

**Comentário ao Acórdão do Tribunal  
Constitucional n.º 480/89: levantar o véu das  
normas constitucionais inconstitucionais?**

**Commentary on Ruling No. 480/89:  
lifting the veil on unconstitutional  
constitutional norms?**

**Catarina Santos Botelho**

Vol. 10 No. 2  
novembro 2023  
[e-publica.pt](http://e-publica.pt)

ISSN 2183-184x

Com o apoio de:

**fct** Fundação  
para a Ciência  
e a Tecnologia

**COMENTÁRIO AO ACÓRDÃO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL N.º 480/89: LEVANTAR O VÉU DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS INCONSTITUCIONAIS?**

COMMENTARY ON RULING NO. 480/89: LIFTING THE VEIL ON UNCONSTITUTIONAL CONSTITUTIONAL NORMS?

**CATARINA SANTOS BOTELHO<sup>1</sup>**

Escola do Porto da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa

Católica Research Centre for the Future of the Law

[cbotelho@ucp.pt](mailto:cbotelho@ucp.pt)

**Resumo:** A problemática da normas constitucionais inconstitucionais ainda hoje divide a doutrina portuguesa. No Acórdão n.º 480/89, apesar de não ter considerado que a proibição do lock-out (n.º 4 do artigo 57.º da Constituição) era inconstitucional, o Tribunal Constitucional dedicou inúmeras e preciosas páginas a apresentar a temática. O tema das normas constitucionais inconstitucionais está cada vez mais presente nos debates académicos internacionais, com particular enfoque na América Latina e na Europa de Leste. Importa olhá-lo não apenas à luz dos limites da justiça constitucional, mas também não perdendo de vista o risco de derivas autoritárias pela mão dos poderes constituintes originário e derivado.

**Palavras-chave:** teoria constitucional; normas constitucionais inconstitucionais; fiscalização da constitucionalidade; tribunais constitucionais; revisão constitucional.

**Abstract:** Unconstitutional constitutional norms doctrine still divides Portuguese scholarship. In Ruling no. 480/89, despite not having judged the prohibition of lock-out (article 57 § 4 of the Constitution) unconstitutional, the Constitutional Court wrote countless and precious pages tackling this dilemma. Unconstitutional constitutional norms are an increasingly studied subject in international academic debates, moreover in Latin America and Eastern Europe. One should address it not only through the lenses of the limits of constitutional adjudication but also without losing sight of the risk of authoritarian drifts by the hand of constituent and amendment powers.

**Keywords:** constitutional theory; unconstitutional constitutional norms; constitutional adjudication; constitutional courts; amendment power.

---

1. Professora Auxiliar na Escola do Porto da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa; Investigadora do *Católica Research Center for the Future of the Law*

## 1. Notas introdutórias: a migração das ideias constitucionais

Apesar de, em 1919, o tema ter sido já abordado, do outro lado do Atlântico, a propósito de revisões constitucionais inconstitucionais,<sup>2</sup> a temática das normas constitucionais inconstitucionais popularizou-se, entre nós, com o contributo de Otto Bachof, Professor da Universidade de Tübingen, que foi traduzido para português por José Manuel M. Cardoso da Costa (Bachof, 1994). No seu livro “Normas constitucionais inconstitucionais?”, publicado originariamente em 1951 e abordando especificamente o contexto alemão, Bachof discorreu sobre a pertinência jurídico-material das normas constitucionais inconstitucionais e sobre a competência jurídico-processual para fiscalizar tais normas.

Normas constitucionais inconstitucionais seriam normas ao mesmo tempo formalmente constitucionais e materialmente inconstitucionais. Por outras palavras, são normas formalmente constitucionais – pelo mero facto de estarem consagradas no texto constitucional –, mas cujo conteúdo viola princípios jurídicos fundamentais escritos ou implícitos ou outras normas constitucionais originárias. Daí, em termos substantivos ou materiais, serem inconstitucionais. As normas constitucionais inconstitucionais podem ser originárias, isto é, resultar da versão originária da Constituição, ou derivadas, se surgirem como resultado de um processo de revisão constitucional.

Em Portugal, há quem aponte um “ceticismo” (Miranda, Mendes, 1994: 195) ou uma certa “timidez na doutrina” em falar abertamente das normas constitucionais inconstitucionais (Bacelar Gouveia, 2021: 726.). Antes do início da transição democrática, Rogério Erhardt Soares, ressonando parte da doutrina germânica, havia já esboçado uma linha de pensamento sobre a questão do controlo da constitucionalidade de normas constitucionais (Soares, 1992 [1994]: 191). Após a Revolução de 25 de abril e aquando dos trabalhos preparatórios da Constituição de 1976, o problema das normas constitucionais inconstitucionais popularizou-se, entre outros temas, relativamente à incriminação e julgamento dos agentes e responsáveis da PIDE/DGS (atual artigo 292.º da CRP). Alguma doutrina sustentou a inconstitucionalidade desta norma, por violação dos princípios jurídicos fundamentais do *nulla poena sine lege* e do *nullum crimen sine lege* (veiculados no artigo 29.º da CRP) <sup>3</sup>. De igual forma, também suscitou acalorados debates a norma que dispunha as incapacidades cívicas (artigo 308.º da versão originária da CRP), que muitos entendiam dever ter natureza meramente transitória. Outros, por sua vez, anotavam o aproveitamento político da doutrina das normas constitucionais inconstitucionais com o objetivo de permitir que determinadas personalidades associadas ao antigo regime político pudessem continuar no poder após a transição democrática (Miranda, 2015: 367-371).

No período de 1976 e 1983, não existia ainda uma jurisdição constitucional *stricto sensu*, em particular no que respeita à fiscalização abstrata da constitucionalidade. A fiscalização da constitucionalidade foi inicialmente confiada ao Conselho de Revolução, que era auxiliado por um órgão

---

<sup>2</sup> Veja-se o contributo, em 1929, de Ingham, no seu artigo “*Unconstitutional Amendments*”, publicado numa das primeiras revistas jurídicas norte-americanas, a *Dickinson Law Review*.

