

# O CONTEÚDO POSSÍVEL DAS SENTENÇAS ADITIVAS CONSTITUCIONALMENTE OBRIGATÓRIAS NO CONTEXTO DAS DECISÕES COM EFEITOS ADITIVOS

*Possible contents of additive sentences constitutionally required in the context  
of legal decisions with additive effects*

Carlos Blanco de Morais<sup>1</sup>

## RESUMO

Este artigo visa a analisar o conteúdo possível de uma sentença aditiva constitucionalmente obrigatória, em especial em uma área de penumbra entre as sentenças constitucionalmente obrigatórias de carácter estrito (ou de *rime obligatissime*) e as sentenças aditivas de princípio. Segundo a interpretação, conforme à Constituição, ante a escolha de várias soluções interpretativas constitucionais, não cabe ao Tribunal Constitucional optar livremente por uma delas e impô-la ao legislador ou ao tribunal *a quo*, já que não lhe compete escolher o melhor direito infraconstitucional, mas sim utilizar como parâmetros critérios seletivos negativos.

**Palavras-chave:** Justiça Constitucional de Portugal; Sentença aditiva.

## ABSTRACT

This article aims at analysing the possible content of a constitutionally mandatory additive sentence, especially in an area of darkness between constitutionally mandatory sentence of strict nature (or *rime obligatissime*) and the principle additive sentences. According to the interpretation, under the Constitution, in face of several constitutional interpretative solutions, it is not up to the Constitutional Court to choose freely one of them and enforce it to the legislator or to the court *a quo*, as it is not competence of the Constitutional Court to choose the most indicated infraconstitutional law but utilize negative selective criteria as parameters.

**Keywords:** Aditive Sentence; Portugal Constitutional Court.

---

<sup>1</sup> Professor da Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa. Mestre e Doutor pela Faculdade de Lisboa. Consultor para Assuntos Constitucionais da Presidência da República de Portugal. Lisboa – Portugal. E-mail: [cbm@meo.pt](mailto:cbm@meo.pt). Texto recebido em 19.05.09.

## 1 SENTENÇAS MANIPULATIVAS

O tema que nos propomos abordar não resulta de qualquer fluxo problemático de sentenças aditivas na Justiça Constitucional Portuguesa, que tem actuado com *self-restraint* na presente década, por contraste com a década de noventa, durante a qual fez um uso mais acentuado, embora relativamente comedido, deste tipo de decisões. Contudo, no Brasil, o Supremo Tribunal Federal tem descoberto as sentenças aditivas nos últimos seis anos e é a estreita ligação entre as comunidades constitucionais portuguesa e brasileira e o conhecimento dos fortes debates que decorrem no Brasil a propósito do activismo do Supremo Tribunal Federal, e que recorda as polémicas travadas na Itália dos anos 70 e 80, que nos estimularam a abordar o tema.

As sentenças aditivas constituem uma variante de sentença manipulativa ou intermédia.

As sentenças manipulativas consistem em *decisões jurisdicionais que determinam a modelação do sentido ou dos efeitos da norma submetida a julgamento*.

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 (n. 4 do art. 282º da CRP);*
- ii) *Decisões interpretativas condicionais* (sentenças interpretativas de acolhimento e, até certo ponto, as de rejeição);
- iii) *Decisões com efeitos aditivos.*

É, há muito, conhecida a razão de ser deste tipo de decisões.

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.

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 que concerne, em particular, às sentenças com efeitos aditivos, 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 de uma decisão aditiva. Neste ponto o Tribunal Constitucional afirmou-se como titular de um poder “correctivo” ou “reparador” *ad futurum* de deformidades das normas inconstitucionais.

## 2 SENTENÇAS COM EFEITOS ADITIVOS

Estas decisões são proferidas, em regra, quando a Justiça Constitucional pretende censurar silêncios inconstitucionais do decisor normativo, criadores de desigualdades intoleráveis ou quando se intenta eliminar certas restrições ou 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 profere sentenças com efeitos aditivos.

