

JUÍZO(S) DE PROPORCIONALIDADE E JUSTIÇA CONSTITUCIONAL(*)

Por Ana Raquel Gonçalves Moniz(**)

SUMÁRIO:

1. Introdução. 2. Os juízos de proporcionalidade desenvolvidos pela Justiça Constitucional. 2.1. Juízo(s) de proporcionalidade e funções do princípio: reflexão cruzada. **2.2.** Tipologia(s) dos juízos. *2.2.1.* Questão prévia: testes, dimensões normativas ou juízos?. *2.2.2.* Em especial, o(s) juízo(s) de proporcionalidade na ótica do Tribunal Constitucional português. **3. Limites ao princípio da proporcionalidade: justiça e separação de poderes. 4. Princípio da proporcionalidade e Justiça Constitucional global: os novos horizontes da Justiça Constitucional. 5. Reflexões finais**

1. Introdução

Independentemente da densificação conferida ao princípio da proporcionalidade ou princípio da proibição do excesso⁽¹⁾, este último corres-

(*) O presente texto teve, na sua origem, a conferência proferida pela Autora no *XIII Encontro de Professores de Direito Público*, que decorreu na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, no dia 24 de janeiro de 2020.

(**) Professora da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

(1) A doutrina nacional não é, todavia, unânime quanto à equivalência entre ambas as expressões. Preferindo a designação de princípio da proibição do excesso, na senda da proposta de LERCHE (*Übermaß und Verfassungsrecht: Zur Bindung des Gesetzgebers and die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Erforderlichkeit*, Carl Heymanns Verlag, Köln, 1961), v. REIS NOVAIS, *Princípios Estruturantes do Estado de Direito*, Almedina, Coimbra, 2019, p. 103. Considerando, porém, mais adequada a referência ao princípio da proporcionalidade, v. VITALINO CANAS, «Proporcionalidade (Princípio da)», in: *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, Vol. VI, s.n., Lisboa, 1994, p. 595;

ponde a uma exigência axiológica da ideia de um Estado de direito⁽²⁾, vinculando, enquanto tal, toda a ação jurídico-pública (sem distinção da função estadual em causa)⁽³⁾. As suas refrações não se circunscrevem, além disso, ao Direito Constitucional e ao Direito Administrativo nacionais, mas espriam-se pelo Direito Público comparado, atingindo o Direito Internacional⁽⁴⁾ ou o Direito da União Europeia, assim como ramos jurídico-dogmáticos mais recentes, como o Direito do Investimento⁽⁵⁾.

O conteúdo do princípio da proporcionalidade continua a desvelar dissensos e a reinventar-se, em resultado das diversas incursões teórico-dogmáticas e dos influxos emergentes da prática jurisprudencial (*rectius*, das práticas jurisprudenciais) que, no contexto de um diálogo judicial global, se vão interpenetrando reciprocamente. Além disso, o respetivo entendimento depende do seu cruzamento com um conjunto de outras dimensões normativas, como sucede, por excelência, com o princípio da separação de poderes ou com o alcance das garantias oferecidas pelos direitos fundamentais⁽⁶⁾.

cf., porém, a posição adotada em VITALINO CANAS, *O Princípio da Proibição do Excesso na Conformação e no Controlo de Atos Legislativos*, Almedina, Coimbra, 2017, pp. 45 e ss.

(2) Assim, entre nós, GOMES CANOTILHO (*Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª ed., Almedina, Coimbra, 2003, pp. 266 e ss.) integra-o no elenco dos subprincípios concretizadores do princípio do Estado de direito; MARIA LÚCIA AMARAL (*A Forma da República: Uma Introdução ao Estudo do Direito Constitucional*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, p. 187) apresenta, como *sedes materiae* do princípio, o artigo 2.º da CRP; PAULO OTERO (*Direito Constitucional Português*, Vol. I — Identidade Constitucional, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 76 e 92) identifica-o como uma das dimensões dos postulados estruturantes do Estado de direito material ou como um dos corolários axiológicos de um Estado de direito; BACELAR GOUVEIA (*Manual de Direito Constitucional*, 6.ª ed., Vol. II, Almedina, Coimbra, 2016, p. 823) integra a proporcionalidade no âmbito do princípio do Estado de direito, mas observa que esta não constitui “mais uma” dimensão material do mesmo, assumindo um valor próprio; REIS NOVAIS (*Princípios...*, *cit.*, p. 96) considera-o como decorrendo naturalmente do Estado de direito. Cf., porém, a visão abrangente de JORGE MIRANDA (*Manual de Direito Constitucional*, Vol. IV, 5.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2012, p. 302), considerando-o conatural à ideia de direito, ou a proposta alternativa (de pendor mais sincrético) de VITALINO CANAS, *O Princípio...*, *cit.*, p. 374 e ss.

(3) Refletindo sobre este aspeto de uma perspetiva analítica, cf. CARLA AMADO GOMES/DINAMENE DE FREITAS, «Portugal — En Contredisant Machiavel: Le Principe de Proportionnalité et la Légitimation de l’Action Publique», in: *Annuaire Internationale de Justice Constitutionnelle*, n.º 25, 2009, p. 320 e ss.

(4) Cf., v. g., VRANES, «Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz: Herleitungsalternativen, Rechtsstatus und Funktionen», in: *Archiv des Völkerrechts*, Vol. 47, 2009, p. 1 e ss.

(5) Cf., v. g., VADI, *Proportionality, Reasonableness and Standards of Review in International Investment Law and Arbitration*, Elgar, Cheltenham, 2018 (não obliterando o relevo que a “migração de ideias constitucionais” envolve para o desenvolvimento do direito do investimento, sobretudo quando se trata, como sucede com a proporcionalidade, de conceitos que representam princípios jurídicos).

(6) V. também BARAK, «Proportionality», in: ROSENFELD/SAJÓ (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012, p. 739.

Em geral, afirma-se que o princípio da proporcionalidade relaciona meios e fins, visando responder ao problema de saber se, depois de aferida a legitimidade dos últimos, a sua consecução se pode alcançar através das medidas selecionadas, que hão de ser idóneas e exigíveis, causando mais benefícios que prejuízos. Quer dizer, o teste da adequação ou da aptidão⁽⁷⁾, postulando um juízo *ex ante* de prognose causal⁽⁸⁾ (essencialmente — mas não só — de natureza empírica)⁽⁹⁾, a repetir, *a posteriori* pelo julgador, exige que a medida se revele um mecanismo idóneo para a satisfação da finalidade dada. A referência à vertente da necessidade (ou indispensabilidade)⁽¹⁰⁾ permite acentuar que, no confronto com outros meios igualmente adequados, a medida deve constituir o instrumento menos lesivo ou menos intrusivo. A proporcionalidade em sentido estrito constitui o momento azado para a ponderação custos-benefícios (a *Abwägung* do direito alemão⁽¹¹⁾, o *bilan coût-avantages* decantado pela jurisprudência francesa⁽¹²⁾ ou a *cost-benefit analysis* pressuposta pela jurisprudência norte-americana)⁽¹³⁾ e aponta no sentido do equilíbrio, da racionalidade⁽¹⁴⁾ e da razoa-

(7) Cf. REIS NOVAIS, *Princípios...*, cit., p. 97, considerando mais apropriada a referência a aptidão que a adequação, por mais fielmente traduzir a ideia de *Geegneheit*.

(8) HIRSCHBERG, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, Verlag Otto Schwartz & Co., Göttingen, 1981, p. 51.

(9) KUMM, «Political Liberalism and the Structure of Rights: On the Place and Limits of the Proportionality Requirement», in: PAWLAKOS (ed.), *Law, Rights and Discourse*, Hart Publishing, Portland, 2007, p. 138.

(10) Aludindo ao princípio da indispensabilidade ou do meio menos restritivo, cf. REIS NOVAIS, *Princípios...*, cit., pp. 110 e ss. V. também PHILIPPE, *Le Contrôle de Proportionnalité dans les Jurisprudences Constitutionnelle et Administratives Françaises*, Economica, Paris, 1990, p. 188.

(11) Cf., v. g., HIRSCHBERG, *Der Grundsatz...*, cit., pp. 77 e ss., 83 e ss. (cotejando o princípio da proporcionalidade em sentido estrito e o princípio da ponderação de bens ou interesses), p. 101 e ss.

(12) Sobre a *théorie du bilan*, cf., v. g., PHILIPPE, *Le Contrôle...*, cit., p. 179 e ss. Recorde-se que a primeira formulação desta doutrina — que surge como um «controlo da ausência de desproporção» — remonta ao *Arrêt du Conseil d'Etat «Ville Nouvelle Est»*, de 28.05.1971 (in: *L'Actualité Juridique — Droit Administratif*, 1971, p. 420 e s.), onde, a propósito de um empreendimento urbanístico cuja realização pressupunha a expropriação e a demolição de cerca de uma centena de casas de habitação, o Tribunal declarou que “uma operação não pode ser legalmente declarada de utilidade pública senão quando os atentados à propriedade privada, o custo financeiro e, eventualmente, os inconvenientes de ordem social que ela comporta não sejam excessivos relativamente ao interesse que apresenta” (cf. p. 421; em consonância com as conclusões do *Commissaire du Gouvernement* Guy Braibant, que defendeu que a utilidade pública deverá ser apreciada tendo em conta o resultado — positivo ou negativo — do balanço das vantagens e inconvenientes da operação).

(13) Cf., v. g., STONE/SEIDMAN/SUNSTEIN/TUSHNET/KARLAN, *Constitutional Law*, 8.^a ed., Wolters Kluwer, New York, 2018, p. 260 e ss.

