

Lusíada



Repositório das Universidades Lusíada

Universidades Lusíada

Correia, José de Matos, 1963-

A confirmação de actos normativos inconstitucionais

<http://hdl.handle.net/11067/5793>

<https://doi.org/10.34628/w3g1-5g95>

Metadados

Data de Publicação	2020
Editor	Universidade Lusíada
Tipo	article
Revisão de Pares	no
Coleções	[ILID-CEJEA] Polis, s. 2, n. 02 (Julho-Dezembro 2020)

Esta página foi gerada automaticamente em 2024-04-19T13:48:39Z com
informação proveniente do Repositório

A confirmação de actos normativos inconstitucionais¹

Confirmation of unconstitutional normative acts

José de Matos Correia

Professor Auxiliar Convidado da Universidade Lusíada de Lisboa (Faculdade de Direito e Faculdade de Ciências Humanas e Sociais).

Investigador do Centro de Estudos Jurídicos, Económicos e Ambientais da Universidade Lusíada (CEJEA)

Advogado especialista em direito constitucional.

Consultor da CMS/Rui Pena & Arnaut.

E-mail: 13000092@edu.lis.ulusiada.pt

DOI: <https://doi.org/10.34628/w3g1-5g95>

Sumário:

1. Enquadramento do tema
 - 1.1. Considerações gerais
 - 1.2. Soluções para a entrada em vigor de actos normativos inconstitucionais
2. A evolução da previsão normativa em matéria de confirmação
 - 2.1. A confirmação de normas de direito interno
 - 2.2. A confirmação de normas de direito internacional
3. A relação entre fiscalização preventiva e confirmação
4. As implicações jurídico-constitucionais do acto de confirmação
5. O n.º 2 do artigo 277.º da Constituição e a salvaguarda da inconstitucionalidade
 - 5.1. A evolução da previsão normativa
 - 5.2. O conteúdo da norma
 - 5.3. O alcance (e utilidade) da norma
6. A (parcial) incongruência da solução constitucional

Resumo:

A lei fundamental portuguesa admite a entrada em vigor de actos normativos, tanto de direito interno, quanto de direito internacional, que tenham sido objecto de pronúncia de inconstitucionalidade, em sede de fiscalização preventiva, por parte do Tribunal Constitucional. Por outro lado, também prevê a possibilidade de normas constantes de tratados

internacionais feridos de inconstitucionalidade vigorarem, em certas circunstâncias, na nossa ordem jurídica.

O objectivo deste texto é o de reflectir, criticamente, sobre essas soluções e, ao mesmo tempo, sobre a relação que se pode estabelecer entre elas.

Palavras-chave:

Constituição; Inconstitucionalidade; Confirmação; Actos normativos; Direito internacional; Direito interno.

Abstract:

Portuguese fundamental law accepts the entry into force of normative acts, both of internal and of international law, that have been deemed unconstitutional on a prior review by the Constitutional Court. On the other hand, under certain circumstances, it also provides for the possibility of application, in our legal system, of unconstitutional international treaty norms.

The present text aims at critically reflecting about those solutions as well as about the relations that may arise between them.

Keywords:

Constitution; Unconstitutionality; Confirmation; Normative acts; International Law; Internal law.

1. Enquadramento do tema

1.1. Considerações gerais

Na sugestiva expressão de Rogério Soares, a Constituição configura-se como “o acto, real ou ideal, que “constitui” o Estado”². Um acto que, nas palavras do mesmo autor, ao ser assumido, “eleva uma comunidade ao plano político dum sistema de realização do bem comum”³.

É certo que muitos outros elementos poderiam ser carreados – e têm-no, de resto, sido –, para, numa perspectiva porventura mais técnica, caracterizar o texto constitucional enquanto instrumento jurídico. Mas, na sua singeleza, aquela definição capta, a nosso ver, os elementos centrais para uma adequada caracterização ontológica da lei fundamental. Porque é precisamente o carácter de ordenação jurídica fundadora que apresenta e a função integradora de que goza – e que, além do mais, traduz, ao menos em regra, uma determinada orientação teleológica acerca da natureza de cada Estado e das funções que lhe cabe desempenhar –, que justifica – dir-se-ia, até, que impõe –, o lugar primeiro que ocupa na hierarquia das fontes estaduais de direito.

É daquela supremacia ordenadora que resulta a afirmação do princípio da constitucionalidade, consequência lógica do valor paramétrico que deve assumir face a todo e qualquer acto normativo que vigore – ou se pretende venha a vigorar – no âmbito da ordem jurídica que ela própria fundamenta. Em bom rigor, aliás, como sublinha Gomes Canotilho, tal exigência não se deve limitar aos actos normativos, antes deven-

1 O autor não escreve de acordo com as regras do Acor- do Ortográfico.

2 “Constituição”, in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, Lisboa, volume II, 1972, p. 661.

3 *Idem*.

do aludir-se, por isso, a um princípio de conformidade dos actos do Estado com a Constituição, de conteúdo evidentemente mais amplo que aquele e que aponte, portanto, para uma imposição de “conformidade intrínseca e formal de todos os actos dos poderes públicos”⁴ com a lei fundamental.

A Constituição portuguesa de 1976 encontra-se entre as que assumem, sem tergiversações, a afirmação daquele princípio, e em ambas as dimensões referidas. Destacam-se, nessa tarefa: i) o n.º 3 do artigo 3.º (na acepção mais ampla), ao afirmar que “a validade das leis e dos demais actos do Estado, das regiões autónomas, do poder local e de quaisquer outras entidades públicas depende da sua conformidade com a Constituição”; ii) o n.º 1 do artigo 277.º (desta feita na linha de uma concepção mais restrita), que fulmina com inconstitucionalidade “as normas que infrinjam o disposto na Constituição ou os princípios nela consignados”.

A consagração de tal orientação – seja ela tributária de uma visão mais limitada ou fruto de uma leitura mais alargada –, tem subjacente, naturalmente, o pressuposto de que não é tolerável que, no âmbito de um qualquer ordenamento jurídico, coexistam, a par da própria Constituição, normas ou actos que a questionem, algo que, como está bem de ver, colocaria em crise a plenitude dos efeitos que aquela se destina a produzir. Uma perspectiva analítica que afirmando-se, antes do mais, no plano substantivo, deve também alargar-se ao domínio adjectivo, pois que, como tivemos oportunidade de escrever noutra oportunidade, “afirmar a ideia de prevalência não é, por si só, suficiente.

Na verdade, para que o princípio da constitucionalidade assuma uma dimensão operativa, torna-se indispensável reforçar a vertente garantia, erigindo mecanismos que assegurem a efectiva defesa da lei fundamental e, em consequência, propiciando que sejam afastadas do ordenamento legal – ou recusada a aplicação – as normas

jurídicas violadoras dos seus princípios ou dos seus dispositivos e até questionando as omissões legislativas que a afectem. A dimensão processual assume-se, assim, como verdadeiro pressuposto da plena eficácia da Constituição”⁵.

A consciência do carácter vital da interligação entre a dimensão material e a vertente processual acabou por culminar – embora, há que reconhecê-lo, a custo muitas vezes – na aceitação, mais ou menos generalizada⁶, da necessidade de estabelecer mecanismos de controlo da desconformidade constitucional, tenha o caminho passado pela atribuição dessa tarefa a órgãos de estatuto político⁷ ou a entidades de natureza jurisdicional e, no caso da opção por esta segunda orientação, pelo estabelecimento de instituições a isso especificamente destinadas (o chamado modelo austríaco, ou *verfassungsgerichtsbarkeit*), na lógica das propostas de que Kelsen foi mentor primeiro⁸ ou pelo cometimento da responsabilidade às tradicionais estruturas do poder judicial (em obediência ao formato da *judicial review*, cuja progenitura pertenceu, em larga medida, ao Supremo Tribunal federal norte-americano e remonta à celebre decisão

Marbury vs Madison, de 1803⁹)¹⁰.

Tendo tudo isso em conta, compreender-se-á, portanto: i) que só em casos muito particulares sejam admissíveis situações em que se conceda permissão à vigência de normas inconstitucionais e se afaste, nessa medida, qualquer possibilidade de os órgãos de fiscalização obstarem a que tal ocorra; ii) que, mesmo relativamente a elas, se apresente como indispensável um título expresso constante do próprio texto constitucional; iii) e que, evidentemente, se esteja perante situações de inconstitucionalidade já devidamente identificadas por quem tem competência para o fazer e não face a casos em que a desconformidade, existindo, ou sendo plausível, não tenha sido ainda objecto dessa verificação, pairando tão só no domínio opinativo ou na esfera doutrinária.

1.2. Soluções para a entrada em vigor de actos normativos inconstitucionais

No plano juspositivo, é sobretudo (ainda que não em exclusivo) quando em causa estejam normas pactícias de direito internacional, que se têm procurado caminhos adequados a permitir a entrada em vigor de actos normativos inconstitucionais. E o seu acolhimento radica em fundamentos muito específicos, que se considera assumirem especial relevância:

- Seja porque se está perante normas a que as autoridades políticas internas atribuem importância central e que são causadoras de problemas de compatibilidade, não solucionáveis, por exemplo,

4 *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, Almedina, 7.ª edição, 2013, p. 246.

5 *Introdução ao Direito Processual Constitucional*, Lisboa, Universidade Lusíada Editora, 2.ª edição revista e actualizada, 2021, p. 65.

6 Dizemos generalizada e não geral, porquanto sistemas jurídico-constitucionais há, como o do Reino Unido, em que os tribunais não gozam de competência para desaplicar decisões legislativas provenientes do Parlamento, fruto na natureza flexível da sua Constituição, que mais não é do que uma decorrência do lugar central que aquele é atribuído e que tem tradução naquilo que é conhecido por princípio da soberania parlamentar (sobre o assunto, pode ver-se José de Matos Correia, “*Prerogative powers, soberania parlamentar e poder judicial*”, in *Polis*, n.º 1 (II Série), Janeiro-Junho 2020, p. 193 e seguintes).

7 Entre nós tal sucedeu, ainda que parcialmente, na Constituição de 1933, com a Assembleia Nacional e na fase inicial da actual lei fundamental com o Conselho da Revolução.

8 Ver, com interesse sobre o tema, Sara Lagi, “Hans Kelsen and the Austrian Constitutional Court (1918-1929)”, *Revista Co-Herencia*, volume 9, Janeiro-Junho 2012, pp. 273-295 e *La Polemica Schmitt/Kelsen Sobre la Justicia Constitucional: El Defensor de la Constitución versus quien debe ser el Defensor de la Constitución* (com estudio preliminar de Giorgio Lombardi), Madrid, Tecnos, 2009, em especial página XXVI e seguintes.

9 Entre tantos outros, pode ver-se, a este propósito, William E. Nelson, *Marbury vs Madison: the Origins and Legacy of Judicial Review*, Kansas, University Press of Kansas, 2.ª edição, 2018.

10 É importante sublinhar que, devendo existir um elevado grau de sobreposição de âmbito entre a aplicação do princípio da constitucionalidade e a efectividade dos mecanismos de garantia, a sua integral coincidência pode não ocorrer. Assim, entre nós, v. g., a fiscalização da constitucionalidade só incide sobre normas jurídicas e não sobre actos (excepção feita às situações referendárias).

Como é óbvio, porém, essa circunstância não põe em causa a necessidade de respeito por aquele princípio, que pode, aliás, ser assegurado através do recurso a outro tipo de mecanismos.

através da utilização do mecanismo das reservas, justificando, conseqüentemente, a opção por fórmulas de índole preventiva, que podem, no limite, acabar por se traduzir numa verdadeira revisão constitucional, eventualmente aligeirada do ponto de vista procedimental;

- Seja porque, existindo já violação do texto constitucional, e tornando-se necessário proceder, “ipso facto”, à desaplicação das normas internacionais que o desrespeitam, isso poderia conduzir a situações de incumprimento e, por via disso, à irrupção de um fenómeno de responsabilidade internacional¹¹.

Pela notória excepcionalidade da situação, as orientações acolhidas nas leis fundamentais variam muito significativamente, indo desde a total interdição de vinculação a instrumentos internacionais que as contradigam, até à admissão dessa desconformidade, respeitados que sejam alguns requisitos essenciais.

Assim, nos termos do artigo 54.º da Constituição francesa, se o Conselho Constitucional declarar que um acordo internacional comporta uma cláusula inconstitucional, a autorização para a sua ratificação ou aprovação só pode ter lugar após revisão da Constituição. E, na mesma linha, o n.º 1 do artigo 95.º da Constituição espanhola determina que a celebração dum tratado internacional que contenha estipulações contrárias à Constituição exigirá a prévia revisão desta.