<sup>3</sup> Para uma resenha do debate académico, cf. Miranda, Nunes de Almeida e Ribeiro Mendes (1994: 192-195), e Afonso Vaz (2012: 136-157).

consultivo designado 'Comissão Constitucional'.<sup>4</sup> Como referem Jorge Miranda, Luís Nunes de Almeida e Armindo Ribeiro Mendes, a Comissão Constitucional foi confrontada, logo em 1978, em sede de fiscalização concreta e no âmbito processual penal, com o tema das normas constitucionais inconstitucionais (1994: 194). Tanto em 1978 como no ano seguinte, já em sede de fiscalização abstrata e no Parecer n.º 9/79, a Comissão Constitucional mencionou a problemática das 'normas constitucionais inconstitucionais', sem, todavia, apreciar a questão da inconstitucionalidade de determinados preceitos constitucionais.<sup>5</sup>

A questão acabou por ser mais explicitamente abordada, relativamente a direitos fundamentais dos trabalhadores, no Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 480/89, objeto deste nosso comentário.<sup>6</sup> Apesar de não ter considerado que a norma constitucional em apreço (o n.º 4 do artigo 57.º da Constituição) era inconstitucional, o Tribunal Constitucional dedicou inúmeras e preciosas páginas a apresentar a temática.

O leitor certamente que estará a pensar qual será relevância de revisitar este tema, que parece ser tão datado e fossilizado, em Portugal, nas décadas de 70 e 80. Ora, sucede que o tema das normas constitucionais inconstitucionais – sobretudo no que respeita às normas constitucionais inconstitucionais derivadas, ou seja, às “revisões/alterações constitucionais inconstitucionais” (*unconstitutional constitutional norms*) – se revela, nos nossos dias, como um *hot topic* da doutrina constitucional internacional.

Em 2013, Yaniv Roznai escreveu, num dos mais prestigiados jornais internacionais, o *American Journal of Comparative Law*, que o tema das revisões constitucionais inconstitucionais era um exemplo de uma ideia constitucional cuja migração para outras ordens jurídicas se efetuou com muito sucesso (Roznai, 2013: 657). Em sentido oposto, Richard Albert, Malkhaz Nakashidze e Tarik Olcay, ainda que admitam que, nesta ou naquela específica ordem jurídica nacional, a doutrina das revisões constitucionais inconstitucionais até possa fazer sentido, entendem, porém, que a doutrina ainda não amadureceu na teoria da constituição para ser considerada um standard do constitucionalismo global (Albert, Nakashidze e Olcay, 2019: 639).

Em 2017, Roznai publicou, pela *Oxford University Press*, a sua monografia “*Unconstitutional Constitutional Norms: The Limits of Amendment Powers*”, premiada com o prestigiado *2018 ICON-S Book Prize*. Concorde-se ou discorde-se das premissas das normas constitucionais inconstitucionais, a verdade é que o tema está cada vez mais presente nos debates académicos internacionais, com particular enfoque na América Latina e na Europa de Leste.

---

<sup>4</sup> Nos termos dos artigos 283.º a 285.º da versão originária da Constituição portuguesa, a Comissão Constitucional emitia pareceres obrigatórios, mas não vinculativos, quanto à fiscalização abstrata (alíneas a) e b) do artigo 284.º. Já quanto à fiscalização concreta da constitucionalidade, a Comissão Constitucional tinha poderes decisórios e funcionava como um órgão jurisdicional (artigo 282.º e alínea c) do artigo 284.º).

<sup>5</sup> De 27 de março de 1979.

<sup>6</sup> Acórdão de 13 de julho de 1989, publicado no *Diário da República*, II Série, de 31 de janeiro de 1990.

## 2. O Acórdão n.º 480/89 e a proibição do lock-out

Iremos analisar o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 480/89, relatado pelo Juiz Conselheiro Messias Bento, no âmbito de um processo de fiscalização sucessiva concreta. Em causa estava uma acusação por um crime de lock-out, que, na altura dos factos, era punido pela “lei da greve”.<sup>7</sup> A definição de lock-out era a seguinte: “considera-se lock-out qualquer decisão unilateral da entidade empregadora, que se traduz na paralisação total ou parcial da empresa ou na interdição do acesso aos locais de trabalho a alguns ou à totalidade dos trabalhadores e, ainda, na recusa em fornecer trabalho, condições e instrumentos de trabalho que determine ou possa determinar a paralisação de todos ou alguns sectores da empresa ou que, em qualquer caso, vise atingir finalidades alheias à normal atividade da empresa” (artigo 14.º, n.º 2 da Lei da Greve). A violação da proibição do lock-out era punida “com pena de prisão até 2 anos e com pena de multa de 100000\$00 a 1000000\$00” (artigo 15.º, n.º 2 da Lei da Greve).

Os acusados do crime de lock-out alegaram que tanto os artigos 14.º e 15.º, n.º 2, da Lei da Greve, como o próprio n.º 3 do artigo 58.º da Constituição da República Portuguesa (doravante CRP)<sup>8</sup> – dispunha o seguinte: “É proibido o lock-out”.<sup>9</sup> – eram inconstitucionais, por violação do princípio da igualdade. Como o juiz *a quo* negou provimento ao recurso, os acusados interpuseram recurso, nos termos da alínea b) do n.º 1 do artigo 280.º da CRP.

No fundo, ao Tribunal Constitucional cumpria decidir duas questões: (i) se a proibição do lock-out, formalmente vertida no texto constitucional, era materialmente inconstitucional por violar o princípio da igualdade (n.º 1 do artigo 13.º da CRP)?; (ii) e se as normas dos n.ºs 1 e 2 do artigo 14.º e do artigo 15.º da Lei da Greve eram igualmente inconstitucionais, por violação do princípio da igualdade. Como veremos, o Tribunal irá ainda dar palco às principais posições doutrinárias que, à época, animavam o debate sobre admissibilidade do conceito de normas constitucionais inconstitucionais.