Tal como os antigos soberanos “taumaturgos”, o Tribunal Constitucional “impõe as mãos” para curar as feridas geradas pela norma parcialmente inconstitucional ou para cicatrizar o tecido do ordenamento afectado pelas suas próprias decisões de inconstitucionalidade. 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.

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*.

São sentenças desta natureza, as:

- i) sentenças “demolitórias” com efeitos necessariamente aditivos;
- ii) sentenças aditivas em *sentido estrito*;

- iii) sentenças aditivas de princípio;
- iv) sentenças de revisão constitucional;
- v) sentenças substitutivas;
- vi) sentenças aditivas positivadoras de “necessidade legislativa”

## 2.1 Demolitórias

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 ou preceito normativo, 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 de outra norma inconstitucional que a restringia ou exceptcionava;

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 hermenêutica “criadora” ou “integrativa” do Tribunal Constitucional, mas sim da dilatação lógica do campo aplicativo de uma norma de conteúdo mais geral que deixou de estar limitada no seu potencial poder de alcance.

Veja-se o caso da norma A especial ou excepcional em relação à norma B e que restringe ilegitimamente direitos fundamentais, sendo julgada inconstitucional. Não havendo direito a repristinar, a norma B, geral, passa a reger automaticamente a situação jurídica dos destinatários da norma A.

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.

## 2.2 Aditivas em sentido estrito e aditivas de princípio

Serão o tema principal desta intervenção. Remetemo-las para diante.

## 2.3 Sentenças de revisão constitucional

Importa relembrar, desde logo, que *as decisões concretizadoras de princípios e de conceitos jurídicos indeterminados* integram uma variante meramente “aparente” e não dogmática de decisões de conteúdo aditivo. Por projectarem um efeito adjuntivo de indiscutível força persuasiva no ordenamento jurídico, têm algumas semelhanças no plano da respectiva consequentialidade.

A hipertrofia patológica das sentenças concretizadoras de princípios constitucionais 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 pretenso valor constitucional.

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

Há quem entenda que, no Brasil a sentença interpretativa que determinou a perda de mandato por desfiliação partidária (Mandato de Segurança n. 23.204-9/GO), tomada criativamente através da densificação de princípios constitucionais, criou um regime jurídico que não teria arrimo nas normas constitucionais, podendo constituir uma sentença de revisão.

Sem entrar neste último caso, não se considera como juridicamente legítimas as *sentenças aditivas de revisão constitucional* as quais, sem credencial habilitante e sem amparo em qualquer raciocínio logicamente extensivo necessariamente derivado da própria Constituição, criam novos parâmetros constitucionais marcados pelo seu carácter inovatório.

Acompanhando o pensamento de *John Hart Ely*, 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 valores que, no seu entender, devem ser adoptados pela maioria de amanhã.

*A soberania constituinte*, que não se encontra na disponibilidade de qualquer tribunal, impõe que toda a mutação inovatória e transformadora do sentido das normas constitucionais deva ser decidida no respeito pelos limites materiais, por via de um itinerário de revisão constitucional, e não através de um intérprete jurisdicional.

## 2.4 Sentenças substitutivas

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 afeiçoado.

Segundo alguma doutrina, 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 inconstitucional.

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 prescritivo.

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

Não se consideram 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 *reconstrução 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 reconstrutiva). 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.

## **2.5 Sentenças aditivas positivadoras de “necessidade legislativa”**

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, alínea 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 normativas adoptadas 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, alínea 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, alínea 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.

Sei que recentemente no Brasil, no Mandato de Injunção n. 712-8/PA, relatado pelo ex-Ministro Eros Grau, votado no Supremo Tribunal Federal, evoluiu no sentido de, ante uma omissão absoluta, poder editar com efeitos *erga omnes* uma norma substitutiva da regra em falta, considerando-se o mesmo Tribunal competente para “enunciar o texto normativo que faltava, para no caso, tornar viável o exercício do direito de greve pelos servidores públicos”.

