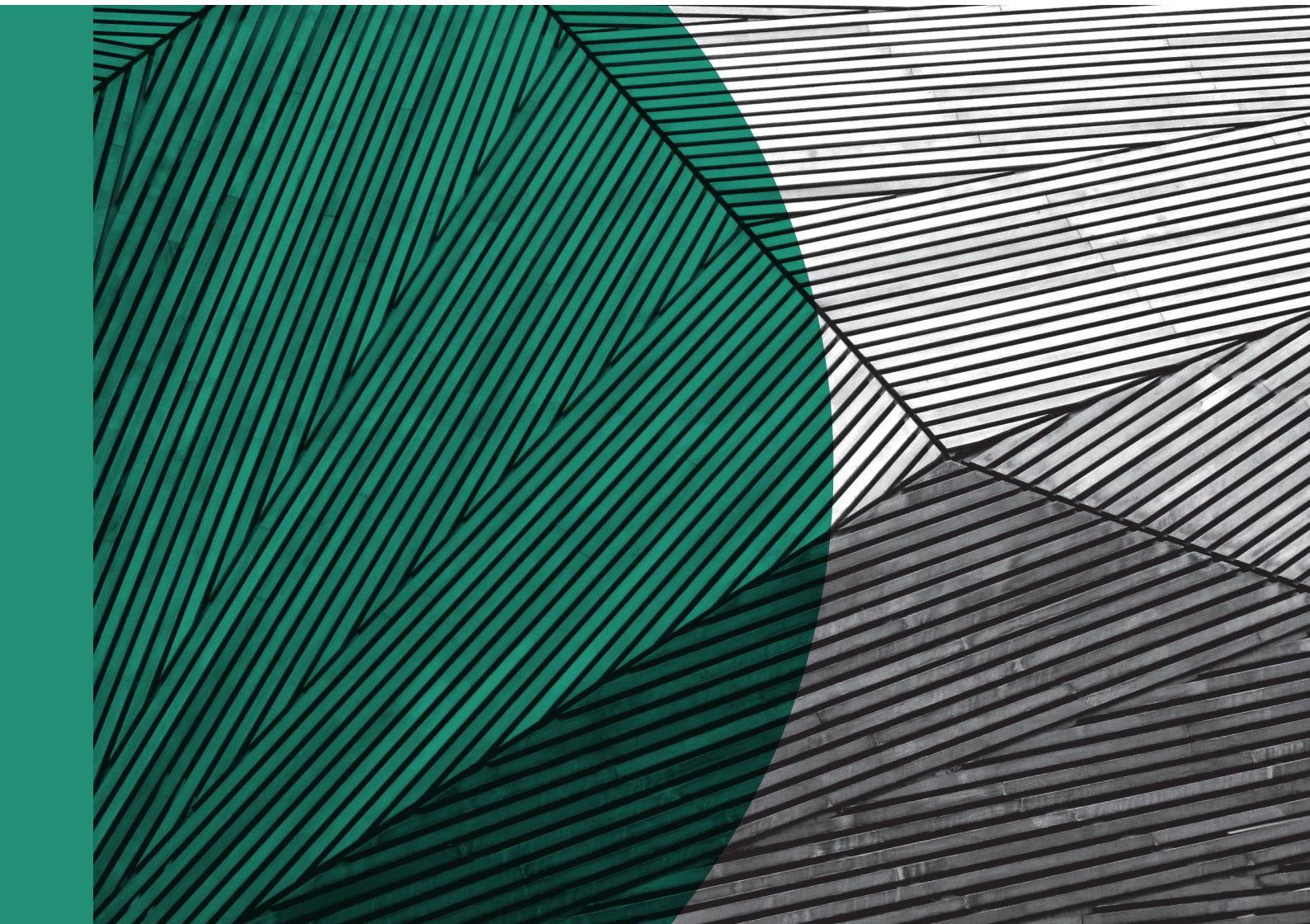


SOBRE O PROBLEMA DA INCONSTITUCIONALIDADE PRETÉRITA POSTCONSTITUCIONAL

IVO MIGUEL BARROSO



Sobre o problema da inconstitucionalidade pretérita post-constitucional

IVO MIGUEL BARROSO*

Sinopse

O presente artigo versa sobre o problema de saber se revisão constitucional poderá ter alguma espécie de efeito convalidatório, sanador ou apagador da(s) inconstitucionalidade(s) das normas infraconstitucionais anteriormente emitidas, até aí viciadas de inconstitucionalidade, quer a título material, por um lado, quer a título orgânico e formal, por outro. São expostas as várias opiniões doutrinárias – aliás, tão ricas quanto díspares - sobre a matéria; numa perspectiva crítica. No final, emitimos a nossa opinião quanto à solução a dar a estes casos.

Palavras-chave: Constituição; inconstitucionalidade pretérita; revisão constitucional; convalidação / sanação de leis inconstitucionais

Keywords: Constitution; past unconstitutionality; constitutional review; validation / healing of constitutional laws

Preliminares

Imaginemos que uma determinada norma padece de inconstitucionalidade.

Posteriormente, é feita uma revisão constitucional, de tal jeito que a norma anterior passa a estar em conformidade com a nova norma constitucional.

A pergunta que se impõe é esta: será que uma tal revisão constitucional poderá ter o efeito convalidatório, sanador ou apagador da

* Mestre em Direito e Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

Publicado in *Política & Direito*, n.º 4, Julho-Setembro de 2013, Diário de Bordo, pgs. 8-25.

ABREVIATURAS: anot. = anotação; CRP = Constituição da República Portuguesa de 1976, com incorporação das alterações das sete leis de revisão constitucional; diss. = dissertação; ed. = edição; FDUL = Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; n.º = número; ns. = números; org. = organização; par. = parágrafo; s.d. = sem data; s.l. = sem local; trad. = tradução; TC = Tribunal Constitucional.

inconstitucionalidade das normas infraconstitucionais anteriormente emitidas, até aí viciadas de inconstitucionalidade?

Poderá a revisão constitucional ter efeitos positivos sobre as normas infraconstitucionais anteriores, que padeciam de inconstitucionalidade, mas que deixaram de ser desconformes com as normas decorrentes do novo texto da Constituição instrumental?

Este é o problema da “inconstitucionalidade pretérita “post-constitucional”¹ ou “*intraconstitucional*”²; isto é, daquela que ocorre dentro da vigência da mesma Constituição, face a uma norma da versão anterior da mesma Constituição formal, na vigência da mesma; a desconformidade foi, entretanto, arredada, em virtude da retirada da norma constitucional, por parte do poder constituinte derivado.

1. Para esta questão controvertida, existem várias respostas na Doutrina:

1) Uma primeira tese afirma a inadmissibilidade de qualquer espécie de convalidação.

Tomando como ponto de partida que o desvalor típico da lei inconstitucional é o da nulidade³, com a consequente característica da insanabilidade⁴, rejeita liminarmente a possibilidade de convalidação

¹ Utilizando a expressão de MIGUEL GALVÃO TELES, *Inconstitucionalidade pretérita*, in *Nos Dez Anos da Constituição*, organização de JORGE MIRANDA, Imprensa Nacional - Casa da Moeda, Lisboa, 1987 (estudo republicado in IDEM, *Escritos Jurídicos*, volume I, Almedina, Coimbra, 2013, pgs. 67-147, com o aditamento de um “*postscriptum*” nas pgs. 145-147), pgs. 276, 293 (que refere a expressão sem “t” e sem hífen); RUI MEDEIROS, *Valores jurídicos negativos da lei inconstitucional*, in *O Direito*, ano 121.º, Julho-Dezembro de 1989, pg. 521.

² A expressão é de PAULO OTERO, in *Direito Constitucional Português*, volume II, Organização do Poder Político, 1.ª ed., Almedina, Coimbra, 2010, 20.2.1, a).V, pg. 436.

Problema reverso é o da inconstitucionalidade presente superveniente intraconstitucional, ou seja, quando, por força da aprovação de uma lei de revisão constitucional, o acto se torna desconforme com a Constituição (cfr. PAULO OTERO, *Direito Constitucional Português*, II, 1.ª ed., 20.2.1, a).V, pg. 436) (com o devido respeito, não aderimos ao entendimento de que o alegado surgimento de uma norma “não oficial” “*contra constitutionem*” sobre a matéria sobre inconstitucionalidade superveniente).

³ Segundo JORGE MIRANDA (in *Manual de Direito Constitucional*, tomo II, Constituição, 7.ª ed., revista e *atualizada*, Coimbra Editora, 2013, n.º 73.III, pg. 346, pg. 347 (nota 1, 5.º e 6.º parágrafos), a invalidade não cessa com uma eventual revisão constitucional, seja qual for o valor jurídico negativo de que se trate, “*ainda que de mera irregularidade!*” (esta exclamação é de RUI MEDEIROS, in *Valores jurídicos negativos da lei inconstitucional*, in *O Direito*, ano 121.º, Julho-Dezembro de 1989, pg. 521).

Também com o ponto de partida da nulidade, Conselheiro JOSÉ MARTINS DA FONSECA, declaração de voto de vencido junto ao Acórdão do TC n.º 408/89, de 31 de Maio, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19890408.html>.

⁴ A nulidade do acto inconstitucional é insanável ou inconvalidável (entre tantos, JORGE MIRANDA, |*Manual...*, VI, 2.ª ed., pg. 95; CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Justiça Constitucional*, I, 2.ª ed., pgs. 236 ss.). Como escreve MARCELO REBELO DE SOUSA a este respeito, “*A paralisia da relevância jurídica prototípica do acto nulo opera-se no próprio*

retroactiva: a norma inconstitucional, “ferida de raiz”⁵, “não pode apresentar-se”, após a revisão constitucional “como se fosse uma nova norma”⁶, devido a pretensas razões de pragmatismo ou de economia legislativa⁷, por duas razões:

i) “as funções relativas da Constituição e da revisão constitucional”⁸.