(14) Sem prejuízo das diferenças que intercedem entre racionalidade e proporcionalidade (*i.e.*, entre um meio escolhido em função de critérios objetivos, não arbitrários, e um meio proporcional), como já acentua DULCE LOPES, *O Princípio da Proporcionalidade no Direito Comunitário: Uma Perspectiva de Controlo*, polic., Coimbra, 2003, p. 14 e ss.

bilidade⁽¹⁵⁾ (*reasonableness, ragionevolezza, Zumutbarkeit*) da medida proposta, atentas as consequências que produz⁽¹⁶⁾. A ponderação custos-benefícios pretende, numa perspetiva positiva, sopesar as vantagens (para a consecução do fim) e as desvantagens implicadas pela medida, com a consequência de que quanto maiores forem os sacrifícios causados por esta, maior importância devem assumir os benefícios para a satisfação da finalidade⁽¹⁷⁾; e, numa ótica negativa, o princípio apela à regra segundo a qual, em situações de incerteza, deve o decisor escolher a alternativa cuja pior consequência seja superior às piores consequências das restantes⁽¹⁸⁾; ou, por fim, considerando uma perspetiva alternativa, o princípio pressupõe uma ponderação entre a importância do benefício social atingido pela consecução do fim subjacente à medida (satisfação do interesse público ou garantia de outro direito fundamental) e a importância social que existiria se se não restringisse o direito fundamental, num juízo que se propõe avaliar o estado desses benefícios antes e depois da restrição, comparando os respetivos efeitos marginais⁽¹⁹⁾.

⁽¹⁵⁾ Associando já proporcionalidade em sentido estrito e razoabilidade, cf. PITSCHAS, «Maßstäbe des Verwaltungshandelns», in: HOFFMANN-RIEM/SCHMIDT-ASSMANN/VOSSKUHLE, *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, 2.^a ed., Vol. II, Beck, München, 2012, p. 1748.

⁽¹⁶⁾ Como decorre do texto, a ponderação custos-benefícios pressuposta pelo princípio da proporcionalidade reveste uma natureza normativa e não económica. São, aliás, sobejamente conhecidas as insuficiências que uma estrita análise económica custos-benefícios implica no contexto mais global da limitação da atividade do poder público, desde logo, por não permitir abranger considerações insuscetíveis de mensuração monetizável — aspeto que se torna mais evidente no campo dos direitos fundamentais. E esta observação mantém-se, ainda quando se procuram construir formas de medir valores como a vida humana: cf., v. g., SUNSTEIN, *Laws of Fear: Beyond the Precautionary Principle*, Cambridge University Press, New York, 2005, p. 132 e ss., exemplificando com a circunstância de, em algumas análises custos-benefícios, se quantificarem monetariamente as vidas humanas com propósitos estatísticos.

⁽¹⁷⁾ A formulação adotada do teste da proporcionalidade em sentido estrito numa vertente positiva aproxima-se propositadamente da *law of balancing*, decantada por ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2010, p. 102: “the greater the degree of non-satisfaction or limitation of one principle, the greater must be the importance of satisfying the other”.

⁽¹⁸⁾ Cf., v. g., RAWLS, *Uma Teoria da Justiça*, Editorial Presença, Lisboa, 1993, p. 132 e ss., a propósito da «regra *maximin*» (no sentido de *maximum minimorum*), que determina “[a ordenação d]as alternativas em função das piores de entre as respectivas consequências possíveis: devemos adotar a alternativa cuja pior consequência seja superior a cada uma das piores consequências das outras” (*op. cit.*, p. 132).

⁽¹⁹⁾ BARAK, «Proportionality», *cit.*, p. 745, e *Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, p. 350 e ss.. Salientando, entre nós, a importância do confronto entre os efeitos marginais (“incrementos marginais do benefício e do prejuízo de duas medidas alternativas”), v. REIS NOVAIS, *Princípios...*, *cit.*, p. 134 e ss. (numa perspetiva que remonta a 2003 — cf., em especial, p. 135, n. 4, e bibliografia aí citada). V. ainda VITALINO CANAS, *O Princípio...*, *cit.*, p. 796 e ss.

As nuvens adensam-se em virtude de os “testes” da proporcionalidade enunciados não só exigirem a realização de raciocínios normativos e ponderações muitíssimo complexos (que, com facilidade, resvalam do âmbito jurídico para o domínio da oportunidade política), como também se revelarem mutáveis no âmbito da resolução dos diversos problemas que a prática juspublicística vem enfrentando. Sobretudo se considerarmos que a construção (mais especificamente jurídico-constitucional) da proporcionalidade envolvendo vários juízos apresenta uma matriz essencialmente pretoriana⁽²⁰⁾, não surpreenderá que o juiz constitucional (*lato sensu*) se veja hoje confrontado com a necessidade de retematizar tal princípio, num cenário cada vez mais vasto de Justiça Constitucional global (ou *global judicial review*).

2. Os juízos de proporcionalidade desenvolvidos pela Justiça Constitucional

O facto de circunscrevermos esta apreciação aos juízos de proporcionalidade desenvolvidos pela Justiça Constitucional não significa uma restrição ao âmbito de ação do princípio, no que tange ao controlo da sua observância pelos diversos poderes estaduais. Mesmo que se reconduza a Justiça Constitucional enquanto realização jurídica da Constituição⁽²¹⁾ ao

⁽²⁰⁾ É clássica (mas também justa) a sua recondução, na configuração comumente seguida, à jurisprudência do *Bundesverfassungsgericht*, que haveria culminado na célebre *Apothekenurteil*, de 1958 («BVerfG, 11. 6. 1958 — 1 BvR 596/56: Niederlassungsfreiheit für Apotheker», in: *Neue Juristische Wochenschrift*, n.º 28, 1958, p. 1035 e ss.). Relevância análoga (sobretudo sob a ótica da ponderação) reveste o Acórdão Lüth (também de 1958), o qual, partindo da conceção da *Grundgesetz* como expressão da *Wertordnung*, considerará que o sistema jurídico-privatístico se deverá interpretar à luz da Constituição (e dos direitos constitucionalmente consagrados) — a impor aos juízes dos tribunais civis/comuns uma metódica de ponderação entre direitos e interesses (in: *BVerGE*, Vol. 7, 1958, p. 198 e ss.; sobre este problema, precisamente sob a ótica da ponderação, SCHLINK, *Abwägung im Verfassungsrecht*, Duncker & Humblot, Berlin, 1976, p. 18 e ss.). Sobre a jurisprudência alemã nesta matéria, cf., por todos, SCHLINK, *Abwägung...*, *cit.*, p. 49 e ss. Todavia, como se sabe, as referências à proporcionalidade mergulham mais longe na História (doutrinal e jurisprudencial): cf., v. g., LERCHE, *Übermass...*, *cit.*, p. 24 e ss.; BARAK, *Proportionality...*, *cit.*, p. 209 e ss.; STONE SWEET/MATHEWS, «Proportionality Balancing and Global Constitution», in: *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 47, 2008, p. 98 e ss.

⁽²¹⁾ Em sentido amplo, a Justiça Constitucional pode caracterizar-se como a realização da Constituição pelos tribunais, enquanto mobilizam os princípios e as normas constitucionais para a resolução de questões jurídico-constitucionais. Eis-nos, pois, diante de um conceito dotado de um vetor *objetivo*, por sua vez, (dogmático-explicativamente) dividido em duas dimensões — a *realização* da Constituição para a resolução de *questões jurídico-constitucionais* —, e de um vetor *subjetivo*, o

seu núcleo essencial — correspondente à fiscalização da constitucionalidade dos atos jurídico-públicos infraconstitucionais, efetuada por órgão(s) de natureza jurisdicional —, encontra-se aqui envolvida a apreciação de atuações não apenas de natureza legislativa, mas também administrativa (e, eventualmente — dependendo dos concretos mecanismos de Justiça Constitucional vigentes em cada ordenamento — de índole jurisdicional).

2.1. Juízo(s) de proporcionalidade e funções do princípio: reflexão cruzada

A compreensão do(s) juízo(s) inerentes ao princípio da proporcionalidade postula uma indagação prévia sobre as funções por aquelas desempenhadas. Neste contexto, torna-se possível atribuir um duplo papel ao princípio em análise: por um lado, a sua perspetivação como *cânone de interpretação*, contribuindo para a concretização quer dos preceitos constitucionais (em especial, os atinentes aos direitos), quer das normas infraconstitucionais; por outro lado, a respetiva configuração como *limite* à atuação jurídico-pública, caracterizando-o como um *parâmetro de validade* e um *padrão de controlo* desta última (a convocar, sobretudo, quando está em causa a restrição de direitos fundamentais)⁽²²⁾.

Assim, e enquanto cânone interpretativo, a ideia de proporcionalidade determina que o sentido conferido à norma constitucional seja adequado e razoável em face dos fundamentos que lhe estão subjacentes, e que a sua mobilização para a resolução dos casos contribua para a realização desses mesmos fundamentos. Tal significa, pois, que o princípio da

qual pressupõe que esta tarefa se encontre cometida a *tribunais*. Sobre a Justiça Constitucional como realização jurídica da Constituição, v. os nossos trabalhos «O Problema da Realização da Constituição pela Justiça Constitucional: *Ratio e Voluntas, Synépeia e Epieikeia?*», in: *Juízo ou Decisão? O Problema da Realização Jurisdicional do Direito*, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2016, p. 268 e ss., e em *Os Direitos Fundamentais e a sua Circunstância: Crise e Vinculação Axiológica entre o Estado, a Sociedade e a Comunidade Global*, Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2017, p. 138 e ss.

⁽²²⁾ Salientando a “vertente metodológica” (*methodological aspect*) do princípio da proporcionalidade, BARAK (*Proportionality...*, p. 3 e s., 7 e s., 72 e ss.) distingue a diferente operatividade do princípio da proporcionalidade como cânone da interpretação (dirigido à determinação do âmbito dos direitos — *interpretative balancing*) e enquanto limite da restrição aos direitos (destinado a avaliar as possibilidades e as razões dessa restrição — *constitutional balancing*). Aludindo também à proporcionalidade como princípio interpretativo (no cenário do direito internacional e do direito europeu), cf. ARAI-TAKAHASHI, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Intersentia, Antwerp/Oxford/New York, 2001, p. 186 e ss.

proporcionalidade acaba por traçar os limites (externos) do âmbito da proteção das normas constitucionais⁽²³⁾. Neste sentido, o princípio aproxima-se (complementando-a) da interpretação em conformidade com os princípios e abeira-se do alcance que, em geral, conferimos à sinéptica e ao problema do relevo do resultado da decisão⁽²⁴⁾. A proporcionalidade visa, nessa aceção, assegurar a consonância prático-normativa entre o sentido da norma (constitucional) e a sua axiologia predicativa — aspeto que assume maior importância em normas dotadas da abertura normativa e da espessura jurídico-constitucional característica das normas atinentes aos direitos fundamentais.