Uma nota deve aqui ser deixada a propósito desta orientação aplicativa, que poderíamos designar como “revisões constitucionais preventivas”. É que, embora não

“(…) compreender-se-á, portanto: i) que só em casos muito particulares sejam admissíveis situações em que se conceda permissão à vigência de normas inconstitucionais (...), ii) que, mesmo relativamente a elas, se apresente como indispensável um título expresso constante do próprio texto constitucional; iii) e que, evidentemente, se esteja perante situações de inconstitucionalidade já devidamente identificadas por quem tem competência para o fazer (...)”

expressamente prevista na lei fundamental portuguesa, tem sido ela, precisamente, a dar origem às três revisões constitucionais extraordinárias já ocorridas: i) a de 1992, para propiciar a adesão ao Tratado de Maastricht; ii) a de 2001, para permitir a ratificação do Estatuto do Tribunal Penal Internacional; iii) a de 2005, para possibilitar a realização de referendo sobre a aprovação de tratado que vise a construção e

aprofundamento da União Europeia¹².

Por seu turno, o artigo 79.º da lei fundamental alemã determina que, quando os tratados digam respeito à regulamentação da paz, à preparação de uma regulamentação da paz, ou à extinção de uma ordem jurídica criada pela ocupação, ou que sejam destinados a servir à defesa da República Federal, é suficiente, no momento da sua aprovação, complementar o texto da *Grundgesetz* com um esclarecimento, que deixe bem vincado que as disposições desta não se opõem à conclusão ou à entrada em vigor de tais tratados (n.º 1), o que requer a aprovação de dois terços dos membros do Parlamento Federal e de dois terços dos votos do Conselho Federal. (n.º 2).

Mais ampla é a orientação seguida pela Constituição austríaca, que estipula que, se um tratado alterar ou suplementar a Constituição (ou contiver normas com esse efeito), a resolução do Conselho Nacional que o aprove tem de ser apreciada em reunião em que participe a maioria absoluta dos seus membros e ser votada por maioria de dois terços dos sufrágios expressos (n.º 1 do artigo 44.º), dela tendo de constar uma expressa referência à revisão da Constituição assim operada (n.º 3 do artigo 50.º).

Por fim, é em sentido idêntico que a Constituição holandesa se pronuncia, ao consagrar, no n.º 3 do artigo 91.º, uma autorização para a vigência de quaisquer cláusulas de um tratado que colidam com a Constituição, desde que duas condições sejam cumpridas: i) a respectiva aprovação ocorra nas duas câmaras dos Estados Gerais; e ii) a votação que sobre elas recaia obtenha, em ambas, a maioria de dois terços dos votos. E, em plena articulação com essa solução, o artigo 92.º admite, inclusive, que poderes legislativos, executivos e judiciais, sejam conferidos a instituições internacionais através de um tratado, ou na sequência da

¹¹ Lembre-se, a este propósito, que esta última possibilidade se encontra expressamente contemplada na Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados. Afirmando-se aí, no artigo 27.º, o princípio geral de acordo com o qual uma parte num tratado não pode invocar as disposições do seu direito interno – seja qual for o nível hierárquico que este apresente – para justificar a não execução das normas daquele, não deixa de se abrir uma excepção, no artigo 46.º, ao aceitar a relevância do vício do consentimento quando, existindo incumprimento do direito interno, este decorra de violação manifesta de uma disposição de direito interno de importância fundamental.

¹² Recorde-se que, embora motivada pela conclusão do “Tratado que Estabelece uma Constituição para a Europa” (o qual, como é sabido, acabou por nunca ver a luz do dia, por força do resultado negativo do referendo realizado em França), a revisão constitucional de 2005 consagrou, no novo artigo 295.º, uma fórmula genérica em matéria de referendo sobre esta temática, que, precisamente por isso, mantém intacta a sua utilidade.

celebração de um tratado, aplicando-se, se necessário, a regra enunciada.

Do seu lado, a Constituição portuguesa estipula, no n.º 4 do artigo 279.º, que, caso um tratado contendo normas inconstitucionais venha a merecer aprovação parlamentar por maioria de dois terços dos Deputados à Assembleia da República, desde que superior à maioria absoluta dos Deputados em efectividade de funções, a sua ratificação por parte do Presidente da República é, ainda assim, possível.

Não se fica, porém, por aí, no tratamento que dá ao tema. E isso na medida em que consagra, não só aquela permissão para a entrada em vigor de normas inconstitucionais, nas situações em que o vício de que padecem seja detectado em sede de controlo preventivo, isto é, no decurso do próprio processo de vinculação internacional, como contempla, desta feita no n.º 2 do artigo 277.º, uma solução que permite¹³ a aplicação na nossa ordem jurídica portuguesa das que nela se encontrem já inseridas e até, porventura, em vigor.

No que toca à vigência de normas jurídicas inconstitucionais, o legislador constituinte não se ficou, contudo, por aqui. Foi bastante mais longe, ao contemplar a possibilidade de confirmação de diplomas inconstitucionais de direito interno, para o efeito admitindo que a Assembleia da República reaprove um decreto por maioria idêntica à que já foi aplica aos actos de direito internacional (isto é, de dois terços dos Deputados, desde que superior à maioria absoluta dos Deputados em efectividade de funções), dessa forma abrindo caminho à promulgação presidencial - n.º 2 do artigo 279.º.

Desenhada, nestes termos, a síntese de enquadramento do tema, cabe agora dizer que a presente indagação se destina a levar a cabo uma reflexão sobre duas questões principais:

- Em primeiro lugar, compreender em que termos é concretamente possível que nor-

mas jurídicas inconstitucionais sejam incorporadas na ordem jurídica portuguesa;

- Em segundo lugar, perceber de que modo tais regras, confessadamente desrespeitadoras da lei fundamental, podem ver salvaguardado o seu valor e, em consequência, assegurada a sua vigência, total ou parcialmente.

Para o fazer, começaremos por uma breve indagação histórica, que ilumine o percurso dos dispositivos relevantes em matéria de confirmação.

Passaremos, em seguida, a atentar nalguns aspectos centrais do sistema de fiscalização da constitucionalidade erigido pela nossa actual lei fundamental que, “in casu”, apresentam interesse específico, incluindo no que respeita às consequências e efeitos do acto de confirmação.

Por fim, procederemos a uma análise comparativa, que tenha em conta, especificamente, a articulação entre as disposições do n.º 2 e do n.º 4 do artigo 279.º da Constituição, que autorizam a confirmação de normas que violem a lei fundamental, e a cláusula constante do n.º 2 do artigo 277.º, por forma a compreender a utilidade concreta desta e o efeito que pode ter sobre a vigência daquelas.

2. A evolução da previsão normativa em matéria de confirmação

2.1. A confirmação de normas de direito interno

A hipótese de confirmação de diplomas de direito interno foi politicamente consagrada, pela primeira vez, em 11 de Abril de 1975, aquando da assinatura da 1.ª Plataforma de Acordo Constitucional¹⁴ (vulgarmente conhecida como I Pacto MFA-Partidos). Aí se previa que, caso um diploma legislativo emanado da Assembleia Legislativa não ob-

tivesse sanção do Conselho da Revolução¹⁵, poderia, ainda assim, ser promulgado na sua forma inicial pelo Presidente da República, caso, em segunda votação, fosse reaprovaado por maioria de dois terços do número total de deputados (ponto 5.6 da Parte D).

Nenhuma disposição nele se vislumbra, contudo, acerca da confirmação ou da possibilidade de vigência de diplomas (ou de normas) inconstitucionais.

O tema veio a merecer acolhimento, igualmente, na 2.ª Plataforma de Acordo Constitucional¹⁶, celebrada em 26 de Fevereiro de 1976, onde se estatuiu (ponto 2.5.2.) que, existindo veto presidencial, podia a Assembleia Legislativa confirmar o diploma por maioria absoluta dos Deputados em efectividade de funções (e, em casos especiais, por maioria qualificada de dois terços dos Deputados presentes), caso em que a promulgação não poderia ser recusada.

Por outro lado, este documento já acolhe um dispositivo sobre a confirmação de actos inconstitucionais de direito interno. Especificamente, o ponto 3.8.4. estabelecia que, se antes da promulgação pelo Presidente da República, o Conselho da Revolução se pronunciasse pela inconstitucionalidade de qualquer diploma, aquele deveria exercer o direito de veto, circunstância em que, tratando-se de decreto da Assembleia Legislativa (mas não de decreto do Governo), se exigia a maioria qualificada de dois terços do número de Deputados para que a promulgação pudesse ocorrer.

Na versão original da lei fundamental de 1976, a solução adoptada seguiu, em termos gerais, aquela orientação. Assim, no n.º 2 do artigo 278.º, dispunha-se que, pronunciando-se o Conselho da Revolução pela inconstitu-

15 Estavam sujeitos à exigência de sanção pelo Conselho da Revolução os diplomas legislativos emanados da Assembleia Legislativa ou do Governo que dissessem respeito: i) às linhas gerais da política económica, social e financeira; ii) às relações externas, em especial com os novos países de expressão portuguesa e com os territórios ultramarinos em que ainda se mantivesse a administração portuguesa; iii) ao exercício de liberdades e direitos fundamentais; iv) à organização da defesa nacional e definição dos deveres desta decorrentes; v) à regulamentação de actividade política, em especial a relativa a actos eleitorais (ponto 3.2. c) da Parte D).

16 Texto em Jorge Miranda, *op. cit.*, p. 204 e seguintes.

13 Permite, mas não assegura, pois que, nos termos do n.º 2 do artigo 8.º da Constituição, a vigência na ordem interna só ocorrerá quando se iniciar na ordem jurídica internacional e só permanecerá enquanto esta durar.

14 O seu texto pode encontrar-se em Jorge Miranda, *Fontes e Trabalhos Preparatórios da Constituição*, Lisboa, INCM, 1978, p. 195 e seguintes. Recorde-se que o objectivo do documento, de acordo com o ponto 2 da Parte B, era que os termos dele constantes viessem a integrar a futura Constituição Política, a elaborar e aprovar pela Assembleia Constituinte.

cionalidade de qualquer diploma (o que poderia suceder relativamente a decretos a serem promulgados como lei ou como decreto-lei – n.º 1 do artigo 277.º), era possível à Assembleia da República – e só a ela – reaprovar o decreto em causa por maioria de dois terços dos Deputados presentes, o que, a acontecer, permitiria – mas não imporá – a promulgação presidencial (como decorre do recurso ao termo “poderá” em vez de “deverá”).

Note-se que o texto original da Constituição era totalmente omissivo quanto à possibilidade de confirmação no caso de diplomas regionais. E isto pela singela razão de que, na arquitectura do sistema não cabia, então, o controlo preventivo dos mesmos, mas tão só a sua apreciação sucessiva, que, de resto, não estava entregue ao Tribunal Constitucional, mas ao Supremo Tribunal Administrativo (Lei n.º 15/79, de 19 de Maio)¹⁷.

Na revisão constitucional de 1982, o tema passou a ser tratado no n.º 1 e no n.º 2 do artigo 278.º, que previam que, requerida a fiscalização pelo Presidente da República ou pelo (então) Ministro da República, e pronunciando-se o Tribunal Constitucional pela desconformidade com a lei fundamental, o veto era obrigatório, mas a promulgação ou assinatura (consoante os casos) permitida, desde que a reaprovação respeitasse a maioria de dois terços dos Deputados presentes.

As consequências directas da nova redacção eram, assim, duas: por um lado, passava a falar-se em fiscalização (e, conseqüentemente, em inconstitucionalidade), não de diplomas, mas de normas; por outro lado, abria-se implicitamente a porta (questão a que adiante se regressará) à possibilidade de confirmação das normas de direito regional (isto é, constantes de decretos legislativos). Por seu turno, a revisão de 1989, não mudando nada de essencial em termos de orientação de fundo, veio a prever que a confirmação requer maioria de dois terços dos Deputados presentes, desde que superior à maioria absoluta dos Deputados em efectividade de funções. Trata-se de uma solução de bom senso, uma vez que a regra

anteriormente plasmada admitia a absurda possibilidade de a maioria de confirmação de normas inconstitucionais ser inferior à maioria de confirmação de diplomas objecto de veto político, que foi sempre, no mínimo, a maioria absoluta dos Deputados (n.º 2 do artigo 139.º da versão original)¹⁸. A solução então contemplada é a que hoje permanece, porquanto as revisões constitucionais posteriores não modificaram às normas ao tema atinentes.

2.2. A confirmação de normas de direito internacional

Creemos ser indiscutível que o acto de ratificação reveste natureza livre. Melhor dizendo, duplamente livre, isto é, tanto no direito internacional, quanto no direito interno¹⁹. Daí que, pretender ultrapassar a recusa presidencial de ratificação através do recurso ao mecanismo da confirmação, impondo-lhe, num segundo momento, a prática desse acto, careceria de qualquer sentido ou fundamento. Por isso, quer nos documentos pré-constitucionais, quer nas várias versões da lei fundamental de 1976, tal hipótese não foi acolhida.