O Tribunal Constitucional decidiu, por unanimidade, o seguinte:

“Esta proibição do *lock-out*, constante do próprio texto constitucional, será inconstitucional?”

---

<sup>7</sup> Artigos 14.º, n.ºs 1 e 2, e 15.º, n.º 2, da Lei n.º 65/77, de 26 de Agosto. Esta legislação foi, entretanto, revogada pela alínea e) do n.º 1 do artigo 21.º da Lei n.º 99/2003, de 27 de agosto (lei que aprova o Código do Trabalho). Atualmente, o Código do Trabalho define lock-out como qualquer paralisação total ou parcial da empresa ou a interdição do acesso a locais de trabalho a alguns ou à totalidade dos trabalhadores e, ainda, a recusa em fornecer trabalho, condições e instrumentos de trabalho que determine ou possa determinar a paralisação de todos ou alguns sectores da empresa, desde que, em qualquer caso, vise atingir finalidades alheias à normal atividade da empresa, por decisão unilateral do empregador” (n.º 1 do artigo 544.º do Código do Trabalho - CT). O lock-out é proibido (n.º 2) do artigo 544.º do CT, e a sua violação é punida “com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 240 dias” (artigo 545.º do CT).

<sup>8</sup> Versão resultante da primeira revisão constitucional de 1982, aprovada pela Lei Constitucional n.º 1/82, de 30 de setembro.

<sup>9</sup> A mesma proibição consta, atualmente, do n.º 4 do artigo 57.º da CRP, de acordo com a Lei Constitucional n.º 1/2005, de 12 de agosto.

Para responder a esta questão, no caso, não se torna sequer necessário tomar posição sobre a *vexata quaestio* que consiste em saber se é (ou não) possível existirem normas constitucionais inconstitucionais e, sendo-o, se essa possibilidade se verifica relativamente a quaisquer normas constitucionais (sejam elas normas constitucionais originárias ou hajam resultado de uma revisão constitucional) ou se apenas existe quanto a esta última espécie de normas, como pretende certa doutrina [cfr. neste sentido, Jorge Miranda (1981: 583) e Gomes Canotilho e Vital Moreira (1985: 471)].

É que, mesmo quem aceita que a lei (lei constitucional incluída) não pode ser o produto arbitrário da vontade do legislador, antes tendo sempre que justificar-se perante uma axiologia que a transcende e lhe é anterior — ou seja, mesmo quem considera que «absoluta não é a Constituição, absoluto é o Direito» (Castanheira Neves, 1976: 230), pois existem «valores intangíveis e inconfiscáveis por qualquer legislador, incluindo [...] o legislador constituinte» (Queiró, 1976: 294), (...) — mesmo esses só consideram que uma norma é inconstitucional quando ela viola de forma inadmissível, por totalmente insuportável, os postulados fundamentais de justiça que vão implicados na própria ideia de Estado de Direito. Só então, na verdade, se poderá falar de *lex corrupta*, de norma celerada, de norma que se apresenta como negação da própria «intenção fundamental do Direito» (...).

Ora, é manifesto que uma tal situação se não verifica *in casu*.

A desigualdade, que se traduz no facto de a Constituição reconhecer aos trabalhadores o direito de fazer greve, negando aos patrões o direito de *lock-out*, não é susceptível de ferir de modo intolerável aqueles *standards* fundamentais de justiça, como tudo melhor se evidenciará na exposição que se fará a propósito dos artigos 14.º e 15.º da Lei n.º 65/77”<sup>10</sup>.

“6 — Certa doutrina ajuntará:

Ainda que se concebessem hipóteses de inconstitucionalidade, restaria um obstáculo à sua viabilidade prática: a falta de fiscalização, uma vez que os órgãos criados por certa constituição não podem deixar de cumprir e de velar pelo cumprimento de normas dessa mesma constituição. E há-de ser tanto assim quanto é certo que, tirando os Estados Unidos e poucos mais países, os órgãos de garantia são órgãos instituídos pela Constituição e os tribunais só exercem funções de controlo de constitucionalidade com base em preceitos expressos nela. São normas de direito ordinário apenas as que podem ser objecto de juízo de inconstitucionalidade [...] (cfr. Miranda, 1978: 208/209).

Esta tese não pode, porém, como é óbvio, ser subscrita por aqueles que entendem ser possível a existência de normas constitucionais originárias inconstitucionais.

Quem, na verdade, aceita a existência de uma axiologia transpositiva subtraída à disponibilidade do próprio poder constituinte não pode deixar de reconhecer aos tribunais em geral o poder de recusar a aplicação de uma norma que, inscrita embora no texto constitucional, se apresenta como *não-direito*. E ao Tribunal Constitucional não pode negar-lhe a competência para, em via de recurso, reapreciar as decisões judiciais que se tenham recusado

---

<sup>10</sup> Ponto 5 do Acórdão em apreço.

a aplicar uma norma «constitucional» com tal fundamento (e, *a pari*, as decisões que hajam aplicado tais normas, não obstante o facto de haverem sido arguidas de inconstitucionais). Só assim este Tribunal será o órgão de soberania com competência para administrar justiça em matérias de natureza jurídico-constitucional, em última instância.

(...) Identicamente se expressa Cardoso da Costa na mencionada *Nota*, ao escrever:

[...] não parece que o seu núcleo mais significativo [refere-se ao controlo das leis pelos tribunais] possa residir na simples defesa de uma legislação superior consagrando uma ordem política sempre mais ou menos contingente, mas antes se projectará na salvaguarda dos valores jurídicos fundamentais que informam e em que repousa a constitucionalidade — o que tudo sugere que a faculdade judicial de fiscalização das leis se há-de estender ao controlo da sua mesma «juridicidade», se é que não sugere inclusivamente uma convergência do exame da constitucionalidade com tal controlo”.<sup>11</sup>.

Relativamente à alegada inconstitucionalidade das normas da Lei da Greve, o Tribunal Constitucional decidiu:

“9 — A nossa Constituição optou, assim, por proibir o *lock-out*.