Mas o princípio da proporcionalidade também se encontra na base do cânone da interpretação conforme à Constituição, possuindo, assim, impacto no desenvolvimento da tarefa interpretativa das normas infraconstitucionais. Como se sabe, tal cânone assenta não só no princípio da unidade da ordem jurídica⁽²⁵⁾, como em princípios especificamente hermenêuticos, como sucede com o princípio da unidade da interpretação do sistema jurídico — a pressupor a procura e a escolha do sentido que não se revele incompatível com a Constituição. A estes associam-se igualmente princípios que relevam, em especial, da teoria da inconstitucionalidade, como é o caso do princípio do aproveitamento dos atos jurídico-públicos ou da conservação das normas, e, sobretudo, do princípio da proporcionalidade — a impor que a sanção da inconstitucionalidade (e a declaração de nulidade da norma a ela inerente) funcionem como expedientes de *ultima*

(23) KUMM, «Political Liberalism...», *cit.*, p. 132. Esta dimensão revela-se especialmente importante, sob pena de o âmbito conferido a determinados direitos se tornar incontrolável: mobilizando um exemplo também avançado pelo Autor (*op. cit.*, pp. 141 e 150), embora a outro propósito, e retirado da jurisprudência constitucional alemã, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade não pode ter um alcance tal que compreenda o direito a montar a cavalo nas florestas públicas, o direito a alimentar pombos nas praças públicas, o direito a fumar “*marijuana*” ou o direito a introduzir determinada raça de cães no país; concebendo a proporcionalidade como cânone interpretativo, o conteúdo do direito ao livre desenvolvimento da personalidade há de envolver todas — *mas apenas* — as faculdades exigidas pelos fundamentos que o predicam (a “garantia das condições de uma individualidade autónoma e livre”, incluindo a proteção geral da personalidade e de um direito geral de personalidade, bem como o reconhecimento de uma liberdade geral de ação — assim, PAULO MOTA PINTO, «O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade», in: *Portugal-Brasil Ano 2000*, Studia Iuridica 40, Boletim da Faculdade de Direito/Coimbra Editora, Coimbra, 1999, p. 164; note-se que o Autor, refletindo sobre os limites a este direito, não deixa de assinalar a relevância do princípio da proporcionalidade — *op. cit.*, p. 223 e ss.

(24) Cf., sobre esta matéria, as considerações que tecemos em «O Problema...», *cit.*, p. 280 e ss., e em *Os Direitos...*, *cit.*, p. 169 e ss.

(25) HESSE, *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1998, p. 72.

ratio, incidindo apenas sobre atos cuja constitucionalidade falhada se revele impossível de salvar⁽²⁶⁾.

Embora não se possa apartar totalmente da dimensão anterior⁽²⁷⁾, o campo privilegiado da atuação da proporcionalidade respeita, porém, à apreciação da validade dos atos dos poderes públicos, em especial, das medidas que restringem os direitos com o propósito de salvaguardar outros bens jurídicos fundamentais. E é no horizonte desta dimensão que emergem as questões relacionadas com a identificação do(s) juízo(s) de proporcionalidade — desde logo, em virtude da circunstância de o funcionamento do princípio se não revelar independente da função (negativa ou positiva, defensiva ou protetiva) das normas que consagram os direitos em causa⁽²⁸⁾.

2.2. Tipologia(s) dos juízos

As dificuldades inerentes à mobilização do princípio da proporcionalidade pelo juiz constitucional conduziram à respetiva densificação através de um conjunto de subprincípios (já enunciados *supra* — cf. 1.). Como decorre das considerações introdutórias, uma tal densificação visou especificar as exigências de sentido da relação meio-fim demandada pelo cumprimento da axiologia subjacente ao princípio ora em análise. Embora, neste horizonte, a proporcionalidade se encontre tradicionalmente⁽²⁹⁾ associada ao designado “triplo teste” (o qual pressupõe a avaliação lógica-

⁽²⁶⁾ Em sentido próximo, BLANCO DE MORAIS, *Justiça Constitucional*, 2.^a ed., tomo II, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, p. 885 e s. *V.* também GOMES CANOTILHO, *Direito...*, *cit.*, p. 1226; RUI MEDEIROS, *A Decisão de Inconstitucionalidade*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 1999, p. 406.

⁽²⁷⁾ A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia demonstra esta interligação entre ambas as dimensões do princípio da proporcionalidade, na medida em que enquadra as restrições (sujeitas ao princípio da proporcionalidade num preceito (o art. 52.º) dedicado ao “âmbito e interpretação dos direitos”.

⁽²⁸⁾ BARAK («Proportionality», *cit.*, p. 742; cf. também *Proportionality...*, *cit.*, p. 27 e ss.) salienta precisamente esta dimensão, apontando no sentido de que, enquanto nos direitos de natureza negativa, o princípio da proporcionalidade se dirige a avaliar se a restrição efetuada por lei ao âmbito de proteção do direito é proporcional, nos direitos positivos, está em causa aquilatar se a sua não satisfação integral é proporcional. Sobre as funções defensiva e protetiva da consagração de direitos, *v.*, por todos, GRIMM, «The Protective Function of the State», in: NOLTE (ed.), *European and US Constitutionalism*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, p. 137 e ss.

⁽²⁹⁾ Mas não necessariamente: pense-se, desde logo, na obra seminal de LERCHE, *Übermass...*, *cit.*, *passim*, esp.^{ic} p. 19, p. 162 e ss., onde a proibição do excesso se encontra densificada pelo princípio da exigibilidade (*Erfordlichkeit* ou *Notwendigkeit*) e pelo princípio da proporcionalidade (*Verhältnismäßigkeit*).

mente sucessiva da idoneidade, necessidade e da ponderação custos-benefícios), permanece, desde logo, controvertida a qualificação normativa atribuída a cada uma destas dimensões. Ademais, a experiência jurisprudencial nesta matéria (e, em particular, também a do Tribunal Constitucional português) vem demonstrando não só as diferenças intencionais inerentes à pluridimensionalidade do princípio da proporcionalidade, como uma certa tendência evolutiva, que tende a conexionalo, em certos momentos (mesmo que nem sempre da forma prático-normativamente mais lograda), com outros princípios, como sucede, por excelência, com a razoabilidade, mas também com a proteção da confiança e a igualdade — a pressupor um confronto entre juízos de índole e conteúdo diversos.

2.2.1. Questão prévia: testes, dimensões normativas ou juízos?

A cisão do princípio da proporcionalidade em vários testes (em regra, três) não reúne o consenso, nem mesmo da doutrina nacional⁽³⁰⁾ — embora corresponda à posição mais tradicional⁽³¹⁾ e seguida pela própria jurisprudência do Tribunal Constitucional.

A densidade do princípio da proporcionalidade demanda inelutavelmente uma concretização do seu conteúdo. É neste sentido que se pode aludir às respetivas dimensões normativas, *i. e.*, precipitações das diversas exigências axiológicas subjacentes à proibição do excesso, tomada como subprincípio do princípio do Estado de direito, as quais podem surgir analiticamente divididas ou decompostas com o objetivo de orientar o intérprete. Tais dimensões normativas reclamam que o juiz constitucional, na sua tarefa de realização jurídica da Constituição, realize um conjunto de *juízos* destinados a aferir do cumprimento daquelas exigências. Recorde-se que, na proposta de Castanheira Neves⁽³²⁾, o juízo traduz a “manifesta-

⁽³⁰⁾ Cf., por excelência, REIS NOVAIS, *Os Princípios...*, *cit.*, p. 97 e ss. (e, num epítome, pp. 98 e s.), que considera simplista e errada a recondução do princípio da proibição do excesso aos três testes tradicionais, preferindo compreender o seu conteúdo em duas dimensões (razoabilidade e proporcionalidade).

⁽³¹⁾ *V.*, por último, e com revisão da doutrina nacional, VITALINO CANAS (*O Princípio...*, *cit.*, p. 46 e ss.), que opta pela ideia dos segmentos para aludir à decomposição estrutural do princípio da proibição do excesso, sem prejuízo de aderir à perspetiva maioritária.

⁽³²⁾ CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia Jurídica (Problemas Fundamentais)*, *Studia Iuridica* 1, Boletim da Faculdade de Direito/Coimbra Editora, Coimbra, 1993, p. 153. Cf. também FERNANDO JOSÉ BRONZE, *Metodologia do Direito*, Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2020, p. 102.

ção específica da intenção jurídica enquanto tal”. Transpondo agora para o problema que nos ocupa, *o juízo* representa o resultado de um processo reflexivo que se encontra cometido ao intérprete (*in casu*, ao juiz constitucional) para que possa *decidir* se uma determinada medida estadual se revela excessivamente intrusiva, considerando os direitos, bens ou valores que visa proteger, tendo em conta quer (a eventual existência de) outras medidas suscetíveis de alcançar a finalidade, quer o(s) impacto(s) que aquela primeira possui na esfera jurídica dos cidadãos⁽³³⁾ e, conseqüentemente, os modos (positivo e negativo) como atinge os fundamentos do Estado de direito.

Não nos parece, porém, de recusar liminarmente que tal processo reflexivo se possa efetuar por etapas ou “testes”, destinadas à formulação de um juízo globalmente considerado de proporcionalidade ou desproporcionalidade da medida em causa. O *punctum crucis* reside apenas em compreender que tais fases, dimensões, “segmentos” ou “testes” são apenas dogmático-explicativamente cindíveis, embora prático-normativamente unitários. Ademais, em qualquer das suas dimensões (e avançando já algumas reflexões ulteriores), importa ter em conta que os juízos pressupostos pelo princípio da proporcionalidade (realizados, em particular, pelo juiz constitucional) assumem natureza *jurídica* (e não política), assentam numa racionalidade prático-normativa de fundamentação (e não numa racionalidade estratégica), louvam-se na *ratio* (e não na *voluntas*), impõem-se pela força argumentativa e não pela força do poder, pela *auctoritas* e não pela *potestas*.

2.2.2. Em especial, o(s) juízo(s) de proporcionalidade na ótica do Tribunal Constitucional português

A identificação do(s) juízo(s) inerentes ao princípio da proporcionalidade e o seu equilíbrio no interior do princípio podem variar em função dos sistemas jurídicos, na medida em que, como principiámos por assinalar, exprimem a específica compreensão que, em cada um deles, vigora quanto ao princípio da separação de poderes e ao sentido que cada uma das funções estaduais assume na realização da Constituição⁽³⁴⁾.