Distintamente, no que toca ao recurso a essa solução em caso da pronúncia pela inconstitucionalidade de normas deles constantes, o problema colocou-se, embora de forma tecnicamente deficiente, no texto da II Plataforma de Acordo Constitucional. Com efeito, no seu ponto 3.8.4., a que antes se fez referência, admitia-se a sua confirmação pela Assembleia Legislativa e a posterior intervenção do Presidente da República.

É certo que, numa primeira análise, essa possibilidade deveria ter-se por excluída, por

via da alusão que aí se fazia à promulgação de diplomas legislativos. Mas assim não era, uma vez que tal dispositivo tinha de ser interpretado em conjugação com o ponto 3.8.1, que admitia a fiscalização preventiva de qualquer decreto, incluindo aqueles que consistiam na aprovação de tratados internacionais e acordos internacionais, pelo que, logicamente, também a estes se deveria admitir estendida aquela hipótese. A questão veio a ser retomada no texto original da Constituição, que acolhia a fiscalização preventiva de decretos que consistissem na aprovação de tratados e acordos internacionais (n.º 1 do artigo 277.º) e, em caso da respectiva reaprovação por maioria de dois terços dos Deputados presentes, a faculdade de promulgação presidencial (n.º 2 do artigo 278.º).

Note-se que, à época, a Assembleia da República só gozava de competência para a aprovação de tratados solenes (alínea j) do artigo 164.º), razão pela qual de fora ficava, “ex natura”, a confirmação de acordos internacionais, que se situavam, antes, na órbita do Governo, cujos decretos, se atingidos por inconstitucionalidade, não eram disso passíveis (n.º 3 do artigo 278.º).

Aquando da revisão constitucional de 1982, o assunto foi retomado de forma mais directa, passando o n.º 4 do artigo 279.º a prever, em caso de pronúncia de inconstitucionalidade de norma constante de tratado, a eventualidade da sua ratificação, caso se registasse uma nova aprovação parlamentar, por maioria de dois terços dos Deputados presentes (assim deixando fora de os acordos internacionais, também eles passíveis de controlo a priori, nos termos do n.º 1 do mesmo dispositivo, mas que permaneceram no domínio da capacidade política do Governo).

Com a revisão constitucional de 1989, a Assembleia da República adquiriu o poder de aprovação de acordos internacionais. De facto, passou a determinar a (então) alínea j) do artigo 164.º da Constituição que, para além da aprovação de tratados solenes sobre um conjunto de matérias aí referidas, lhe cabia, também, a aprovação de convenções internacionais no domínio da sua competência reservada. Ora, no imaginário constitucional, a expressão “convenções in-

¹⁷ Sobre a questão, ver o nosso *Introdução ao Direito Processual Constitucional*, p. 79.

¹⁸ Como está bem de ver, se o *quorum* deliberativo da Assembleia da República é, de acordo com a regra geral, a maioria do número legal dos seus membros (n.º 2 do artigo 116.º da Constituição e n.º 1 do artigo 92.º da Assembleia da República), é perfeitamente possível que dois terços dos votos dos Deputados presentes seja um número inferior à maioria absoluta (116).

¹⁹ Assim, Jorge Miranda, *Curso de Direito Internacional Público*, Lisboa, Principia, 4.ª edição (revista e actualizada), 2009, p. 70 e p. 111 e André Gonçalves e Fausto de Quadros, *Manual de Direito Internacional Público*, Coimbra, Almedina, 3.ª edição, 2001, p. 197 e p. 205.

ternacionais” é usada quando se pretende fazer alusão, em simultâneo, a tratados e a acordos (veja-se, v.g., a redacção da alínea c) do n.º 1 do artigo 200.º, estabelecida pela Lei Constitucional n.º 1/89, ou da actual alínea b) do n.º 1 do artigo 197.º).

Em termos gerais, porém, a filosofia da norma permaneceu intocada, embora elevando a maioria de confirmação para dois terços dos Deputados presentes, desde que superior á maioria absoluta dos Deputados em efectividade de funções (à semelhança, como se disse, do que passou a prever-se para as normas de direito interno).

Desde esse momento, as soluções constitucionais neste domínio consagradas mantêm-se, no essencial, idênticas. Na verdade, a revisão constitucional de 1997 modificou o teor da alínea i) do artigo 164.º, retirou ao Governo a competência para aprovar tratados internacionais, alocando-a, portanto, em exclusivo, à Assembleia da República. Ao mesmo tempo, clarificou que lhe cabe, igualmente, aprovar os acordos internacionais que versem matérias da sua competência reservada ou que o Governo entenda submeter à sua apreciação. Esta segunda dimensão, porém, não deve considerar-se inovadora, atento quanto se referiu acima.

3. A relação entre fiscalização preventiva e confirmação

No âmbito do complexo sistema de apreciação da constitucionalidade que a Constituição portuguesa erige, a questão da confirmação de normas coloca-se, evidentemente, no domínio da verificação “a priori”. E daí que se imponha começar por notar que o universo do controlo preventivo é delimitado, entre outros critérios, por referência a duas categorias genéricas de normas:

- Em primeiro lugar, normas de direito interno, desde que constem de decreto da Assembleia da República ou do Governo, aquele a ser promulgado como lei e este como decreto-lei, pelo Presidente da República ou, ainda, que integrem decreto das Assembleias Legislativas das Regiões Autónomas, submetido a assinatura do Representante da República (n.º 1 e n.º 2

do artigo 278.º da Constituição)²⁰;

- Em segundo lugar, normas de direito internacional, se integrarem tratados solenes ou acordos em forma simplificada (n.º 1 do artigo 278.º da Constituição), os primeiros dependentes de ratificação pelo Presidente da República, os segundos requerendo a assinatura, pelo mesmo, dos respectivos decretos ou resoluções de aprovação (alínea b) do artigo 134.º da Constituição)²¹.

Deve referir-se, a propósito desta segunda dimensão, que ainda que a Constituição o não afirme expressamente, deve considerar-se que também os acordos em forma simplificada que se inserem em matéria da competência da Assembleia da República se devem considerar passíveis de sujeição a fiscalização preventiva.

A razão para tal conclusão é simples: nem aquando da revisão constitucional de 1989, nem em nenhuma das que posteriormente ocorreram, foi estabelecida a necessária articulação entre a redacção do n.º 1 do artigo 278.º e a da alínea b) do artigo 137.º (hoje 134.º). Continua o legislador, assim, a esquecer que o Presidente da República passou, a partir daí, a dispor de competência para assinar as resoluções da Assembleia da República que aprovam acordos internacionais. Mas tal lacuna não passa disso mesmo, pois se existe razão justificativa para que o Presidente da República possa solicitar a fiscalização preventiva de acordo internacional cujo decreto de aprovação lhe haja sido enviado – isto é, que provenha do Governo –, “a fortiori” tal rumo tem de estar aberto quando o acordo seja oriundo

20 Vale a pena recordar que a revisão constitucional de 2004 procedeu a uma alteração do universo da fiscalização preventiva da constitucionalidade, ao dele retirar os decretos regulamentares de lei geral da República, como consequência lógica da extinção desta última categoria normativa.

21 Como é óbvio, não se coloca aqui o problema do direito internacional não pactício (como os princípios gerais de direito internacional ou as normas consuetudinárias), das decisões emanadas de organizações internacionais ou do direito europeu derivado, uma vez que a lei fundamental, por via da previsão de cláusulas de incorporação automática (n.º 1, n.º 3 e n.º 4 do artigo 8.º), exclui, “ex natura”, qualquer hipótese de aferição preventiva da respectiva conformidade constitucional.

do Parlamento)²².

A distinta natureza dos normativos susceptíveis de apreciação preventiva induz, necessariamente, a produção de efeitos jurídicos dissemelhantes, em caso de juízo negativo do Tribunal Constitucional (artigo 279.º da Constituição). Essa é mesmo, diríamos, uma imposição que decorre da índole, interna ou internacional, de tais normas. Assim, por força disso, gera-se:

- A interdição de promulgação presidencial, no caso dos decretos da Assembleia da República e do Governo, a serem promulgados, respectivamente, como leis e como decretos-lei (n.º 1 do artigo 279.º da Constituição);
- A insusceptibilidade de ratificação pelo Presidente da República, no que toca aos tratados solenes (n.º 4 do artigo 279.º da Constituição);
- A proibição de assinatura pelo Presidente da República, no que diz respeito às resoluções parlamentares de aprovação de acordos em forma simplificada, bem como aos decretos governamentais com idêntico fito (n.º 1 do artigo 279.º da Constituição);
- O impedimento de assinatura, desta feita pelo Representante da República, no que tange aos decretos das Assembleias Legislativas das Regiões Autónomas, a serem assinados como decretos legislativos regionais (n.º 1 do artigo 279.º da Constituição).

Adoptado um desses comportamentos, na sequência da verificação, pela jurisdição constitucional, da violação dos parâmetros de aferição impostos pela lei fundamental, gera-se, evidentemente, um impasse. E a solução para o mesmo fica dependente de duas variáveis fundamentais:

- A tipologia dos actos em cujo âmbito dispositivo se inserem as normas feridas do vício detectado;

22 No mesmo sentido, Jorge Miranda, *Curso de Direito Internacional Público*, p. 110 e Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Coimbra, Coimbra Editora, Volume II, 4.ª edição, 2010,

- A avaliação jurídico-política que os órgãos políticos intervenientes venham a levar a cabo – seja aquele que é responsável pelo procedimento em cujo “iter” haja surgido a questão de inconstitucionalidade, seja aquele a quem cabe o exercício da função de controlo jurídico-político.

Desde logo, e uma vez mais, a natureza, nacional ou internacional, dos normativos constitucionalmente reprovados condiciona, por si só, a possível escolha dos caminhos a seguir. De facto, a origem interna de leis, decretos-leis e decretos legislativos regionais, permite o recurso, “expressis verbis” contemplado no texto constitucional (n.º 2 e n.º 3 do artigo 279.º), ao expurgo ou à reformulação das normas inquinadas neles presentes²³.

Diferentemente, caso se esteja perante instrumentos de direito internacional, o seu fundamento pactício revela-se condição suficiente para afastar aquelas hipóteses. É que, envolvendo aquelas soluções o recurso à alteração dos respectivos textos, daí decorreria a necessidade de trilhar um de dois caminhos alternativos: i) a renegociação do instrumento internacional em causa; ii) a formulação de reservas.

Qualquer dessas soluções envolve, contudo, um óbice de monta: a aquiescência por parte dos demais sujeitos de direito internacionais envolvidos.

Assim, a reabertura de negociações revelar-se-á, muitas vezes, impraticável, sobretudo se o número de partes for elevado, “maxime” quando em causa estejam tratados multilaterais gerais, precisamente por força da indispensabilidade da aceitação unânime dos restantes parceiros.

Por seu lado, quando em causa esteja o instituto das reservas, o problema é causado pela própria natureza jurídica destas, uma vez que se trata de um instituto enquadrável no âmbito das chamadas declarações unilaterais (alínea d) do artigo 2.º da Convenção de Viena sobre Direito dos Trata-

dos) e não de um acto jurídico unilateral, por delas estar ausente a característica da autonomia²⁴. E, por tal motivo, a sua produção de efeitos fica dependente, seja da respectiva admissão, expressa ou implícita, pelo texto do instrumento internacional em causa (artigo 19.º da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados), seja da não objecção dos sujeitos que já integram o respectivo universo (artigos 20.º e 21.º da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados).

Em certas situações, todavia, a Constituição admite o prosseguimento do processo, através do recurso a uma adicional hipótese alternativa²⁵, para isso contemplando a atribuição de uma margem de liberdade de actuação ao órgão a quem compete a competência de aprovação, traduzido no mecanismo da confirmação.

Este instituto faz sentido, sobretudo – e, precisamente por isso, foi por essa via que surgiu –, no contexto da relação entre o órgão que legisla e aquele a quem é atribuída a competência de controlo do exercício dos poderes dessa natureza. De facto, a fase derradeira do procedimento legislativo implica uma lógica de conexão entre essas duas entidades, desde logo pelo requisito constitutivo da promulgação. Mas envolve, também, caso a recusa de promulgação esteja autorizada²⁶, a previsão de soluções de ultrapassagem do impasse assim gerado. É nesse contexto que a nossa Constituição primeiramente a prevê, seja a propósito do veto político presidencial, no quadro do processo legislativo parlamentar (artigo

136.º), seja relativamente à não assinatura, pelo Representante da República, de decretos legislativos regionais (artigo 233.º).

Obedecendo a uma lógica bem mais discutível, como se referiu antes, a lei fundamental acabou por não limitar essa solução ao domínio do veto político, ampliando-a para o campo do veto jurídico – ou por inconstitucionalidade –, isto é, para aqueles casos em que houve pronúncia de inconstitucionalidade, por parte do Tribunal Constitucional, em sede de apreciação preventiva. E, assim, fica ao dispor dos órgãos de índole parlamentar – e apenas deles – a possibilidade de insistir, através de uma nova aprovação – naturalmente com distintas exigências no que toca à maioria requerida –, na necessidade de entrada em vigor de actos já objecto daquela apreciação negativa.

