diferença revela-se outrossim na produção de efeitos, a revogação produzirá efeitos *ex nunc*, enquanto que a declaração de inconstitucionalidade produzirá, em regra, efeitos *ex tunc*, até, e desde, a sua entrada em vigor. Certo é, porém, que a reprivatização como efeito da declaração de inconstitucionalidade só se dará quando a inconstitucionalidade por originária<sup>5</sup>.

O presente trabalho visa precisamente uma brevíssima reflexão sobre a hipótese de se verificar a reprivatização de normas na sequência de uma decisão de provimento em recurso de fiscalização concreta da constitucionalidade. Ou seja, procurar-se-á determinar o eventual efeito reprivatizatório de uma decisão do Tribunal Constitucional que, em sede de recurso de fiscalização concreta, decida pela não aplicação de norma que haja eventualmente revogado outra, com fundamento em vício de inconstitucionalidade daquela.

<sup>2</sup> Vide sobre a distinção, ALEXANDRE DE SOUSA PINHEIRO, *Reprivatização*, in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, IV.

<sup>3</sup> Aqui, portanto, em sentido próprio e impróprio.

<sup>4</sup> JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo VI, 2ª ed., 2005, Coimbra Editora, pp. 69 e 74.

<sup>5</sup> Entre outros, LUÍS NUNES DUARTE DE ALMEIDA, *O Tribunal Constitucional e o conteúdo, a vinculatividade e os efeitos das suas decisões in Portugal – O Sistema Político e Constitucional*, obra colectiva, Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa.

reenvio prejudicial da questão de inconstitucionalidade, já que os tribunais judiciais não possuem apenas o poder de receber a questão de constitucionalidade, mas detêm, também, o poder-dever de decidir a mesma (*vide* artigos 202.º e 204.º da CRP), sendo dessa decisão que caberá eventualmente recurso para o Tribunal Constitucional.

A especificidade do controlo da constitucionalidade português conduziu à cristalização da afirmação: *em Portugal, todos os tribunais, sem excepção, são órgãos de justiça constitucional*<sup>11</sup>. Os juízes têm, assim, «acesso directo à constituição», são o primeiro garante da Constituição, mas sem que o Tribunal Constitucional, como órgão de controlo da constitucionalidade, deixe de ser chamado a intervir, funcionando como tribunal de recurso e último garante da Lei Fundamental.

Ora, mesmo registando as querelas académico-científicas de que a doutrina vem dando nota de alguns anos a esta parte<sup>12</sup>, impõe-se afirmar que o actual sistema de fiscalização da constitucionalidade – embora complexo – dá vida à Constituição. Afinal, são os tribunais que administram a justiça (*cf.* artigo 202.º, n.º 1, da CRP) e que, por essa via, aplicam directamente a Constituição. De uma assentada, os *tribunais comuns* conformam a justiça que realizam com os ditames constitucionais e levam a Constituição aos cidadãos.

A garantia da Constituição sai, por isso, reforçada com um sistema de fiscalização em que, tanto os tribunais podem aplicar a Lei Fundamental ao caso concreto – apreciando e decidindo as questões de constitucionalidade que se suscitem no âmbito do litígio submetido a juízo – como os cidadãos podem recorrer para o Tribunal Constitucional das decisões de constitucionalidade com as quais não se conformem [artigo 72.º, n.ºs 1, alínea b), e 2, da Lei do Tribunal Constitucional], o que não deixa de reafirmar uma componente de controlo objectivo da Constituição.

Aliás, o sistema português, pela apontada potencial proximidade que gera entre a *ordem normativa fundamental*<sup>13</sup>, o sistema judicial e a própria comunidade, terá desempenhado um papel de extrema relevância na consolidação de uma jovem de democracia – ainda que mais de trinta anos volvidos o nível de concretização constitucional nas decisões judiciais, sobretudo de forma oficiosa, esteja ainda longe do desejável.

<sup>11</sup> LUÍS NUNES DUARTE DE ALMEIDA, *op. cit.*, p. 942.

<sup>12</sup> A título de exemplo: RUI MEDEIROS: “Enfim, mesmo actualmente, continuam a ouvir-se vozes no sentido da necessidade de repensar o próprio sistema de recurso constitucional (...)”, *op. cit.*, p. 16.

<sup>13</sup> REINHOLD ZIPPELIUS, *Teoria Geral do Estado*, 3ª ed., Fundação Calouste Gulbenkian, p. 67.

Como aponta Zippelius referindo-se à constituição, “(...) é na sua execução contínua que a comunidade política se forma e se mantém («se integra») (...)”. O sistema de fiscalização da constitucionalidade concreto e difuso, entre nós consagrado, contribui, e contribuiu decisivamente no passado, para essa execução contínua, para esse reafirmar repetido e inexorável da Norma Fundamental.

## 2. *Objecto*

O recurso de fiscalização concreta da constitucionalidade, encontra-se previsto nos artigos 204.º e 280.º da CRP, artigos 69.º a 75.º da LTC<sup>14</sup> e respeita a três tipos de decisões:

- (i) decisões que não apliquem uma norma com fundamento em inconstitucionalidade ou ilegalidade [artigo 280.º, n.º 1, alínea a) e n.º 2, alíneas a), b) e c) da CRP] ou em violação de uma convenção internacional [artigo 70.º, n.º 1, alínea i) da LTC] – neste caso o recurso é obrigatório para o Ministério Público se respeitar a norma desaplicada constante de convenção internacional, acto legislativo ou decreto regulamentar (artigo 280.º, n.º 3 da CRP);
- (ii) decisões que apliquem norma cuja constitucionalidade ou ilegalidade haja sido suscitada durante o processo [artigo 280.º, n.º 1, alínea b) e n.º 2, alínea d) da CRP], sendo neste caso o recurso facultativo para a parte que haja suscitado a questão no processo (artigo 280.º, n.º 4, da CRP) e;
- (iii) decisões que apliquem norma anteriormente julgada inconstitucional ou ilegal pelo próprio Tribunal Constitucional, nos termos do artigo 280.º, n.º 5, sendo neste caso o recurso obrigatório para o Ministério Público.