⁽³³⁾ Pensamos não nos apartarmos muito de uma das propostas de REIS NOVAIS, *Os Princípios...*, *cit.*, p. 129.

⁽³⁴⁾ Cf. já BARAK, «Proportionality», *cit.*, p. 741. A questão emerge perante a diversa natureza das “aberturas normativas” contidas na Constituição (cf. a sistematização de PAULO OTERO, *Direito*

Eis-nos diante de uma compreensão que a análise da jurisprudência constitucional portuguesa deixa entrever com alguma nitidez. No que tange ao princípio da proporcionalidade, também no nosso sistema jurídico se poderá afirmar que, em parte, o desenvolvimento das respetivas dimensões foi desvelado ou revelado pelo Tribunal Constitucional, num percurso⁽³⁵⁾, que, analiticamente, poderíamos dividir em quatro fases evolutivas: afirmação, consolidação, jurisprudência da crise e (regresso à) normalização constitucional.

α) O momento de afirmação corresponde à invocação diuturna do princípio da proporcionalidade durante os primeiros vinte anos de funcionamento do Tribunal Constitucional. Louvando-se na densificação efetuada pelo *Bundesverfassungsgericht* e acolhida pela doutrina nacional, a jurisprudência constitucional portuguesa acolhe o desdobramento analítico (mais ou menos circunstanciado, dependendo dos arestos) do princípio em três subprincípios (adequação, exigibilidade, justa medida ou proporcionalidade em sentido estrito)⁽³⁶⁾, cuja apreciação pressupõe uma ordem lógica (precisamente a acabada de reproduzir), que segue uma “regra de precedência do mais abstrato perante o mais concreto, ou mais próximo (pelo seu conteúdo) da necessária avaliação das circunstâncias específicas do caso da vida que se aprecia”⁽³⁷⁾ — com especial impacto na apreciação da constitucionalidade de normas de natureza

Constitucional..., *cit.*, p. 173 e ss., destringendo, quanto à intencionalidade e, por conseguinte, também quanto aos destinatários, entre a abertura estrutural, a abertura normativa, a abertura política, a abertura interpretativa e a abertura implementadora). Com efeito, há dimensões cujo preenchimento cabe à realização político-legislativa, outras pertencerão à realização administrativa e outras ainda implicarão a realização jurisdicional, à luz de racionalidades também distintas, de índole estratégica e instrumental (nos primeiros dois casos), de natureza prático-normativa de fundamentação, no terceiro.

⁽³⁵⁾ Para uma análise aprofundada da jurisprudência do Tribunal Constitucional sobre o princípio da proporcionalidade, v. VITALINO CANAS, *O Princípio...*, *cit.*, p. 223 e ss.

⁽³⁶⁾ Cf., v. g., entre muitos, Acórdãos n.ºs 25/84, ponto VI.4; 103/87, ponto 17; 455/87, pontos 4 a 7; 392/89, pontos 4.D) e E); 634/93, de ponto 5; 1182/96, ponto 2.5.; 159/2007, de 6 de março, pontos 13 e 14; 442/2007 (ponto 18, 18.1. a 18.5.); 494/2009, ponto 6.4. *V.* também a análise à jurisprudência do Tribunal Constitucional sob esta perspetiva empreendida por PEDRO MACHETE/TERESA VIOLANTE, «O Princípio da Proporcionalidade e da Razoabilidade na Jurisprudência Constitucional, também em relação com a Jurisprudência dos Tribunais Europeus», Relatório elaborada para a *XV Conferência Trilateral dos Tribunais Constitucionais de Espanha, Itália e Portugal*, Tribunal Constitucional, Lisboa, 2013, p. 19 e ss. (disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/content/files/conferencias/ctri20131024/ctri20131024_relatorio_pt_vf.pdf>). Ao sentido dos juízos de proporcionalidade desenvolvidos pelo Tribunal Constitucional também não se revela alheia a natureza da matéria: cf., v. g., MARIA JOÃO ANTUNES, *Constituição, Lei Penal e Controlo da Constitucionalidade*, Almedina, Coimbra, 2019, p. 52 e s., a propósito da convocação do princípio no âmbito penal.

⁽³⁷⁾ Acórdão n.º 632/2008, ponto 11.

penal⁽³⁸⁾, mas também em caso de conflitos entre bens constitucionalmente protegidos⁽³⁹⁾, e, em geral, na avaliação de medidas restritivas de direitos, liberdades e garantias⁽⁴⁰⁾.

A retórica argumentativa da jurisprudência constitucional apresenta um interesse mais significativo enquanto procura caracterizar o fundamento e o sentido do princípio. A proporcionalidade surge concebida como um “princípio geral de limitação do poder público”⁽⁴¹⁾, ancorado no princípio do Estado de direito, “impondo limites resultantes da avaliação da relação entre os fins e as medidas públicas, devendo o Estado (também o Estado-legislador) adequar a sua acção aos fins pretendidos, e não estatuir soluções desnecessárias ou excessivamente onerosas ou restritivas”⁽⁴²⁾. Trata-se de uma consequência da circunstância de, num Estado de direito, se impor que as decisões dos poderes públicos tenham “uma certa finalidade ou uma certa razão de ser, não podendo ser ilimitadas nem arbitrarias”, pelo que “o princípio da proibição de excesso postula que entre o conteúdo da decisão do poder público e o fim por ela prosseguido haja sempre um equilíbrio, uma ponderação e uma ‘justa medida’”; o Estado de direito deve, pois, compreender-se como um “Estado proporcional”⁽⁴³⁾.

A ideia de proporcionalidade não aparece, porém, divorciada das preocupações relacionadas com o princípio da separação de poderes.

(38) Embora nem sempre clarificando o relevo do princípio da proporcionalidade no horizonte de duas situações distintas: a norma de conduta e a norma de sanção. Salientando este aspeto (com referências jurisprudenciais), v. MARIA JOÃO ANTUNES, *Constituição... cit.*, p. 26, n. 25.

(39) Como sucedeu paradigmaticamente nos arestos atinentes à despenalização da interrupção voluntária da gravidez: cf. Acórdãos n.ºs 25/84 e 85/85.

(40) Para uma síntese e identificação das decisões mais relevantes nesta matéria durante os primeiros anos do funcionamento do Tribunal Constitucional, v. CASALTA NABAIS, «Os Direitos Fundamentais na Jurisprudência do Tribunal Constitucional», in: *Boletim da Faculdade de Direito*, Vol. LXV, 1989, pp. 91 e ss. (cf. também sobre o sentido do princípio da proporcionalidade como triplo teste à luz desta jurisprudência, *op. cit.*, p. 68).

(41) Apesar de o Tribunal Constitucional salientar que também não está necessariamente apartada a sua aplicação no âmbito das relações jurídicas privadas, em virtude da configuração do princípio da proporcionalidade como “princípio objetivo da ordem jurídica”: assim, Acórdão n.º 302/2001, ponto 6 (ainda que, no caso *sub iudice*, o Tribunal não tenha considerado a norma em causa inconstitucional por violação do princípio da proporcionalidade).

(42) Acórdão n.º 73/2009, ponto 7. A caracterização da proporcionalidade como princípio geral dos poderes públicos permanece na jurisprudência mais recente do Tribunal Constitucional: cf., v. g., Acórdão n.º 767/2019, ponto 11.

(43) Acórdão n.º 387/2012, de 25 de julho, ponto 9.1. Embora este específico aresto o não mencione explicitamente, a expressão “Estado proporcional” surge já em MARIA LÚCIA AMARAL, *A Forma... cit.*, p. 187. Adotando a mesma ideia, v. ainda, por exemplo, Acórdãos n.ºs 494/2009, *cit.*, ponto 6.4., e, subseqüentemente (louvando-se já no aresto de 2012), 509/2015, de 13 de outubro, ponto 16; 277/2016, ponto 8; 362/2016, de 8 de junho, ponto 14.

A jurisprudência constitucional acentua que o espaço de livre conformação do legislador se encontra (de)limitado, sob a perspetiva do controlo, pelo princípio da proporcionalidade, o qual há de fornecer, pois, as balizas (ou os alicerces) do espaço de prognose legislativa (ou nas palavras de Gomes Canotilho, “situar constitucionalmente o espaço de prognose legislativa”)(⁴⁴), apontando para um juízo de inconstitucionalidade apenas perante hipóteses em que a medida (legislativa) em causa se apresente como manifestamente excessiva(⁴⁵). Impor-se-á, pois, um equilíbrio entre proporcionalidade e liberdade de conformação do legislador, ao qual, em primeira linha, caberá a realização das tarefas de ponderação e em cuja sabedoria se deverá confiar(⁴⁶).

β) A evolução deste posicionamento jurisprudencial culminou na fase de consolidação. Tomemos como exemplo paradigmático deste *iter* reflexivo o Acórdão n.º 187/2001, em que o princípio da proporcionalidade surge como parâmetro de validade das normas relativas à propriedade das farmácias(⁴⁷). O Tribunal Constitucional salienta que as exigências da proporcionalidade variam no mesmo sentido do carácter intrusivo das restrições, pelo que aumentam perante limitações mais significativas aos direitos. Mas, em especial, esta Alta Jurisdição traça uma diferenciação clara entre a vinculação exercida pelo princípio quanto ao legislador e quanto à Administração, pressupondo a realização de juízos de controlo de intensidade distinta. Na verdade, reconhece-se ao legislador uma “prerro-

(⁴⁴) Acórdão n.º 467/91, de 18 de dezembro, ponto III, fundamentando-se também em Gomes CANOTILHO, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas*, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2001, p. 274 (sublinhando, aliás, a ausência de incompatibilidade entre o reconhecimento da liberdade de conformação do legislador e a sua vinculação jurídico-constitucional, operada também em princípios jurídico-constitucionais, como o princípio da proibição do excesso: *op. cit.*, pp. 275 e 284).

(⁴⁵) Cf. também Acórdãos n.ºs 634/93, ponto 6; 83/95, ponto 9.

(⁴⁶) Cf. Acórdão n.º 108/99, ponto 4.4.3.1.