O *lock-out* (...) é considerado *ilícito* na generalidade dos países europeus. Excepção, constituem-na os países escandinavos e a Alemanha Federal, onde o *lock-out* é permitido. Nesses países, parte-se do postulado da «igualdade de armas» nos conflitos colectivos de trabalho, colocando-se o *direito do lock-out* dos empregadores defronte do *direito de greve* dos trabalhadores (*princípio da paridade* dos meios de luta).

A proibição do *lock-out* (...) tende, no entanto, a ser matizada, «nomeadamente pela aceitação do *lock-out* defensivo em casos de greve atípica, susceptível de desorganizar a produção ou de determinar a impossibilidade objectiva de gerir a empresa» (*loc. cit.*).

Quanto à Alemanha Federal, onde, como se disse, o *lock-out* é permitido, a doutrina e a jurisprudência tendem a estreitar «a área de *licitude* do *lock-out*» (*ibidem*)”.<sup>12</sup>.

(...) “12 — Decorre já de quanto se disse que a proibição do *lock-out*, quando contraposta ao reconhecimento do direito à greve, não pode violar os postulados fundamentais de justiça, nos quais se inscreve a ideia de igualdade tal como ela é revelada pelo artigo 13.º da Constituição.

Este Tribunal tem afirmado repetidamente que o princípio da igualdade, se exige que se trate por igual o que é essencialmente igual, não proíbe se estabeleçam distinções de tratamento. Questão é que essas diferenciações não sejam arbitrárias ou irrazoáveis, ou seja, que se não apresentem desprovidas de fundamento material bastante. O que o princípio em causa proíbe é o arbítrio, a diferenciação materialmente injustificada e, por isso mesmo, irrazoável e arbitrária.

---

<sup>11</sup> Ponto 6 do Acórdão em apreço.

<sup>12</sup> Ponto 9 do Acórdão em apreço.

Ora, no caso, a posição dos trabalhadores e dos empregadores (melhor dizendo: das suas associações) na relação laboral (*maxime*, na situação de conflito colectivo de trabalho) não é idêntica: o maior poder económico da entidade patronal, aliado à situação de dependência salarial em que os trabalhadores se encontram, faz com que a situação destes seja, em regra, uma situação de inferioridade. E de inferioridade tal que, se, para a solução dos conflitos colectivos de trabalho, se reconhecesse aos patrões o direito de lançar mão de uma arma de peso idêntico ao da greve — ou seja, se se lhes reconhecesse o direito de recorrer ao *lock-out* —, o mais provável seria que o conflito se concluísse, se não sempre, ao menos as mais das vezes, pela imposição da vontade patronal. (...) A greve deixaria de poder desempenhar o seu papel de *contrapeso*, pois não cumpriria a sua função de «poder de organizar-se para o *dissenso*» (...).

Consentir o *lock-out*, seria permitir o uso de «uma maior dose de poder» por quem «já detinha o poder anteriormente» (as expressões são da sentença de 8 de Abril de 1981 do Tribunal Constitucional espanhol). O resultado só poderia ser, ao menos em regra, o agravamento do desequilíbrio da relação laboral e, assim, a agudização das tensões sociais.

A proibição do *lock-out*, confrontada com a garantia do *direito à greve*, não é, assim, uma proibição irrazoável, antes tem a suportá-la sérias razões de ordem substantiva. Tal proibição não viola, por isso, a ideia de igualdade (...)”<sup>13</sup>.

Nestes termos, o Tribunal Constitucional entendeu por bem negar provimento ao recurso e confirmar o acórdão recorrido quanto à questão de inconstitucionalidade. No fundo, argumentou o Tribunal que não existe uma verdadeira “igualdade de armas” entre os trabalhadores e os empregadores, pelo que não faria qualquer sentido invocar aqui a violação do princípio da igualdade (Gomes Canotilho e Vital Moreira, 2007: 759). Seja como for, o enfoque da nossa análise não recairá na análise da aplicação do princípio da igualdade material, com a qual concordamos sem reservas, mas na *observação da subtilidade* com que o Tribunal admitiu, para o futuro, poder ter plena competência para sindicar a constitucionalidade das normas constitucionais originárias. Como veremos adiante (Capítulo 4), foi um delicado primeiro passo, uma decisão *quasi*-“mini-maximalista”<sup>14</sup>, que poderá ditar, no futuro, uma clara tomada de posição pela jurisdição constitucional.

### 3. Revisitar o paradoxo das normas constitucionais inconstitucionais

#### 3.1. Normas constitucionais inconstitucionais originárias

Será o poder constituinte ilimitado, como propunha Emmanuel Sieyès (Vaz, 2012: 78), ou será que o poder constituinte é limitado por “princípios axiológicos que o transcendem” (Vaz, 2012: 124)? A resposta a esta questão, em pleno século XXI, parece intuitiva e, nas palavras de Castanheira Neves,

---

<sup>13</sup> Ponto 12 do Acórdão em apreço.

<sup>14</sup> Yvonne Tew, no prelo.

“a Constituição está longe de esgotar o universo jurídico existente”<sup>15</sup>, pelo que “absoluto não é a Constituição, absoluto é o Direito”<sup>16</sup>. Deverão existir limites ao poder constituinte, sob pena de o texto constitucional se converter uma tela em branco, onde se podem escrever normas a bel-prazer, inclusive normas atentatórias da dignidade da pessoa humana e do reduto último do Direito.