Atente-se que *cabem recurso para o Tribunal Constitucional das decisões*, mas o objecto do recurso de constitucionalidade não é constituído pelas decisões judiciais em si. O objecto do recurso será antes a (in)constitucionalidade ou a (i)legalidade de normas que os tribunais apreciem e apliquem ou não apliquem, consoante os casos. O objecto do recurso de constitucionalidade cinge-

<sup>14</sup> Lei n.º 28/82, de 15 de Novembro, com todas as alterações subsequentes, que designaremos abreviadamente por LTC.

-se pois à questão de constitucionalidade da norma, à apreciação da conformidade da mesma com o texto constitucional. O Tribunal Constitucional não julga os outros tribunais ou sequer as suas decisões. Esta conclusão assume a maior importância para o equilíbrio do sistema e funciona simultaneamente como premissa fundamental para a compreensão e concretização do mesmo.

A este propósito, cumpre realçar que o Tribunal Constitucional adoptou um conceito abrangente de norma, um conceito funcional de norma enquanto *conceito de controlo*, de protecção do próprio Estado de Direito democrático<sup>15</sup>, que se afasta, alargando o âmbito, do conceito tradicional de norma, com referência à *generalidade* e *abstracção*<sup>16</sup>. Contudo, quer se adopte um conceito material de norma ou um conceito funcional de norma, parece ser unânime que o recurso de constitucionalidade corresponde a um controlo de normas e não a um controlo das decisões judiciais. Portanto, no caso português, e inversamente com o que sucede com a figura do recurso de amparo, o Tribunal Constitucional não aprecia o conteúdo da decisão judicial, não se sobrepondo ao tribunal *a quo* naquilo que é a sua competência essencial, revogando a decisão recorrida apenas, e tão só, no que respeita à questão da (in)constitucionalidade ou (i)legalidade.

O Tribunal Constitucional pode pronunciar-se sobre a norma em si ou sobre uma sua *dimensão parcelar*<sup>17</sup>. Isto é, em termos restritos, a decisão do Tribunal Constitucional pode avaliar (controlar) a interpretação que lhe foi dada pelo tribunal *a quo* (artigo 80.º, n.º 3 da LTC), o que aliás vem sucedendo com frequência. Nesse caso, a interpretação adoptada pelo Tribunal Constitucional impõe-se ao tribunal recorrido, ou seja, independentemente de se tratar de um juízo de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade, prevalece a interpretação da norma feita pelo Tribunal Constitucional. Impõe-se, assim, nos termos gerais e por respeito ao princípio do pedido, que o recorrente cumpra o ónus de delimitar concreta e cabalmente a questão de constitucionalidade, identificando, sendo o caso, a concreta interpretação que foi feita pelo tribunal recorrido e que reputa desconforme com a Constituição.

Com especial relevância para o tema do presente trabalho, acresce ainda salientar que o Tribunal Constitucional não está vinculado à qualificação feita pelo tribunal *a quo*, nem sequer à qualificação do recorrente. O que significa

<sup>15</sup> J.J. GOMES CANOTILHO, *op. cit.*, p. 822.

<sup>16</sup> *Vide*: Por todos e com ênfase na jurisprudência seleccionada e citada, GUILHERME DA FONSECA e INÊS DOMINGOS, *Breviário de Direito Processual Constitucional*, pp. 26 e 27.

<sup>17</sup> J.J. GOMES CANOTILHO, *op. cit.*, p. 30.

que se o Tribunal Constitucional só pode conhecer da constitucionalidade da norma sobre a qual tenha recaído decisão judicial de constitucionalidade, já não está adstrito à qualificação feita na decisão recorrida. Pode, por exemplo, aquele Tribunal considerar que determinada norma viola o artigo 18.º, n.º 2, da CRP, quando o tribunal recorrido havia julgado violado o artigo 13.º, n.º 1, da Lei Fundamental, sendo certo, porém, que esta solução levanta algumas questões que importa analisar com maior profundidade<sup>18</sup>.

### 3. Efeitos

Os efeitos da decisão do Tribunal Constitucional, em sede de recurso de fiscalização de constitucionalidade, são passíveis de diversas classificações. Poder-se-á descortinar, pelo menos, a distinção entre efeitos directos ou indirectos<sup>19</sup> ou, mesmo, entre efeitos típicos e atípicos<sup>20</sup>. Não nos parece, porém, útil estabelecer aqui um critério formal, em que se possam categorizar os efeitos das decisões em recurso de fiscalização concreta – com os problemas de coerência que certamente se levantariam – mas, ao invés, identificar os efeitos possíveis das decisões de fiscalização concreta de constitucionalidade, que habilitem uma definição concreta do âmbito e do alcance dessas decisões.