Tal consagração simultânea não significa, ainda assim, que as consequências daí advenientes sejam as mesmas. Ao contrário até, pois que a eficácia jurídica que lhe é atribuída apresenta-se claramente distinta numa situação e noutra.

Assim, caso estejamos face a um diploma politicamente vetado, a confirmação faz emergir um dever de promulgação (n.º 2 do artigo 136.º da Constituição) ou de assinatura (n.º 2 do artigo 233.º da Constituição). Distintamente, se tal procedimento se desenrolar a propósito de decretos da Assembleia da República objecto de pronúncia de inconstitucionalidade, aquilo que irrompe é, tão só, uma faculdade de promulgação (n.º 2 do artigo 279.º da Constituição). E caberá, então, ao Presidente da República decidir, em total liberdade, se opta por seguir o caminho indicado pelos argumentos legais do Tribunal Constitucional ou por acompanhar as preocupações políticas subjacentes à tomada de posição da Assembleia da República. Se der prevalência aos primeiros, recusará a promulgação. Se entender mais adequado privilegiar as segundas, avançará para ela.

Reflectindo sobre o sentido do acto de confirmação, Gomes Canotilho e Vital Moreira²⁷ consideram que em causa não estará

23 Na nossa perspectiva, deve falar-se em expurgo quando do acto em apreciação for retirada, sem mais, a norma inconstitucional, e em reformulação quando esta e (eventualmente) outras que com ela tenham relação sejam modificadas, em ordem a dela (s) ser eliminada a desconformidade detectada.

24 Jorge Miranda, *Curso de Direito Internacional Público*, p. 51 e André Gonçalves Pereira e Fausto de Quadros, *op. cit.*, p. 266.

25 Para além das soluções analisadas no texto, é ainda contemplável uma derradeira hipótese, que passa pela inércia do órgão de aprovação. Ou seja, confrontado com uma pronúncia de inconstitucionalidade, aquele reconhece que não é possível – ou que não há vantagem – em tentar ultrapassar o impasse assim gerado, abandonando, em consequência, qualquer intenção de insistir na aprovação do texto em causa. Como é óbvio, tal escolha não tem interesse algum para o tema sob escrutínio.

26 Como é sabido, Estados há em que a promulgação (ou sanção) é obrigatória, ou seja, em que o direito de veto é negado, como sucede, v.g., com a generalidade das monarquias constitucionais actuais ou com a Suíça.

27 *Op. cit.*, p. 931.

submeter a decisão da jurisdição constitucional a um controlo parlamentar, uma vez que a nova decisão da Assembleia da República versa sobre o veto e a promulgação. Assim, ao decidir se o PR pode, ou não, promulgar o decreto inconstitucional, o acto parlamentar não se traduzirá numa censura ou numa revogação da pronúncia do Tribunal Constitucional. E, por isso, concluem que a decisão deste não é anulada, pode é tornar-se ineficaz.

Na nossa perspectiva, semelhante leitura não se afigura inteiramente correcta. Concordamos que em causa não está uma censura e, muito menos, uma anulação da pronúncia, o que, de resto, não teria, conceptualmente, qualquer sentido. Mas já não nos parece adequado considerar que a decisão incide, em exclusivo, sobre o veto presidencial. E isto por duas razões:

- Em primeiro lugar, porque o veto presidencial é aqui, não só obrigatório como hetero-fundamentado (ao contrário do que ocorre com o veto político, que exige uma justificação da responsabilidade do próprio Presidente da República), porque assente, em exclusivo, nas razões de substância subjacentes à pronúncia de inconstitucionalidade. Daí que, ao reaprovar o diploma contestado, a Assembleia da República esteja, implicitamente, a contrariar o sentido da decisão do Tribunal Constitucional;
- Em segundo lugar, porque, se a pronúncia de inconstitucionalidade pode tornar-se ineficaz (o que sucederá se o Presidente da República vier promulgar o decreto após a nova decisão parlamentar), então há-de logicamente reconhecer-se que o objecto, ao menos mediato, da confirmação, é a decisão em si mesma que, por essa via, se pretende ver afastada.

Questão tradicionalmente controvertida é a de saber se a possibilidade de confirmação de decretos inconstitucionais se estende às Assembleias Legislativas das Regiões Autónomas, com a consequente atribuição ao Representante da República do direito de agir de forma idêntica ao que referimos estar ao alcance do Presidente da República,

isto é, decidindo livremente pela assinatura ou pela recusa da mesma.

A própria formulação do n.º 2 do artigo 279.º da Constituição não contribui directamente para a solução dessa interrogação, pois que, se não autoriza expressamente essa possibilidade, também a não exclui liminarmente, ao estatuir que a confirmação só poderá ter lugar no caso de o diploma em crise ser reaprovaado por maioria de dois terços dos Deputados presentes, desde que superior à maioria absoluta dos Deputados em efectividade de funções. Ora, se essa formulação afasta, de imediato, a hipótese da confirmação de decretos a serem promulgados como decretos-lei (precisamente por impor a aprovação por uma maioria parlamentar), não esclarece, insista-se, se a confirmação por parte das Assembleias Legislativas das Regiões Autónomas é, ou não, admissível.

A não resolução do problema em sede constitucional originou um debate sobre a melhor interpretação a dar ao citado dispositivo²⁸. E múltiplos foram os argumentos invocados para sustentar a posição de exclusão do recurso à confirmação, a começar pelos de índole formal, assentes no facto de a nossa Constituição fazer, ao longo do seu texto, uma distinção no modo como se refere aos parlamentares da Assembleia da República e das Assembleias Legislativas das Regiões Autónomas, utilizando o termo “Deputados” (com D maiúsculo) quando alude aos primeiros e recorrendo à expressão “deputados” (com d minúsculo) sempre que se refere aos segundos.

O argumento mais sério alvitado é, porém, aquele que decorre da consideração da própria dignidade jurídico-constitucional dos órgãos hipoteticamente envolvidos. E daí se parte para a conclusão de que, podendo assumir-se a possibilidade de uma divergência entre dois órgãos de soberania – o

Tribunal Constitucional e a Assembleia da República –, com arbitragem final por um terceiro – o Presidente da República –, já não faria qualquer sentido admitir a hipótese de o “dictum” negativo da jurisdição constitucional ser contrariado pela vontade conjugada de dois órgãos como a Assembleia Legislativa da Região Autónoma e o Representante da República que, assumindo embora dignidade constitucional, não são, evidentemente, órgãos de soberania. Pela nossa parte, sempre propendemos para a resposta afirmativa²⁹, isto é, para aceitar a ideia de que também as Assembleias Legislativas das Regiões Autónomas podem optar pela confirmação de decretos inconstitucionais. E, tendo-nos pronunciado já sobre os fundamentos da nossa opinião, limitamo-nos a reproduzi-los em termos gerais³⁰.

O primeiro argumento é que, no seu Acórdão n.º 151/93, o próprio Tribunal Constitucional já admitiu expressamente essa possibilidade³¹.

O segundo motivo é que, como acima se sustentou, a isso não obsta a própria redacção do normativo constitucional aplicável, o qual, sem qualquer interpretação forçada, acolhe essa leitura.

A terceira razão – e, porventura, a mais assertiva – é que não nos convence qualquer dos argumentos invocados para defender a não extensão desse mecanismo às Assembleias Legislativas das Regiões Au-

29 Já em *A Fiscalização da Constitucionalidade e da Legalidade*, Oeiras, Livraria Republicana, 1999, p. 32/3.

30 *Introdução ao Direito Processual Constitucional*, p. 146-148.

31 “Tudo ponderado, porém, e apesar de a solução, pelas razões apontadas pelos vários autores citados, se afigurar aberrante no que respeita à interdependência de poderes entre órgãos de soberania e órgãos próprios das regiões autónomas, opta-se por considerar constitucionalmente admissível a confirmação pelas assembleias regionais, por maioria qualificada de dois terços dos deputados presentes, dos diplomas vetados pelos Ministros da República, na sequência de uma pronúncia de inconstitucionalidade pelo Tribunal Constitucional, em sede de fiscalização preventiva.

A tal conclusão parece se dever necessariamente chegar face não apenas à vontade conjectural mas à própria vontade expressa do legislador constituinte, que, *in casu*, corresponde, aliás, ao teor literal do preceito interpretando”.

28 Sobre o tema, pode ver-se Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, Coimbra, Coimbra Editora, tomo VI, 3.ª edição, 2008, p. 268 e seguintes, Jorge Bacelar Gouveia, “Autonomia regional, procedimento legislativo e confirmação parlamentar”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, 2000, p. 137 e seguintes e Gomes Canotilho e Vital Moreira, *op. cit.*, p. 931.

tónomas, uma vez que parecem esquecer o ponto essencial: o de que a opção constitucional assenta, não numa preocupação de índole exclusivamente jurídica, mas numa visão de ordem político-constitucional.

É por isso que a lei fundamental aceita, em situações limite, a entrada em vigor de normativos que a violem. E é igualmente por isso que se enquadra na construção constitucional – e sem que isso, obviamente, signifique qualquer concordância com tal solução, bem pelo contrário -, que tal hipótese se não acantone no plano das relações entre a Assembleia da República e o Tribunal Constitucional, mas se estenda, igualmente, ao conflito entre este último e as Assembleias Legislativas das Regiões Autónomas, aqui com arbitragem final pelo Representante da República³².

Esclarecido esse ponto, há que recordar, ainda, que enveredar pelo caminho da confirmação é possível quando estiverem em causa instrumentos de natureza internacional. E a nossa lei fundamental admite-o no caso de normas constantes de tratados solenes, cuja aprovação cabe hoje em exclusivo, como já se disse, à Assembleia da República (alínea i) do artigo 161.º). Tal solução surge, de resto, como mais acertada neste contexto, desde logo por inexistir a possibilidade, acima referida, de recorrer ao expurgo ou à confirmação, mas também por outras razões, que estão relacionadas com o domínio central da presente indagação, e que adiante se explanarão.

Por seu lado, quando o exercício da com-

petência aprovatória parlamentar incidir sobre a aprovação de acordos em forma simplificada – algo que está contemplado na já citada alínea i) do artigo 161.º da Constituição -, fica inviabilizada a possibilidade de reaprovação (n.º 4 do artigo 279.º da Constituição).

Uma coisa é, porém, certa: a confirmação parlamentar de tratados internacionais é igualmente insuficiente para criar a obrigação de ratificar, que continua a não ser possível. Não apenas por razões de similitude com aquilo que se passa com a promulgação e a assinatura, mas, sobretudo, porque se a ratificação de tratados conformes aos parâmetros constitucionais assume sempre – já o dissemos - natureza livre, por maioria de razão ela não poderia apresentar índole vinculada perante tratados afectados pelo vício de inconstitucionalidade.

4. As implicações jurídico-constitucionais do acto de confirmação

Como se acabou de notar, o acto de confirmação não consubstancia a sanção do vício detectado pela jurisdição constitucional, limitando-se a permitir a aplicação, a título excepcional, de normas cuja contradicção com a lei fundamental deveria conduzir, no rigor dos princípios, à sua invalidade e, conseqüentemente, à insusceptibilidade da sua vigência. Dito de outra forma: as normas confirmadas passam, por força dessa decisão, a integrar a ordem jurídico-positiva, mas nem por isso deixam de estar geneticamente feridas pelo vício de inconstitucionalidade, circunstância que induz uma indesmentível fragilidade no que toca à determinação do seu valor jurídico.

Esse facto, inquestionável em si mesmo, não deixa de, acto contínuo, acarretar conseqüências de monta. E isso na medida em que a pronúncia de inconstitucionalidade de que foi objecto abrirá caminho, julgamos, porventura imediatamente após a inserção na ordem jurídica da norma inquirada, ao seu renovado questionamento. Algo que, a nosso ver, se torna, até, mais plausível, por força da apertada malha em que assenta o nosso sistema de controlo sucessivo da constitucionalidade.

Os fundamentos que apontam nesse sentido afiguram-se, em simultâneo, muito simples, mas também inquestionavelmente sólidos.

Em primeiro lugar, a circunstância de, pese embora a impossibilidade de o Tribunal Constitucional agir “ex officio”, existir: i) um alargado universo de entidades de natureza política dotadas de legitimidade para desencadear um processo de fiscalização abstracta; ii) a hipótese de as partes num processo, o Ministério Público ou, até, o próprio juiz, aí suscitarem a questão de inconstitucionalidade.

Em segundo lugar, porque existindo já um juízo prévio de inconstitucionalidade, tal circunstância é, em si mesma, apta a induzir uma pressão acrescida nuns casos, e um interesse reforçado noutros, para que os agentes processualmente legitimados retomem o tema.