Chegados a este ponto, relativamente às normas constitucionais originárias, a doutrina normalmente divide-se entre os simpatizantes com o positivismo e os simpatizantes com o jusnaturalismo. Para o primeiro grupo, a dificuldade em aceitar este conceito prende-se com a sua complexa compatibilização com a noção de hierarquia e o modo de produção de normas. Por outro lado, subordinando-se as jurisdições constitucionais à Constituição, não poderiam argumentar contra essa mesma Constituição<sup>17</sup>. Nos antípodas, os jusnaturalistas ou até os que avançam noções mais refinadas de “consciência jurídica universal” (Vieira de Andrade, 2012: 80, e Paulo Otero, 2007: 587) em matéria de direitos humanos, de “exigências fundamentais de justiça impostas pelo Estado de Direito” (Medeiros, 2010: 1134), ou de “limitação extrínseca e material do poder público” (Bacelar Gouveia, 2021: 725), argumentam que, para além do direito positivado e das normas costumeiras, existe “um *nomos* de reserva do Direito” (Afonso Vaz, 2012: 152). Nessa medida e tal como identificado no Acórdão n.º 480/89, alguns destes Autores admitem a possibilidade da existência de normas constitucionais inconstitucionais originárias.

Qual é o estado do debate fora de Portugal e da Alemanha? Este tema é meramente académico ou materializou-se em processos judiciais a correr perante as jurisdições constitucionais? A título de curiosidade, em dois arestos do Tribunal Constitucional da Bósnia-Herzegovina (doravante TCBH), quando confrontado com normas constitucionais que alegadamente conferiam privilégios aos bósnios, sérvios e croatas, o TCBH, ao invés de invalidar essas normas constitucionais por violação do princípio da igualdade, deliberou, por maioria, que o TCBH não tinha competência para decidir sobre a inconstitucionalidade de normas constitucionais<sup>18</sup>. Ironicamente, porém, foi o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos que, em sede de amparo internacional, se considerou competente para decidir se as tais normas constitucionais violavam a Convenção Europeia dos Direitos Humanos e os seus Protocolos Adicionais<sup>19</sup>.

Como exemplo de uma recente decisão que declarou inconstitucionais não apenas normas constitucionais derivadas, mas também normas constitucionais originárias, salienta-se o caso da seção constitucional do Supremo Tribunal das Honduras (doravante STH). Em 2015, o STH declarou, por unanimidade, a inconstitucionalidade da proibição de reeleição do Presidente das Honduras (norma constitucional originária) e o limite material

---

<sup>15</sup> Castanheira Neves, Questão-de-Facto-Questão-de-Direito *apud* Afonso Vaz (2012: 137).

<sup>16</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>17</sup> Na doutrina internacional, esta objeção é apelidada de “*subordination difficulty*” (a dificuldade/objeção da subordinação). Cf. Ingham (1929: 165-166).

<sup>18</sup> Processos n.º U-5/04, de 31 de março de 2006 e processo n.º U-13/05, de 26 de maio de 2006, *apud* Roznai (2017: 187, nt. 34).

<sup>19</sup> Acórdão Sejdic e Finci v. Bósnia e Herzegovina, Grande Câmara, processos n.º 27996/06 e n.º 34836/06, de 22 de dezembro de 2009.

da proibição de alterar a norma relativa à impossibilidade de reeleição do Presidente das Honduras (norma constitucional derivada).<sup>20</sup>.

Este último caso não pode deixar de nos causar alguma perplexidade. Estaremos perante uma rampa deslizante de um conceito que deveria ser aplicado *in extremis*? Afinal, e como bem advertiu o Tribunal Constitucional, no Acórdão n.º 480/89, mesmo quem advoga a tese da admissibilidade das normas constitucionais inconstitucionais originárias, ressalva que essa inconstitucionalidade material apenas se verifica em situações-limite, ou seja, quando a norma “viola de forma inadmissível, por totalmente insuportável, os postulados fundamentais de justiça que vão implicados na própria ideia de Estado de Direito”.<sup>21</sup> Definitivamente, não parece ser essa a situação dos limites aos mandatos presidenciais.

A questão impõe-se: será que o prognóstico de Otto Bachof, quando escreveu que “não desconheço que uma faculdade de controlo tão extensa pode conter certos perigos para a segurança, mas penso que, frequentemente, estes [os Autores que criticam a existência de normas constitucionais inconstitucionais originárias] exageram muito” (Bachof, 1994: 80) – se revelou demasiado otimista? Emprestando a metáfora de Mark Tushnet (*constitutional hardball*) (Tushnet, 2004: 523), acrescentamos uma segunda questão: será a doutrina das normas constitucionais inconstitucionais uma arma de arremesso contra constituições militantes ou defensivas?

No Acórdão n.º 480/89 e como acima referimos, o Tribunal Constitucional não tomou diretamente partido na querela doutrinária. Nos nossos dias e no contexto português, a possibilidade de existirem normas constitucionais inconstitucionais originárias é reduzida. Suponhamos que o povo português aprovava, hoje, uma nova Constituição. Muito provavelmente, a Constituição seria desenhada com os traços básicos de um texto constitucional, em respeito pela separação de poderes e pelos direitos e liberdades fundamentais.<sup>22</sup> Nesse momento *zero* de criação de uma nova ordem jurídico-constitucional, em especial se em causa estivesse um procedimento constituinte democrático, dificilmente se recomeçaria *ab initio* em termos de proteção jusfundamental. Quer isto dizer, que seria pouco provável que o poder constituinte fizesse tábua rasa de toda uma história de aperfeiçoamento jusfundamental, que se havia traduzido, no passado, em inúmeras ratificações de tratados internacionais de direitos humanos e até, em termos de história constitucional, no acolhimento expresso do primado do Direito da União Europeia.<sup>23</sup> Daqui se conclui que, o facto de

---

<sup>20</sup> Julgamento de 22 de abril de 2015, processo F-165, *apud* Roznai (2017: 188).

<sup>21</sup> Ponto 5 do Acórdão.

<sup>22</sup> Artigo 16.º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789.

<sup>23</sup> Num Acórdão seminal (Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 422/2020, de 15 de julho de 2020), o Tribunal refere que a hipótese de se aplicarem os “contralimites” da parte final do n.º 4 do artigo 8.º (“com respeito pelos princípios fundamentais do Estado de Direito Democrático”) é mais académica do que real. No parágrafo 2.6.2.2. do Acórdão, o Tribunal deliberou que esse cenário seria: “quantitativamente escasso (estamos a referenciar a ideia de *quantidade* ao universo do DUE), desde logo quanto ao nível de proteção dos direitos fundamentais (cujo conteúdo e garantia já se encontram amplamente cobertos pelo DUE, gozando em tal quadro de um nível de proteção funcionalmente equivalente ao propiciado pela jurisdição nacional, concretamente pelo Tribunal Constitucional), esse elemento caraterístico,

determinados princípios fundamentais estarem escritos na Constituição, não lhes atribui necessariamente um valor constitutivo (Vaz, 2012: 123).