<sup>18</sup> Neste sentido: JORGE MIRANDA, *op. cit.*, p. 218. Questão diferente é a de saber se o TC pode conhecer de vícios que não tenham sido discutidos e apreciados no Tribunal *a quo*. Por exemplo, num recurso de constitucionalidade em que se invoque um vício de inconstitucionalidade material de uma norma aplicada pelo tribunal *a quo* poderá o TC conhecer da inconstitucionalidade orgânica? Apesar de a jurisprudência apontar em sentido negativo, mesmo compreendendo a *ratio* da solução, temos fortes dúvidas quanto ao argumento utilizado. Na verdade, não vemos razão para distinguir essa situação daquela em que o TC considera que a interpretação dada à norma pelo tribunal *a quo* ofende um dado princípio constitucional e não aquele que tenha sido invocado pelo recorrente. Se o critério de referência da decisão do TC é a delimitação feita pelo tribunal recorrido da questão de constitucionalidade, então não se vê como se pode aceitar aquela primeira hipótese. Ou seja, se entre um (ou serão mais?) vício material de inconstitucionalidade se admite que o TC não está vinculado às normas constitucionais que o recorrente considere terem sido violadas, ou em relação às quais o tribunal *a quo* se tenha pronunciado, como conceber que o tribunal não possa conhecer vícios diferentes? Nessa hipótese, que parece ser a que acolhe aceitação generalizada, o critério seria apenas o do tipo do vício, o que parece manifestamente pobre para sustentar a solução. Resumindo, não se vislumbra sustentabilidade no argumento que considera que o TC pode conhecer vícios materiais diferentes dos discutidos na decisão recorrida e já não (diferentes) vícios orgânicos ou formais.

<sup>19</sup> Vide a propósito dos efeitos indirectos: J.J. GOMES CANOTILHO, *op. cit.*, p. 891, nota 16.

<sup>20</sup> VITALINO CANAS, *Introdução Às Decisões de Provimento do Tribunal Constitucional*.

O primeiro efeito da decisão do recurso de fiscalização concreta da constitucionalidade, e aquele que define também a natureza que o mesmo assume entre nós, será o da aplicação ou não aplicação da norma impugnada. O tribunal recorrido – e como veremos todos os outros que decidam no processo e respectivos incidentes – fica obrigado a aplicar ou não aplicar a norma ao caso concreto. Quando o Tribunal Constitucional julgar a norma não inconstitucional, os tribunais ficam obrigados a aplicá-la no processo e, inversamente, quando a decisão daquele órgão fiscalizador julgue a inconstitucionalidade da norma, os tribunais ficam obrigados a não aplicá-la na respectiva causa. Por outro lado, se a decisão do Tribunal Constitucional configurar uma decisão interpretativa, valerá no processo a interpretação que for dada à norma por aquele tribunal, quer seja uma decisão interpretativa de acolhimento ou de rejeição (artigo 80.º, n.º 3, da LTC)<sup>21</sup>.

O efeito a que nos referimos poderá ser designado como *efeito de vinculação da decisão do Tribunal Constitucional sobre a questão de constitucionalidade*. Todavia, apesar do que se possa *aprioristicamente* supor, o efeito não é, nunca é demais sublinhá-lo, o da sobreposição ou substituição da decisão recorrida mas, apenas, o da revogação quanto à questão de constitucionalidade. O Tribunal Constitucional vincula o tribunal recorrido mediante e no que respeita à sua decisão de constitucionalidade, mas não sobre a decisão de fundo sobre causa. Não se trata de um controlo de mérito sobre a decisão judicial, só ao tribunal recorrido caberá condicionar a decisão da causa em função da decisão de constitucionalidade tomada pelo Tribunal Constitucional.

Cumprir precisar o sentido das considerações que acabámos de tecer. Na solução de determinado litígio, o tribunal de instância ou de recurso configurou uma dada solução de direito para a causa. Essa solução terá necessariamente que se fundar na aplicação ao caso concreto de uma ou mais normas. Uma das partes (ou sujeitos processuais) no processo que corre perante aqueles tribunais suscitou atempadamente a inconstitucionalidade dessa norma, tendo essa questão tido sido apreciada pelo tribunal que considerou a norma conforme à Constituição e aplicou-a na referida solução de direito. Se na sequência de recurso interposto para o Tribunal Constitucional, este vem julgar a norma inconstitucional, o tribunal recorrido não poderá já aplicá-la na solução de direito que tem, obrigatoriamente, que dar ao caso. A nosso ver, a nova solução de direito a dar ao caso, já sem a norma impugnada sem realce e julgada

<sup>21</sup> Vide J.J. COMES CANTILHO, *op. cit.*, p. 892.



inconstitucional, é da sua exclusiva competência, estando vedado ao Tribunal Constitucional interferir na mesma.

O caso julgado no processo da decisão do Tribunal Constitucional (artigo 80.º da LTC), constitui o segundo efeito das decisões de fiscalização concreta. Efeito que está tão intimamente ligado com o primeiro que, por vezes, se torna difícil fazer operar a distinção entre os dois. A sentença do Tribunal Constitucional vincula os tribunais judiciais no processo, como vimos, no que respeita à solução dada à questão de constitucionalidade<sup>22</sup>. Aquela decisão tem, por isso, mera eficácia *inter partes* e não *erga omnes*, como sucede com as decisões de fiscalização abstracta. Conforme se pôde verificar, no caso de *provimento*, os tribunais judiciais ficam impedidos de aplicar a norma julgada pelo Tribunal Constitucional e, no caso de *não provimento*<sup>23</sup>, ficam obrigados a aplicar a norma julgada não inconstitucional.