Na hipótese de revisão constitucional, não se opera novação do ordenamento jurídico⁹: a revisão da Constituição “só tem efeitos negativos – sobre as normas ordinárias anteriores”¹⁰; não tendo a virtualidade de ter quaisquer efeitos positivos sobre as normas anteriores desconformes¹¹;

“[U]ma ideia genérica de convalidação afigura-se “manifestamente inaceitável”¹², pois seria “converter o princípio positivo da constitucionalidade no de uma não-desconformidade em cada momento com as normas constitucionais”¹³.

ii) Uma razão de evitar práticas pouco curiais por parte do Legislador ordinária. Com efeito, a admitir-se a convalidação, estaria aberta a porta a “revisões” antecipadas da Constituição por via de

*momento da sua existência e essa paralisia não é sanável nem pelo decurso do tempo, nem pela verificação de outro qualquer facto jurídico ‘stricto sensu’ (ou acto jurídico como tal tratado para este efeito), nem pela prática de um acto pelo poder político do Estado destinado a convalidar o acto nulo (fosse esse acto de um órgão jurisdicional, do órgão que praticara o acto nulo, do órgão competente para o praticar ou de outro órgão perante o qual o que praticara o acto fosse politicamente responsável)” (MARCELO REBELO DE SOUSA, *O valor jurídico do acto inconstitucional*, I, Lisboa, 1988, p. 245; aderindo a esta linha de argumentação, Conselheiro JOSÉ MARTINS DA FONSECA, declaração de voto de vencido junto ao Acórdão do TC n.º 408/89).*

⁵ JORGE MIRANDA, *Manual...*, II, 7.ª ed., n.º 73.III, pg. 346.

⁶ JORGE MIRANDA, *Manual...*, II, 7.ª ed., n.º 73.III, pg. 346.

⁷ JORGE MIRANDA, *Manual...*, II, 7.ª ed., n.º 73.III, pg. 346.

⁸ JORGE MIRANDA, *Manual...*, II, 7.ª ed., n.º 73.III, pg. 347 (nota 1); também nesse sentido, MADALENA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Retroactividade e sanção de invalidade de actos inconstitucionais?*, 2008, inédito (gentilmente cedido pela Autora), 3.2.1, b) (nota 45); cfr. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3.ª ed., Coimbra Editora, 1993, anot. ao art.º 287.º, V, pg. 1059; GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume II, 4.ª ed. revista, Coimbra Editora, 2010, anotação ao art.º 287.º, V, pgs. 1008-1009.

⁹ JORGE MIRANDA, *Manual...*, II, 7.ª ed., n.º 73.III, pg. 346.

¹⁰ JORGE MIRANDA, *Manual...*, II, 7.ª ed., n.º 73.III, pg. 346.

¹¹ Neste sentido, JORGE MIRANDA, *Manual...*, II, 6.ª ed., n.º 72.III, pg. 328. Aderindo a essa argumentação, Conselheiro JOSÉ MARTINS DA FONSECA, declaração de voto de vencido junto ao Acórdão do TC n.º 408/89.

¹² MIGUEL GALVÃO TELES, *Inconstitucionalidade pretérita*, pg. 335.

¹³ A afirmação pertence a MIGUEL GALVÃO TELES (in *Inconstitucionalidade pretérita*, pg. 335), sem prejuízo de o Autor não perfilhar esta primeira posição.

Em sentido contrário à afirmação de MIGUEL GALVÃO TELES, cfr. MADALENA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Retroactividade e sanção de invalidade de actos inconstitucionais?*, 3.2.1.

leis, posteriormente sanadas por revisão constitucional¹⁴; isto seria uma “*fraude às normas constitucionais*”¹⁵, feitas “*à conta*” da futura revisão constitucional¹⁶; ou, pelo menos, correr-se-ia seriamente esse risco¹⁷.

2) Uma segunda posição considera que deve existir uma convalidação simples, “*ex nunc*”, **valendo apenas para o futuro**¹⁸, mas não para o passado: ou seja, “*constitucionalização superveniente*”¹⁹, mas apenas das inconstitucionalidades materiais pretéritas²⁰.

Quanto às inconstitucionalidades orgânicas e formais, a revisão constitucional não poderia ter qualquer efeito²¹, uma vez que “*tempus regit actum*”; ou seja, a data relevante para a emissão do juízo de

¹⁴ JORGE MIRANDA, *Manual...*, II, 7.^a ed., n.º 73.III, pg. 347 (nota 1); GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição...*, 3.^a ed., anot. ao art.º 287.º, V, pg. 1059; GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição...*, 4.^a ed., anot. ao art.º 287.º, V, pg. 1008-1009); MADALENA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Retroactividade e sanção de invalidade de actos inconstitucionais?*, 3.2.1; Conselheiro JOSÉ MARTINS DA FONSECA, declaração de voto de vencido junto ao Acórdão do TC n.º 408/89.

Em sentido contrário, Acórdão do TC n.º 408/89, 2.1.

¹⁵ JORGE MIRANDA, *Manual...*, II, 7.^a ed., n.º 73.III, pg. 347 (nota 1).

¹⁶ GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição...*, 3.^a ed., anot. ao art.º 287.º, V, pg. 1059; GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição...*, 4.^a ed., anot. ao art.º 287.º, V, pg. 1009.

¹⁷ Cfr. JORGE MIRANDA, *Manual...*, II, 7.^a ed., n.º 73.III, pg. 346.

¹⁸ Também designada, menos apropriadamente, “validação” – cfr. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 2.^a ed., 2.º volume, Coimbra Editora, 1984, p. 503; citado também pelo Acórdão n.º 408/89, de 31 de Maio, II, 2.1, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19890408.html>).

¹⁹ GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 2.^a ed., 2.º volume, Coimbra Editora, 1984, anot. ao artigo 287.º, p. 487; citado também pelo Acórdão n.º 408/89, de 31 de Maio, II, 2.1.

²⁰ GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 2.^a ed., 2.º volume, Coimbra Editora, 1984, anot. ao artigo 287.º, p. 487; citado também pelo Acórdão n.º 408/89, de 31 de Maio, II, 2.1; sendo essa também a posição tomada por esse Acórdão do TC.

²¹ GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 2.^a ed., 2.º volume, Coimbra Editora, 1984, pgs. 487 e p. 503; citado também pelo Acórdão n.º 408/89, de 31 de Maio, II, 2.1, que tem também essa posição, que explana de forma bastante desenvolvida.

Fazendo também a precisão de que há constitucionalização superveniente em caso de inconstitucionalidade material, Acórdão do TC n.º 246/2005, de 10 de Maio, II, 5 (disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20050246.html>).

Trata-se de Jurisprudência pacífica (já assim, por exemplo, o entendimento acolhido pelo Acórdão n.º 206/87; posteriormente, Acórdãos números 447/91, 441/93).

No caso da inconstitucionalidade orgânica pretérita post-constitucional, “*quando o legislador constituinte revê as suas opções, conferindo a determinado órgão uma competência que dela carecia, não está a “legitimar” procedimentos legislativos que tivessem ofendido os comandos constitucionais ao tempo aplicáveis*” (Acórdão do TC n.º 246/2005, II, 5).

inconstitucionalidade é aquela em que foram emitidos²² (ou seja, a inconstitucionalidade orgânica e a inconstitucionalidade formal devem ser sempre apreciadas à luz das normas constitucionais vigentes à data da criação das normas em causa²³. Ora, sendo emitidos na vigência de uma norma constitucional paramétrica que os torna desconformes, tais normas inconstitucionais, a título orgânico ou formal, não poderiam ser sanadas.

Estas ideias foram explanadas, pela primeira vez, na 2.^a edição da *Constituição da República Portuguesa Anotada*²⁴, por GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA.

Ou seja, as inconstitucionalidades materiais pretéritas, entre a data de publicação da lei, que continha a norma constitucional, e a data de publicação da lei de revisão constitucional sanatória, continuavam a ser inconstitucionais²⁵ e, por isso, sindicáveis junto dos tribunais²⁶.

Somente, para o futuro, após a emissão da lei de revisão constitucional, deixariam de existir inconstitucionalidades materiais.

Esta posição veio a ser seguida pelo Tribunal Constitucional, apenas, até ao momento, no Acórdão n.º 408/89, de 31 de Maio²⁷, relatado precisamente por um dos Autores da Constituição anotada e citando a 2.^a edição dessa obra; e, mais tarde, por uma única ocasião, em “*obiter dictum*”, no Acórdão n.º 246/2005, de 10 de Maio (relatado por MARIA JOÃO ANTUNES)²⁸.

II. As razões aventadas para esta posição, da constitucionalização superveniente²⁹ das inconstitucionalidades materiais (no pressuposto que a norma anteriormente viciada “*continua em vigor, não tendo caducado, ou sido revogada ou declarada inconstitucional*”³⁰), foram desenvolvidas pelo

²² Cfr. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 2.^a ed., 2.º volume, Coimbra Editora, 1984, anot. ao artigo 287.º, p. 487; citado também pelo Acórdão n.º 408/89, de 31 de Maio, II, 2.1.

No mesmo sentido, GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição...*, 4.^a ed., volume II, anot. ao art.º 277.º, XIX, pg. 914.

²³ GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 2.^a ed., 2.º volume, Coimbra Editora, 1984, anot. ao artigo 287.º, p. 487; citado também pelo Acórdão n.º 408/89, de 31 de Maio, II, 2.1.

²⁴ GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 2.^a ed., 2.º volume, Coimbra Editora, 1984, anot. ao artigo 287.º, p. 487.

²⁵ “*a norma não deixa de ser inconstitucional até ao momento em que se verificou a alteração da Constituição, podendo pois ser objecto de fiscalização*” (GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 2.^a ed., 2.º volume, Coimbra Editora, 1984, anot. ao artigo 287.º, p. 487; citado também pelo Acórdão n.º 408/89, de 31 de Maio, II, 2.1).

²⁶ Acórdão do TC n.º 408/89, 2.1.

²⁷ Embora com um voto de vencido, do Conselheiro JOSÉ MARTINS DA FONSECA.

²⁸ Acórdão do TC n.º 246/2005, II, 5.

²⁹ Acórdão do TC n.º 408/89, 2.1.

³⁰ Acórdão do TC n.º 408/89, 2.1.

referido aresto do Tribunal Constitucional n.º 408/89 (no ponto 2.1), relatado pelo Conselheiro VITAL MOREIRA.

O Acórdão considerou, desde logo, haver uma “*radical diferença dos títulos de inconstitucionalidade*”³¹: “*enquanto a inconstitucionalidade formal e orgânica nascem com as normas e jamais as abandonam (mas também não podem sobrevir-lhes ‘a posteriori’), a inconstitucionalidade material existe ou deixa de existir no decurso da vigência temporária de uma norma, de acordo com o parâmetro constitucional vigente em cada momento*”³².