Este poder substitutivo do legislador para emitir norma primária levou *Levi do Amaral Júnior* a qualificar a norma aditada como “medida provisória do Poder Judiciário”. E *Elival da Silva Ramos* entende que, embora não seja uma medida provisória, porque estaria dependente de provocação e da existência de uma omissão, não parece muito consentânea com o princípio da separação de poderes.

Sem querer entrar no debate, pondero se resulta do artigo 5º, parágrafo 1º, da Constituição Federal a faculdade de o Supremo Tribunal Federal legislar substitutivamente ao legislador omissivo.

A ordem jurídica portuguesa não prevê uma figura idêntica, a qual, mesmo na ordem jurídica alemã, não deixa de chocar em razão da relativa “subversão” que opera em relação ao princípio da separação de poderes que logra potenciar. Não existe, pois, margem constitucional para

a Justiça Constitucional portuguesa prolatar uma sentença acompanhada de medidas desta natureza, medidas que seriam juridicamente inexistentes, com fundamento em usurpação de poderes. Exceptuar-se-ia, eventualmente, a reprimenda de normas revogadas por um acto julgado inconstitucional, associada a uma cláusula de transitoriedade fixada pelo próprio Tribunal Constitucional.

### 3 SENTENÇAS ADITIVAS

#### 3.1 Conceito e estrutura

*Podemos defini-las como 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 objecto da mesma sentença se compatibilize futuramente com a Constituição.*

Da caracterização dada de sentença com efeitos aditivos é possível identificar, no conteúdo de uma sentença dessa natureza, duas componentes dominantes:

- 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 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, consumindo a larga maioria das sentenças aditivas de garantia e, sobretudo, as de prestação.

Nesse caso o Tribunal fere com nulidade a norma ideal de um regime jurídico que não estendeu à categoria B, um benefício ou um sacrifício que fixou à categoria A, que assume natureza homóloga, considerando-se que esse silêncio não inclusivo equivale à existência de uma norma ideal de exclusão implícita com carácter inconstitucional. Em consequência, o

tribunal junta na sentença uma concretização do princípio da igualdade, de forma a alargar para o futuro o regime jurídico também à categoria B.

A “criatividade” da componente *adjuntiva* da sentença é limitada, com especial relevo para o controlo abstracto.

De um modo geral, a doutrina coincide no entendimento de que as operações correctivas e integrativas das sentenças aditivas não implicam a criação inovatória de norma *ex nihilo* pelo Tribunal Constitucional para colmatar um vazio jurídico, mas antes, o recurso a normas jurídicas já constantes do ordenamento (*Crisafulli*). Na verdade, se o Tribunal “inventa uma disciplina que não existe”, viola claramente o campo reservado ao legislador e a decisão aditiva é inválida (*Mazzaroli*).

Assim, a solução adequada ao preenchimento de uma omissão ou lacuna não poderia ser fruto de uma valoração 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*.

### **3.2 As sentenças aditivas constitucionalmente obrigatórias e as sentenças aditivas de princípio**

Procurar-se-ia, deste modo, preencher omissões relativas e também colmatar “*lacunas técnicas*” geradas pela própria sentença de *inconstitucionalidade*, não usurpando, nessa tarefa eminentemente jurisdicional, a função do legislador ou dos tribunais. 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*.

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* (*Mazzaroli*).

Tal ocorreu com a sedimentação em Itália 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* (*Granata*). 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;

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 norma constitucional preceptiva e exequível por si própria;

iv) que a operação concretizadora realizada pelo Tribunal Constitucional a partir desse princípio ou 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. Certo é que este importante *limite estrutural* às sentenças aditivas gerou um maior *self restraint* da Justiça Constitucional, gerando a prolação das chamadas sentenças aditivas de princípio.