Não obstante o predito, há que considerar que no caso de decisão de não provimento os tribunais não ficam impedidos de encontrar outros vícios de inconstitucionalidade. Pelo menos, assim terá que ser considerado quando se defenda que o Tribunal Constitucional não pode conhecer vícios de inconstitucionalidade diferentes daqueles que foram apreciados pelo tribunal *a quo*<sup>24</sup>, sob pena de se desvirtuar todo o sistema de fiscalização concreta e o seu fim último: a garantia da Constituição.

Quanto ao caso julgado no processo (formal) cabe concretizar o seu alcance. Referimos “tribunais” pois, de facto, consideramos que a decisão do Tribunal Constitucional vincula todos os tribunais<sup>25</sup> que intervenham no processo e não só o tribunal directamente recorrido<sup>26</sup>. Este entendimento impõe-se por diversos motivos: a regra do caso julgado – ainda que limitado ao processo em que a decisão foi tomada – implica o acatamento da decisão por todos os tribunais e implica que nenhum tribunal pode voltar a conhecer e decidir sobre

<sup>22</sup> Neste sentido a maioria, senão a unanimidade, da doutrina. A título de exemplo: Jorge Miranda, *op. cit.*, p. 234, J.J. GOMES CANOTILHO, *op. cit.*, p. 890.

<sup>23</sup> Provimento, no caso de a norma ser julgada inconstitucional pelo TC e não provimento quando a norma é julgada não inconstitucional, tal como J.J. GOMES CANOTILHO, *op. cit.*, p. 890.

<sup>24</sup> *Supra* nota 18.

<sup>25</sup> O mesmo será válido para as decisões do Ministério Público no processo penal. Na verdade, não se vê como a decisão possa, por exemplo, vincular o juiz de instrução e não as decisões do Ministério Público, pelo menos nos actos decisórios da sua competência exclusiva e não submetidos a controlo judicial.

<sup>26</sup> Sobre a questão *vide* J.J. GOMES CANOTILHO, *op. cit.*, p. 891, nota 17. As decisões sobre a constitucionalidade impõem-se mesmo aos tribunais de recurso que possam ainda intervir no processo, para além do tribunal recorrido.

aquela mesma questão, o que se explica quer pelas exigências de segurança jurídica, quer pela necessidade de coerência do sistema. Portanto, ainda que o processo continue, mediante um recurso extraordinário por exemplo, os tribunais que aí decidirem ficam também adstritos à decisão sobre a questão de constitucionalidade. Outro entendimento desvirtuaria a teleologia do sistema de fiscalização concreta e difusa na sua componente objectiva, uma vez que a garantia da Constituição sairia fortemente enfraquecida pelo esvaziamento do *efeito de vinculação da decisão do Tribunal Constitucional*.

Mais: o caso julgado terá, também, de vigorar nos incidentes apensos ao processo e se a questão de constitucionalidade for suscita no âmbito de um incidente (*cf.* artigos 302.º e sgs. do Código de Processo Civil – CPC), a decisão que for tomada pelo Tribunal Constitucional terá que vincular, de igual forma, as decisões que tomem no processo principal. Se assim não fosse, seria fácil *contornar* a decisão do Tribunal Constitucional através de processos incidentais, nomeadamente, providências cautelares, incidentes de liquidação, entre outros, ou de outra forma, poder-se-ia verificar a hipótese de uma norma ser julgada inconstitucional num incidente do processo e, ainda assim, ser aplicada no processo principal<sup>27</sup>, o que convém manifestamente evitar.

É, também, apontado como efeito (*típico*)<sup>28</sup> das sentenças de provimento do Tribunal Constitucional, o recurso obrigatório para o Ministério Público das decisões dos tribunais que apliquem norma anteriormente julgada inconstitucional (artigo 280.º, n.º 5, da CRP e artigo 72.º, n.º 3, da LTC). Alguns autores consideram que, a par deste efeito, a declaração com força obrigatória geral com fundamento na repetição de julgados, constitui um outro efeito indirecto da sentença do Tribunal Constitucional<sup>29</sup>. Num e noutro caso, tratar-se-ão de efeitos indirectos, porque estão dependentes de acontecimentos exteriores à

<sup>27</sup> O caso parece não estar tratado na doutrina mas assume redobrada importância a nível processual. Imagine-se, por exemplo, que A vencido numa acção declarativa interposta por B, recorre para o Tribunal Constitucional com fundamento na inconstitucionalidade de uma norma aplicada na sentença relativamente à contagem dos juros, mantida em acórdãos posteriores da Relação e do Supremo. O Tribunal Constitucional julga a norma inconstitucional e o tribunal recorrido altera a sentença em conformidade. No entanto, a condenação (ilíquida) mantém-se e B deduz incidente de liquidação de sentença invocando nesta sede a norma relativa aos juros já julgada inconstitucional no processo principal. Poderia, no incidente de liquidação, essa norma ser aplicada? Parece que não.

<sup>28</sup> VITALINO CANAS, *op. cit.*, p. 75.

<sup>29</sup> Neste sentido, J.J. GOMES CANOTILHO, *op. cit.*, p. 891. Temos sérias dúvidas que esta situação se possa qualificar como efeito da sentença, mesmo efeito indirecto, já que esse efeito será o resultado de três decisões de inconstitucionalidade num mesmo sentido e não de cada uma delas.

própria sentença do Tribunal Constitucional. Em bom rigor, não se trata nestes casos de efeitos da decisão de constitucionalidade, uma vez que a relação causa-efeito fica definitivamente comprometida pela exigência de verificação de outros eventos (exteriores).