“*Quando (...) se trata de aferir a legitimidade constitucional do conteúdo das normas jurídicas (ou seja, a constitucionalidade ‘material’), os dados da questão alteram-se radicalmente*” em relação às inconstitucionalidades orgânicas e formais pretéritas³³. “*Do que se cuida então é de saber se a Constituição consente as soluções contidas na norma em questão; o que importa averiguar é se o que a norma estipula é permitido pela Constituição (...)*”³⁴.

Assim, “*quando esteja em causa a inconstitucionalidade material, o parâmetro constitucional a ter em conta é o texto constitucional vigente no momento da aplicação da norma que é questionada*”³⁵.

III. As razões invocadas foram as seguintes:

a) Discordando da argumentação de JORGE MIRANDA, a revisão constitucional não tem apenas efeitos negativos, de tornar normas anteriores inconstitucionais a título superveniente³⁶. No que respeita à inconstitucionalidade material, a revisão constitucional pode ter efeitos positivos, embora valendo tão-somente para o futuro³⁷;

b) “[N]enhuma razão subsiste para continuar, ‘ad aeternum’, a considerar materialmente inconstitucional a respectiva norma”³⁸;

c) Após a lei de revisão, o Legislador poderia, a partir de então, reeditar ou emitir uma norma de teor exactamente idêntico à de uma anterior norma legal que todavia era materialmente inconstitucional antes da revisão³⁹.

³¹ Acórdão do TC n.º 408/89, 2.1.

³² Acórdão do TC n.º 408/89, 2.1.

³³ Acórdão do TC n.º 408/89, 2.1.

“*na inconstitucionalidade material o que importa é só o conteúdo da norma, sendo totalmente indiferente o órgão que a editou, a forma e o processo que presidiram à sua formação; por isso, duas normas idênticas só podem ser ou deixar de ser ambas inconstitucionais, qualquer que seja a sua origem ou a data da sua produção*” (Acórdão do TC n.º 408/89, 2.1).

³⁴ Acórdão do TC n.º 408/89, 2.1.

³⁵ Acórdão do TC n.º 408/89, 2.1.

³⁶ Acórdão do TC n.º 408/89, 2.1.

³⁷ Cfr. Acórdão do TC n.º 408/89, 2.1.

³⁸ Acórdão do TC n.º 408/89, 2.1.

³⁹ Cfr. Acórdão do TC n.º 408/89, 2.1.

Assim, a referida norma “*deixaria de ser inconstitucional, apesar de ter o mesmo conteúdo que a anterior*”⁴⁰. Ora, não poderia “*compreender-se como é que, do ponto de vista da inconstitucionalidade material, duas normas rigorosamente idênticas podem ser ou deixar de ser inconstitucionais só porque foram produzidas em momentos diversos*”⁴¹.

A referida norma legal deveria continuar a ser considerada materialmente inconstitucional, mesmo para o futuro, devendo por isso ser desaplicada pelos tribunais (artigo 204.º da Constituição)⁴². Todavia, os tribunais, para o futuro, “*em vez dessa norma, seriam levados a aplicar directamente a norma constitucional, que possui conteúdo rigorosamente idêntico à norma legal considerada materialmente inconstitucional!*”⁴³: “*os tribunais desaplicariam a norma da lei anterior à revisão, por suposta inconstitucionalidade material, mas aplicariam a mesma norma (ou norma rigorosamente idêntica) da lei posterior à revisão!*”⁴⁴.

“*O contra-senso está à vista: não se pode considerar materialmente inconstitucional uma norma infraconstitucional de conteúdo idêntico a uma norma constitucional*”⁴⁵. Ou seja, seria absurdo obrigar os tribunais a desaplicar uma norma que apenas era originariamente inconstitucional, depois de cessada a vigência do parâmetro constitucional violado. Essa seria uma situação bizarra⁴⁶ de “*incongruência*”⁴⁷ ou de “*absurdo*”⁴⁸.

c’) O princípio do aproveitamento dos actos:

Ora, se o Legislador poderia agora emitir uma norma igual àquela que antes era inconstitucional, razões de economia legislativa reclamam que se admita a sanção da invalidade.

d) Em conclusão, “*o facto de uma norma ter nascido materialmente inconstitucional não veda que a inconstitucionalidade desapareça (era inconstitucional, mas deixou de o ser), se e a partir do momento em que a Constituição for alterada de modo a permitir a solução contida na referida norma*”⁴⁹.

2’) Na Doutrina, esta posição foi adoptada, no essencial, em teoria, por EDUARDO CORREIA BAPTISTA⁵⁰.

⁴⁰ Acórdão do TC n.º 408/89, 2.1.

⁴¹ Acórdão do TC n.º 408/89, 2.1.

⁴² Acórdão do TC n.º 408/89, 2.1.

⁴³ Acórdão do TC n.º 408/89, 2.1.

⁴⁴ Acórdão do TC n.º 408/89, 2.1.

⁴⁵ Acórdão do TC n.º 408/89, 2.1.

⁴⁶ Cfr. Acórdão do TC n.º 408/89, 2.1.

⁴⁷ Cfr. Acórdão do TC n.º 408/89, 2.1.

⁴⁸ Cfr. Acórdão do TC n.º 408/89, 2.1.

⁴⁹ Cfr. Acórdão do TC n.º 408/89, 2.1.

⁵⁰ EDUARDO CORREIA BAPTISTA, *Os limites materiais e a revisão de 1989, Os limites materiais e a revisão de 1989. A relevância do Direito costumeiro*, in *Perspectivas*

Todavia, o Autor ressalva que “*será a prática, sobretudo a Jurisprudência, a determinar se*” a violação de norma constitucional da mesma Constituição, que tenha perdido vigência, será relevante⁵¹.

Note-se que EDUARDO CORREIA BAPTISTA menciona expressamente a convalidação para o futuro de uma norma convencional inconstitucional (inválida), “*quando a norma constitucional derogada deixe de vigorar*”⁵².

2’’) Posteriormente, na 3.^a e 4.^a edições da Constituição anotada, GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA fizeram desaparecer toda a fundamentação expandida na 2.^a edição, que esteve na base do Acórdão n.º 408/89.

Todavia, a solução final manteve-se a mesma: a sanção da inconstitucionalidade material pretérita, com efeitos apenas para o futuro⁵³.

2’’’) Uma variante seria a de admitir a retroactividade, salvo tratando-se de direitos, liberdades e garantias⁵⁴.

2’’’’) Uma variante da tese exposta admite a convalidação apenas de normas convencionais, que ficariam imunizadas, caso a Constituição fosse revista.

Com algumas reticências, JORGE MIRANDA refere que a “*constitucionalização superveniente*” “*pode ser admitida relativamente a norma convencional*”⁵⁵.

A argumentação baseia-se em que a desconformidade entre norma convencional e norma constitucional determina ineficácia jurídica, e não o desvalor da invalidade, como sucede com a desconformidade⁵⁶.

Constitucionais. Nos 20 anos da Constituição de 1976, vol. III, org. de JORGE MIRANDA, Coimbra Editora, 1997, pg. 103 (nota 43); posição reafirmada também no Manual do Autor, *Direito Internacional Público. Conceito e fontes*, vol. I, 1.^a ed., Lex, Lisboa, 1998, pg. 437 (nota 1317).

⁵¹ Cfr. EDUARDO CORREIA BAPTISTA, *Os limites materiais e a revisão de 1989*, pgs. 103-104 (nota 43).

⁵² EDUARDO CORREIA BAPTISTA, *Direito Internacional Público*, I, 1.^a ed., pg. 437 (nota 1317).

⁵³ GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição...*, 4.^a ed., volume II, anot. ao art.º 277.º, XII, pg. 911, e XIX, pg. 914 (aludindo a constitucionalização superveniente).

⁵⁴ A ideia foi-nos transmitida pelo Senhor Professor EDUARDO CORREIA BAPTISTA.

⁵⁵ JORGE MIRANDA, *Curso de Direito Internacional Público*, 4.^a ed., n.º 34.II, revista e actualizada, Principia, Cascais, n.º 72.II, pg. 183; na 5.^a ed. (acordizada), n.º 73.II, 2012, pg. 183.

⁵⁶ “*A diferença decorre de a Constituição ser o fundamento de validade da lei e dos demais actos do Estado, das regiões autónomas e do poder local (como diz o seu art. 3.º, n.os 2 e 3) e apenas limite de produção das normas jurídico-internacionais. E tão-pouco o tratado é fundamento da validade da lei, mas somente obstáculo à sua eficácia: o clausulado nele não afecta a norma legal na sua raiz (que, essa, se situa no sistema jurídico estatal); limita-se a impedir, enquanto vincular internacionalmente o Estado, que a lei produza os seus efeitos*”

Não fica claro, porém, se JORGE MIRANDA defende a “constitucionalização superveniente” apenas para o futuro “*ex nunc*” ou se também projectaria efeitos para o passado, desde o início da vigência da norma convencional na ordem jurídica interna (convalidação “*ex tunc*”).

É que, no primeiro caso, a norma convencional apenas projecta efeitos para futuro. Ou seja, quaisquer actos, praticados à sombra dessa convenção internacional, continuariam a ser inconstitucionais a título consequente. No segundo caso, haveria um efeito convalidatório de todos os actos de execução, praticados “*ab initio*”.

Se se adoptar, “*mutatis mutandis*”, a teoria da “constitucionalização superveniente”, defendida por GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA e em dois arestos do TC, a convalidação das inconstitucionalidades materiais apenas valeria para o futuro.

Se bem interpretamos o espírito do escrito do Autor, conjugado com as páginas do *Manual de Direito Constitucional*, Tomo II, estamos em crer que JORGE MIRANDA apenas considera a convalidação para o futuro.

3) Uma terceira tese vai mais longe, considerando que existiria a possibilidade de sanção, embora “*ex nunc*”⁵⁷, não só da inconstitucionalidade material, mas também das outras espécies de inconstitucionalidade por acção: a inconstitucionalidade orgânica e a formal⁵⁸.

Esta conclusão foi defendida por RUI MEDEIROS, embora em diversas fases do seu pensamento.

3’) Numa primeira posição, RUI MEDEIROS pressupunha que o desvalor típico da lei inconstitucional seria o da anulabilidade⁵⁹ (embora, porventura, atípica).

típicos” (JORGE MIRANDA, *Curso de Direito Internacional Público*, 4.ª ed., revista e actualizada, Principia, Cascais, n.º 72.II, pg. 182; na 5.ª ed. (acordizada), 2012, n.º 73.II, pg. 183).