Trata-se pois de um tipo de decisão:

i) que pressupõe a eliminação, em regra parcial, de uma norma inconstitucional;

ii) que enuncia através de um princípio constitucional os limites da operação reparadora de uma omissão relativa ou de uma lacuna técnica;

iii) mas que se abstém de proceder directamente a essa reparação.

A razão de ser da relutância do Tribunal Constitucional em integrar directamente uma lacuna técnica ou axiológica prende-se ao facto desse vazio poder ser passível de integração *por mais do que uma solução normativa conforme à Constituição*.

Não estando reunidos os requisitos para o Tribunal Constitucional proferir uma sentença constitucionalmente obrigatória, o mesmo órgão prefere enunciar um princípio constitucional que deverá ser respeitado no acto de integração da lacuna.

Alguns negam carácter aditivo às sentenças “aditivas de princípio”. 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 “mascaradas de algo diverso” (*Mazarolli*).

Faltar-lhes-ia a componente reconstrutiva das decisões aditivas, já que deixariam subsistir um vazio ou lacuna sem procederem à sua reparação directa.

Consideramos, pelo nosso lado, que as chamadas decisões aditivas de princípio não são sentenças aditivas em sentido estrito, já que carecem de uma componente reconstrutiva plena. Ainda assim, integram-se no tipo mais amplo das *decisões com efeitos aditivos*, 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 reconstrutiva da sentença não se reduz a um enunciado discursivo, mas supõe a revelação de um *princípio cogente*, que, caso não seja observado, fundamentará futuras decisões de inconstitucionalidade. Neste sentido não deixam de ter certas semelhanças com as sentenças interpretativas condicionais. Também neste sentido se produzem efeitos aditivos, ainda que com eficácia indirecta. E, finalmente, não podem ser reconduzidas a uma variante “inofensiva” de sentenças 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 rejeição.

Este expediente das sentenças aditivas de princípio 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*.

Daí que alguns autores, da linha mais céptica relativamente à admissibilidade das sentenças aditivas, tenham passado a considerar o carácter insatisfatório de muitas sentenças crismadas como *a rime obligate* e a reforçar a ideia de que as sentenças constitucionalmente obrigatórias não poderão ser um mero “chavão” que permita a legitimação encapotada de decisões genuinamente discricionárias (*Mazzarolli; Politi*).

Coloca-se, contudo, uma dúvida, assaz discutida na doutrina estrangeira sobre o *conteúdo necessário de uma sentença constitucionalmente obrigatória*.

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 Constituição que por ela é concretizada. Isto porque, caso se obtivesse, a

partir da concretização de um princípio ou de uma norma constitucional vários critérios políticos de decisão verossímeis 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 otimização do direito ordinário (tarefa do legislador ou dos tribunais comuns) e não a aplicar a administrar a justiça em matérias de natureza jurídico-constitucional (art. 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 otimização jurídica de entre várias soluções normativas não inconstitucionais? A resposta, em abstracto, é a de que essa componente reconstrutiva da sentença não vincula, 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 competência para inaplicar a componente reconstrutiva da sentença, invocando a inexistência 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 invocar a natureza não constitucionalmente obrigatória da componente adjuntiva da decisão e procederem à integração da lacuna axiológica, com outra solução normativa não inconstitucional. No fundo, estas instâncias seguiriam o rumo dos tribunais comuns italianos no final dos anos oitenta, quando confrontados com decisões aditivas de conteúdo discricionário.

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 uma *sentença aditiva de princípio*.

### **3.3 O conteúdo possível de uma sentença aditiva constitucionalmente obrigatória**

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 infreqüentemente e que carece de resposta quanto a algumas questões que levanta.