### III – A repristinação como efeito da sentença do Tribunal Constitucional

Manifestámos já o nosso crer na verificação de hipótese em que haja necessidade de repristinar normas na sequência de uma decisão do Tribunal Constitucional, em sede de recurso de fiscalização concreta. É verosímil que o Tribunal Constitucional julgue inconstitucional uma norma, que consequentemente deixa de poder ser aplicada pelo tribunal recorrido e que, por essa via, haverá necessidade de repristinar a norma que ela haja, eventualmente, revogado, por forma a dar solução ao *sub judice*. Pode, também, acontecer que o tribunal da causa haja considerado dada norma inconstitucional e, por consequência, haja repristinado a norma por ela revogada. Se o Tribunal Constitucional julgar constitucional a norma, o tribunal terá que a aplicar em vez de aplicar a norma repristinada. A questão pode *à priori* ser concebida como um efeito da decisão do Tribunal Constitucional, entre nós essa posição é claramente defendida por alguma doutrina<sup>30</sup>, chegando esse efeito a ser considerado como *típico*<sup>31</sup>. No entanto, salvo o devido respeito, discordamos frontalmente dessa posição, dos seus pressupostos e das consequências que trás implicadas.

Na verdade, consideramos que a questão se centra no âmago da natureza do recurso de fiscalização concreta da constitucionalidade. Não se discute a plausibilidade da hipótese, não se duvida que, por força de uma decisão de provimento, o tribunal recorrido fique obrigado a desaplicar uma norma (inconstitucional) revogatória. No entanto, atenta a posição que tomámos quer quanto

<sup>30</sup> Para além de VITALINO CANAS, RUI MEDEIROS, *op.cit.*, pp.655 e sgs. Apesar da referência que nesta última obra se faz à posição de JORGE MIRANDA no seu *Manual de Direito Constitucional*, Tomo II, Coimbra Editora, 1991, p. 447, parece-nos que ela não é aí totalmente coincidente com o sentido que RUI MEDEIROS parece querer retirar. A mais e mais, a referência à repristinação em sede de fiscalização concreta não se encontra já na obra do mesmo autor *Manual de Direito Constitucional*, Tomo VI, sendo apenas tratada a propósito da fiscalização abstracta.

<sup>31</sup> VITALINO CANAS, *op. cit.*, pp. 70 a 75, ainda que as suas teses tenham causado, à época, forte controvérsia, como se poderá verificar no *Progresso do Direito*, 1985, n.º 3/4.

à natureza do recurso de fiscalização concreta, quer quanto ao seu objecto e quanto aos seus efeitos, consideramos que a eventual repristinação que haja que ser feita trata-se de um problema a resolver pelo tribunal recorrido e não um efeito típico e, muito menos, necessário da decisão de inconstitucionalidade proferida pelo Tribunal Constitucional.

Não partilhamos, pois, da autorizada *opinio* que preconiza que as decisões de inconstitucionalidade em sede de fiscalização concreta produzem os mesmos efeitos que as decisões de inconstitucionalidade com força obrigatória geral<sup>32</sup>. Como referimos, cremos que o efeito produzido pela decisão de provimento é apenas o da não aplicação ao caso concreto e não o da *erradicação* da norma, embora ainda hoje esteja por resolver no texto constitucional a distinção entre efeitos da inconstitucionalidade e efeitos da declaração com força obrigatória geral. Luís Nunes de Almeida introduziu, de forma paradigmática, esta ideia: “*Grande parte dos efeitos da inconstitucionalidade deveriam estar definidos na Constituição com um carácter rigoroso. O Tribunal não deveria mexer neles ou alterá-los*”<sup>33</sup>. Esse esclarecimento do legislador constituinte poderia, de facto, constituir a chave para o problema dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade em sede de fiscalização concreta, mas sem uma posição expressa no texto constitucional a questão terá que ser tratada com especial reserva e cuidado.

No desenvolvimento das suas teses, Vitalino Canas refere que uma das situações que poderá motivar o Tribunal Constitucional a determinar a repristinação de uma norma será “*(...) o vazio jurídico causado pela declaração de inconstitucionalidade ou ilegalidade da norma aplicável ao caso concreto*”<sup>34</sup>. Não cremos que o argumento proceda. Ao contrário do que se verifica com as decisões de fiscalização abstracta, a decisão de não aplicação da norma, resultante de decisão de provimento em recurso de fiscalização concreta não implica um verdadeiro vazio jurídico, não há uma verdadeira *erradicação* da norma do ordenamento jurídico – afinal ela continua a ser aplicada em qualquer outro processo – e suspeitamos que a tese da nulidade gerada pela inconstitucionalidade, a ser considerada, terá efeitos restritos no processo. Aquela norma não pode vigorar, porquanto inconstitucional, naquele processo mas tal não significa um verdadeiro vazio legal, porque ela continuará a valer fora do processo, inexistindo, por isso, uma nulidade em sentido próprio.

<sup>32</sup> RUI MEDEIROS, *op. cit.*, pp. 533 e sgs.

<sup>33</sup> In *Progresso do Direito*, *cit.* p. 139. Mas, também, toda a apaixonante discussão doutrinária, vertida naquele texto, a propósito do tema com as intervenções de outros autores dos quais destacamos: JORGE MIRANDA, MIGUEL GALVÃO TELES e VITAL MOREIRA.

<sup>34</sup> *Op. cit.*, p. 72.

Não há, assim, necessidade de preencher um *vazio geral e abstracto*, há apenas que dar solução ao caso concreto, procurando as normas aptas a solucionar o *thema decidendum* e recorrendo, se for caso disso, à criação das mesmas. Não há, como está bom de ver, fundamento válido para estender o poder de decisão do Tribunal Constitucional até à solução jurídica do caso concreto.