O Autor cita a sua opinião da ineficácia, expendida em *Decreto*, pp. 188 e 106 ss.; MIGUEL GALVÃO TELES, *Eficácia dos tratados na ordem jurídica portuguesa*, Lisboa, 1967, pp. 99 ss., e *Inconstitucionalidade pretérita*, in *Nos Dez Anos da Constituição*, organização de JORGE MIRANDA, Imprensa Nacional - Casa da Moeda, Lisboa, 1987, pg. 328 (nota).

⁵⁷ Rejeitando, todavia, a sanção da inconstitucionalidade com efeitos “*ex tunc*” – cfr. RUI MEDEIROS, *Valores jurídicos negativos da lei inconstitucional*, in *O Direito*, ano 121.º, Julho-Dezembro de 1989, pg. 522.

⁵⁸ RUI MEDEIROS, *Valores jurídicos negativos da lei inconstitucional*, pg. 522.

⁵⁹ V. RUI MEDEIROS, *Valores jurídicos negativos da lei inconstitucional*, in *O Direito*, ano 121.º, Julho-Dezembro de 1989, pgs. 496 ss., em especial, 501, 504-505, 506-507, 508-509, 510, 515, 516-517, 522, 525-526, 526-527, cfr. 544, concluindo que “*A lei inconstitucional produz efeitos de direito*” (pg. 527), “*e, por isso, está bem longe do traço essencial que caracterizará um regime específico da anulabilidade*”: “*quod nullum est, nullum producit effectum*” (pg. 527). Assim, haveria “*um regime específico da anulabilidade no Direito inconstitucional*”.

Embora rejeitando liminarmente a possibilidade de aplicação da lei de revisão constitucional antes da sua entrada em vigor⁶⁰, “*Nada impede (...) que a lei produza efeitos para o futuro*”⁶¹.

Considerando haver uma “*lacuna constitucional*”, esta deveria ser preenchida por analogia com o artigo 282.º, n.º 2, da CRP⁶².

“*[A] economia legislativa aconselha a convalidação da anulabilidade com eficácia “ex nunc”*”⁶³.

Por outro lado, RUI MEDEIROS invoca a circunstância de a fiscalização jurisdicional visar, unicamente, expurgar do ordenamento os efeitos produzidos por normas inconstitucionais⁶⁴.

Assim, nesse artigo interessante, correspondente a um Relatório de Mestrado, RUI MEDEIROS admitia a hipótese de convalidação “*ex nunc*” das inconstitucionalidades por acção.

Todavia, para além de não distinguir entre as espécies de inconstitucionalidade, RUI MEDEIROS acrescenta um factor restritivo da convalidação, similar ao formulado por MIGUEL GALVÃO TELES: teria de haver uma específica intenção convalidatória por parte do Legislador.

Por outro lado, o Autor não refere expressamente a exigência de ser necessária a existência de uma intenção convalidatória.

Por fim ainda, existiam restrições a essa possibilidade de anulabilidade. Com efeito, RUI MEDEIROS entendia existirem “*casos excepcionais em que a inconstitucionalidade acarreta nulidade*”⁶⁵, impossibilitando, assim, a sua convalidação; apontando como exemplos os casos de inconstitucionalidade orgânica ou formal⁶⁶, bem como os de violação do conteúdo essencial dos direitos, liberdades e garantias⁶⁷.

⁶⁰ Considerando que qualquer tribunal não pode aplicar a norma a factos ocorridos antes da entrada em vigor da lei de revisão constitucional, cfr. RUI MEDEIROS, *Valores jurídicos negativos da lei inconstitucional*, pg. 522 (embora, aqui, o Autor invoque os argumentos de JORGE MIRANDA: a função essencial da Constituição e a necessidade de prevenir revisões antecipadas da Lei Fundamental, por via da legislação ordinária (JORGE MIRANDA, *Manual...*, II, 7.ª ed., n.º 73.III, pgs. 346, 347 (nota 1)) (também mantendo todo esse raciocínio, embora adoptando uma posição algo diversa, RUI MEDEIROS, *Artigo 287.º, IX, in Constituição Portuguesa Anotada*, tomo III, Organização do poder político. Garantia e revisão da Constituição. Disposições finais e transitórias, Artigos 202.º a 299.º, 1.ª ed., JORGE MIRANDA / RUI MEDEIROS, Coimbra Editora, 2007, pg. 924).

⁶¹ RUI MEDEIROS, *Valores jurídicos negativos da lei inconstitucional*, in *O Direito*, ano 121.º, Julho-Dezembro de 1989, pg. 522.

⁶² RUI MEDEIROS, *Valores jurídicos negativos da lei inconstitucional*, pg. 522.

⁶³ RUI MEDEIROS, *Valores jurídicos negativos da lei inconstitucional*, pg. 522.

⁶⁴ RUI MEDEIROS, *Valores jurídicos negativos da lei inconstitucional*, pg. 522.

⁶⁵ RUI MEDEIROS, *Valores jurídicos negativos da lei inconstitucional*, pg. 527.

⁶⁶ V. RUI MEDEIROS, *Valores jurídicos negativos da lei inconstitucional*, pgs. 528-529.

⁶⁷ V. RUI MEDEIROS, *Valores jurídicos negativos da lei inconstitucional*, pgs. 531-533.

Quanto a todos estes, dizia RUI MEDEIROS que “*A nulidade não se sana, nem sequer por cessação do vício*”⁶⁸. “*Vale inteiramente a regra segundo a qual ‘quod ab initio vitiosum est, non potest temporis convallescere*”⁶⁹.

Embora não se refira expressamente, quando alude à mera irregularidade dos actos legislativos⁷⁰, porventura - uma vez que o Autor admite a sanção de inconstitucionalidades formais (aquelas que mais frequentemente predicam o desvalor da mera irregularidade), criticando a tese em sentido contrário de JORGE MIRANDA⁷¹ -, parece decorrer do espírito deste artigo doutrinário a ideia segundo a qual que existe sanção da inconstitucionalidade pretérita.

4) Uma variante doutrinária, proposta por MIGUEL GALVÃO TELES, no seu brilhante estudo sobre a inconstitucionalidade pretérita⁷², considera a possibilidade de convalidação retroactiva⁷³ de qualquer vício de inconstitucionalidade por acção⁷⁴.

Tendo como ponto de partida a nulidade como desvalor-regra do acto inconstitucional, o Autor considera que, em geral, que a cessação de vigência da norma inconstitucional é irrelevante, pois o acto normativo inconstitucional ser “nulo” “significa, em princípio, a irrelevância da cessação de vigência da norma constitucional desrespeitada”⁷⁵, e continuam, pois, a não produzir efeito⁷⁶.

Todavia, “*não se torna licito excluir liminarmente a possibilidade de esse termo*” (da vigência da norma constitucional desrespeitada) vir associado a um efeito convalidatório⁷⁷; ou seja, ao fazer cessar, no todo ou em parte, a vigência de uma norma constitucional, o Legislador do poder de revisão constitucional ter tido em vista “*“salvar” certas normas*

⁶⁸ RUI MEDEIROS, *Valores jurídicos negativos da lei inconstitucional*, pg. 534 (como também nota o Acórdão do TC n.º 246/2005 (II, 5)).

⁶⁹ RUI MEDEIROS, *Valores jurídicos negativos da lei inconstitucional*, pg. 534.

⁷⁰ Cfr. RUI MEDEIROS, *Valores jurídicos negativos da lei inconstitucional*, pgs. 542-544.

⁷¹ Cfr. a exclamação mencionada de RUI MEDEIROS, em relação à posição de JORGE MIRANDA (RUI MEDEIROS, in *Valores jurídicos negativos da lei inconstitucional*, pg. 521).

⁷² MIGUEL GALVÃO TELES, *Inconstitucionalidade pretérita*, pg. 335.

⁷³ É o que parece depreender-se dessa passagem (também com esta interpretação, EDUARDO CORREIA BAPTISTA, *Os limites materiais e a revisão de 1989*, pg. 103 (nota 43)).

⁷⁴ É a interpretação que fazemos da passagem mencionada do estudo de MIGUEL GALVÃO TELES, na pg. 335, uma vez que não distingue entre a inconstitucionalidade por acção material, por um lado, e as inconstitucionalidades orgânica e formal; e de outro trecho conclusivo, em que se refere ao vício “*de substância de quaisquer actos ou vício de competência ou forma de actos*” (in *Inconstitucionalidade pretérita*, pg. 338).

⁷⁵ MIGUEL GALVÃO TELES, *Inconstitucionalidade pretérita*, pg. 335; também na pg. 338.

⁷⁶ MIGUEL GALVÃO TELES, *Inconstitucionalidade pretérita*, pg. 338.

⁷⁷ MIGUEL GALVÃO TELES, *Inconstitucionalidade pretérita*, pg. 335.

*ordinárias, julgadas necessárias ou úteis, mas que em rigor poderiam ou deveriam ser consideradas inconstitucionais*⁷⁸.

Excepcionalmente, no caso de o Legislador do poder de revisão ter uma “específica intenção convalidatória”⁷⁹, plasmada na lei de revisão, haveria uma convalidação (ao que parece, retroactiva). A norma tornar-se-ia válida para o futuro.

O Autor dá o exemplo da revisão constitucional de 1982.

Todavia, “na maior parte das vezes”, a ausência dessa intenção “levaria a negar a referida eficácia de sanção”.

5) Uma última posição é a da defesa da solução da convalidação “*in radice*”⁸⁰ das inconstitucionalidades constantes das normas legais anteriores, sem requerer uma intenção convalidatória por parte do Legislador de revisão.

Tal “sanação” projectaria efeitos, não só para o futuro, mas também sobre o passado, abrangendo quer inconstitucionalidades materiais, quer, também, orgânicas e formais.

Numa segunda tomada de posição, RUI MEDEIROS abandonou o ponto de partida da mera anulabilidade como desvalor-regra do acto inconstitucional. Na sua obra *A decisão de inconstitucionalidade*, defendeu uma teoria diversa⁸¹, segundo a qual o desvalor-regra do acto inconstitucional é o da nulidade⁸².

Citando MIGUEL GALVÃO TELES, RUI MEDEIROS aduz que “[o] acto nulo “em princípio” não é apto para desencadear efeitos conformes com o seu conteúdo”⁸³. Mas excepcionalmente, em particular por razões de protecção da confiança e da boa fé, pode produzi-los⁸⁴.