(⁴⁷) Não se desconhece que, em jurisprudência anterior, se vinham adotando juízos similares (como, aliás, decorre das considerações acabadas de tecer, em texto), os quais, de algum modo, prepararam a posição assumida por este Acórdão, tirado em plenário no âmbito de um processo de fiscalização abstrata sucessiva. Assim, *v. g.*, e quanto à ideia fundamental relacionada com a afirmação pelo juiz constitucional da violação do princípio da proporcionalidade por erro manifesto, cf. Acórdão n.º 108/99, de 10 de fevereiro, ponto 4.4.3.1., onde se propugna, a propósito da eventual inconstitucionalidade de uma norma penal incriminadora, que esta apenas merecerá censura *sub specie constitutionis*, em nome do princípio da proporcionalidade, se for manifesto estar-se perante uma situação de excesso; por sua vez, a ideia da afirmação da inconstitucionalidade quando as medidas, concebidas numa lógica comparativa, fossem *manifestamente* excessivas ou se verificasse uma *desproporção intolerável* surgia aflorada em decisões anteriores (cf. Acórdãos n.ºs 248/94, de 22 de março, ponto 2; 1182/96, de 20 de novembro, ponto 2.5.).

gativa de avaliação” mais ampla que à Administração (vinculada que está à satisfação de fins heteronomamente estabelecidos); diversamente, o legislador tem competência para a definição de objetivos e para a avaliação da “relação, social e economicamente complexa, entre o teor e os efeitos das medidas”. A esta conceção encontra-se associada uma consequência determinante: impedir que o órgão de controlo (*in casu*, o juiz constitucional) possa substituir esta avaliação por outra, pelo que, em caso de dúvida, as controvérsias não devem ser solucionadas contra a posição adotada pelo poder legislativo. Por este motivo, a afirmação da inconstitucionalidade de uma medida legislativa por violação do princípio da proporcionalidade apenas se revelará admissível quando se identifique um erro manifesto de apreciação⁽⁴⁸⁾. No fundo, parece apontar-se para a defesa de uma autocontenção jurisdicional quanto ao controlo jurisdicional do cumprimento das exigências de sentido do princípio da proporcionalidade por parte do legislador, admitindo-se um controlo mais rigoroso quando se trata de medidas adotadas pela Administração (ou mesmo perante atos de jurisdição); eis-nos diante de uma posição que o Tribunal Constitucional associa à legitimidade democrática do poder legislativo e ao respetivo maior poder de escolha ou de conformação⁽⁴⁹⁾.

γ) Na jurisprudência da crise⁽⁵⁰⁾, a invocação da proibição do excesso implicou uma certa alteração principiológica e andou associada, em regra, à convocação de outros princípios jurídico-constitucionais, acabando por determinar a realização de um controlo conjugado de todos eles e a ausência, em alguns arestos, de uma análise específica dos subprincípios da idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito⁽⁵¹⁾.

⁽⁴⁸⁾ Cf. Acórdão n.º 187/2001, de 2 de maio, pontos 10 e 15. Esta diferenciação de vinculações encontrava-se já presente na abordagem de GOMES CANOTILHO (*Direito...*, *cit.*, p. 272), recuperada expressamente pela jurisprudência constitucional (cf., além do aresto citado, também Acórdãos n.ºs 484/2000, de 22 de novembro, ponto 5 e 632/2008, ponto 11).

⁽⁴⁹⁾ Cf. também PEDRO MACHETE/TERESA VIOLANTE, «O Princípio...», *cit.*, p. 16.

⁽⁵⁰⁾ A alusão à jurisprudência da crise não reveste apenas um pendor conjuntural (destinado a identificar o lapso político-temporal em que se verificou a proliferação dos arestos) ou objetivo (referindo-se ao controlo da constitucionalidade das designadas “medidas da crise”), mas possui ainda um alcance substancial, na medida em que as contingências da crise económico-financeira influenciaram o sentido decisório e a fundamentação das decisões proferidas pelo Tribunal Constitucional. Cf., a este propósito, REIS NOVAIS, *Em Defesa do Tribunal Constitucional: Resposta aos Críticos*, Almedina, Coimbra, 2014, p. 67 e ss.

⁽⁵¹⁾ Se, na maioria dos Acórdãos referentes às medidas de crise, o Tribunal Constitucional se absteve de, isoladamente (*i. e.*, sem apelo simultâneo a outros princípios jurídico-constitucionais, *maxime*, proteção da confiança e igualdade), efetuar os “testes” do princípio da proporcionalidade, tal já não se verificou no Acórdão n.º 413/2014, onde, a propósito da redução do montante das pensões de

Esta aproximação verificou-se, desde logo, entre proteção da confiança e proporcionalidade, na medida em que o último requisito do funcionamento do princípio da proteção da confiança apela justamente a uma ponderação entre custos (para os interesses privados) e benefícios (para os interesses públicos). Na verdade, a afirmação da ofensa do princípio da proteção da confiança pressupõe a realização de dois tipos de juízos: *a*) a avaliação da existência de uma situação de confiança digna de tutela, e *b*) a aferição da razoabilidade da solução, aquilatada através de um balanceamento ou ponderação entre os interesses públicos (justificativos da medida) e privados (desfavorecidos pela adoção da medida)⁽⁵²⁾. Verificar-se-á o requisito da confiança digna de tutela quando o Estado adote comportamentos suscetíveis gerar ou alimentar fundadas expectativas de continuidade, que serviram de base a condutas (ativas ou positivas) dos cidadãos; estará cumprida a fórmula do balanceamento se os interesses públicos sobrelevarem os interesses privados e, por conseguinte, se as razões de interesse público justificarem a não continuidade do comportamento que induziu a situação de legítima expectativa. Ora, foi justamente neste ponto que a jurisprudência aproxinou proteção da confiança e proporcionalidade.

Mas o princípio ora em análise (em especial, na dimensão de proporcionalidade em sentido estrito) surgiu igualmente associado ao princípio da razoabilidade, a pressupor a realização de um juízo avaliativo sobre as medidas impostas, tendo em consideração a esfera pessoal dos sujeitos atingidos — aspeto que conduzirá à inconstitucionalidade das soluções que impliquem uma “afetação inadmissível ou intolerável do ponto de vista de quem a sofre e por razões atinentes à sua subjetividade”⁽⁵³⁾. O Tribunal acentuou a menor intensidade que a vinculação (ou o controlo da vinculação) a este princípio reveste quando está em causa o exercício da

sobrevivência, se analisaram *ex professo* as dimensões de adequação, necessidade e justa medida ou proporcionalidade em sentido estrito (cf. ponto 94). Recuperando esta argumentação, cf. Acórdão n.º 572/2014, pontos 16 e 17, a propósito da contribuição extraordinária de solidariedade, tendo o Tribunal aprofundado, em especial, a dimensão de proporcionalidade em sentido estrito (pontos 18 e seguintes). Cf. ainda Acórdão n.º 754/2014, ponto 17.

⁽⁵²⁾ Cf., v. g., Acórdãos n.ºs 396/2011, ponto 8, 474/2013, ponto 15, 794/2013, ponto 19, 413/2014, ponto 57, 572/2014, ponto 13, 575/2014, ponto 22. Neste momento, o Tribunal Constitucional volta a recuperar a jurisprudência anterior: v. Acórdãos n.ºs 287/90, de 30 de outubro, ponto 28; 128/2009, ponto 8.2.; 188/2009, ponto 3. Sobre a evolução do tratamento do princípio da proteção da confiança pela jurisprudência constitucional, v. PAULO MOTA PINTO, «A Proteção da Confiança na “Jurisprudência da Crise”», in: GONÇALO ALMEIDA RIBEIRO/LUÍS PEREIRA COUTINHO (org.), *O Tribunal Constitucional e a Crise: Ensaios Críticos*, Almedina, Coimbra, 2014, p. 138 e ss.

⁽⁵³⁾ Cf. Acórdão n.º 413/2014, pontos 73 e 74 (a citação é do ponto 74).

função legislativa (em especial, no confronto com a função administrativa) — com a consequência de que, nestes casos, as medidas só padecerão de inconstitucionalidade por violação do princípio da proporcionalidade quando e se revelarem manifestamente inadequadas, desequilibradas ou desnecessárias⁽⁵⁴⁾.

Esta atenção à esfera jurídica dos cidadãos afetados pela medida permitiu que o Tribunal aproximasse (agora de modo mais sistemático) também proporcionalidade e igualdade⁽⁵⁵⁾: diferenciando igualdade e igualitarismo, o Tribunal Constitucional⁽⁵⁶⁾ (ainda que não pela primeira vez)⁽⁵⁷⁾ apelou para a doutrina da «igualdade proporcional» [a «nova fórmula» (*neue Formel*) do princípio da igualdade decantada pelo *Bundesverfassungsgericht*]⁽⁵⁸⁾, a qual exige, partindo da comparação das especificida-

⁽⁵⁴⁾ Cf. Acórdão n.º 745/2014, pontos 17 e 18, louvando-se também no Acórdão n.º 484/2000, ponto 5, e em Gomes CANOTILHO, *Direito...*, cit., p. 272.

⁽⁵⁵⁾ Refletindo, em momentos anteriores, sobre o relevo da proporcionalidade na igualdade, v. Gomes CANOTILHO, «Anotação ao Acórdão n.º 359/91 do Tribunal Constitucional», in: *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, n.º 3811, ano 124, fevereiro 1992, p. 327; Alves CORREIA, *O Plano Urbanístico e o Princípio da Igualdade*, Almedina, Coimbra, 1989, p. 441 e ss.

⁽⁵⁶⁾ Cf. Acórdãos n.ºs 353/2012, ponto 5, e 187/2013, pontos 33 e seguintes.

⁽⁵⁷⁾ Com efeito, a associação entre igualdade e proporcionalidade surge, inicialmente, como forma de densificação da proibição do arbítrio (que impediria medidas manifestamente desproporcionadas ou inadequadas — cf. Acórdão n.º 44/84, ponto 5 invocando a posição de Figueiredo Dias em declaração de voto aposta ao parecer da Comissão Constitucional), e, posteriormente, com referência expressa à igualdade proporcional. Assim, já o Acórdão n.º 39/88 (ponto 5.3.), referia que “a igualdade não é, porém, igualitarismo. É, antes, igualdade proporcional. Exige que se tratem por igual as situações substancialmente iguais e que, a situações substancialmente desiguais, se dê tratamento desigual, mas proporcionado”. Esclarecendo-se logo a seguir o alcance destas afirmações: “o princípio da igualdade não proíbe, pois, que a lei estabeleça distinções. Proíbe, isso sim, o arbítrio; ou seja proíbe as diferenciações de tratamento sem fundamento material bastante, que o mesmo é dizer sem qualquer justificação razoável, segundo critérios de valor objectivo, constitucionalmente relevantes. Proíbe também se tratem por igual situações essencialmente desiguais. E proíbe ainda a discriminação”. Por sua vez, o Acórdão n.º 330/93 (ponto 6) invocava diretamente a jurispridência do *Bundesverfassungsgericht* sobre esta matéria, epitomando que “para se poder reconhecer um fundamento material ao desigual tratamento normativo de situações essencialmente iguais, deve aquele prosseguir um fim legítimo, ser adequado e necessário para realizar tal fim e manter uma relação de equitativa adequação com o valor que subjaz ao fim visado”.