Note-se que, como referimos anteriormente, o Tribunal Constitucional não se sobrepõe à decisão do tribunal *a quo*, não se imiscui na sua competência quanto ao fundo da causa. Por consequência, é a este que cabe apreciar e decidir a causa, nomeadamente, é a este que cabe decidir a causa em conformidade com o resultado da sentença do Tribunal Constitucional. Será o tribunal recorrido, e não o Tribunal Constitucional, que terá que conformar a decisão de fundo com a decisão de constitucionalidade que está obrigado a respeitar. Nesta mesma discussão, esta ideia parece ter sido, em tempos, defendida peremptoriamente por Vital Moreira: “*Em fiscalização concreta, o Tribunal decide sobre se uma decisão de um tribunal que decidiu ou não no sentido da inconstitucionalidade, é ou não de manter, é ou não de ser confirmada*”<sup>35</sup>.

A decisão de provimento implica apenas a não aplicação da norma ao caso concreto, o que vem depois desse momento, desse efeito que referimos, não é da competência do Tribunal Constitucional<sup>36</sup>. A questão de constitucionalidade do caso concreto ficou resolvida com a decisão que julgou a norma inconstitucional e, por isso, determinou a sua não aplicação. Tudo o resto está cometido ao *juiz da causa*, é ele que em face do direito e, concretamente, em face das normas potencialmente aplicáveis e à sua disposição, terá que resolver o caso concreto.

Depois do processo baixar, o tribunal recorrido, com ou sem norma (inconstitucional), continua a ter que resolver a questão de fundo, o que poderá passar por reprivatizar normas revogadas, por integrar lacunas ou criar o direito. As opções que se colocam à resolução do caso concreto são obrigatoriamente da sua responsabilidade. O tribunal recorrido tem sempre, sob pena de denegar justiça, que decidir, realizando desse modo a sua função primordial que é a de julgar os feitos que lhe são submetidos. Por sua vez, o Tribunal Constitucional realiza a sua função primordial quando decide sobre o problema de

<sup>35</sup> *Progresso do Direito*, cit., pp. 114 e sgs.

<sup>36</sup> Neste sentido parece ir também JORGE MIRANDA, *Manual...* Tomo VI, pp. 220 e 221, quando refere “(...) O Tribunal Constitucional não pode censurar ao tribunal recorrido a decisão sobre a norma reprivatizada que este tenha aplicado; apenas lhe compete decidir sobre a constitucionalidade da norma não aplicada”.

constitucionalidade que, recorde-se, se suscitou no caso concreto e está por ele delimitado.

Para ilustrar o argumento, imagine-se que se está perante um caso de revogação tácita ou parcelar. Estaria respeitado o objecto do recurso de fiscalização concreta, tal como resulta do texto do artigo 280.º da Constituição, nomeadamente, do seu n.º 6, se o Tribunal Constitucional apreciasse o tipo de revogação que estaria em causa ou que segmento da norma revogada deveria ser res-primado? Cremos que não.

Aliás, uma tal concepção têm o demérito de bulir com a independência dos tribunais (consagrada no artigo 203.º da CRP), uma vez que o Tribunal Constitucional já não estaria a decidir sobre a questão de constitucionalidade, mas sim a decidir sobre a solução de direito no caso concreto. Não é de todo, parece-nos, esse o espírito que preside às normas constitucionais e legais que prevêm e regulam o recurso de fiscalização concreta da constitucionalidade. Este recurso não foi concebido como um recurso de amparo, nem sequer como um meio de provocar uma declaração com força obrigatória geral, e daí advém obrigatoriamente o dever do Tribunal Constitucional se auto limitar à decisão de constitucionalidade da norma.

A sentença do Tribunal Constitucional já não poderá alcançar a decisão do caso concreto, a não ser que nos termos gerais a inconstitucionalidade da norma repristinada tenha sido também suscitada no âmbito do processo e seja da mesma forma objecto do recurso. Não parece ser possível defender, por um lado, que a decisão do Tribunal Constitucional é nesta sede uma decisão sobre a constitucionalidade (ou inconstitucionalidade) da norma e, por outro, defender que o Tribunal Constitucional pode conformar os efeitos da sua decisão na causa concreta, o que constituiria já uma decisão de mérito.

O autor, acima citado, refere que o legislador constituinte olvidou as dificuldades que se verificam na fiscalização concreta, quando na fiscalização abstracta previu correctamente os problemas que a declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral poderia acarretar<sup>37</sup>. Não se trata, em nosso ver, de *esquecimento*, trata-se, ao invés, de o legislador constituinte ter dado um tratamento propositadamente diferenciado a dois institutos de natureza distinta.

No que respeita à fiscalização abstracta da constitucionalidade, a declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral implica necessariamente a nulidade da norma – com efeitos, em princípio, *ex tunc*. Aí houve, de

<sup>37</sup> VITALINO CANAS, *op.cit.*, p.71.

facto, necessidade de salvaguardar o vazio legal gerado pela declaração de inconstitucionalidade, a norma deixa de existir no ordenamento jurídico e não produz efeitos – no caso de inconstitucionalidade originária – desde a sua entrada em vigor. Mas no que respeita ao recurso de fiscalização concreta, a decisão do Tribunal Constitucional resume-se à resolução da questão de constitucionalidade que lhe foi submetida por uma parte ou sujeito num processo judicial. Dessa decisão, não resulta, reiteramos, um verdadeiro vazio legal, antes a impossibilidade de aplicar determinada norma que, no mais, vigorará no ordenamento jurídico.