Há, pois, muitas matizações ao regime geral da nulidade da teorização no Direito privado, a partir do artigo 286.º do Código Civil; registando-se mesmo excepções, que determinam a mera anulabilidade⁸⁵.

⁷⁸ Cfr. MIGUEL GALVÃO TELES, *Inconstitucionalidade pretérita*, pg. 335.

⁷⁹ MIGUEL GALVÃO TELES, *Inconstitucionalidade pretérita*, pgs. 335, 336, 269-270.

⁸⁰ Utilizando esta expressão no âmbito do Direito da Família, artigo 1661.º, n.º 1, do Código Civil.

⁸¹ V. RUI MEDEIROS, *A decisão de inconstitucionalidade*, pgs. 42-43, 275-277, 762 ss.

⁸² Na generalidade dos casos, a norma inconstitucional é nula (v. RUI MEDEIROS, *A decisão de inconstitucionalidade*, pgs. 275-276, 762 ss.; IDEM, *Artigo 282.º, IX.I*), in *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo III, 1.ª ed., JORGE MIRANDA / RUI MEDEIROS, pg. 852).

⁸³ MIGUEL GALVÃO TELES, *Inconstitucionalidade pretérita*, pg. 330; RUI MEDEIROS, *A decisão de inconstitucionalidade*, pgs. 42, 764, 762, 874.

⁸⁴ MIGUEL GALVÃO TELES, *Inconstitucionalidade pretérita*, pg. 330; RUI MEDEIROS, *A decisão de inconstitucionalidade*, pgs. 42, 764, 762, 874.

⁸⁵ A consideração de outros interesses constitucionalmente protegidos pode determinar, excepcionalmente, a sua simples anulabilidade V. RUI MEDEIROS, *A decisão de inconstitucionalidade*, pp. 762 ss.; IDEM, *Artigo 282.º, IX.I*), in *Constituição Portuguesa*

“[N]uma perspectiva não meramente conceptualista, a rejeição de um efeito convalidatório para o futuro dificilmente oferece soluções materiais adequadas”⁸⁶.

Neste escrito, RUI MEDEIROS rejeita o requisito adicional da específica intenção convalidatório (proposto por MIGUEL GALVÃO TELES); uma vez que *“[é] duvidoso (...) que haja fundamento para a relevância que, por essa via é atribuída à intenção histórica do legislador constitucional”⁸⁷.*

O artigo 12.º do Código Civil não é necessariamente aplicável às leis constitucionais⁸⁸, não podendo excluir-se que opções adoptadas pelo Legislador constitucional tenham uma pretensão de aplicação retroactiva⁸⁹.

É de notar que, nesta posição, RUI MEDEIROS abandona, “deixa cair” o argumento do princípio do aproveitamento dos actos.

RUI MEDEIROS vai mais longe e defende expressamente a constitucionalização de inconstitucionalidades orgânicas e formais pretéritas.

Apesar de a solução contrária ser “conceptualmente lógica”, *“no plano jurídico, numa ponderação teleologicamente orientada, não existe qualquer impossibilidade na inadmissibilidade de uma convalidação orgânica e formal”⁹⁰.*

“[Q]uer nas inconstitucionalidades materiais quer nas inconstitucionalidades orgânicas ou formais (...), não se justifica continuar a considerar inconstitucionais normas ou actos normativos que, tendo nascido contrários à Constituição, passam a ser conformes com o sentido normativo resultante de uma lei de revisão”⁹¹.

Anotada, tomo III, 1.ª ed., JORGE MIRANDA / RUI MEDEIROS, pg. 852.

⁸⁶ RUI MEDEIROS, *Artigo 287.º*, IX, in *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo III, 1.ª ed., JORGE MIRANDA / RUI MEDEIROS, pg. 925.

O exemplo dado pelo autor é o da prisão disciplinar de militares por ordem da autoridade militar, em que teria havido convalidação na revisão constitucional de 1982.

⁸⁷ RUI MEDEIROS, *Artigo 287.º*, IX, in *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo III, 1.ª ed., JORGE MIRANDA / RUI MEDEIROS, pg. 925.

⁸⁸ RUI MEDEIROS, *Artigo 282.º*, III, in *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo III, 1.ª ed., JORGE MIRANDA / RUI MEDEIROS, pg. 824.

O Autor havia expandido opinião oposta, in *Valores jurídicos negativos da lei inconstitucional*, de 1989, pg. 519.

⁸⁹ RUI MEDEIROS, *Artigo 282.º*, III, in *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo III, 1.ª ed., JORGE MIRANDA / RUI MEDEIROS, pg. 824.

⁹⁰ RUI MEDEIROS, *Artigo 287.º*, IX, in *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo III, 1.ª ed., JORGE MIRANDA / RUI MEDEIROS, pg. 926.

⁹¹ RUI MEDEIROS, *Artigo 287.º*, IX, in *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo III, 1.ª ed., JORGE MIRANDA / RUI MEDEIROS, pg. 926.

O Autor afasta ainda a aplicabilidade, nesta sede, do princípio “*tempus regit actum*”⁹².

2. Apreciação das várias teses

a) Mesmo que se aceitasse a tese da convalidação, ter-se-ia forçosamente de fazer uma restrição: apenas poderia haver convalidação de inconstitucionalidades materiais, não de inconstitucionalidades orgânicas ou formais⁹³, pois, nestas, vale o princípio “*Tempus regit actum*”⁹⁴.

Note-se que o Tribunal Constitucional, no aresto de 1989, se baseou em fundamentação doutrinária que, posteriormente, foi abandonada pelo próprio Autor que havia sido relator desse Acórdão.

Com efeito, na 3.^a edição da *Constituição da República Portuguesa Anotada*, de 1993, o texto da anotação foi radicalmente alterado.

Toda a fundamentação da anotação passa a ser a da inadmissibilidade da constitucionalização, referindo argumentos de JORGE MIRANDA.

Todavia, por estranho que pareça, GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA não abandonaram a conclusão da constitucionalização

⁹² Cfr. RUI MEDEIROS, *Artigo 287.º*, IX, in *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo III, 1.^a ed., JORGE MIRANDA / RUI MEDEIROS, pg. 926.

⁹³ Assim, para além das obras citadas, por exemplo, GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição...*, 3.^a ed., anot. ao art.º 287.º, V, pg. 1060; GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição...*, 4.^a ed., anot. ao art.º 287.º, V, pg. 1009.

⁹⁴ Neste sentido, em geral, por exemplo, ; Acórdãos do Tribunal Constitucional números 206/87; 408/89; 246/2005; 32/2009, 3, <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20090032.html>.

Discordamos de que “[a] invocação neste domínio do princípio jurídico *tempus regit actum* só se justifica se existirem razões fortes e específicas, ponderando os interesses em jogo” (em sentido contrário, RUI MEDEIROS, *Artigo 287.º*, IX, in *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo III, 1.^a ed., JORGE MIRANDA / RUI MEDEIROS, pg. 926). Com efeito, a fundamentação não é convincente. Julga-se que “*tempus regit actum*” é um “*princípio em forma de proposição jurídica*” (para utilizar a expressão de KARL LARENZ); ou seja, foi vertido ou cristalizado numa regra jurídica (à semelhança do “princípio” “*ne bis in idem*” do Direito Penal).

superveniente⁹⁵, com eficácia “*ex nunc*”, em relação a inconstitucionalidades materiais.

Porém, toda a fundamentação, conducente a essa conclusão, foi retirada (e a que foi colocada, vai no sentido inverso). Ou seja, em termos simples, a anotação deixou de fazer sentido, sendo contraditória, pois os argumentos que invoca, usualmente referidos para a inadmissibilidade de convalidação das inconstitucionalidades materiais, dirigem-se apenas, afinal, à exclusão das convalidação das inconstitucionalidades orgânicas e formais.

Destarte, o respaldo doutrinário, em que o aresto do TC se baseara, foi completamente suprimido⁹⁶.

Mais do que isso, o próprio relator do Acórdão, como Autor, embora não tenha mudado completamente, matizou largamente a sua posição, em relação àquela que havia tido como Juiz do TC.

b) O argumento da primeira tese de RUI MEDEIROS, segundo o qual os órgãos de fiscalização da constitucionalidade não poderiam ser “*guardiães de uma ordem constitucional perimida*”⁹⁷, não colhe aqui, pois “*a ordem constitucional continua a ser a mesma*”⁹⁸, “*embora parcialmente alterada*”⁹⁹.

⁹⁵ GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3.^a ed., Coimbra Editora, 1993, anot. ao art.º 287.º, V, pgs. 1059-1060: “*a “validação” não poderá retroagir ao tempo anterior à lei de revisão e só tem sentido em relação à inconstitucionalidade material*” (GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição...*, 3.^a ed., anot. ao art.º 287.º, V, pg. 1060; GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição...*, 4.^a ed., anot. ao art.º 287.º, V, pg. 1009).

Todavia, o sentido da anotação, sobretudo a elisão das referências à “constitucionalização superveniente”, amputam a fundamentação da teoria anterior.

O texto da anotação V ao artigo 287.º foi mantida “*ipsis verbis*” e, por isso, confirmada na actual 4.^a edição (v. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume II, 4.^a ed. revista, Coimbra Editora, 2010, anotação ao art.º 287.º, V, pgs. 1008-1009).

⁹⁶ Com o devido respeito, este é um factor que o Professor EDUARDO BAPTISTA descara, atendo-se a um Acórdão quase que caducado, e que apenas teve sequência e continuação jurisprudencial num único aresto, ainda para mais a título de “*obiter dictum*”.

⁹⁷ Cfr. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição...*, 3.^a ed., anot. ao art.º 287.º, V, pg. 1059; GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição...*, 4.^a ed., anot. ao art.º 287.º, V, pg. 1009.

⁹⁸ Neste preciso sentido, GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição...*, 3.^a ed., anot. ao art.º 287.º, V, pg. 1059; GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição...*, 4.^a ed., anot. ao art.º 287.º, V, pg. 1009.

⁹⁹ GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição...*, 3.^a ed., anot. ao art.º 287.º, V, pg. 1059; GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição...*, 4.^a ed., anot. ao art.º 287.º, V, pg. 1009.

Pelo contrário, a segunda posição, da constitucionalização superveniente, conduz a resultados absurdos¹⁰⁰.

Para essa teoria, os actos, ocorridos até ao surgimento da norma constitucional B, seriam inconstitucionais, podendo essa inconstitucionalidade ser declarada¹⁰¹.