⁽⁵⁸⁾ Completando a fórmula (correspondente à proibição do arbítrio) da metódica de controlo do princípio da igualdade, o Tribunal Constitucional alemão construiu a “nova fórmula do princípio da igualdade”, nos termos da qual se verificará uma ofensa deste princípio “quando um grupo de destinatários de uma norma é tratado de forma diferente de outros destinatários, apesar de entre ambos os grupos não existir uma diferença de tal tipo e de tal peso, que possa justificar o tratamento desigual” (“*wenn eine Gruppe von Normadressaten im Vergleich zu anderen Normadressaten anders behandelt wird, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, daß sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen könnten*”). Cf. a decisão do *Bundesverfassungsgericht* de 07.10.1980: «BVerfG: Präklusion von Parteivorbringen in der Berufsstanz», in: *Neue Juristische Wochenschrift*, 1981, p. 271 e s. (ponto II — 1). Refletindo sobre a evolução da metódica

des objetivas dos grupos afetados, “que se tratem por igual as situações substancialmente iguais e que, a situações substancialmente desiguais se dê um tratamento desigual, mas proporcionado”. A invocação da “nova fórmula” do princípio da igualdade acaba por introduzir, na metódica de controlo deste último, as exigências de sentido do princípio da proporcionalidade, parecendo apontar para a emergência de um controlo mais aprofundado por parte do Tribunal Constitucional⁽⁵⁹⁾.

δ) À mobilização significativa que o princípio da proporcionalidade conheceu durante a jurisprudência da crise (que conduziu à aglutinação de vários princípios e ao desenvolvimento de uma retórica muito própria) seguiu-se o período da normalização da jurisprudência constitucional nesta matéria, no qual se retoma o fio da densificação alcançada por cerca de quarenta anos de jurisprudência constitucional. O Tribunal vem aprimorando a sua construção inicial, embora não a abandonando ou substituindo por uma densificação normativa alternativa. Permanece a ineliminável ligação ao princípio do Estado de direito, enfatizando-se a conexão entre proporcionalidade e recusa da existência de um Estado prepotente, arbitrário e, sobretudo, injusto⁽⁶⁰⁾ — a indiciar a proporcionalidade como uma das precipitações ou concretizações possíveis da justiça (ou do sentido último do direito).

Com alguma sofisticação, a jurisprudência avança ainda no sentido do âmbito de possibilidades de mobilização do princípio, quer no quadro de problemas de natureza interaxiológica (em que se confrontam bens e

de controlo do princípio da igualdade, na doutrina, v., por exemplo, KUBE, «Rechtliche Gleichheit und Tatsächliche Verschiedenheit», in: MELLINGHOFF/PALM (orgs.), *Gleichheit im Verfassungsstaat*, C.F. Müller, Heidelberg, 2008, p. 27 e ss.

⁽⁵⁹⁾ Especialmente contundente, em geral (e não refletindo especificamente e apenas sob a perspetiva da jurisprudência da crise) quanto a este ponto, entendendo constituir uma consequência de uma não compreensão adequada das exigências de sentido do princípio da proporcionalidade, cf. REIS NOVAIS, *Princípios...*, cit., p. 91 e ss. Criticando a opção do Tribunal Constitucional, cf. Miguel Nogueira de BRITO, «Medida e Intensidade do Controlo da Igualdade na Jurisprudência da Crise do Tribunal Constitucional», in: GONÇALO ALMEIDA RIBEIRO/LUÍS PEREIRA COUTINHO (orgs.), *O Tribunal...*, cit., p. 107 e ss., esp.¹⁶ p. 123 e ss. Considerando que existiram deficiências na aplicação do princípio da igualdade proporcional pelo Tribunal Constitucional, cf. MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO/LUÍS PEREIRA COUTINHO, «A “Igualdade Proporcional”, Novo Modelo no Controlo do Princípio da Igualdade? Comentário ao Acórdão n.º 187/2013», in: *Direito & Política*, n.º 4, julho/outubro 2013, p. 186 e ss. Cf. ainda RAVI AFONSO PEREIRA, «Igualdade e Proporcionalidade: Um Comentário às Decisões do Tribunal Constitucional de Portugal sobre Cortes Salariais no Sector Público», in: *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 98, maio/agosto 2013, p. 317 e ss., esp.¹⁶ pp. 334, 343 e ss., 352 e ss., 363 e ss., apreciando criticamente a forma como o Tribunal Constitucional mobilizou a ideia de igualdade proporcional.

⁽⁶⁰⁾ Cf., v. g., Acórdãos n.ºs 16/2015, ponto 10, e 277/2016, ponto 8.

valores constitucionalmente distintos), quer no âmbito de questões de índole intra-axiológica (em que a medida de promoção de um bem jurídico-constitucional se reconduz a um meio lesivo desse mesmo bem): clarifica-se, neste horizonte, que o princípio da proporcionalidade não se identifica com uma ponderação de bens *stricto sensu* (dirigida a aquilatar qual o bem prevalece sobre o outro), mas a um controlo destinado a avaliar a proporcionalidade entre o fim valioso da medida restritiva e o meio sacrificial por ela imposto⁽⁶¹⁾.

O Tribunal regressa igualmente à análise dos três subprincípios tradicionais⁽⁶²⁾, não olvidando um especial enfoque na relevância jurídico-constitucional dos interesses prosseguidos pela norma cuja constitucionalidade se encontra sob escrutínio⁽⁶³⁾. Em certos momentos, verifica-se uma densificação mais subtil dos diversos juízos: assim sucede, *v. g.*, com o juízo de idoneidade, complementado por uma ideia de essencialidade (*hoc sensu*, apenas se dando por cumprida esta pressuposição de sentido quando a medida se revele *essencialmente* — e não apenas incidentalmente — apta à satisfação do fim), ou com o juízo de proporcionalidade em sentido estrito, conjugado com uma dimensão de eficácia (avaliando-se os efeitos — mais ou menos modestos — que a medida importa para a consecução da finalidade visada)⁽⁶⁴⁾.

⁽⁶¹⁾ Cf. Acórdão n.º 396/2017, de pontos 9 e 10 (que seguimos de perto, o qual versava sobre o problema da inconstitucionalidade da norma constante do n.º 1 do art. 131.º do CPP que, então, previa a incapacidade absoluta para testemunhar do interdito por anomalia psíquica, mesmo quando este fosse o ofendido, independentemente do grau daquela anomalia psíquica e do seu impacto na capacidade para testemunhar — norma essa que restringia o direito à prova justamente com o propósito de garantir a integridade probatória em processo penal). Recuperando a mesma linha argumentativa, cf. Acórdão n.º 669/2019, ponto 5.2.

⁽⁶²⁾ Cf., *v. g.*, Acórdãos n.ºs 277/2016, ponto 10; 123/2018, pontos 15 e 16, e, muito recentemente (louvando-se também neste último aresto), Acórdão n.º 776/2019, ponto 15. O aresto debruça-se sobre uma especificidade (face à solução seguida, em geral, nas decisões de aplicação de coimas) do direito sancionatório das entidades reguladoras independentes, que consagra o *efeito meramente devolutivo* do “recurso” das decisões finais condenatórias — especificidade essa que, em alguns casos, surge temperada pela possibilidade atribuição de efeito suspensivo ao “recurso”, condicionada, dentro de certos termos (na maioria das hipóteses, à verificação de um prejuízo considerável para o recorrente resultante da execução da decisão), à prestação de caução. Sobre esta questão, *v. também* o nosso trabalho «Contencioso da Regulação», in: TIAGO SERRÃO/JOSÉ DUARTE COIMBRA, *Contencioso Administrativo Especial*, AAFDL, Lisboa, 2020, nota 49 (no prelo). *V. também*, para uma compreensão das dificuldades da realização, em concreto, da ponderação (entre prejuízos e benefícios) inerente ao princípio da proporcionalidade em sentido estrito, Acórdão n.º 773/2019, de 17 de dezembro, ponto 5.6., e respetivas declarações de voto. Para uma apreciação dos termos do juízo de necessidade ou exigibilidade, cf., *v. g.*, Acórdão n.º 688/2019, ponto 18.

⁽⁶³⁾ Cf. Acórdão n.º 776/2019, ponto 15, *in fine*.

⁽⁶⁴⁾ Cf. Acórdão n.º 396/2017, pontos 11 e 12, também recuperado pelo Acórdão n.º 669/2019, ponto 5.2.

Retoma-se também a importância da mobilização de um critério de *evidência* quanto à ofensa ao princípio da proporcionalidade, a aplicar nos casos em que o legislador goza de um mais elevado grau de conformação legislativa⁽⁶⁵⁾; nestes casos, exigir-se-á uma *convicção clara* da violação do princípio, que se assumirá como um parâmetro de controlo essencialmente negativo⁽⁶⁶⁾. Trata-se, porém, de uma matéria que vem denotando alguma oscilação no interior da jurisprudência constitucional, pois que, embora assumindo tal dimensão, nem sempre o Tribunal convoca, na análise de uma medida concreta, aquele juízo de evidência, mesmo quando estejam em causa direitos sociais⁽⁶⁷⁾.

3. Limites ao princípio da proporcionalidade: justiça e separação de poderes

Uma análise dos juízos desenvolvidos pela jurisprudência constitucional permite destacar dois pontos essenciais, que se prendem com outros tantos limites ao princípio da proporcionalidade, os quais se reconduzem ao princípio da justiça (associado à dignidade humana) e ao princípio da separação de poderes.