Destas diferenças, resultou a necessidade de se prever um regime de repristinação em caso de fiscalização abstracta e a desnecessidade de o consagrar em relação ao recurso de fiscalização concreta. Não se tratou, como referimos, de um *esquecimento*, mas de uma opção perfeitamente justificável à luz das diferentes concepções e dos valores que subjazem a cada um desses institutos. Se assim não fosse, do recurso de fiscalização concreta nasceria, também, uma declaração com força obrigatória geral.

Pelo exposto, concluímos que a repristinação, na acepção que vimos utilizando, poderá constituir um instrumento ao dispor do tribunal recorrido para resolver o fundo da causa, depois de lhe ser vedado o recurso à norma julgada inconstitucional, mas não um efeito da decisão de provimento do Tribunal Constitucional. Quanto muito, poder-se-ia falar em efeito indirecto, a par daqueles outros efeitos que se mencionaram já e cuja verificação está dependente de eventos exteriores à decisão do tribunal constitucional.

Em conformidade com o que se vem defendendo, consideramos que ao Tribunal Constitucional está vedado, em sede de fiscalização concreta, a restrição de efeitos relacionados com a eventual repristinação<sup>38</sup> de normas, mesmo quando suspeite que a norma potencialmente repristinável está, também ela, ferida de inconstitucionalidade.

<sup>38</sup> Não vemos qualquer problema em que essa limitação de efeitos se dê em sede de fiscalização abstracta. Aí cremos que o princípio do pedido deverá ceder perante a necessidade de acautelar que uma decisão de inconstitucionalidade venha a determinar a vigência de normas, porventura até mais, inconstitucionais. Nessa sede, fará todo o sentido que o Tribunal avalie as consequências da declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral.

#### IV – A inconstitucionalidade da norma a repristinar

Uma das principais razões que conduziu ao problema que tentámos aqui tratar, constitui a possibilidade de a norma a repristinar na sequência de uma decisão de provimento padecer, também ela, de um vício de inconstitucionalidade. O que aconteceria então? Seria aceitável que o sistema de fiscalização da constitucionalidade produzisse um *resultado inconstitucional*?

As soluções tentadas para semelhante problema passaram por dois caminhos distintos: num deles, o Tribunal Constitucional poderia conhecer da inconstitucionalidade da norma a repristinar e, julgando-a inconstitucional, determinar a sua não aplicação no processo; no outro, poderia o Tribunal limitar os efeitos da sua decisão ressalvando a não repristinação da norma revogada pela norma inconstitucional. No fundo, embora existam diferentes etapas nestes dois caminhos doutrinários, os pontos de partida e de chegada serão exactamente os mesmos. Nenhum dos dois merece, contudo, a nossa aprovação.

Pelo que vimos referindo, a conformação do litígio após a decisão sobre a questão da constitucionalidade, num ou noutro sentido, caberá ao tribunal recorrido ou, eventualmente, a outros tribunais que venham a decidir na causa e não ao Tribunal Constitucional. Não constituindo a repristinação um efeito, pelo menos directo, da decisão de constitucionalidade, mesmo considerando as modernas teorias sobre a possibilidade de restrição de efeitos em sede de fiscalização concreta, não será possível ao Tribunal Constitucional regular a decisão do tribunal recorrido a esse propósito.

Note-se que, os argumentos expendidos a propósito da restrição de efeitos das decisões do Tribunal Constitucional estão centrados na atendibilidade de razões de segurança jurídica e equidade e, também, em razões de interesse público<sup>39</sup>. Em sede de fiscalização concreta tais argumentos não deverão, porém, proceder. Desde logo, porque a avaliação da segurança jurídica e de equidade nunca estará desligada do caso concreto e aí estarão claramente ultrapassados os limites objectivos da decisão do Tribunal Constitucional.

Na verdade, tratando-se de recurso de fiscalização concreta é natural que o Tribunal assim proceda, porquanto a avaliação das razões de segurança jurídica e equidade que poderá, em tese, exigir a restrição de efeitos há-de fazer-se por referência às circunstâncias do caso concreto que poderiam eventualmente estar verificadas. Não é de prever que o Tribunal Constitucional restringisse os efeitos da sua decisão por motivos de segurança jurídica e equidade objectiva-

<sup>39</sup> JORGE MIRANDA, *Manual...* VI, *cit.* p. 286. RUI MEDEIROS, *op. cit.*, pp. 696 e sgs.



mente considerados e desligados do caso concreto e, com isso, estaria definitivamente comprometida a limitação da decisão à questão de constitucionalidade.

Por outro lado, o *interesse público*, a ser considerado, devê-lo-á ser quanto à fiscalização abstracta da constitucionalidade, em que os potenciais destinatários (ou afectados) da decisão serão todos os cidadãos e não um ou os demais que possam ser afectados pela sentença do Tribunal Constitucional, a não ser que se aceite a tese, em tempos veiculada, do efeito precedente das decisões de fiscalização concreta, o que a maioria da doutrina não parece considerar.

De outro modo, atribuir ao órgão fiscalizador da constitucionalidade o poder para conhecer e decidir sobre a questão de inconstitucionalidade da norma repristinável redundaria, em nosso entender, numa discricionariedade<sup>40</sup> incompatível com o disposto no artigo 280.º da CRP. Os partidários desta solução terão, ao menos, que reconhecer que se se defende que o Tribunal Constitucional não pode conhecer de vícios de inconstitucionalidade não suscitados no processo e não apreciados pelo tribunal *a quo*, não se poderá, por maioria de razão, defender que pode conhecer de outras normas.