A este respeito, vale a pena trazer à colação que, em regra, tal como o Tribunal Constitucional teve oportunidade de referir, “não existe uma verdadeira presunção de constitucionalidade das leis - que seria contrária ao comando do artigo 204.º da CRP... Apenas se poderá admitir uma espécie de “ónus” de demonstração da inconstitucionalidade, uma vez que esta, a inconstitucionalidade, também não se presume”³³.

A inexistência dessa presunção de constitucionalidade não significa, porém,

33 Acórdão n.º 102/2016. Diferentemente, em vários ordenamentos estrangeiros, de que é exemplo o brasileiro, as leis beneficiam de uma presunção “iuris tantum” de constitucionalidade, que só pode ser invertida por via de declaração da respectiva inconstitucionalidade.

Como refere António Carlos Ferreira de Souza Júnior, “a presunção da constitucionalidade das leis parte da premissa de que os Poderes Legislativo e Executivo desempenharam o exame da compatibilidade da norma com a Constituição Federal, sendo necessário um procedimento específico previsto constitucionalmente para que o Poder Judiciário possa invalidar a norma” (“A sanção de inconstitucionalidade: nova proposta de estudo para um velho problema”, *Revista da AJURIS*, volume 39, n.º 127, Setembro 2012, p. 15). Em idêntica linha, o Supremo Tribunal Federal, em decisão de 22 de Setembro de 2017 (Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 659.534 PARANÁ), teve ocasião de sublinhar que “vige no direito brasileiro o postulado de que lei formal goza de presunção de constitucionalidade até declaração em sentido contrário”.

32 Não deixará, ainda assim, de se referir que o n.º 4 do artigo 99.º do Estatuto Político-Administrativo da Região Autónoma da Madeira (Lei n.º 13/91, de 5 de Junho, na redacção dada pela Lei n.º 12/2000, de 21 de Junho) estabelece que, em caso de pronúncia de inconstitucionalidade, o decreto não poderá ser promulgado ou assinado sem que a Assembleia Legislativa Regional expurgue a norma julgada inconstitucional.

Apesar da deficiente redacção que apresenta (uma vez que alude a promulgação, acto que só se encontra na esfera de competências do Presidente da República), a norma em causa poderia ser lida como eliminatória da possibilidade de confirmação. Mas, ainda que assim fosse, é óbvio que não seria possível, por essa via legislativa, eliminar uma possibilidade que a Constituição não exclui e que, como se indicou no corpo principal, o Tribunal considerou estar contida na previsão do n.º 2 do artigo 279.º da Constituição.

que as entidades públicas de índole política, ou de natureza administrativa, possam, estribando-se nisso, recusar a aplicação de normas que considerem inquinadas de violação da lei fundamental, substituindo-se, assim, ao papel dos tribunais, que têm, entre nós, o exclusivo da competência nessa matéria.

Tendo em conta tais pressupostos de raciocínio, pode afirmar-se, inclusive, que o estatuto de uma concreta norma fica, de algum modo, reforçado, caso haja passado, com sucesso, no crivo da fiscalização preventiva, e isto pese embora, reitere-se, a sempre presente possibilidade da respectiva reapreciação no quadro dos processos de controlo sucessivo.

Em contrapartida, a vigência de uma norma como resultado da aplicação do mecanismo da confirmação não pode deixar de reflectir-se, já o dissemos, na sua indubitável fragilização jurídica e, conseqüentemente, na ablação ou, no mínimo, na dramática compressão de qualquer utilidade concreta da mesma.

Colocando a questão noutros termos: o desvalor manifesto em que se traduz a constatação, feita pelo Tribunal Constitucional, da sua contraditoriedade com os parâmetros jusfundamentais de aferição, é apto a provocar, como notam Gomes Canotilho e Vital Moreira³⁴ e, também, Paulo Otero³⁵, o emergir de uma presunção de inconstitucionalidade em seu desfavor.

Ou seja: se, como referiu a jurisdição constitucional na decisão acima citada, seja a constitucionalidade, seja a inconstitucionalidade, não podem presumir-se, justificam-se plenamente que tal perspectiva se altere caso, em sede de fiscalização preventiva, ocorra pronúncia de inconstitucionalidade, e mesmo que a norma por ela visada tenha sido objecto de confirmação.

Em ordem a testar a solidez deste raciocínio, não seria possível, ainda assim, questionar a própria admissibilidade de nova apreciação das normas constantes de actos inconstitucionais confirmados?

34 *Constituição da República Portuguesa Anotada*, p. 934.

35 *Direito Constitucional Português*, Coimbra, Almedina, volume II, 2010, p. 253.

A interrogação poderia, em tese, suscitar-se, desde logo por tal hipótese não estar expressamente contemplada. Com efeito, no quadro do nosso sistema de fiscalização, é apenas ao recusar-se qualquer consequência directa às decisões de não inconstitucionalidade que se abre caminho à possibilidade de reapreciação, em sede de fiscalização sucessiva, de norma anteriormente apreciada em controlo preventivo. Já a circunstância de a pronúncia de inconstitucionalidade envolver, por natureza, certos efeitos negativos, poderia, por si só, constituir motivo para gerar a insusceptibilidade de nova avaliação das normas inquinadas. E, como no caso “sub judice”, aquilo que ocorre é, precisamente, que as normas confirmadas foram objecto de um juízo negativo na fase prévia, não faria sentido, sequer, hipotizar uma reapresentação das mesmas ao Tribunal Constitucional.

Semelhante esquema de raciocínio não tem, evidentemente, razão de ser, na medida em que o caso sob escrutínio se reveste de contornos “sui generis”. Com efeito, nas situações tipo – isto é, aquelas em que a Assembleia da República acata a decisão negativa do Tribunal Constitucional e o subsequente veto jurídico presidencial, não recorrendo à figura da confirmação –, a pronúncia de inconstitucionalidade implica, “ipso facto”, a insusceptibilidade da entrada em vigor das normas apreciadas, não fazendo nenhum sentido contemplar, sequer, uma nova avaliação sucessiva, a qual surgiria como impossível “ex natura”, pois que não se pode reapreciar aquilo que nem sequer chegou a entrar em vigor.

Mas, se a entrada em vigor de normas viciadas vier, excepcionalmente, a ocorrer, por via da reaprovação parlamentar, não só é plenamente justificado, quanto se torna mesmo indispensável permitir que, por via abstracta ou concreta, a apreciação sucessiva venha a ser suscitada³⁶.

Ora, é precisamente a sindicabilidade su-

36 No mesmo sentido, Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, tomo VI, p. 271. Em sentido oposto, Paulo Rangel, “O legislador e o Tribunal Constitucional: o risco da redução metodológica do problema político”, *Direito e Justiça*, volume 11, tomo 2, (1997), p.213-214.

cessiva que coloca em crise, no plano dos princípios, a solução da confirmação. Não se ignora - já o dissemos -, que nada obsta a que a jurisdição constitucional adopte, aquando de uma fiscalização sucessiva, decisão de sentido diverso daquela que foi proferida em sede de controlo preventivo. Aliás, são conhecidas situações em que isso ocorreu, conduzindo à declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral de normas anteriormente objecto de pronúncia de não inconstitucionalidade³⁷. Atrevemo-nos a pensar, porém, que a previsível evolução deverá ser, aqui, distinta. De facto, não é o mesmo decidir que uma norma não é inconstitucional – sabendo bem que essa decisão carece de quaisquer efeitos futuros – ou determinar que uma norma é inconstitucional, conhecendo todo o rol de efeitos jurídicos que isso envolve, nomeadamente a imediata imposição de veto presidencial e as consequências que dele decorrem.

À luz dessas considerações, reiteramos a ideia de que, caso se recorra à utilização do mecanismo de confirmação e, como resultado disso, se venha a proporcionar a entrada em vigor de disposições inconstitucionais, a consequência lógica será uma de duas:

- A apresentação de um pedido ao Tribunal Constitucional, em sede de controlo abstracto, por parte de uma das múltiplas entidades político-institucionais que para isso gozam de legitimidade, com a mais que previsível consequência de a jurisdição constitucional manter o seu anterior “dictum” sobre a questão e, conseqüentemente, declarar a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, de quanto já em sede de fiscalização preventiva considerara infringir a lei fundamental;
- O suscitar do incidente de inconstitucionalidade, se disso for caso, no âmbito da fiscalização concreta. Aí, ainda que a jurisdição “a quo” entenda afastar-se da orientação acolhida pelo Tribunal Constitucional, a sempre presente hipótese de recurso, seja por iniciativa das partes,

37 Ver, v.g., o Acórdão n.º 473/93.

seja por decisão do Ministério Público, propiciará de novo, com elevado grau de probabilidade, que se atinja o mesmo resultado, isto é, a permanência do juízo de inconstitucionalidade, originando, “in casu”, a desaplicação da norma na situação “sub judicio”. E podendo conduzir até, em caso de multiplicação dessas decisões, à transição para a declaração da inconstitucionalidade com força obrigatória geral, nos termos do n.º 3 do artigo 281.º da Constituição.

Aqui chegados, e no que a esta última situação respeita, importa sublinhar que, precisamente por em causa estar a produção de efeitos de normas já objecto de pronúncia negativa de constitucionalidade, o recurso para o Tribunal Constitucional deve configurar-se como obrigatório para o Ministério Público, por força da aplicação do disposto no n.º 5 do artigo 280.º da Constituição e no n.º 3 do artigo 72.º da LTC³⁸. E são diversos (e sólidos) os argumentos que podem invocar-se para apoiar essa leitura.

Em primeiro lugar, uma consideração de ordem geral: o facto de aquela entidade se encontrar constitucionalmente incumbida de garantir o respeito pela legalidade democrática (n.º 1 do artigo 221.º da Constituição e artigo 2.º do Estatuto do Ministério Público³⁹), precisamente aquilo que aqui se encontra em crise – ainda que com permissão jusfundamental – em virtude da prevalência de juízos de oportunidade política sobre o conteúdo de decisões judiciais. Em segundo lugar, a necessidade de dar pleno cumprimento ao princípio do primado da competência da jurisdição constitucional, que decorre, implicitamente, de toda a arquitectura dos seus poderes e, de modo expresso, do artigo 2.º da Lei do Tribunal Constitucional, por força do qual as suas decisões são obrigatórias para todas as entidades públicas e privadas e prevale-

cem sobre as dos restantes tribunais e de quaisquer outras autoridades. Com efeito, se a consagração da obrigatoriedade surge como decorrência necessária desse princípio, então ela reveste-se, aqui, de densidade acrescida, precisamente por nos depararmos com normas jurídicas cuja necessidade de confirmação se ficou a dever à existência de uma decisão de desconformidade constitucional adoptada pela entidade competente, justificando-se, em consequência, uma actuação célere para lhe por cobro.

Não se ignora, repita-se, que o texto constitucional atribui apenas carácter impositivo ao recurso do Ministério Público nos casos em que tudo – ou seja, a decisão jurisdicional e o recurso para o Tribunal Constitucional – ocorra no contexto da fiscalização sucessiva concreta e não, como na situação em análise, em que há uma decisão inicial em sede de fiscalização preventiva. cremos, contudo, que tal facto em nada prejudica a necessidade de alargar a esses casos o mesmo tipo de exigências.

É nesse sentido, aliás, que se pronunciam Gomes Canotilho e Vital Moreira, ao sustentarem que o juízo de inconstitucionalidade emitido em sede preventiva “poderá considerar-se como pressuposto de recurso obrigatório do MP, para efeitos do artigo 280.º n.º 5, isto é, quando os tribunais venham a aplicar tal norma”⁴⁰.

Em terceiro lugar, a própria “ratio decidendi” que subjaz ao recorte do n.º 5 do artigo 280.º da Constituição. De facto, ao impor-se ao Ministério Público que actue, recorrendo para o Tribunal Constitucional, sempre que a decisão de um tribunal aplique norma anteriormente julgada inconstitucional ou ilegal pelo próprio Tribunal Constitucional, o objectivo visado é muito claro: assegurar, por um lado, a prevalência das decisões da jurisdição constitucional nos domínios específicos cujo controlo se encontra à sua guarda e permitir, por outro, que seja apurado, em definitivo, se aquele mantém o sentido da decisão por si adoptada ou se entende alterar a sua leitura à luz da decisão tomada pelo tribunal “a quo”.

A nosso ver, tais reflexões são, em tudo, transponíveis para o âmbito das normas objecto de confirmação, justificando-se, por isso, o seu acolhimento nesta sede, pois também aqui se verifica o mesmo pressuposto-base: a existência de uma decisão de desconformidade jusfundamental, proferida pelo Tribunal Constitucional. E, renovando-se, a circunstância de ter sido proferida em sede de fiscalização preventiva não cria, em substância, nenhuma causa justificativa de distinto tratamento.