### 3.2. Normas constitucionais inconstitucionais originárias

Poderíamos ser tentados a pensar o seguinte: se os juízes constitucionais juram a sua fidelidade à Constituição (n.º 2 do artigo 20.º da Lei do Tribunal Constitucional)<sup>24</sup>, como podem então invalidar normas que a integram? Como bem adverte Yaniv Roznai, este raciocínio assenta numa “falácia”, uma vez que o poder de revisão constitucional é limitado pelo poder constituinte originário (Roznai, 2017: 187).

Quanto às normas constitucionais derivadas, aprovadas no seguimento do processo de revisão constitucional, a abertura da doutrina constitucional é maior. Na doutrina constitucional estrangeira, existe um apoio claramente maioritário à possibilidade de as jurisdições constitucionais invalidarem leis de revisão materialmente inconstitucionais (Albert, Nakashidze e Olcay, 2019: 641). Numa corrente doutrinal minoritária, alguns Autores apontam esta doutrina como um exemplo de “judicialização da política” (Albert, 2018: 15), que pode até ser considerado “democraticamente ilegítimo” (Colón-Ríos, 2012: 67).

A maioria da doutrina constitucional portuguesa admite que o Tribunal Constitucional possa fiscalizar a constitucionalidade das leis de revisão constitucional (Miranda, 2020: 625), somente na hipótese de estas violarem os limites formais temporais (artigo 284.º), procedimentais (artigos 285.º a 287.º), e circunstanciais (artigo 289.º), ou ainda os limites materiais (artigo 288.º) (Blanco de Moraes: 2014, 271). Já na Colômbia, por exemplo, Carlos Bernal, antigo magistrado constitucional, defende que o Tribunal Constitucional colombiano poderá fiscalizar a constitucionalidade das leis de revisão constitucional por desconformidade com “o catálogo de direitos fundamentais, o estado de direito, ou o princípio da separação de poderes” e ainda se atentar contra “a democracia deliberativa” (Bernal, 2013: 356).

Nas palavras de Gomes Canotilho e de Vital Moreira, as normas de revisão “têm carácter constitucionalmente subordinado e condicionado” (Gomes Canotilho e Vital Moreira, 2010: 899), porquanto o poder de revisão constitucional é um poder constituído e subordinado à Constituição. Não obstante, Gomes Canotilho limita esta possibilidade à fiscalização sucessiva, uma vez que na fiscalização preventiva o Presidente da República não pode vetar a lei (n.º 3 do artigo 286.º da Constituição)<sup>25</sup>. Já Jorge Miranda entende

---

invariavelmente afirmado pela jurisprudência do TJUE [desde o Acórdão *Foto-Frost*, de 22/10/1987 (proc. 314/85)] traduzido na circunstância da primazia do DUE implicar a exclusividade do controlo da validade deste pelo TJUE”.

<sup>24</sup> O n.º 2 do artigo 20 da Lei da Organização, Funcionamento e Processo do Tribunal Constitucional (Lei n.º 28/82, de 16 de novembro) dispõe o seguinte: “No ato de posse prestam o seguinte juramento: «Juro por minha honra cumprir a Constituição da República Portuguesa e desempenhar fielmente as funções em que fico investido»”.

<sup>25</sup> Gomes Canotilho e Vital Moreira (2010: 1004). Entretanto, em 2004, Vital Moreira, “[CRP e constituição europeia](#)”, *Causa Nossa*, 22.06.2004, deixou de sufragar tal entendimento, clarificando que “não subscrevo hoje a tese, embora até agora pacífica, de que não pode haver fiscalização preventiva das revisões constitucionais); caso o TC

ser possível a fiscalização preventiva de leis de revisão constitucional, quer quanto aos aspetos formais, quer quanto aos aspetos substantivos da revisão, “no pressuposto de subsistência da efetividade da Constituição” (Miranda, 2020: 643).

#### **4. Notas finais: o “mini-maximalismo” ou, por outras palavras, daquilo que de poderoso está nas entrelinhas**

Chegados aqui, o leitor certamente continua a indagar-se acerca da escolha do Acórdão n.º 480/89 como aresto a comentar. Muito barulho por nada? Aparentemente, o Acórdão em análise não toma partido por nenhuma das teses – a favor ou contra – da doutrina das normas constitucionais inconstitucionais. Em boa verdade, o Acórdão limita-se a afastar, com convicção, a doutrina das normas constitucionais inconstitucionais do n.º 4 do artigo 57.º da CRP. A esta luz, o Tribunal é lapidar quando afirma que a proibição do lock-out não constitui um caso de norma constitucional inconstitucional.

Todavia, e na nossa perspetiva, ao não afastar *hic et nunc* a doutrina das normas constitucionais inconstitucionais, ou seja, ao não estatuir que o Tribunal Constitucional está impossibilitado de fiscalizar a constitucionalidade de normas constitucionais (mormente, as normas originárias), com meridiana clareza, admite a possibilidade de, no futuro, o fazer. Nem se entenderia outra leitura do Acórdão, tendo em atenção o número de páginas dedicado a discorrer sobre o debate doutrinário acerca das normas constitucionais inconstitucionais. Se o Tribunal entendesse que a questão das normas constitucionais inconstitucionais era uma falsa questão, simplesmente teria enveredado pela recusa da doutrina das normas constitucionais inconstitucionais ou, socorrendo-se de um argumento de índole processual, sobriamente argumentaria que tal extravasava a esfera de competências constitucionalmente atribuída à jurisdição constitucional.