Todavia, haveria um momento – a partir da emissão da norma constitucional B -, em que haveria sanação para o futuro.

Assim, a teoria da sanação com eficácia “*ex nunc*” conduziria à aplicação de duas leis diferentes, consoante o facto ocorresse antes ou depois da entrada em vigor da nova lei de revisão constitucional¹⁰².

Precisamente, RUI MEDEIROS (na sua primeira posição), embora a propósito da superveniência de uma nova Constituição, havia rejeitado a aplicação do artigo 12.º do Código Civil¹⁰³, sem prejuízo de ressaltar que a solução seria diferente no caso da superveniência de nova lei de revisão constitucional¹⁰⁴.

Ora, este raciocínio não faz qualquer sentido.

Discordamos, pois, veementemente, de que, “[*n*]estes casos, os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, não se estendem para além da entrada em vigor da lei de revisão que eliminou a inconstitucionalidade”¹⁰⁵.

É, pois, inadmissível a limitação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade para o futuro, ao abrigo do artigo 282.º, n.º 4¹⁰⁶.

Discordamos do entendimento anterior de RUI MEDEIROS, segundo o qual existiria uma lacuna.

Existe base habilitante para uma declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral de normas entretanto revogadas ou caducadas,

¹⁰⁰ Cfr. Conselheiro JOSÉ MARTINS DA FONSECA, declaração de voto de vencido junto ao Acórdão do TC n.º 408/89.

¹⁰¹ Este dado é reconhecido pelo Tribunal Constitucional (a norma “*continua a ser inconstitucional no período decorrido até à alteração constitucional que a validou*” - Acórdão do TC n.º 408/89, 2.1); e por RUI MEDEIROS: “*é sempre possível pedir a declaração de inconstitucionalidade ao Tribunal Constitucional, pois esta produz efeitos desde a entrada em vigor da norma constitucional (artigo 282.º, n.º 1, da CRP)*” (RUI MEDEIROS, *Valores jurídicos negativos da lei inconstitucional*, pg. 522).

¹⁰² Cfr., RUI MEDEIROS, *Valores jurídicos negativos da lei inconstitucional*, pg. 523, embora refutando este argumento; afirmando que se trataria de “*um problema geral de aplicação das leis no tempo*”.

¹⁰³ RUI MEDEIROS, *Valores jurídicos negativos da lei inconstitucional*, de 1989, pg. 519.

¹⁰⁴ RUI MEDEIROS, *Valores jurídicos negativos da lei inconstitucional*, de 1989, pgs. 519-520 (nota 80).

¹⁰⁵ Em sentido contrário, RUI MEDEIROS, *Valores jurídicos negativos da lei inconstitucional*, pg. 522.

¹⁰⁶ Em sentido diverso, RUI MEDEIROS, *Valores jurídicos negativos da lei inconstitucional*, pg. 522: embora considerando que o artigo 282.º, n.º 4, não se aplica, propõe a aplicação do n.º 2, por analogia.

pois podem ter tido a virtualidade de ter produzido efeitos no passado, enquanto permaneceram na ordem jurídica.

Todavia, entende-se que não existe base habilitante, no artigo 282.º, n.º 1, para que o TC declare a inconstitucionalidade com força obrigatória geral entre o momento X e o momento Y; e, subsistindo essa norma no ordenamento jurídico, a declaração por parte do TC, a despeito disso, não abranja o período posterior ao momento Y.

Não há competência para a prática de uma sentença jurisdicional nesse sentido, que fosse conferida pelo artigo 282.º, n.º 1, ou dele derivasse, a título de competência implícita.

Por outro lado, em termos principiológicos, devido ao princípio da unidade do ordenamento jurídico: faria sentido que, num mesmo ordenamento jurídico, uma mesma norma pudesse ser considerada inconstitucional, para o passado, e válida, conforme à Constituição, para o presente e para o futuro?

Como é que uma norma infraconstitucional pode ser relevante para o futuro, e não o ser também para o passado, por ter, alegadamente, “ter sido” inconstitucional? Julga-se que a divisão, mesmo do prisma dessa teoria, é completamente artificial.

Deste modo, lidando com a questão da fiscalização da inconstitucionalidade pretérita, a teoria da convalidação “*ex nunc*” fornece respostas ilógicas.

A resolução do problema da fiscalização da inconstitucionalidade pretérita afigura-se um verdadeiro “cavalo de Tróia”, que demonstra as fragilidades da tese da convalidação para o futuro.

c) O princípio do **aproveitamento dos actos jurídicos** não colhe, quando tenham estado feridos de inconstitucionalidade.

De resto, em concreto, a Doutrina que invoca esse argumento da economia legislativa pensa apenas em casos fáceis, em que exista uma única lei, não acompanhada de outras.

Ora, pode bem suceder que exista uma panóplia de normas inconstitucionais interligadas:

i) Tal pode suceder, em virtude do fenómeno da inconstitucionalidade consequente.

Por exemplo, normas de um regulamento dependente, baseadas na lei preteritamente inconstitucional.

Tomando outro exemplo, imagine-se que uma lei de autorização legislativa, emitida no momento A, não continha a menção da extensão da autorização legislativa, a amplitude das

matérias autorizadas, requisito esse exigido pelo artigo 165.º, n.º 2. O decreto-lei autorizado, não obstante, foi emitido passados seis meses. Posteriormente, num momento B, é emitida uma lei de revisão constitucional que altera o artigo 165.º, n.º 2, suprimindo a exigência da menção da extensão, numa lei de autorização legislativa. A disciplina do decreto-lei autorizado continua a ser inconstitucional, pois fundou-se numa lei de autorização inconstitucional;

ii) Também podem existir vários diplomas conexos, que sejam materialmente inconstitucionais:

Pergunta-se: tais inconstitucionalidades inúmeras merecem ser ressalvadas para o futuro?

Em nosso entender, a resposta é negativa.

c’) As razões de economia legislativa ou de pragmatismo não são, pois, determinantes¹⁰⁷.

Importa notar que, em rigor, não seriam, sobretudo, as razões de pragmatismo ou economia que determinariam a eventual convalidação; “*mas sim, acima de tudo, o reconhecimento de que, se o ordenamento*” teria deixado “*de associar um valor negativo a um acto com o conteúdo daquele*”¹⁰⁸, “*então não há quaisquer razões para entender que permanece a invalidade*”¹⁰⁹.

Ora, o que é decisivo é, sim, perceber que, embora aquela norma pudesse, doravante, ser emitida, isso não implica entender que a norma, já existente, continua a ser nula¹¹⁰; não havendo nenhum “*milagre das rosas*”, de a nova norma ver a sua validade sanada, por via da revisão constitucional.

d) Nada impede, no caso de o parâmetro constitucional antitético vir a ser suprimido por força da aprovação de uma lei de revisão constitucional, que a mesma norma possa vir a ser reposta em vigor¹¹¹, por força da aprovação de outro acto normativo ordinário que assim o decida.

Mas por que razão haveria, então, uma norma legal anterior, ferida de nulidade, ressuscitar, renascer?

¹⁰⁷ Neste sentido, cfr. MADALENA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Retroactividade e sanção de invalidade de actos inconstitucionais?*, 3.2.1.

¹⁰⁸ MADALENA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Retroactividade e sanção de invalidade de actos inconstitucionais?*, 3.2.1, b) (nota 45).

¹⁰⁹ MADALENA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Retroactividade e sanção de invalidade de actos inconstitucionais?*, 3.2.1, b) (nota 45).

¹¹⁰ Nesta linha de argumentação, cfr. MADALENA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Retroactividade e sanção de invalidade de actos inconstitucionais?*, 3.2.1.

¹¹¹ CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Justiça Constitucional*, Tomo II, O Direito do contencioso constitucional, 2.ª ed., Coimbra Editora, 2011, n.º 607, 2.º, pg. 188.

Um tal ressurgimento não faria qualquer sentido.

No caso de os conteúdos das normas serem exactamente iguais, “*não há qualquer contra-senso na não aplicação para o futuro de uma norma legal de conteúdo idêntico ao da nova norma constitucional (proveniente de revisão)*”¹¹².

Não se recorreria à norma legal, preteritamente inconstitucional, pois “*existe agora uma norma constitucional de conteúdo idêntico*”¹¹³.

d’) O que é decisivo é a aplicação temporal da nova lei ordinária: ela vigorará apenas: i) entre o momento Y da emissão da norma que contém essa lei, necessariamente posterior ao momento X, em que se tinha verificado a supressão do referido parâmetro que com ela colidia; ii) e a data em que se procede à mesma posição¹¹⁴.

Desta forma, julga-se que o argumento de pragmatismo, que atende à renovação eventual de um acto de igual conteúdo, enferma de um vício metodológico: ignora por completo a historicidade do Direito; confunde a metodologia historicista com o método dogmático:

Se é certo que a norma constitucional pode reproduzir o teor de uma norma legislativa, isso não significa que, anteriormente, esse conteúdo fosse desconforme à Constituição.

d’) Por outro lado, imagine-se que uma Lei B/1991 continha uma norma, material inconstitucional, que havia revogado a norma constante da Lei A/1990.

Em 1992, o TC declarou a inconstitucionalidade da norma constante da Lei B com força obrigatória geral (artigo 282.º, n.º 1, 1.ª parte). Com isso, operou a repristinação da norma da Lei A/1990, nos termos do artigo 282.º, n.º 1, “*in fine*”¹¹⁵.

Posteriormente, na revisão constitucional de 1997, a norma constante da Lei B/1991 deixa de ser desconforme à Constituição.

Assim, isso não terá qualquer efeito sobre a Lei B/1991, nem sobre as restantes normas do ordenamento jurídico; concretamente, a norma da Lei A/1990, que continua a valer no ordenamento jurídico, desde a data da publicação dessa lei de 1990.

¹¹² JORGE MIRANDA, *Manual...*, II, 7.ª ed., n.º 73.III, pg. 347 (nota 1).

¹¹³ JORGE MIRANDA, *Manual...*, II, 7.ª ed., n.º 73.III, pg. 347 (nota 1).

¹¹⁴ Cfr. CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Justiça Constitucional*, Tomo II, O Direito do contencioso constitucional, 2.ª ed., Coimbra Editora, 2011, n.º 607, 2.º, pg. 188.