Além disso, não pode esquecer-se que a intervenção do Ministério Público, tal como delineada no n.º 5 do artigo 280.º da Constituição (e, também, no n.º 3), assume um carácter parcialmente objectivista, tendo por finalidade, como ensina Jorge Miranda, “a defesa da integridade da ordem jurídica”, reforçado, aliás, na opinião do mesmo autor, quando se trate de recurso obrigatório⁴¹. E, na mesma linha, também o Tribunal Constitucional considera que a intervenção do Ministério Público ocorre na defesa de um interesse público objectivo⁴². Ora, é exactamente aquela integridade que se encontra posta em causa quando, por aplicação do n.º 2 e do n.º 4 do artigo 279.º da Constituição, normas inconstitucionais entrarem em vigor, pelo que, na lógica global do sistema, deve considerar-se exigível o recurso por parte do Ministério Público, por via da aplicação do n.º 5 do artigo 280.º da lei fundamental.

Indo um pouco mais longe, seria mesmo sustentável, na nossa perspectiva, a extensão da ideia da intervenção obrigatória do Ministério Público ao próprio processo de fiscalização abstracta sucessiva. E isto não se desconhecendo, como é óbvio, dois óbices a essa ideia: i) que tal possibilidade não colhe apoio directo na nossa arquitectura jurídica constitucional, que, insista-se, apenas contempla a vinculação a essa actuação no contexto da fiscalização concreta; ii) que aqui está em causa, não um recurso de decisão judicial, mas a interposição, pelo Procurador-Geral da República, de uma acção especificamente destinada à

38 LTC – Lei de Organização, Funcionamento e Processo do Tribunal Constitucional (Lei n.º 28/82, de 15 de Novembro, na redacção que lhe foi dada pela Lei Orgânica n.º 4/2019, de 13 de Setembro).

39 Lei n.º 68/2019, de 27 de Agosto, na redacção que lhe foi dada pela Lei n.º 2/2020, de 31 de Março.

40 *Constituição da República Portuguesa Anotada*, volume II, p. 934.

41 *Manual de Direito Constitucional*, Tomo VI, p. 232.

42 Acórdão n.º 171/95.

declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral (alínea e) do n.º 2 do artigo 281.º da Constituição).

Pese embora tudo isso, não se nos afigura descabido – bem pelo contrário – defender que a necessidade de garantir o respeito estrito pelo primado da Constituição (e, também, da competência do Tribunal Constitucional), por um lado, e o propósito de reforçar a estabilidade e a segurança jurídicas, por outro, devem conduzir a aceitar como lógica e, sobretudo, como indispensável, a intervenção imperativa do Ministério Público, que surgirá como o único meio de, garantidamente, acautelar o respeito por tais valores.

Trata-se, também aqui, portanto, do recurso à aplicação analógica dos referidos dispositivos jusfundamentais (*maxime* o n.º 5 do artigo 280.º), uma vez que, identificada uma lacuna constitucional, ela pode – diríamos até, deve – ser dessa forma solucionada, já vez que se nos afigura manifesto que a “ratio legis” que fundamenta a solução contida naquela é, em substância, a mesma que deve conduzir o intérprete em relação à omissão detectada. E, como Jorge Miranda tem apontado, nada obsta a que a integração das lacunas de normas formalmente constitucionais tenha lugar, desde que seja “feita no interior da Constituição formal e à luz dos valores da Constituição material”⁴³, o que, cremos, é exactamente o que aqui estará em causa.

Do conjunto de considerações elencadas resulta, a nosso ver, uma relevante inferência preliminar: a aparente inutilidade do mecanismo confirmatório, na medida em que, se por essa via se pode assegurar a vigência de normas inconstitucionais, nem por isso, como dissemos antes, se consegue tornar ineficaz o vício de que padece a norma objecto de reaprovação parlamentar.

Colocada a questão noutros termos: o recurso à confirmação é, por si só, insuficiente para garantir a realização do desiderato que lhe subjaz, carecendo, para que isso suceda, de ser complementado por outra solução jusfundamental que abra à porta

á consolidação, na ordem jurídica, da presença (e da eficácia) das normas que dela foram objecto.

Assim, se tal solução inexistir, a inutilidade a que aludimos passa de aparente a autêntica. Diferentemente, caso ela esteja consagrada (e apresente contornos adequados), a finalidade que com ela se pretendeu atingir pode ser conseguida.

Ora, no contexto da nossa lei fundamental, o “remédio” consagrado para permitir a vigência de normas inconstitucionais é, em exclusivo, o n.º 2 do artigo 277.º⁴⁴. Importa, por isso, passar ao escrutínio do seu teor e sobretudo, do seu alcance.

5. O n.º 2 do artigo 277.º da Constituição e a salvaguarda da inconstitucionalidade

5.1. A evolução da previsão normativa

É também na II Plataforma de Acordo Constitucional que pode detectar-se a origem última do actual n.º 2 do artigo 277.º da Constituição. Mais precisamente, no seu ponto 3.10.1., onde se previa que, nos feitos submetidos ao seu julgamento, os tribunais não pudessem aplicar normas que infringissem o disposto na Constituição ou nos princípios nela consignados, cuja existência lhes competiria apreciar (basicamente o que hoje se dispõe no artigo 204.º da lei fundamental, que, de resto, emula o disposto no artigo 123.º da Constituição de 1933). Mas, acto contínuo, isentava-se dessa interdição as normas constantes de tratados ou acordos internacionais que padessem de inconstitucionalidade orgânica ou formal, cujo vício não era impeditivo da respectiva aplicação na ordem interna portuguesa, salvo se a impossibilitasse na ordem interna da outra ou das outras partes contratantes.

No texto original da lei fundamental, essa

⁴⁴ Não se ignora, evidentemente, que a utilidade do n.º 2 do artigo 277.º não se limita às situações em que tenha ocorrido a confirmação de actos normativos inconstitucionais, uma vez que ele é aplicável, também, quando tal confirmação não tenha tido lugar. Mas, no contexto da presente análise, é apenas sobre a sua utilização (e as consequências daí decorrentes) em tais casos que importa reflectir.

redacção foi reproduzida, quase “*expressis verbis*”, no n.º 3 do artigo 280.º, em cujos termos a inconstitucionalidade orgânica ou formal de convenções internacionais não impedia a aplicação das suas normas na ordem interna portuguesa, salvo se a impedisse na ordem interna da outra ou das outras partes.

Por seu turno, a revisão constitucional de 1982 veio a introduzir, no então renumerado n.º 2 do artigo 277.º, algumas alterações relevantes (de resto pouco felizes na forma como são formuladas, porque geradoras, nalgumas dimensões, de significativas dificuldades interpretativas, como adiante se verá), a saber: i) passou a fazer-se referência à regularidade da ratificação; ii) contraiu-se a previsão normativa, de modo a abranger só os tratados; iii) impôs-se a aplicação na ordem jurídica, apenas, da outra parte; iv) introduziu-se o segmento que alude à inconstitucionalidade por violação de uma disposição fundamental.

A redacção então definida, que não mais foi modificada, ficou estabelecida, assim, nos seguintes termos: “A inconstitucionalidade orgânica ou formal de tratados internacionais regularmente ratificados não impede a aplicação das suas normas na ordem jurídica portuguesa, desde que tais normas sejam aplicadas na ordem jurídica da outra parte, salvo se tal inconstitucionalidade resultar de violação de uma disposição fundamental”.

5.2. O conteúdo da norma

Entendida a partir de uma perspectiva interpretativa meramente literal, o n.º 2 do artigo 277.º da Constituição autoriza a aplicação, na ordem jurídica portuguesa, de normas desconformes com a lei fundamental, mediante a verificação, necessariamente cumulativa, dos seguintes cinco requisitos de natureza mista (porque referentes, uns, às próprias normas e, outros, ao acto normativo em que se integram), cujo breve escrutínio importa, assim, fazer:

- Que em causa estejam tratados internacionais;

⁴³ *Manual de Direito Constitucional*, Coimbra, Coimbra Editora, Tomo II, 6.ª edição, 2007, p. 318.

- Que esse tratado tenha sido objecto de regular ratificação;
- Que a inconstitucionalidade que o atinja seja de índole orgânica ou formal;
- Que o vício em causa não resulte de violação de uma disposição de importância fundamental;
- Que as normas afectadas sejam objecto de aplicação na ordem jurídica da outra parte contratante.

Em primeiro lugar, e no que toca à abrangência da cláusula, o texto parece permitir, apenas, a salvaguarda de normas contidas em tratados solenes, num recuo face à anterior formulação que, ao aludir, como se disse, a convenções internacionais, permitia a sua extensão aos acordos em forma simplificada⁴⁵.

Autores há, porém, que, privilegiando uma pretensa leitura teleológica, relativamente a uma visão literal e histórica, sustentam dever proceder-se a uma interpretação extensiva da norma, em ordem a nela abranger, igualmente, aqueles acordos⁴⁶.

Na lógica dos princípios, essa leitura não seria inadequada. E isto porque a redacção da norma assenta num pressuposto erróneo: uma artificiosa distinção entre tratados e acordos, que não tem sustentação, nem no direito internacional, nem no direito interno português, que não diferenciam ambas as categorias de instrumentos inter-

nacionais com base em critérios de natureza material⁴⁷, mas, tão só, através da exigência, ou da dispensa, do acto formal de ratificação. Uma dificuldade, contudo, temos por inultrapassável, que se prende, precisamente, com a exigência de que se esteja perante um acto que carece dessa ratificação. Daí que, estender a aplicação da norma em causa a acordos em forma simplificada implicaria, necessariamente, a desconsideração do cumprimento desse segmento da norma, por força de uma interpretação abrogante que apenas é concebível em casos extremos, nomeadamente em situações de contradição intra-sistemática inultrapassável⁴⁸. Ora, não só não é esse o caso, como tal caminho se revelaria ainda mais problemático quando nos movimentamos no âmbito do direito constitucional, sem esquecer, além disso, que o texto original da lei fundamental admitia essa possibilidade e a revisão constitucional de 1982 pretendeu, inequivocamente, inverter tal rumo.

Similares considerações abrem caminho, ao mesmo tempo, para a apreciação do segundo segmento da norma, isto é, o de se estar perante uma ratificação regular, o que, na nossa perspectiva, abarca, desde logo, os aspectos directamente relacionados com os condicionalismos do próprio acto - v. g. que provenha da entidade constitucionalmente competente ou que tenha sido praticado de forma livre e informada. Mas abrange, também, a dimensão procedimental prévia à sua prática, nomeadamente que a Assembleia da República tenha procedido à sua aprovação e o tenha feito de acordo com as regras a que a sua intervenção tem de obedecer (o que, de resto, sobrepõe parcialmente este requisito com o da interdição de

violação de disposição de importância fundamental, que abaixo se apreciará).

A esse propósito, julgamos ser útil relembrar que a circunstância de a ratificação surgir na sequência da confirmação de normas objecto de pronúncia de inconstitucionalidade preenche, por inteiro, o requisito em análise. Porque se, em teoria, deveria considerar-se irregular a ratificação de um tratado inconstitucional, é a própria Constituição que legitima tal situação, desde que aquela confirmação tenha ocorrido.

Em terceiro lugar, a norma inviabiliza, apenas, a vigência de tratados atingidos por inconstitucionalidade material.

Do ponto de vista jurídico-constitucional, não cremos que isso suscite qualquer dúvida interpretativa, porquanto a limitação resulta duma valoração da relevância relativa de cada categoria de inconstitucionalidade em questão (material, orgânica e formal), mas também da circunstância de a primeira não ser susceptível de eliminação sem que ocorra uma modificação constitucional, enquanto as demais poderão ser corrigidas, seja através da repetição do procedimento erroneamente seguido, seja por via da adopção do acto inquinado pelo órgão para isso competente.

O problema tem relevância, contudo, no domínio jurídico-internacional, uma vez que, de acordo com o artigo 27.º da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, um Estado não pode invocar uma disposição de direito interno (seja qual for a categoria da norma em causa, incluindo de direito constitucional) para justificar o incumprimento de um tratado, sob pena de gerar uma situação de responsabilidade internacional (com excepção, já se disse, das situações previstas no seu artigo 46.º, que têm que ver com a violação de normas de direito interno relativas à conclusão de tratados)⁴⁹. E, ao proteger, apenas, as nor-

45 Nesse sentido, ver Gomes Canotilho e Vital Moreira, *op. cit.*, p. 919, António de Araújo, “Relações entre o direito internacional e o direito interno – limitação dos efeitos do juízo de constitucionalidade (a norma do artigo 277, 2, da CRP)”, in *Estudos sobre a Jurisprudência do Tribunal Constitucional*, Lisboa, Aqueitas/Editorial Notícias, 1993, p. 19 e seguintes, Marcelo Rebelo de Sousa, *O Valor Jurídico do Acto Inconstitucional*, Lisboa, I, 1988, p. 274 e Jorge Bancelar Gouveia, *O Valor Positivo do Acto Inconstitucional*, Lisboa, AAFDL, 1992, p. 54.