Quando redige sobre a emancipação ou o “empoderamento judicial estratégico” (*strategic judicial empowerment*), Yvonne Tew sugere inúmeras ferramentas ao alcance dos tribunais para que as suas decisões tenham uma significativa ressonância na comunidade jurídica.<sup>26</sup> Uma dessas estratégias é, de acordo com Tew, o “mini-maximalismo”, de acordo com a qual um tribunal, na sua retórica argumentativa, desvaloriza a relevância da decisão, que, afinal, se revela muito mais importante do que aparentava. Ou seja, a decisão acaba por aumentar significativamente o poder cognitivo do tribunal, ainda que alicerçada numa doutrina quiçá um pouco ortodoxa.<sup>27</sup>

No caso português, quando apelidamos o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 480/89 de *quasi*-“mini-maximalista”, não estamos com isto a querer dizer que o Tribunal tenha procurado, sub-repticiamente e em

---

se pronunciasse por alguma inconstitucionalidade, ela ainda poderia ser corrigida dentro do mesmo processo de revisão constitucional, o qual só termina com a promulgação e publicação da lei de revisão”.

<sup>26</sup> Yvonne Tew, no prelo.

<sup>27</sup> *Idem, ibidem*.

jeito de “jogo duro constitucional” (*constitutional hardball*).<sup>28</sup>, aumentar a sua esfera de competências decisórias. Tal seria uma leitura errónea, tendo até em conta que este tema tem estado desde então afastado dos fundamentos das decisões do Palácio Ratton.<sup>29</sup> Todavia, pecaríamos de cândidos se não víssemos para além das aparências. Ao decidir da forma como decidiu, o Tribunal não fechou as portas a arrogar-se um futuro controlo de normas constitucionais inconstitucionais. Ao não afastar expressamente a doutrina das normas constitucionais inconstitucionais, o Tribunal guardou na gaveta, para potencial utilização futura, uma inegável arma de arremesso. *A porta ficou estrategicamente entreaberta...*

Não temos, como é óbvio, a pretensão de dar uma resposta inovadora a uma problemática que foi (e continua a ser, por outras paragens) profundamente debatida entre os mais proeminentes académicos. Ora, recantando a asserção atrás referida – e que reputamos de irrepreensível – de que “absoluto não é a Constituição, absoluto é o Direito”.<sup>30</sup>, sem, todavia, cair em unilateralismos reducionistas, entendemos que a doutrina das normas constitucionais inconstitucionais tem ainda potencial de aplicação em pleno século XXI. Como já escrevemos, há determinadas realidades que são “vitais para o constitucionalismo. Podemos ensaiar várias aproximações normativas e intelectuais para descortinar qual é esse núcleo-duro: direito natural, *ius cogens* internacional, constituição material, DNA do constitucionalismo, democracia liberal, etc” (Botelho, 2019: 372).

Quanto às normas constitucionais derivadas, parece-nos que o Tribunal Constitucional tem competência para invalidar leis constitucionais formal e/ou materialmente inconstitucionais. E tanto assim é que, de outra forma, seria possível ao órgão de revisão constitucional disfarçar uma rutura constitucional de uma revisão constitucional. Por exemplo, quando líderes autoritários, almejando perpetuar-se no poder, pressionam o parlamento a aprovar alterações à Constituição no sentido de removerem os limites à renovação dos mandatos presidenciais, ou, a aumentar/diminuir o número de juízes constitucionais, ou os seus mandatos, com cristalinos objetivos de *court-packing* (Kosař e Šipulová, 2023: 80). Nestes contextos, a possibilidade de as jurisdições constitucionais invalidarem alterações inconstitucionais à Constituição é um instrumento útil – quiçá mesmo uma tábua de salvação – para proteger a “sobrevivência da democracia liberal” (Dixon e Landau, 2021: 131).<sup>31</sup>

Já no que respeita às normas constitucionais inconstitucionais originárias, reconhecemos que a questão é muito mais complexa e delicada. Por um lado, aceitar a existência de normas constitucionais inconstitucionais originárias atribui às jurisdições constitucionais com o musculado poder de declarar segmentos da própria Constituição como inconstitucionais.

---

<sup>28</sup> Novamente, Tushnet (2004: 523).

<sup>29</sup> O que não significa que, aqui e ali, não seja invocado pelas partes. A título de exemplo, no Acórdão n.º 387/94, de 12 de maio de 1994, foi alegada a inconstitucionalidade do artigo 62.º da CRP, no entanto, o Tribunal Constitucional recusou conhecer do recurso por incumprimento de um requisito processual.

<sup>30</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>31</sup> Num sentido semelhante, Roznai (2017: 185-186).

Dizendo com mais clareza, tal possibilidade agudizará a “dificuldade contra-maioritária” da jurisdição constitucional.<sup>32</sup>

Por outro lado, recusar a existência de normas constitucionais inconstitucionais originárias pode, no limite, potenciar o risco de “abuso do poder constituinte”.<sup>33</sup>, que tudo poderia constitucionalizar sem restrição. É certo que, nos nossos dias e no contexto ocidental, parecem um pouco dramáticos os argumentos *ad terrorem* deste tipo: “e se o poder constituinte decidisse discriminar o povo, escalonando categorias de pessoas mais ou menos dignas? E se constitucionalizasse a escravatura? E se vedasse o pluralismo político? E se proibisse quaisquer práticas religiosas? Ou, num exemplo muito bem conseguido de Robert Alexy, se a assembleia constituinte optasse por livremente consagrar “um sistema político injusto” (Alexy, 2010: 167)?

São hipóteses quase académicas, certamente, porquanto o Estado português está vinculado a inúmeros tratados e acordos internacionais de direitos humanos. De igual modo, as alterações à CRP necessitam de ser aprovadas por uma maioria de dois terços dos Deputados em efetividade de funções (n.º 1 do artigo 286.º da CRP). Sendo a Constituição portuguesa profusamente defensiva, um tal cenário dantesco parece inviável (Botelho, 2019: 369-370). No entanto, a história ensina-nos que é necessário cautela e mais humildade quando se afirma arrogantemente: “nós nunca faríamos algo assim”. Como recomendou Otto Bachof, “o fenómeno (só na aparência paradoxal) de normas constitucionais inconstitucionais não deverá ser esquecido, como advertência permanente de que a onipotência do Estado tem limites” (Bachof, 1994: 4).