Observe-se que a maioria da doutrina e jurisprudência limita o conhecimento do Tribunal Constitucional aos vícios invocados no processo e no recurso, desconsiderando por exemplo a possibilidade de o Tribunal conhecer de vícios orgânicos ou formais quando havia sido invocado um vício material<sup>41</sup>, pelo que seria incongruente atribuir ao Tribunal Constitucional o poder de conhecer da constitucionalidade de outras normas não invocadas no processo e no recurso de constitucionalidade.

Acresce ainda que, o princípio do pedido encontra aqui um sentido mais rígido do que em fiscalização abstracta. Como sucede em geral no direito processual, e sobretudo no que aos recursos diz respeito, a questão *decidenda* é delimitada pelas partes, *in casu* pelo conjunto formado pela decisão sobre a questão de inconstitucionalidade do tribunal recorrido e pelo teor das conclusões de recurso do recorrente. Conforme reconheceu o próprio Tribunal Constitucional, o objecto do recurso não pode ser alargado à apreciação de mais normas do que aquelas que foram questionadas perante o tribunal recorrido<sup>42</sup>.

<sup>40</sup> Neste sentido parece ir PIERRE ALBERTO CAPOTOSTI, *Revisvicenza di norme abrogate e dichiarazione d'illegittimità consequenzial*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, pp. 1043 e sgs por referência a p. 761.

<sup>41</sup> *Vide supra*, nota 18.

<sup>42</sup> Ac. TC n.º 141/87, de 22 de Abril, *Diário da República*, 2ª Série, 30 de Julho.

Quer isto dizer, que ao conhecer da constitucionalidade da norma, potencialmente, repristinável, o Tribunal Constitucional estaria a julgar *in ultra peti- tum* – se como se referiu a questão não tivesse sido suscitada no processo e no próprio recurso do recorrente –, o que constituiria uma clara violação ao princípio do dispositivo, revestida de redobrada gravidade enquanto o Tribunal estaria a extravasar o âmbito do próprio modelo constitucional de fiscalização difusa e concreta.

Trata-se aqui da proibição da *reformatio in melius*, como garantia de que o tribunal *ad quem* fica vinculado à impugnação do recorrente, não lhe sendo lícito extravasá-la mesmo em certos casos de conhecimento oficioso<sup>43</sup>. Na verdade, esta consequência resulta do desenvolvimento dos referidos princípios do dispositivo e do pedido (*cf.* artigo 661.º, n.º 1, do CPC) que encontram plena aplicabilidade no processo de recurso de fiscalização concreta por remissão do artigo 69.º da LTC.

No entanto, perante a conclusão a que chegámos, como resolver então o problema da inconstitucionalidade da norma a repristinar? A garantia da Constituição e os direitos dos visados demandam a resolução do problema do *resultado inconstitucional* de uma sentença do Tribunal Constitucional. Isto é, se não a razão, ao menos a *sensibilidade jurídica* há-de ditar a procura de solução para o imbróglio que vimos analisando.

Cremos que o mesmo pode, porventura, ser resolvido por via bem mais simples. De facto, no caso do tribunal recorrido, na sequência de uma decisão de provimento do Tribunal Constitucional, resolver o caso concreto mediante a aplicação da norma repristinada inconstitucional, a solução passará pela eventual interposição de novo recurso para o Tribunal Constitucional.

Como vimos nada obriga a que o Tribunal Constitucional evite *per se* esse resultado, mas também nada impede que, tomada nova decisão pelos tribunais da causa – na qual seja aplicada norma diversa da apreciada em sede de recurso de fiscalização concreta da constitucionalidade –, os titulares do direito de recurso para o Tribunal Constitucional exerçam novamente esse direito.

Os efeitos da vinculação da decisão do Tribunal Constitucional e do caso julgado estarão, nesta hipótese, inteiramente respeitados porquanto a decisão de constitucionalidade anterior respeitava a uma determinada norma já julgada inconstitucional e não aplicada no processo, incidindo o novo recurso sobre uma outra questão de constitucionalidade delimitada *ab initio* pela norma

<sup>43</sup> MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Estudos Sobre o Novo Processo Civil*, Lex, 2ª ed., 1997, p. 466.

repristinada, aplicada pelo tribunal da causa e não por aquela outra norma já julgada inconstitucional, mesmo quando as normas tenham conteúdo idêntico.

O único entrave seria, porventura, a impossibilidade de o recorrente suscitar a questão no processo, nos termos das alíneas *b)* e *f)* do artigo 70.º da LTC. Mas, esse problema será de fácil resolução quando se considere que o recurso não fica prejudicado pelo facto de o recorrente não ter tido oportunidade processual para suscitar a questão de inconstitucionalidade<sup>44</sup>.

Com efeito, como em outros, não será neste caso, razoável impor que o recorrente suscite a questão atempadamente no processo, desde logo, porque não lhe será exigível um esforço de prognose que o obrigue a prever a nova solução jurídica que o tribunal recorrido venha a dar à causa e, de outra sorte, porque depois de o processo baixar, o recorrente poderá não ter oportunidade processual para o fazer.

Consideramos que a solução proposta, concretizará simultaneamente a garantia objectiva da Constituição, realizando plenamente a teleologia subjacente ao sistema de fiscalização difusa e concreta da constitucionalidade, sem que com isso deixem de ser respeitados os direitos das partes ou sujeitos processuais e, bem assim, a independência dos tribunais.

<sup>44</sup> Por todos, GUILHERME DA FONSECA e INÈS DOMINGOS, *op. cit.*, pp. 49 e sgs, com referência à diversa jurisprudência constitucional aí citada e/ou analisada.