¹¹⁵ Sobre a justificação do efeito repristinatório, “*mutatis mutandis*”, na declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral, JORGE MIRANDA, Acta da reunião do dia 13 de Janeiro de 1982, da Comissão Eventual para a Revisão Constitucional, in *Diário da Assembleia da República*, 2.ª legislatura, 2.ª sessão legislativa, 2.ª série, suplemento ao n.º 69, 20 de Março de 1982, pg. 1288 (-34); NUNES DE ALMEIDA, *ibidem*, pg. 1288 (-35).

Imagine-se que, em 1998, o Legislador emite uma Lei que revoga a Lei n.º A/1990. Essa revogação não tem efeitos para o passado, nem determina a repriminção da norma constante da Lei B/1991, uma vez que padecia de inconstitucionalidade.

Note-se bem: todo o período entre 1990 e 1998 fica regido pelo império da Constituição. Só a partir de 1998, um ano após a lei de revisão constitucional ter aberto a possibilidade de o Legislador consagrar uma solução diversa, entrará em vigor uma disciplina jurídica diversa.

Assim, do ponto de vista da sucessão das leis no tempo, não é nada indiferente que não haja constitucionalização superveniente.

Com efeito, nada garante que o Legislador, em concreto, reproduza o teor de uma norma, que anteriormente era inconstitucional.

d'') Em suma, o argumento da renovabilidade do acto, anteriormente viciado de inconstitucionalidade material, não impressiona.

e) Quanto à primeira tese de RUI MEDEIROS, em primeiro lugar, o pressuposto de que partida, da anulabilidade dos actos legislativos como desvalor-regra, foi abandonado na sua dissertação de Doutoramento¹¹⁶.

A sua segunda tese é, desde logo, contraditória no que respeita à aplicabilidade do artigo 12.º, n.º 1, do Código Civil – admitida num passo, mas, noutra passagem, rejeitada¹¹⁷.

f) Quanto à exigência da “*específica intenção convalidatória*” (exigida pela teoria de MIGUEL GALVÃO TELES e pela primeira tese de RUI MEDEIROS), existem escolhos ao funcionamento dessa exigência na prática: muitas vezes, não se afiguraria fácil apurar qual a vontade do Legislador; elemento subjectivista de interpretação que, podendo ser um subsídio interpretativo, não é, na maioria dos casos, decisivo.

De resto, o próprio Autor proponente da ideia admite que “[s]aber se a *específica intenção convalidatória* existe traduzir-se-á num *melindrosíssimo problema interpretativo*”¹¹⁸.

¹¹⁶ V. RUI MEDEIROS, *A decisão de inconstitucionalidade. Os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*, diss., Universidade Católica Editora, Lisboa, 1999, pgs. 276 ss.; afirmando que a invalidade da lei inconstitucional opera “*ipso jure*” (RUI MEDEIROS, *A decisão de inconstitucionalidade*, pg. 276).

¹¹⁷ “Na falta de regulamentação específica, não se vislumbra razão para recusar a aplicabilidade nesta sede do princípio geral de direito, segundo o qual a lei de revisão só dispõe para o futuro” (RUI MEDEIROS, *Artigo 287.º*, VII, in *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo III, 1.ª ed., JORGE MIRANDA / RUI MEDEIROS, pg. 923).

¹¹⁸ MIGUEL GALVÃO TELES, *Inconstitucionalidade pretérita*, pg. 335. No mesmo sentido, RUI MEDEIROS, *Artigo 287.º*, IX, in *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo III, 1.ª ed., JORGE MIRANDA / RUI MEDEIROS, pg. 925.

Por isso, na ausência desse elemento subjectivista, mesmo para essa teoria, não haveria qualquer convalidação.

3. Posição adoptada: a irrelevância de qualquer inconstitucionalidade pretérita post-constitucional como meio de convalidação de normas ou de actos jurídico-públicos, emitidos ao abrigo das normas constitucionais então em vigor

Em termos metodológicos, partimos da premissa, segundo a qual o desvalor típico da norma inconstitucional é a nulidade, ainda que “*sui generis*”, ou mesmo atípica (variantes que alguma Doutrina introduz).

Assim, em primeiro lugar, a tese da convalidação retroactiva é claramente de enjeitar em Constituições normativas¹¹⁹.

¹¹⁹ Em Constituições semânticas, o caso afigura-se de outra índole.

Com efeito, não assumindo a Constituição uma distribuição do poder político, sem prejuízo de pressupor ser normativa, podem verificar-se casos de inconstitucionalidade face à Constituição; que, posteriormente, poderão ser sanados através de revisão constitucional.

Um caso muito curioso de inconstitucionalidade pretérita post-constitucional é, segundo alguns, o da Concordata entre Portugal e a Santa Sé, de 7 de Maio de 1940.

Neste sentido, “*a Concordata de 1940 não tinha cabimento constitucional, mesmo à face da Constituição de 1933, na sua primitiva versão*”, que tinha um tratamento igualitário nos seus artigos 45.º e 46.º (cfr. J. J. GOMES CANOTILHO / JÓNATAS MACHADO, *O estatuto jurídico da Universidade Católica Portuguesa — Para uma compreensão republicana do direito ao ensino*, in Francisco Salgado Zenha. *Liber amicorum*, Comissão Organizadora: EDUARDO PAZ FERREIRA / JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO / MÁRIO MESQUITA / MIGUEL GALVÃO TELES / TERESA AMBRÓSIO / XENCORA CAMOTIM, Coimbra Editora, 2003, pg. 400). Na Parte I, Título X (“Das relações do Estado com a Igreja Católica e demais cultos”, o corpo do artigo 45.º dispunha: “*É livre o culto público ou particular de todas as religiões, podendo as mesmas organizar-se livremente, de harmonia com as normas da sua hierarquia e disciplina, constituindo por essa forma associações ou organizações a que o Estado reconhece existência civil e personalidade jurídica*”).

Porém, através da Concordata de 1940, a Igreja Católica readquiriu, na ordem nacional, “*a sua personalidade jurídica*” e recuperou “*a sua autonomia interna*” (*Parecer da Câmara Corporativa sobre o Projecto de proposta de lei n.º 6/X*, in *Lei da Liberdade Religiosa (Lei n.º 4/71, de 21 de Agosto de 1971). E Lei de Imprensa (Lei n.º 5/71, de 5 de Novembro de 1971)*, edição revista e anotada pelo Prof. Antunes Varela, Coimbra Editora, 1972, p. 60).

Assim, as normas convencionais da Concordata de 1940 eram materialmente inconstitucionais à face do artigo 45.º da Constituição de 1933 (deste modo, o artigo 61.º do Decreto-Lei n.º 30.615, de 25 de Julho de 1940, padeceria de inconstitucionalidade originária material) (cfr. J. J. GOMES CANOTILHO / JÓNATAS MACHADO, *O estatuto jurídico da Universidade Católica Portuguesa*, pg. 400).

A revisão constitucional de 1951 terá tido uma intenção convalidatória, pois, nessa revisão, foi conferida “*uma especial posição à Igreja Católica e às associações a ela pertencentes*” (*Parecer da Câmara Corporativa sobre o Projecto de proposta de lei n.º 6/X*, in *Lei da Liberdade Religiosa (Lei n.º 4/71, de 21 de Agosto de 1971). E Lei de Imprensa (Lei n.º 5/71, de 5 de Novembro de 1971)*, edição revista e anotada pelo Prof. ANTUNES VARELA, Coimbra Editora, 1972, pg. 60), por comparação com as demais confissões religiosas. Na nova redacção

A questão resume-se à chamada “convalidação simples” ou para o futuro¹²⁰.

Em segundo lugar, quanto às espécies de inconstitucionalidades por acção, parece claro que apenas se poderá discutir seriamente a eventual convalidação da inconstitucionalidade material pretérita, não das inconstitucionalidades orgânicas e formais. Estas não poderão ser salvas, conforme é reconhecido pela generalidade da Doutrina (com excepção de RUI MEDEIROS), devido ao princípio “*tempus regit actum*”¹²¹.

O objecto de controvérsia acerca deste tema fica, assim, mais restringido.

Em relação às inconstitucionalidades materiais pretéritas, partimos do entendimento que propugna a “*força normativa da Constituição*”¹²². Na

dada aos artigos 45.º e 46.º, estes dispunham:

“Artigo 45.º É livre o culto público ou particular da igreja católica como religião da Nação Portuguesa. A Igreja católica goza de personalidade jurídica, podendo organizar-se de harmonia com o direito canónico e constituir por essa forma associações ou organizações, cuja personalidade jurídica é sempre reconhecida. (...).

Artigo 46.º O Estado assegura também a liberdade de culto e de organização das demais confissões religiosas cujos cultos são praticados dentro do território português, regulando a lei as suas manifestações exteriores, e pode reconhecer personalidade jurídica às associações constituídas em conformidade com a respectiva disciplina.

(...)”

Assim, a Concordata só obteve “*cabimento constitucional*” “*‘a posteriori’, por via da revisão constitucional de 1951*” (cfr. J. J. GOMES CANOTILHO / JÓNATAS MACHADO, *O estatuto jurídico da Universidade Católica Portuguesa*, pg. 400).

¹²⁰ Fazendo a distinção entre convalidação retroactiva (sanação “*in radice*”) e convalidação simples, “*ex nunc*”, no âmbito do Direito da Família, cfr. JOSÉ MANUEL VILALONGA, *Eficácia e natureza do registo do casamento*, in *O Direito*, ano 131.º, 1999, III-IV, Julho-Dezembro, pgs. 400 (nota), 402, 404, 406, 407; PIRES DE LIMA / ANTUNES VARELA, *Código Civil. Anotado. Volume IV (Artigos 1576.º a 1795.º)*, 2.ª ed. revista e actualizada, Coimbra Editora, 1992, pgs. 236, 238-240; ANTUNES VARELA, *Direito da Família*, 1.º volume, 5.ª ed., Petrony, Lisboa, 1999, pgs. 318-319.

¹²¹ É também aplicável o princípio geral, constante do artigo 12.º, n.º 2, 2.ª parte, do Código Civil, que se refere às condições de validade formal, valendo a lei nova, nestes casos, em caso de dúvida, apenas para o futuro.

¹²² Utilizando a célebre expressão de KONRAD HESSE (in *A força normativa da Constituição (Die normative Kraft der Verfassung)*, (Mohr, Tubinga), trad. de GILMAR FERREIRA MENDES, Sergio Antonio Fabris, Porto Alegre, 1991); sendo utilizada por JORGE MIRANDA a este propósito, aludindo este último Autor à “*força essencial da Constituição*” (in *Manual...*, II, 7.ª ed., n.º 73.III, pg. 346).