Nestes termos, parece-nos que a invalidação de normas formalmente constitucionais com fundamento em inconstitucionalidade material deve ser uma solução-limite, muito ponderada e conscienciosamente utilizada pelas jurisdições constitucionais. Ninguém o terá dito, na nossa opinião, melhor do que Gary Jeffrey Jacobsohn, quando afirmou: “*if ever confronted with the felt need to exercise this option, sober heads might well wonder whether it was any longer worth doing*” (Jacobsohn, 2006: 487).

---

<sup>32</sup> Em geral, Bassok e Dotan (2013: 13).

<sup>33</sup> Empréstimo da expressão de Dixon e Landau (2021: 116).

### **Bibliografia**

Afonso Vaz M. Teoria da Constituição - O que é a Constituição, hoje?. Coimbra: Coimbra Editora; 2012

Albert R. Constitutional Amendment and Dismemberment. *Yale Journal of International Law*. 2018. pp. 1-84

Albert R, Nakashidze M, e Olcay T. The Formalist Resistance to Unconstitutional Constitutional Amendments. *Hastings Law Journal*. 2009; 70-3. pp. 639-670

Alexy R. The Dual Nature of Law. *Ratio Juris*. 2010; 23, pp. 167-182

Bacelar Gouveia J. Manual de Direito Constitucional. 7.<sup>a</sup> ed. Volume 1. Coimbra: Almedina; 2021

Bachof O. Normas Constitucionais Inconstitucionais? (tradução do original alemão *Verfassungswidrige Verfassungsnormen?*, 1951). Coimbra: Almedina; 1994

Bassok O e Dotan Y. Solving the countermajoritarian difficulty?. *International Journal of Constitutional Law*. 2013; 11-1, pp. 13-33

Bernal C. Unconstitutional constitutional amendments in the case study of Colombia: An analysis of the justification and meaning of the constitutional replacement doctrine. *International Journal of Constitutional Law*. 2013; 11-2, pp. 339-357

Blanco de Morais C. Curso de Direito Constitucional - Teoria da Constituição em Tempo de Crise do Estado Social. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora; 2014

Botelho CS. Constitutional narcissism on the couch of psychoanalysis: Constitutional unamendability in Portugal and Spain. *European Journal of Law Reform*. 2019; 21-3. pp. 346-376

Cardoso da Costa JM. Nota do tradutor. In: Normas Constitucionais Inconstitucionais? (tradução do original alemão *Verfassungswidrige Verfassungsnormen?*, 1951). Coimbra: Almedina; 1994. pp. V-XIV

Castanheira Neves. A Revolução e o Direito. Coimbra. 1976

Colón-Rios J. Weak Constitutionalism - Democratic Legitimacy and the Question of Constituent Power. Routledge. 2012

Dixon R e Landau D. Abusive Constitutional Borrowing: Legal Globalization and the Subversion of Liberal Democracy. Oxford: Oxford University Press; 2021

Gomes Canotilho JJ e Vital Moreira. Constituição da República Portuguesa Anotada, II. Coimbra. 1985

Gomes Canotilho JJ e Moreira V. Constituição da República Portuguesa Anotada 4.<sup>a</sup> Edição. Volume I. Coimbra: Coimbra Editora; 2007

Gomes Canotilho JJ e Moreira V. Constituição da República Portuguesa Anotada 4.<sup>a</sup> Edição. Volume II. Coimbra: Coimbra Editora; 2010

Ingham J. Unconstitutional Amendments. *Dickinson Law Review*. 1929; 33-3. pp. 161-168

Jacobsohn GJ. An unconstitutional constitution? A comparative perspective. *International Journal of Constitutional Law*. 2006; 4-3. pp. 460-487

Kosař D e Šipulová K. Comparative court-packing. *International Journal of Constitutional Law*. 2023; 21-1. pp. 80-126

Medeiros R. Anotação ao artigo 57.º. In: Miranda J e Medeiros R, coordenadores. *Constituição Portuguesa Anotada. 2.ª Edição. Volume I*. Coimbra: Coimbra Editora; 2010. pp. 1124-1135

Miranda J. *A Constituição de 1976*. Lisboa. 1978. pp. 208/209

Miranda J. *Manual de Direito Constitucional, I (tomo II)*. Coimbra. 1981

Miranda J. Anotação ao artigo 277.º. In: Miranda J e Medeiros R, coordenadores. *Constituição Portuguesa Anotada. 2.ª Edição. Volume II*. Lisboa: Universidade Católica Editora; 2020. pp. 621-635

Miranda J. *Da Revolução à Constituição - Memórias da Assembleia Constituinte*. Cascais: Príncípia. 2015

Miranda J. Nunes de Almeida L. Ribeiro Mendes A. Portugal. *Annuaire International de justice constitutionnelle*. 1994; 10. pp. 171-222

Otero P. *Instituições políticas e constitucionais. Volume I*. Coimbra: Almedina. 2007

Queiró AF. *Lições de Direito Administrativo, I*. Coimbra. 1976

Roznai Y. Unconstitutional Constitutional Amendments: The Migration and Success of a Constitutional Idea. *American Journal of Comparative Law*. 2013; 61. pp. 657-719

Roznai Y. *Unconstitutional Constitutional Amendments: The Limits of Amendment Powers*. Oxford: Oxford University Press; 2017

Tew Y. Strategic Judicial Empowerment. *American Journal of Comparative Law*. No prelo. Versão provisória disponível aqui: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3323022](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3323022)

Tushnet M. Constitutional Hardball. *The John Marshall Law Review*. 2004; 37-2; pp. 523-553

Vieira de Andrade JC. *Os Direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976. 5.ª Edição*. Coimbra: Almedina; 2012