Na verdade, não poucas vezes, 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 em certos casos justificar-se, à luz da realização concreta da justiça mediante a aplicação directa de princípios e normas constitucionais e no estrito respeito pelo princípio da separação de poderes, que o Tribunal Constitucional possa proferir uma sentença aditiva e não uma sentença aditiva de princípio.

Entendemos no que tange à interpretação conforme à Constituição que ante a escolha de várias soluções interpretativas constitucionais, não cabe ao Tribunal Constitucional optar livremente por uma delas e impô-la ao legislador ou ao tribunal *a quo*, já que não lhe compete escolher o melhor direito infraconstitucional. Ainda assim, aceita-se que a Justiça Constitucional, em controlo concreto, ante uma pluralidade de opções interpretativas, possa optar por uma delas e impô-la como solução única e obrigatória, se as restantes forem juridicamente pouco verossímeis em termos de novidade e aceitação jurisprudencial e doutrinária.

Julga-se que uma solução idêntica pode ser aplicada às sentenças aditivas que reparam lacunas axiológicas e outras lacunas derivadas da própria decisão de inconstitucionalidade, quando ao Tribunal Constitucional se coloquem, num espectro reduzido, várias soluções normativas constitucionais de integração dessas lacunas em que algumas delas não sejam juridicamente verossímeis.

Importará, pois, densificar o conceito que respeita ao carácter não verossímil das soluções alternativas à solução integrativa adoptada, o qual deve resultar da aplicação de princípios constitucionais passíveis de, conjugadamente, poderem operar como parâmetro selectivo negativo das mesmas.

Poderá, pois, o Tribunal, diante de um espectro limitado de opções normativas de carácter alternativo, resultantes da concretização de normas e princípios constitucionais, optar por uma delas e excluir legitimamente as que não assumirem carácter juridicamente verossímil, na medida que observem os seguintes critérios selectivos negativos:

*1º - Inutilidade e escassa aceitação na comunidade jurídica:* o Tribunal Constitucional deve abster-se de optar por uma solução integrativa-reconstrutiva que seja juridicamente inútil ou de escassa utilidade para

os Poderes Públicos e para os destinatários da norma ou, ainda, que careça de aceitação na doutrina de referência, ou amparo jurisprudencial consistente nos supremos tribunais ou tribunais superiores. Uma opção diversa consistiria numa manifestação espúria e pretextuosa de inovação normativa do Tribunal Constitucional intrusiva da esfera do legislativo e incompatível com o *princípio da separação de poderes*.

2º - *Desrespeito pelo Poder Legislativo*: o sentido da componente reconstrutiva da sentença aditiva não pode contrariar, manifestamente, o programa do legislador que editou a norma julgada parcialmente inconstitucional, criando uma solução inovatória que o decisor legislativo não poderia, objectivamente, ter querido tomar. Qualquer integração de lacuna que não resulte inequivocamente de um mandato constitucional único e que revele um sentido ab-rogante do direito preexistente em desrespeito manifesto pelo pensamento do órgão legislativo, erige o Tribunal Constitucional a legislador substitutivo, fazendo-o extrapolar os limites das suas competências constitucionais à luz do princípio da separação de poderes.

3º - *Tendência da opção normativa para a inconstitucionalidade*: no Direito Constitucional alemão resulta ser comum a prolação de sentenças de rejeição que, todavia, agregam uma componente apelativa ou de advertência ao legislador no sentido de se fazer notar que a norma pode tender no futuro para a inconstitucionalidade. Ora, se uma das opções integrativas do Tribunal Constitucional, sem que seja objectivamente inconstitucional, tenda para a inconstitucionalidade ou suscite dúvidas de constitucionalidade, mesmo que de baixo perfil, ela deve ser necessariamente excluída pelo mesmo órgão.