46 É o caso de Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, Coimbra, Coimbra Editora, tomo III, 2007, p. 717, Jónatas Machado, *Direito Internacional (Do Paradigma Clássico ao Pós-11 de Setembro)*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 256, Eduardo Correia Baptista, *Direito Internacional Público*, Lisboa, Lex, volume I, 1998, p. 461 e João Mota de Campos, *As Relações da Ordem Jurídica Portuguesa com o Direito Internacional e o Direito Comunitário à luz da Revisão Constitucional de 1982*, Lisboa, ICSLP, Lisboa, 1985, p. 143/144.

47 Com a possível excepção, entre nós, do segmento da norma da alínea i) do artigo 161.º da Constituição, que, ao cometer à Assembleia da República competência para aprovar tratados, designadamente os tratados de participação de Portugal em organizações internacionais, os tratados de amizade, de paz, de defesa, de rectificação de fronteiras e os respeitantes a assuntos militares, é interpretado por alguns autores como impondo que, nesses domínios, não possa haver recurso a vinculação através de acordos em forma simplificada.

48 Nesse sentido, ver, v. g., o Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 10 de Dezembro de 2009 (processo n.º 34/09.PATVR-A.E1).

49 Note-se que, no rigor dos princípios, este argumento seria utilizável, também, a respeito do primeiro requisito elencado, uma vez que exclui, em contradição directa com o citado artigo 27.º, a possibilidade de aplicação de normas constantes de acordo internacional. Motivo que, aliás, deveria conduzir à modificação do n.º 2 do artigo 277.º, mas que não legitima uma extensão interpretativa que, manifestamente, o legislador constitucional quis afastar.

mas afectadas por algumas categorias de vícios, não se alcança como similar restrição será compaginável com as exigências decorrentes daquele dispositivo.

Em quarto lugar, impõe-se que a desconformidade não resulte de violação de uma disposição de importância fundamental.

Aqui, é manifesta a influência de quanto se prevê no n.º 1 do artigo 46.º da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, onde se estipula, como regra geral, que o facto de um Estado se vincular a um tratado, em desconformidade com uma disposição do seu direito interno relativa à competência para concluir tratados, não é por ele invocável como fundamento de nulidade desse tratado.

Excepcionalmente, admite-se aí que essa causa de nulidade proceda, caso se trate de uma violação manifesta e respeite a uma norma de importância fundamental do seu direito interno, clarificando o n.º 2 do mesmo artigo que deve considerar-se como manifesta a violação que se apresente como objectivamente evidente para qualquer Estado que proceda, nesse domínio, de acordo com a prática habitual e de boa-fé.

Importa, assim, compreender o que deve entender-se por violação de uma disposição de importância fundamental, algo que, como é óbvio, não pode confundir-se com a simples contradição com uma qualquer disposição constitucional, sob pena de se gerar uma conclusão interpretativa absurda.

Por outro lado, afigura-se não poder tratar-se de uma norma cuja violação faça irromper uma inconstitucionalidade material⁵⁰, uma vez que, como acima se notou, isso constituirá condição bastante para excluir a aplicação da norma de salvaguarda.

Em causa só podem estar, em consequência, regras de competência ou de procedimento que não apresentem aquela dimensão crucial. E tal sucederá, designadamente⁵¹:

- No primeiro caso, se o Governo aprovar acordos internacionais em matéria da competência da Assembleia da Repúli-

ca (mas já não, a nosso ver, se invadir a competência desta para aprovar tratados solenes⁵²) ou se a proposta de resolução de aprovação, por ele remetida ao Parlamento, não tiver sido aprovada em Conselho de Ministros (em desrespeito pela alínea d) do n.º 1 do artigo 197.º da Constituição);

- No segundo caso, se o *quorum* deliberativo ou a maioria de aprovação (que se reconduz à regra geral da maioria simples, nos termos do n.º 3 do artigo 116.º) não forem respeitados ou se, ao arremio da alínea s) do n.º 1 do artigo 227.º da Constituição, as Regiões Autónomas não forem chamadas a participar nas negociações de tratados e acordos internacionais que directamente lhes digam respeito.

Em quinto e último lugar, a imposição de que as normas afectadas sejam aplicadas na ordem jurídica da outra parte. Trata-se, cremos, de uma exigência que é óbvia, por duas razões: i) porque a reciprocidade constitui uma exigência fundamental do moderno direito internacional público⁵³ e assume, até, uma relevância primeira no universo das suas fontes, uma vez que, ao menos em regra (v. g., tratados ou costumes), elas assentam na ideia da assunção mútua de obrigações entre os sujeitos envolvidos; ii) porque seria ilógico, a todos os títulos, que Portugal aceitasse o sacrifício para a sua ordem constitucional que representa a vigência de normas com ela desconformes se, ao mesmo tempo, estas não fossem aplicadas pelos demais sujeitos de direito internacional envolvidos.

O que já não se compreende é a utilização do singular (“outra parte”), em vez de uma terminologia ampla (“outra ou outras partes”), como sucedia, de resto, na redacção

anterior a 1982, face à qual o texto vigente se revela bem mais deficiente. Com efeito, tomada à letra, a expressão utilizada limitaria o universo de aplicação da norma aos tratados bilaterais, quando, manifestamente, tal restrição não tem qualquer sentido ou fundamento, exigindo-se, portanto, uma interpretação que permita nela abranger os tratados multilaterais⁵⁴.

E não se diga que esta leitura é incoerente, por força de quanto antes se disse a propósito da redução do âmbito da aplicação da norma aos tratados internacionais, também ocorrida em 1982. É que, nesse caso, assumiu-se uma vontade inequívoca de restringir o seu alcance, enquanto aqui em causa está, apenas, uma redacção incongruente da mesma, que cabe ao intérprete suprir, nos termos interpretativos gerais.

Uma nota final deve ser deixada a respeito da dimensão operativa do n.º 2 do artigo 277.º da Constituição, para sublinhar que em causa está a aplicação de normas cujo vício seja detectado em sede de apreciação sucessiva, seja ela concreta ou abstracta, algo que decorre da circunstância de nele se aludir a tratados regularmente ratificados⁵⁵. Ora, se a fiscalização preventiva da constitucionalidade só pode ser solicitada, pelo Presidente da República, previamente ao acto de ratificação, aquela exigência exclui, necessariamente, a aplicação da norma a estas situações, as quais, de resto, poderão remeter, antes, nos termos amplamente referidos, para o mecanismo da confirmação.

Assim sendo, caso a questão da desconformidade jusfundamental de uma determinada norma seja judicialmente suscitada, haverá que verificar, sempre e em qualquer caso⁵⁶, se estão reunidos, ou não, os requisitos dos quais depende a possibilidade da sua eficácia, tarefa que caberá: i) ao Tribunal Constitucional, se o pedido lhe for formulado directamente, no âmbito do controlo sucessivo abstracto;

50 Assim, Gomes Canotilho e Vital Moreira, *op. cit.*, p. 919.

51 Exemplos adicionais podem encontrar-se em Jorge Miranda e Rui Medeiros, *op. cit.*, p. 718 ou em Eduardo Correia Baptista, *op. cit.*, p. 465.

52 É esse, também, o entendimento de Gomes Canotilho e Vital Moreira, *op. cit.*, p. 919. Em sentido contrário, sustentando que a norma salvaguarda os tratados aprovados pelo Governo em matéria de reserva legislativa do Parlamento, apenas afectando aqueles que incidam sobre as matérias especificamente referidas na alínea i) do artigo 161.º da Constituição, se pronunciam Jorge Miranda e Rui Medeiros, *op. cit.*, p. 718.

53 Sobre o tema, pode consultar-se, extensamente, Shahrad Nasrolati Fard, *Reciprocity in International Law*, Oxfordshire, Routledge, 2018.

54 Assim, António de Araújo, *op. cit.*, p. 24.

55 Eduardo Correia Baptista (*op. cit.*, p. 463) admite a possibilidade excepcional de o n.º 2 do artigo 277.º da Constituição ser aplicável à fiscalização preventiva no caso de, no momento dessa fiscalização, fruto de um acto que padeça de inconstitucionalidade, Portugal se encontrar já vinculado a uma convenção internacional.

56 *Op. cit.*, p. 920.

ii) aos demais tribunais, no quadro da avaliação concreta, neste caso com recurso obrigatório para a jurisdição constitucional, nos termos anteriormente sustentados.

Posição algo diversa têm Gomes Canotilho e Vital Moreira, que entendem que, se é certo que o n.º 2 do artigo 277.º da Constituição não impede a fiscalização da constitucionalidade orgânica e formal dos tratados, caso, à partida se verifique que a norma constitucional eventualmente em crise não é uma disposição fundamental, parece poder dispensar-se a apreciação da questão de constitucionalidade, porque dela não resultaria qualquer efeito.

Julgamos que não têm razão nesta leitura. Com efeito, a questão é demasiado relevante para ser deixada no domínio das aparências, antes exigindo a evidência da constatação da natureza da disposição em causa, algo que, a nosso ver, só pode ser confirmado, no quadro de um Estado de Direito, por um órgão judicial.

5.3. O alcance (e utilidade) da norma

Como é bem sabido, a regra geral em termos de valor do acto inconstitucional é a sua recondução ao conceito de nulidade. Esse tem sido o entendimento alargado da doutrina nacional⁵⁷, mas também do Tribunal Constitucional, que já recorreu, para qualificar o vício de inconstitucionalidade, à expressão nulidade *ipso juris*⁵⁸. E a ele aderimos, sem reserva, não apenas por ser aquele que melhor retrata as consequências da infracção em causa, mas, igualmente, por ser o que melhor se adequa aos efeitos que lhe são assacados, “maxime” em sede de fiscalização abstracta sucessiva.

Nem sempre assim sucede, porém, uma vez que, nalgumas situações, a própria Constituição fixa, directamente, efeitos negativos

distintos, seja a montante, porque ainda mais graves, como a inexistência jurídica (artigo 137.º - falta de promulgação ou de assinatura do Presidente da República – ou artigo 140.º - ausência de referenda ministerial), seja a jusante, porque menos intensos, como a ineficácia jurídica (n.º 2 do artigo 119.º - falta de publicação oficial de certas categorias de actos). E, para além dessas expressas previsões, outros exemplos têm sido avançados de situações a eles reconduzíveis⁵⁹.

Para além deles, e ainda que sem expresse acolhimento constitucional (que não é, evidentemente necessário, tratando-se de uma tarefa doutrinal), uma adicional categoria de vício, de natureza atípica, tem vindo a ser apontada – referimo-nos à (mera) irregularidade⁶⁰.

O instituto em causa não é exclusivo, evidentemente, do direito constitucional, podendo detectar-se no plano jusprivatista⁶¹ e, também, v. g., no âmbito do direito administrativo⁶². Mas a sua caracterização essencial é sempre idêntica: a circunstância de a desconformidade entre um acto inquinado e o padrão de aferição da respectiva validade, não impedir a produção, parcial ou total, dos efeitos daquele, variando o alcance dessa eficácia das soluções concretamente estatuídas, que podem, como é óbvio, apresentar natureza diferenciada.

A assimilação dos efeitos gerados pelo n.º 2

59 Ver, extensamente, Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, tomo VI, p. 100 e seguintes, que, a propósito da inexistência, refere, v. g., casos como o da usurpação de funções, a incompetência absoluta ou a falta de ratificação de tratados.

60 Jorge Miranda (*op. cit.*, p.102), dá como exemplos, entre outros, a promulgação ou assinatura, para além do prazo constitucional ou a aprovação, em sede de comissão, das leis para as quais a Constituição exige aprovação no plenário (sendo que o segundo exemplo nos merece as maiores dúvidas).

61 Por exemplo, Rui de Alarcão considera que se verifica irregularidade do negócio jurídico quando a inobservância de certas prescrições legais na sua celebração deixa intocada a sua eficácia, envolvendo, apenas, consequências sancionatórias de outra ordem (*A Confirmação dos Negócios Anuláveis*, Coimbra, Atlântida Editora, volume 1, 1971, p. 41).

62 Ver Freitas do Amaral, *Curso de Direito Administrativo*, Coimbra, Almedina, volume II, 3.ª edição, 2016, p. 365 e seguintes e Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos, *Direito Administrativo Geral*, Lisboa, Dom Quixote, tomo III, 2007, p. 179.

do artigo 277.º da Constituição ao conceito de irregularidade é quase unânime entre nós⁶³ e também nos revemos nessa leitura. Assim, tanto quanto nos é permitido alcançar, dessa orientação afasta-se, apenas, o entendimento interpretativo de Jorge Bacelar Gouveia, que considera, antes, estarmos aqui perante uma situação de valor positivo do acto inconstitucional⁶⁴.

Em bom rigor, porém, não se nos afigura que tal entendimento represente, em termos substantivos, uma divergência face à tese amplamente maioritária. E isso porque há que ter em conta que, para este autor, o valor positivo é definido como “a ausência de quaisquer consequências jurídicas negativas da inconstitucionalidade intrínseca e menor de um acto do poder político do Estado”⁶⁵.