Assim, e por um lado, existem medidas que se revelam totalmente incompatíveis com a identidade axiológica do Estado de direito e, como tal, não podem ser sujeitas aos “testes” do princípio da proporcionalidade, independentemente da legitimidade ou da bondade dos fins que com aquelas se pretenderia prosseguir. Assim sucederá, desde logo, quando tais medidas ofendam determinados direitos: considere-se, *v. g.*, a proibição da escravatura e do trabalho forçado, ou a proibição da tortura. Estas proibições mais não são que concretizações da justiça, dos últimos redutos da

⁽⁶⁵⁾ Cf. Acórdão n.º 767/2019, ponto 11.

⁽⁶⁶⁾ Cf. Acórdãos n.ºs 509/2015, ponto 17; 81/2016, ponto 5 (reportando-se ao último aresto citado); 277/2016, ponto 8.

⁽⁶⁷⁾ Cf., *v. g.*, Acórdão n.º 296/2015, pontos 26 a 35 (e as declarações de voto, em especial da Conselheira Lúcia Amaral e do Conselheiro João Caupers), sobre o problema da eventual violação do princípio da proporcionalidade pela medida que condicionava a atribuição do rendimento social de inserção a não nacionais a um período mínimo (três anos) de residência em Portugal; note-se, aliás, que a mobilização do princípio da proporcionalidade na sua função interpretativa teria permitido que o Tribunal pudesse decidir se a medida em causa correspondia a uma verdadeira restrição ao princípio da equiparação consagrado no n.º 1 do art. 15.º ou, diversamente, a uma simples “regulamentação” (para utilizar a terminologia invocada pela Conselheira Lúcia Amaral) ou conformação do princípio da equiparação.

dignidade humana, pelo que poderemos avançar um pouco e afirmar que qualquer medida que contrarie o princípio da justiça se encontra proibida. Está aqui presente a ideia segundo a qual o princípio da justiça, embora surja mediado por outros princípios, consubstancia algo mais que os princípios normativos igualmente constantes do texto constitucional (incluindo o princípio da proporcionalidade), possuindo um conteúdo autónomo e mais exigente que o postulado por eles, na medida em que apela à própria ideia de Direito⁽⁶⁸⁾ e se assume como «Valor Absoluto»⁽⁶⁹⁾. Tratar-se-á de medidas que assumem uma gravidade tal que contendem com o étimo fundante do Direito, quer por recusarem a dignidade a qualquer pessoa humana, quer por a transformarem em instrumento de uma estratégia política ou económica⁽⁷⁰⁾. Ou, se quisermos dizê-lo com o Tribunal Constitucional⁽⁷¹⁾, a norma em causa deve apresentar “uma solução normativa absolutamente inaceitável (...), que afecte uma dada dimensão do núcleo fundamental dos interesses essenciais da pessoa humana e que colida com os valores estruturantes do ordenamento jurídico”. Destarte, a violação do princípio da justiça surge numa posição de *prima ratio*, que afasta qualquer tentativa de equilíbrio com outros valores jurídicos, impedindo as ponderações próprias do princípio da proporcionalidade.

(68) KAUFMANN, *Filosofia do Direito*, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2004, p. 225, para quem a justiça, enquanto mais elevado valor do Direito, coincide com a própria ideia de Direito.

(69) Cf., convocando a lição de Cícero (que concebe a justiça como a *vera lex, recta ratio, naturæ congruens, diffusa in omnes, constans, sempiterna*), MARCELLO CAETANO, «O Respeito da Legalidade e a Justiça das Leis», in: *O Direito*, ano 81.º, fasc. 1.º, janeiro/março 1949, p. 23, que a define como “a tal energia que a lei positiva se limita a captar e a aproveitar mas que actua na consciência de todos nós, superior à nossa vontade e independente das nossas concepções”.

(70) V. CASTANHEIRA NEVES, «O Papel do Jurista no Nosso Tempo», in: *Digesta. Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*, Vol. 1.º, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, p. 44, e *Questão-de-Facto — Questão-de-Direito ou O Problema Metodológico da Juridicidade*, Almedina, Coimbra, 1967, pp. 576 e ss.. Recorde-se ainda que o «homem-pessoa» e a sua dignidade constituem a dimensão ética (a «condição ética») que confere ao direito o sentido *de direito*, garantindo-lhe concomitantemente a sua autonomia: uma ofensa desta condição ética — uma das condições da emergência do direito como direito (a par das condições mundano-social e humano-existencial) — implica a negação do sentido último da juridicidade. Sobre as condições de emergência do direito que aqui perfilhamos, v. CASTANHEIRA NEVES, «O Direito como Alternativa Humana. Notas de Reflexão sobre o Problema Actual do Direito», in: *Digesta...*, Vol. 1.º, *cit.*, p. 298 e s., «O Direito Interrogado...», *cit.*, p. 51 e s., 61, «Pessoa, Direito e Responsabilidade», in: *Digesta. Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*, Vol. 3.º, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, p. 154 e s., «Pensar o Direito num Tempo de Perplexidade», in: *Liber Amicorum José de Sousa e Brito em Comemoração do 70.º Aniversário*, Almedina, Coimbra, 2009, p. 13 e ss., e, muito desenvolvadamente, «Coordenadas de uma Reflexão sobre o Problema Universal do Direito — ou as Condições de Emergência do Direito como Direito», in: *Digesta...*, 3.º Vol., *cit.*, p. 31 e ss.

(71) Acórdão n.º 363/2001, de 12 de julho, ponto 6.

Por outro lado, e sem prejuízo da diversidade das situações envolvidas⁽⁷²⁾, a invocação do princípio da proporcionalidade encontra alguns limites quando confrontada com o princípio da separação de poderes. Considerando que são as medidas legislativas aquelas que mais atingem os direitos fundamentais, mas sopesando igualmente a necessidade de salvar a liberdade de conformação do legislador, o juiz apenas deverá considerar contrárias à Constituição as opções do poder legislativo que se mostrem inadequadas, desnecessárias e desproporcionais à proteção de outros bens jurídicos constitucionalmente protegidos⁽⁷³⁾, sem perder de vista as diversas possibilidades de aplicação prática aos diferentes tipos de casos à mesma subjacentes⁽⁷⁴⁾. Estamos, pois, diante de um juízo que, de alguma forma, permite circunscrever (*hoc sensu*, assinalar os limites constitucionais) o poder do juiz constitucional de apreciação das medidas adotadas pelas demais funções estaduais.

A possibilidade de mobilizar o princípio da proporcionalidade para o controlo da atuação do legislador também implica que aquele funcione como uma limitação *negativa* à ação legislativa — limitação essa que, por não implicar uma fiscalização substancial da *conveniência* dos atos, não determina a dissolução da discricionariedade⁽⁷⁵⁾. Na realidade, a reserva do legislador só intervém perante medidas que cumpram as imposições subjacentes àqueles princípios: pensando agora no princípio da proporcionalidade, a discricionariedade só existe perante medidas que, sendo adequadas e necessárias, se assumam como equilibradas no contexto da ponderação entre custos e benefícios. A escolha da medida a adotar no caso concreto releva de um espaço de conformação do legislador, não podendo o juiz substituir a opção deste pela sua. Ao tribunal não caberá determinar qual *a melhor medida* para atingir o fim, mas apenas avaliar se a escolhida

(72) V. SUZANA TAVARES DA SILVA, *Direitos Fundamentais na Arena Global*, 2.^a ed., Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2014, p. 73 e ss.

(73) Cf. STARCK, *Verfassungen*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2009, p. 95.

(74) Com esta observação pretendemos, de algum modo, dar resposta às preocupações de REIS NOVAIS (*Os Princípios...*, *cit.*, p. 187 e ss.), quando complementa a proporcionalidade com a razoabilidade, verificando, neste último princípio, o impacto que a medida possa ter na esfera dos sujeitos por ela afetados; de acordo com o Autor, ainda que uma medida, em abstrato e em geral, se revele proporcional, violará o princípio da razoabilidade se, na sua aplicação concreta, atingir um destinatário, impondo-lhe encargos desproporcionais em face das exigências de sentido da dignidade humana e do Estado de direito.

(75) Cf. ROGÉRIO SOARES, «Princípio da Legalidade e Administração Constitutiva», in: *Boletim da Faculdade de Direito*, Vol. LVII, 1981, p. 191, embora a propósito do funcionamento do princípio da proporcionalidade no âmbito da atividade administrativa discricionária e do respetivo controlo jurisdicional.

pelo legislador não é desproporcional para a satisfação desse mesmo fim. Por outro lado, o juízo da proporcionalidade a formular pelo juiz não se poderá deixar impressionar pelas consequências (politicamente) contestáveis de determinadas medidas previstas pelo legislador, porquanto, numa democracia representativa, a censura ao mérito político do exercício da função legislativa não cabe aos tribunais, que apenas intervêm quando existe uma falha no processo democrático (de natureza substancial ou procedimental)⁽⁷⁶⁾.

E pensamos que o alcance do juízo de proporcionalidade não deverá variar ainda em função do processo de fiscalização em causa, assumindo uma maior intensidade, por exemplo, no caso do controlo preventivo⁽⁷⁷⁾. Na verdade, qualquer que seja o processo em causa, os juízos da Justiça Constitucional serão (terão de ser!) seguramente juízos que mobilizam uma racionalidade prudencial referida à juridicidade, a uma validade fundamentante que pressupõe a Constituição, como elemento desonerador, enquanto positivação possível dos fundamentos constitutivos de um dado sistema jurídico. Está agora em causa o reconhecimento da natureza verdadeiramente jurídica também do processo de fiscalização preventiva (não reconduzível a uma forma de controlo político), assim como a perceção de que o juízo de proporcionalidade efetuado pelo juiz constitucional corresponde (não à realização político-legislativa, de índole estratégica e instrumental, mas antes à) realização jurídica da Constituição.

Não ignoramos, evidentemente, que as dimensões normativas inerentes ao princípio da proporcionalidade acabam por conceder uma margem de escolha ao decisor jurisdicional⁽⁷⁸⁾, conduzindo o tribunal a uma penetração significativa na reconstrução do juízo valorativo do legislador, sem que, com isso, se possa assistir a uma invasão da esfera própria do exercício (do núcleo essencial) da função legislativa. Por esse motivo, poder-se-á que as medidas legislativas só deverão considerar-se inconstitucionais (designadamente, por violação dos direitos fundamentais) quando existe uma “violação *clara* do princípio”⁽⁷⁹⁾ que não passa o “teste” da razoabili-

⁽⁷⁶⁾ Nesta linha, cf. também ELY, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, Harvard University Press, Cambridge/London, 1980, p. 103 (apesar de o Autor colocar, compreensivelmente, a tónica na observância do *due process*).