4º - *Afrontamento de princípios e interesses constantes no n. 4 do artigo 282º*: o preceito em epígrafe permite a não retroactividade dos efeitos sancionatórios emergentes de uma decisão de inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, se estiverem em causa os princípios da segurança jurídica, equidade e interesse público de excepcional relevo. Julga-se que, num quadro paralelo, o Tribunal Constitucional não deve optar por uma solução integrativa que represente um *quid minus* em termos de segurança jurídica (mesmo que a mesma solução não seja inconstitucional por afronta directa ao núcleo do mesmo princípio), que seja fundamentamente e ostensivamente iníqua ou que prejudique interesses públicos de excepcional relevo, constitucionalmente previstos na Constituição.

5º - *Obstáculo à resolução de uma situação de necessidade à luz da dignidade da pessoa humana*: na esfera das sentenças aditivas de prestação coloca-se o problema das consequências prejudiciais de certas

decisões de inconstitucionalidade cujos efeitos colaterais podem implicar uma desprotecção grave de certos beneficiários das mesmas prestações. Ora, de entre duas opções normativas que concretizem uma disposição constitucional, se uma delas inviabilizar a resolução de uma evidente situação de necessidade e urgência que careça de uma resposta imediata, à luz da salvaguarda do principio constitucional da dignidade da pessoa humana, deve a mesma ser lateralizada.

6°. *Desequilíbrio negativo do Orçamento de Estado*: se uma das opções implicar custos financeiros adicionais de magnitude relevante, não antecipados pelo legislador, que se mostrem susceptíveis de afectar negativamente o valor constitucional do equilíbrio orçamental, deverá ser excluída. O equilíbrio orçamental não é um vínculo jurídico para o Tribunal Constitucional, mas é um valor constitucional expresso que deve ser ponderado por todos os órgãos de soberania. Trata-se de um critério, fundamentalmente, cumulativo com qualquer um dos precedentes.

Haverá deste modo, em conclusão, alguma margem para a fixação de critérios que fundem um juízo de ponderação, de que resulte a fixação de uma solução constitucionalmente obrigatória, como efeito de uma prévia operação hermenêutica de selecção negativa, pela qual se excluam outras soluções contrárias a critérios objectivos de justiça, equidade, equilíbrio orçamental e harmonia com os princípios reitores do sistema de direitos fundamentais (tais como a proporcionalidade e a protecção de confiança).

A título de exemplo, examinemos o Acórdão n. 191/88 sobre a querela das pensões diferenciadas, atribuídas aos viúvos e viúvas de cônjuges mortos em acidentes de trabalho.

O Tribunal Constitucional optou 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 Tribunal Constitucional limitou-se a julgar a inconstitucionalidade do preceito impugnado e a advertir que os viúvos conservariam direito à pensão, devendo o legislador ou os tribunais comuns preencherem a lacuna à luz do principio da igualdade.

Será, contudo, que o Tribunal Constitucional não teria tido, neste mesmo caso, margem para proferir uma sentença aditiva constitucionalmente obrigatória, através de um juízo de ponderação jurídico-axiológica, ao invés da envergonhada decisão aditiva de principio que aprovou? A resposta é, cautelosamente, afirmativa.

Em termos das alternativas de prolação de uma eventual componente reconstrutiva do Acórdão, e à luz do princípio do pedido (que limita o conhecimento do Tribunal à apreciação da validade da norma mais desfavorável), o Tribunal Constitucional teria apenas à 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, todavia, 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 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 pensões.

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 mais favorável era a única solução constitucionalmente verossímil 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, e aqui alteramos ligeiramente o nosso entendimento mais restrigente no segundo volume da *Justiça constitucional*, a considerar 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 (que supõem uma solução única, inequívoca e imediata a partir da Constituição)*, possa prolar também *decisões constitucionalmente obrigatórias de natureza conformadora*. Sentenças onde possa legitimamente gizar juízos axiológicos de ponderação entre um número muito restrito de soluções normativas alternativas e hipotéticas, de que resulte a exclusão das que se revelarem juridicamente inverossímeis, porque inúteis ou pouco afeiçoadas aos princípios constitucionais.