Ora, salvo melhor opinião, não se vislumbra em que termos é que, materialmente, isso possa ser considerado como não estando em sinonímia com o conceito de irregularidade, tal como tem vindo a ser doutrinariamente caracterizado.

6. A (parcial) incongruência da solução constitucional

Em coerência com a linha analítica que tem vindo a ser seguida, julgamos poder avançar-se com duas ideias fundamentais:

- Por um lado, a inutilidade (ou, no mínimo, o muito duvidoso préstimo) do mecanismo da confirmação, quando dirigido a actos de direito interno;
- Por outro lado, a sua justificação, quando estejam em causa actos de direito internacional, mais especificamente tratados solenes.

57 É o caso de Marcelo Rebelo de Sousa, *O Valor Jurídico do Acto Inconstitucional*, p. 233 e seguintes, de Rui Medeiros, *A Decisão de Inconstitucionalidade*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 1999, p. 871 e seguintes, de Carlos Blanco de Moraes, *Justiça Constitucional*, Coimbra, Coimbra Editora, tomo II, 2005, p. 194 e seguintes, Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, tomo VI, p. 105 ou Gomes Canotilho, *op. cit.*, p. 956.

58 Acórdão n.º 175/90.

63 Assim, Marcelo Rebelo de Sousa, *op. cit.*, p. 273/274, Rui Medeiros, “Valores negativos da lei inconstitucional”, in *O Direito*, ano 121.º (1989), III, p. 542, Gomes Canotilho, *op. cit.*, p. 956, Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Fundamentos da Constituição*, Coimbra, Coimbra Editora, 1991, 275, António de Araújo, *op. cit.*, p. 34, Eduardo Correia Baptista, *op. cit.*, p. 460, Jónatas Machado, *op. cit.*, p. 122, Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, tomo VI, p. 102.

64 *O Valor Positivo do Acto Inconstitucional*, p. 17.

65 *Idem*, p. 17.

A razão para tal dissemelhança resulta, a nosso ver, de uma circunstância central: a existência de um dispositivo constitucional – precisamente o n.º 2 do artigo 277.º – que, salvaguardando, ainda que apenas parcialmente, a vigência de normas constantes de tratados internacionais inconstitucionais, não estende o recurso a similar possibilidade a normas de direito estadual português, que também se não encontra acolhida em qualquer outro dispositivo constitucional. Posto o problema noutros termos: o instituto da confirmação e o mecanismo de salvaguarda das normas dela objecto constituem, a nosso ver, realidades indissociavelmente ligadas. E é precisamente por isso que a conjugação do n.º 4 do artigo 279.º da Constituição, com o n.º 2 do artigo 277.º conduz a um resultado efectivo e coerente (e pese embora as muitas e, por vezes, inadequadas restrições, que decorrem do teor daquele).

Distintamente, a via aberta pelo n.º 2 do artigo 279.º da Constituição só asseguraria a possibilidade de vigência dos actos nele contemplados, caso a lei fundamental integrasse, em simultâneo, um dispositivo estabelecendo que a inconstitucionalidade de certas categorias de actos de direito interno objecto de promulgação presidencial não prejudicaria, verificadas que fossem certas condições, a possibilidade da sua vigência na ordem jurídica portuguesa.

Na ausência de uma solução desse teor, o previsível respeito estrito pelo “stare decisis”, por parte do Tribunal Constitucional, numa reapreciação, em sede de controlo sucessivo, de quanto já havia considerado jusfundamentalmente desconforme em apreciação preventiva, conduzirá, estamos convictos, à confirmação do sentido negativo da pronúncia inicial, com as consequências que, nos termos gerais, daí deverão decorrer.

Assim sendo, a arquitectura constitucional apresenta-se, aqui, desprovida de qualquer alcance útil, na medida em que de pouco servirá forçar a entrada em vigor de normas inconstitucionais e, ao mesmo tempo, manter em aberto – e afigura-se-nos que correctamente – o recurso a processos de fiscalização que conduzam ao apagamento

“(…) em obediência aquela concepção aberta e cosmopolita no que toca ao reforço do papel central do direito internacional, com vantagem a fórmula constante do n.º 2 do artigo 277.º deveria ser reformulada, em ordem a propiciar, de forma equilibrada, e necessariamente compatível com a arquitectura jusfundamental global, uma extensão adicional da salvaguarda de actos normativos internacionais (...)”

dos efeitos por essas mesmas normas produzidos. E um apagamento que, além do mais, pode assumir, até, eficácia retroactiva, nos termos do regime regra da declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral, apenas atenuável pela ressalva do caso julgado, de acordo com o n.º 3 do artigo 284.º da Constituição, ou pelo recurso, sempre eventual, que o Tribunal Constitucional pode fazer ao mecanismo de limitação dos efeitos das suas próprias decisões, previsto no n.º 4 do mesmo normativo.

Acresce, a tudo isso, que deve ter-se por incongruente, seja no domínio teórico, seja no

plano prático, a consagração de uma previsão normativa que visa colocar ao alcance do *tandem* constituído pelo Presidente da República e pela Assembleia da República (ou pelo Representante da República e pelas Assembleia Legislativa da Região Autónoma) a possibilidade de forçar a entrada em vigor de uma determinada acto legislativo contendo normas inconstitucionais para, em seguida, fazer depender a sua continuada vigência, em exclusivo, da vontade do poder judicial, precisamente aquela que se pretendeu contornar por via do mecanismo confirmatório, mas que mantém a palavra definitiva.

Para além da sua inutilidade concreta, para que todos os argumentos elencados apontam, a hipótese de confirmação de actos de direito interno deve ser objecto de crítica severa no plano conceptual.

Como é sabido, a respectiva previsão no texto original da actual Constituição deveu-se a motivos estritamente determinados pelas circunstâncias históricas especiais pós-revolucionárias, patentes na coexistência, no quadro dos órgãos de soberania de natureza política, de entidades dotadas de legitimidade democrática directa – o Presidente da República e a Assembleia da República – e de legitimidade revolucionária – o Conselho da Revolução -, e visando permitir aos primeiros contornar bloqueios gerados pela intervenção do segundo.

Normalizado, a partir de 1982, o regime democrático, e definida a República Portuguesa como um Estado de Direito Democrático no seu artigo 2.º - algo que anteriormente não sucedia, uma vez que tal normativo aludia, apenas, a Estado democrático – a continuada inserção na lei fundamental deste mecanismo é, no plano dos princípios, totalmente injustificada.

Entendimento diverso a este respeito parece ser o de Jorge Miranda e Rui Medeiros, para quem a “solução é harmónica com um Estado de Direito Democrático como se declara o Estado português (preâmbulo e artigos 2.º e 9.º). Pois, se o Estado português fosse apenas um Estado democrático, nem sequer haveria fiscalização jurisdicional da constitucionalidade; e, se fosse um puro Estado de Direito (ou de Justiça), tudo acaba-

ria com a primeira pronúncia do Tribunal Constitucional⁶⁶. Julgamos, porém, que não lhes assiste razão.

Na nossa perspectiva, o Estado de Direito Democrático, enquanto realidade complexa, constrói-se com base, não numa contradição entre as duas dimensões que o compõem – a de Direito, por um lado, a Democrática, por outro -, mas de uma complementaridade entre ambas. Por isso mesmo, carece de qualquer sentido ou justificação integrar na lei fundamental uma solução que valorize uma com sacrifício do outro.

Nessa linha, cremos, até, que sempre deveria ser lida como incompreensível e, conseqüentemente, como ilegítima, no plano dos princípios, uma decisão propositadamente desrespeitadora das exigências de um Estado de Direito, precisamente por se afastar do cumprimento das exigências a que um Estado Democrático deve, por natureza, obedecer.

A incidibilidade da relação, racional, coerente e harmónica, entre as duas dimensões que o compõem é, assim, “*conditio sine qua non*” de um Estado de Direito Democrático pleno, independentemente da indispensável compreensão conceptual da dimensão de cada uma delas, bem como dos sub-princípios em que se concretizam e densificam. Daí que, do seu desrespeito parcelar, só pode resultar o questionamento do alcance do todo. Como sintetiza, de modo exemplar, Gomes Canotilho, “tal como a vertente do Estado de Direito não pode ser vista senão à luz do princípio democrático, também a vertente do Estado democrático não pode ser entendida senão na perspectiva de Estado de Direito⁶⁷”.

Observada nestes termos, a solução que permite a confirmação de actos normativos de direito interno não pode deixar de ser encarada, senão, como uma violação de exigências como as que decorrem do princípio da constitucionalidade ou do princípio da separação de poderes. E, o que é mais grave, um desrespeito que não encon-

tra titulação ou legitimação em qualquer outro princípio ou valor jusfundamentalmente titulado. Daí que, numa perspectiva «*de jure constituendo*”, a sua eliminação se afigure, mais do que desejável, necessária, para devolver à lei fundamental a unidade de conjunto que a deve sempre caracterizar.

Perante esta conclusão, poder-se-á argumentar, em sentido contrário, que a leitura que fazemos é incongruente, já que sustentamos a admissibilidade conceptual da solução confirmatória, no caso dos actos de direito internacional, enquanto a rejeitamos quando em causa estejam actos de direito interno. Não vemos que assim seja. E isso porque a similitude entre essas situações é, apenas, pretensa, não real.

Com efeito, a confirmação, quando em causa estejam actos de direito internacional, não se apresenta, unicamente - como sucede quando em causa estejam actos de direito interno - como uma tentativa de ultrapassar, por razões políticas, uma decisão do Tribunal Constitucional. O que ela visa é, antes, assegurar, em condições muito restritivas e especialmente exigentes – e dotadas, renove-se, do adequado título, “*in casu*” o n.º 2 do artigo 277.º da lei fundamental – o cumprimento de exigências emergentes da ordem jurídica internacional e das obrigações que, para o nosso País – como, de resto, para outros –, dela decorrem.

Em causa está, portanto, uma derrogação⁶⁸, muito limitada e, porventura, até, temporária, da Constituição, por esta autorizada, e que só pode verificar-se nos termos que ela estipula. E daí que não fosse desadequado, porventura, falar aqui na ocorrência de uma revisão implícita, de natureza simplificada, por dispensar as exigências a que o normal procedimento de modificação da lei fundamental se encontra sujeito.

Em suporte da posição que vimos sustentando um adicional argumento – e, a nosso ver, de particular relevo – deve ser invocado: o de que a salvaguarda de actos

inconstitucionais de direito internacional cumpre, por inteiro, a exigência de compatibilização com a Constituição material. Na verdade, a lei fundamental portuguesa é, reconhecidamente, um texto profundamente inspirado por uma visão aberta e cosmopolita das relações internacionais, como facilmente resulta da análise do artigo 7.º, do artigo 8.º ou do artigo 16.º.

Entre os princípios basilares que marcam essa concepção encontra-se o da cooperação entre os povos (n.º 1 do artigo 7.º), assente numa lógica de reforço do papel do direito internacional e da promoção de uma comunidade global caracterizada pela proibição do recurso à força e pela resolução pacífica dos conflitos internacionais. E, na nossa perspectiva, a reciprocidade constitui uma das dimensões estruturantes desse princípio.

Ora, é justamente o alargamento dessa cooperação, por via da conclusão de tratados internacionais de que Portugal seja parte, que motivou o nosso legislador constituinte a consagrar a hipótese de aplicação, na nossa ordem jurídica, de actos internacionais que padeçam de um vício, desde que, por via da exigência de aplicação recíproca, a sua vigência entre nós contribua para a realização daquele objectivo.

Daí que, em nada seja contraditório ou inconsistente com os desígnios que constitucionalmente devem marcar a acção do Estado português, a previsão de respostas dissemelhantes para actos normativos de direito interno e de direito internacional, com favorecimento destes em detrimento daqueles. Porque no primeiro caso, como já se disse, nenhum fundamento material a legitima, ao passo que, no segundo caso, reiteramos, a opção seguida se enquadra, por inteiro, na realização dos objectivos a que, neste domínio, a Constituição se propõe.

Ousamos, até, afirmar, que, em obediência aquela concepção aberta e cosmopolita no que toca ao reforço do papel central do direito internacional, com vantagem a fórmula constante do n.º 2 do artigo 277.º deveria ser reformulada, em ordem a propiciar, de forma equilibrada, e necessariamente compatível com a arquitectura

66 *Op. cit.*, p. 62.

67 *Op. cit.*, p. 231. No mesmo sentido, Gomes Canotilho e Vital Moreira, *op. cit.*, volume I, 4.ª edição revista, 2007, p. 204.

68 Sobre o tema, consultar Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, tomo II, p. 166 e seguintes.

jusfundamental global, uma extensão adicional da salvaguarda de actos normativos internacionais, em linha, por exemplo, com as soluções previstas em Constituições de Estados de Direito Democrático de referência como a Holanda ou a Áustria, a que, em devido tempo, fizemos alusão.