Em sentido contrário a esta argumentação, Acórdão do TC n.º 408/89, 2.1. Também MADALENA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Retroactividade e sanção de invalidade de actos inconstitucionais?*, 3.2.1, b), 2.ª, ii), entendendo que “[a] *força essencial da Constituição, agora alterada, de modo algum diminui. Simplesmente o valor negativo ou desvalor que ela previamente determinava deixou de existir, porque à luz das valorações do próprio legislador constituinte deixou de fazer sentido*”.

lição de KONRAD HESSE, “*Quanto mais o conteúdo de uma Constituição lograr corresponder à natureza singular do presente, tanto mais seguro há-de ser o desenvolvimento da sua força normativa*”¹²³.

Assim, existe a necessidade de prevenir modificações prévias, revisões tácitas da Lei Fundamental, antecipadas por via da legislação ordinária¹²⁴, e, posteriormente, canonizadas, crismadas ou “confirmadas” sanatoriamente através de lei de revisão constitucional

Entendemos ser aplicável, por argumento de maioria de razão, a presunção constante do princípio geral, aflorado pelo artigo 12.º, n.º 2, 2.ª parte, do Código Civil:

“Quando a lei dispõe sobre as condições de validade substancial (...) de quaisquer factos ou sobre os seus efeitos, entende-se, em caso de dúvida, que só visa os factos novos”.

Este princípio geral é aplicável à emergência de uma lei de revisão constitucional nova (sem prejuízo de se reconhecer que essa lei constitucional não está no mesmo plano de uma comum lei ordinária)¹²⁵.

Assim, em relação aos factos passados, isto é, às leis passadas, que contêm inconstitucionalidades materiais, elas não poderão ser salvas.

3.1. Haverá alguma excepção para as normas convencionais, como JORGE MIRANDA admite?

Com o devido respeito, parece-nos que a razão cabe a JORGE MIRANDA: apesar da alteração da Constituição, a norma paramétrica que regia o acto era a norma constitucional “A”, e não a norma constitucional “B” ou, em alternativa, o vazio de norma constitucional “A” (cfr. JORGE MIRANDA, *Manual...*, II, 7.ª ed., n.º 73.III, pg. 346). Assim, uma vez que “*tempus regit actum*”, a força normativa da Constituição, face a cada acto legislativo, terá de ser apurada à luz das normas constitucionais formais, em vigor, à data da emissão do acto legislativo.

É certo que, com a revisão constitucional, o desvalor negativo deixa de existir. Mas o parâmetro antecedente foi conformador do acto; logo, não poderá ser arreadado, removido, pois seria estar a diminuir a força da Constituição, que é essencialmente mesma, tomada como um todo.

¹²³ KONRAD HESSE, *A força normativa da Constituição (Die normative Kraft der Verfassung)*, (Mohr, Tubinga), trad. de GILMAR FERREIRA MENDES, Sergio Antonio Fabris, Porto Alegre, 1991II.2, pg. 20.

¹²⁴ Argumento de JORGE MIRANDA, seguido por outros Autores; até mesmo por RUI MEDEIROS, in *Valores jurídicos negativos da lei inconstitucional*, pg. 522.

A argumentação em contrário, segundo a qual esse argumento “*só seria procedente se se admitisse — o que aqui não se concede — que uma constitucionalização superveniente tivesse efeitos retroactivos, convalidando as normas desde a origem*” (Acórdão do TC n.º 408/89, 2.1), não procede.

Com efeito, continuaria a haver uma revisão antecipada da Constituição.

¹²⁵ Concluimos, quanto ao problema geral da sucessão de leis no tempo, em sentido oposto ao propugnado por RUI MEDEIROS (cfr. RUI MEDEIROS, *Valores jurídicos negativos da lei inconstitucional*, pg. 523).

Com o devido respeito, a fundamentação mencionada, para chegar a essa conclusão, não nos convence.

Desde logo, basta invocar os mesmos argumentos com que o próprio Professor JORGE MIRANDA rejeita a “constitucionalização superveniente” de todas as restantes normas, localizadas noutras fontes infra-ordenadas (o perigo de revisões antecipadas à Constituição, etc.).

Ainda para mais, no tomo II do *Manual...*, não faz qualquer ressalva das convenções internacionais).

A tese de JORGE MIRANDA teria também efeitos muito perniciosos. O Governo poderia fazer “lá fora”, negociando um tratado violador da Constituição, o que não pode fazer “intra muros” (até por não lhe caber a competência de revisão constitucional).

Sem se dar conta, o Autor infirma, na excepção que abre, o que refere a propósito da modificação dos Tratados institutivos da União Europeia: ficaria aberta a porta para que o Governo assinasse e, depois, a Assembleia da República aprovasse um Tratado¹²⁶ com normas desconformes com a Constituição; e, só posteriormente, proceder à revisão da Constituição. Isto ao arrepio do que o Autor escreve¹²⁷.

Ademais, consideramos que se trata de um raciocínio dedutivo, baseado num formalismo jurídico.

Se uma norma, constante de uma convenção internacional, vigora na ordem jurídica portuguesa, tendo uma hierarquia inferior à da Constituição, então ela não é excepcionada da previsão do artigo 3.º, n.º 3. Ou seja, a norma padece do vício de inconstitucionalidade; embora admitamos que o seu desvalor possa não ser o da nulidade, mas o da ineficácia¹²⁸.

Por isso, não percebemos e, por conseguinte, não podemos concordar com a excepção.

¹²⁶ Supondo que o Tratado era ratificado pelo Presidente da República, nos termos do art. 135.º, alínea b), da CRP.

¹²⁷ JORGE MIRANDA refere, acerca da “*pretensa Constituição europeia*”:

“a necessidade de prévia alteração de algumas Constituições dos Estados membros é sinal de que esses tratados não equivalem a uma Constituição, porque, de outro modo, ela não teria sido necessária” (in *Manual...*, II, 7.ª ed., n.º 15.I, pg. 65).

Ora, se a revisão sucedesse somente “*a posteriori*”, haveria um grave risco de alguma Doutrina aduzir que a revisão teria sido necessária para harmonizar o Direito interno com o Direito originário da União Europeia.

¹²⁸ Deste modo, em coerência, defendemos também uma interpretação declarativa do artigo 281.º, n.º 1, alínea a), e n.º 3, com vista à sujeição das normas convencionais a fiscalização sucessiva abstracta da constitucionalidade.

A fiscalização da constitucionalidade (sobretudo sucessiva abstracta) dos Tratados institutivos das Comunidades poderá ter solução diferente, como vários Autores defendem, atentas as especificidades da União Europeia, designadamente o primado e o princípio da cooperação leal entre os Estados.

Mas esse é um problema específico, de que não cabe curar nesta sede.

3.2. A nossa posição tem consequências práticas:

a) Desde logo, a impossibilidade de utilização de normas contidas em convenções internacionais, leis ou regulamentos ou actos afins anteriores, enfermas de inconstitucionalidade originária:

i) Assim, a inadmissibilidade de convalidação de inconstitucionalidades formais e orgânicas;

A conclusão decorrente de todo este raciocínio é quase pacífica, excepto para a posição de MIGUEL GALVÃO TELES (*supra*);

ii) Refutadas as teses da primeira posição de GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA (sufragadas também pelo Acórdão do TC n.º 408/89 e por EDUARDO CORREIA BAPTISTA; bem como as posições de RUI MEDEIROS e de MIGUEL GALVÃO TELES), considera-se existir a inadmissibilidade de “*constitucionalização superveniente*” das inconstitucionalidades materiais.

b) Em segundo lugar, importa tecer uma consideração em relação à possibilidade de repristinação. Tratando-se de inconstitucionalidades originárias materiais, não poderiam elas ser repristinadas por lei posterior, uma vez que a norma é nula, e uma lei subsequente não pode vir colocar em vigor essa norma anterior.

Existe, pois, **impossibilidade de repristinação de inconstitucionalidades materiais originárias post-constitucionais**.

O que poderia ser feito seria emitir novos actos jurídico-públicos de igual conteúdo.

Assim, não é indiferente que as inconstitucionalidades pretéritas post-constitucionais materiais não possam ser aproveitadas (diversamente

do que inculcam as posições do Acórdão n.º 408/89 e de RUI MEDEIROS)¹²⁹).

4. Em conclusão, uma revisão constitucional que modifique os preceitos da Constituição, em conformidade com normas de Direito ordinário feridas de inconstitucionalidade, não poderá ter qualquer efeito convalidatório sobre essas normas inconstitucionais anteriores.

¹²⁹ Solução diferente existe para as inconstitucionalidades supervenientes.

Imagine-se um caso de inconstitucionalidade superveniente (necessariamente material):

A lei A foi aprovada em 1990; posteriormente entrou em colisão com a Lei de Revisão Constitucional X em 1997. A sua inconstitucionalidade superveniente é declarada em 1999. Os efeitos da declaração retroagem ao período situado entre 1997 e 1999 (nos termos da norma constante do artigo 282.º, n.º 2), permanecendo a norma em estado de validade entre 1990 e 1997 (exemplo e argumentação *apud* CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Justiça Constitucional*, Tomo II, O Direito do contencioso constitucional, 2.ª ed., Coimbra Editora, 2011, 607, 2.º, pg. 189).

Imagine-se agora uma hipótese da vida posterior: no ano de 2004, uma nova Lei de Revisão Constitucional “Y” revoga a norma aprovada pela Lei de Revisão Constitucional “X”, de 1997: o parâmetro que determinou a inconstitucionalidade superveniente, fica removido (exemplo *apud* CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Justiça Constitucional*, Tomo II, O Direito do contencioso constitucional, 2.ª ed., Coimbra Editora, 2011, 607, 2.º, pg. 189).

Pergunta-se: poderá uma nova lei “B” determinar a repristinação da Lei “A”, de forma a que esta retome vigência a partir de 2004?

A resposta é afirmativa (neste sentido, CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Justiça Constitucional*, Tomo II, O Direito do contencioso constitucional, 2.ª ed., Coimbra Editora, 2011, 607, 2.º, pg. 189), pois, entre 1990 e 1997, a norma contida na lei não era materialmente inconstitucional; só tendo sido inconstitucional num breve período de tempo, quando a Constituição mudou de parâmetro e, posteriormente, retrocedeu.