⁽⁷⁷⁾ Parecem admitir, implicitamente, esta ideia CARLA AMADO GOMES/DINAMENE DE FREITAS, «Portugal...», *cit.*, p. 338.

⁽⁷⁸⁾ Cf., v. g., VITALINO CANAS, «Proporcionalidade...», *cit.*, p. 616 e ss., e, com uma reflexão mais aprofundada, O PRINCÍPIO..., *cit.*, p. 823 e ss.

⁽⁷⁹⁾ VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 6.^a ed., Almedina, Coimbra, 2019, p. 286 (itálico nosso). Trata-se de uma posição que se não identifica

dade⁽⁸⁰⁾ (aqui entendida no seu “sentido fraco”, enquanto “válvula de segurança”)⁽⁸¹⁾. Não se trata de uma solução muito distante da que advoga a deferência judicial quando exista um «dissenso razoável» (*reasonable disagreement*)⁽⁸²⁾ acerca do *an e*, sobretudo, do *quomodo* da restrição como meio para a proteção de outros bens jurídico-constitucionalmente protegidos. É com esta posição não pretendemos substituir um princípio *in dubio pro libertate*⁽⁸³⁾ por um princípio *in dubio pro legislatore*, ou utilizar

totalmente com aquela criticada por REIS NOVAIS (*Em Defesa...*, *cit.*, p. 134 e ss.), que exige uma evidência manifesta da ofensa do princípio da proporcionalidade. Na verdade, propõe-se um meio-termo, que, exigindo um *hard look* ao juiz constitucional, não se baste com um beliscar da proporcionalidade pelo legislador.

⁽⁸⁰⁾ Articulando já proporcionalidade e razoabilidade neste contexto, cf. SUZANA TAVARES DA SILVA, *Direitos...*, *cit.*, p. 75, e «O *Tetralemma* do Controlo Judicial da Proporcionalidade no Contexto da Universalização do Princípio», in: *Boletim da Faculdade de Direito*, Vol. LXXXVIII, Tomo II, 2012, p. 677.

⁽⁸¹⁾ Sobre o “sentido fraco” (na medida em que atinge um número mais restrito de casos) da razoabilidade, entendida como válvula de segurança, cf. SADURSKI, «Reasonableness and Value Pluralism in Law and Politics», in: BONGIOVANNI/SARTOR/VALENTINI (eds.), *Reasonableness and Law*, Springer, Dordrecht, 2009, p. 131 e ss. (inspirando-se no *Wednesbury canon* do direito britânico e na *manifesta irragionevolezza* do direito administrativo italiano). Enfatizando a clara diferença entre proporcionalidade e razoabilidade em sentido fraco, v. BARAK, «Proportionality», *cit.*, p. 742 e ss. (repare-se, aliás, que SADURSKI, «Reasonableness...», *cit.*, p. 132 e ss., entende que o “sentido forte” da razoabilidade pressupõe um juízo de proporcionalidade entre meios e fins).

⁽⁸²⁾ Utilizamos o conceito na aceção cunhada por FALLON, *Implementing the Constitution*, *cit.*, p. 81 e ss., 95 e ss., na senda do relevo conferido por alguma doutrina (cf., v. g., WALDRON, *Law and Disagreement*, Clarendon Press, Oxford, 1999) ao dissenso no âmbito da realização da Constituição (a dimensão apresentada no texto é, todavia, apenas uma das três que o Autor atribui ao *reasonable disagreement*). A invocação deste conceito não significa, contudo, que aceitemos todas as consequências das teorias políticas do *disagreement* de Waldron, designadamente o facto (também apontado por HABERMAS, «On Law and Disagreement. Some Comments on “Interpretative Pluralism”», in: *Ratio Juris*, n.º 2, Vol. 16, junho 2003, p. 189) de que, no limite, nenhum caso tem, numa perspetiva objetiva, uma só solução correta, ou a circunstância de que, em última análise, as questões relacionadas com os direitos devem ser tratadas pelo legislador e não pelos juízes (cf. FABRE, «The Dignity of Rights», in: *Oxford Journal of Legal Studies*, n.º 2, Vol. 20, 2000, pp. 271, 274 e ss., 278).

⁽⁸³⁾ Princípio que, aliás, recebeu inúmeros aplausos, mas também muitas críticas: cf., v. g., OSSENBÜHL, «Grundsätze der Grundrechtsinterpretation», in: MERTEN/PAPIER (dir.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, Vol. I, C. F. Müller, Heidelberg, 2004, p. 608 e ss.; RAABE, *Grundrechte und Erkenntnis: Der Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers*, Nomos, Baden-Baden, 1998, p. 252 e ss. Reações similares receberam o congénere norte-americano: a *preferred freedoms doctrine* ou *preferred position doctrine*. Esta última surgiu justamente para contrabalançar a tradicional presunção a favor (da constitucionalidade) dos atos jurídico-públicos e constituiu um limite à deferência jurisdicional relativamente ao poder legislativo. A formulação primeira desta doutrina remonta ao célebre Acórdão da *Supreme Court* «United States v. Carolene Products Co.», de 25.04.1938 (in: *United States Reports*, Vol. 304, 1938, p. 144 e ss.), relatado pelo Justice Stone: por um lado, afirma que, em princípio, se deve presumir a existência de factos que suportam ou justificam os juízos do legislador, apenas se considerando inconstitucional uma medida legislativa (*in casu*, de natureza económica) se se comprovar que existem circunstâncias suscetíveis de ilidir a presunção de que àquela medida subjaz

a proporcionalidade como modo de fragilizar os direitos⁽⁸⁴⁾, mas sublinhar tão-só que a sua violação pelo poder legislativo poderá ser jurisdicionalmente afirmada após um exame rigoroso (*hard look*) da medida, em consonância com a necessidade de reconduzir da função jurídica do juiz constitucional ao seu raio de ação.

4. Princípio da proporcionalidade e Justiça Constitucional global: os novos horizontes da Justiça Constitucional

A circunstância de as dimensões normativas do princípio da proporcionalidade e de os juízos a efetuar pelos tribunais dependerem, em certa medida, do concreto equilíbrio jurídico-constitucional estabelecido em cada ordenamento (sem prejuízo dos limites acabados de referir) não impede, porém, o que já se designou como a “globalização” ou “universalização”⁽⁸⁵⁾ do princípio da proporcionalidade. A paulatina internacionalização e europeização dos ordenamentos jurídicos, acompanhada de uma progressiva globalização dos problemas cuja resolução pressupõe a mediação do juiz constitucional, exigem que também a realização da Constituição espelhe essa realidade⁽⁸⁶⁾.

uma base racional, que releva do conhecimento e da experiência do poder legislativo; todavia, acrescenta que esta presunção poderá não se aplicar quando estejam em causa medidas que afetem determinadas matérias (onde inclui a legislação que contenda, em geral, com as primeiras dez Emendas e a XIV Emenda e, em especial, com as liberdades de participação política e os direitos de certas minorias), as quais se encontram sujeitas a um escrutínio jurisdicional mais rigoroso (cf., esp.¹⁶, p. 152, e nota 4). Também esta posição não se revela isenta de escolhos, visto que, ao cabo e ao resto, acaba por originar uma hierarquização entre os direitos fundamentais (porque apenas alguns são *preferred* e não todos), e uma hierarquização que pode nem corresponder à consciência axiológica da comunidade em determinado momento histórico. cf., v. g., ACKERMAN, «Beyond *Carolene Products*», in: *Harvard Law Review*, Vol. 98, 1985, p. 713 e ss.; CUSHMAN, «*Carolene Products* and Constitutional Structure», in: *The Supreme Court Review*, janeiro 2013, p. 321 e ss.

⁽⁸⁴⁾ Cf. as pertinentes observações de KUMM, «Political Liberalism...», *cit.*, p. 142.

⁽⁸⁵⁾ Cf., v. g., SAURER, «Die Globalisierung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes», in: *Der Staat*, n.º 1, Vol. 51, 2012, p. 3 e ss.; KLATT/MEISTER, «Verhältnismässigkeit als Universelles Verfassungsprinzip» in: *Der Staat*, n.º 2, Vol. 51, 2012, p. 159 e ss. STONE SWEET/MATHEWS («Proportionality...»), *cit.*, p. 74) vão mais longe, sustentando que, a partir do final dos anos '90 do século XX, o princípio terá integrado todos os sistemas efetivos de justiça constitucional do mundo (com exceção dos Estados Unidos).

⁽⁸⁶⁾ Trata-se de uma temática à qual não tem sido alheia a jurisprudência constitucional portuguesa — cf. MOURA RAMOS, «Le Recours aux Précédents Etrangers par le Juge Constitutionnel», in: *Boletim da Faculdade de Direito*, Vol. XC, Tomo I, 2014, p. 31 e ss.

Uma tal *vis expansiva* ou capacidade de difusão do princípio no âmbito da Justiça Constitucional representa, aliás, uma das suas características marcantes, pois não se ignora a sua conexão (praticamente seminal) com a jurisprudência do *Bundesverfassungsgericht* e o conseqüente diálogo que os juízes constitucionais nacionais com ela estabeleceram (e continuam a estabelecer), assim como os influxos recíprocos entre as várias jurisdições constitucionais. Atualmente já nem se trata apenas do reconhecimento da “europeização”⁽⁸⁷⁾ do princípio decorrente da confluência de culturas constitucionais (mais ou menos próximas), mas de uma capacidade de expansão para outros sistemas jurídico-constitucionais, que pode trazer algumas perspectivas renovadas.

Considere-se, *v. g.*, o sentido da invocação do princípio da proporcionalidade pela *Supreme Court* do Canadá e o relevo assumido no contexto do estabelecimento de um diálogo interinstitucional entre o juiz constitucional e o legislador, dada a flexibilidade que pressupõe (ou, se preferirmos, a abertura para diferentes formas de realização da Constituição)⁽⁸⁸⁾. Na verdade, a identificação pelo juiz de problemas de constitucionalidade na relação meio-fim representa uma oportunidade para o legislador responder com uma medida que se revele mais apta ou que satisfaça o fim de maneira mais eficaz; por sua vez, se o juiz detetar insuficiências na ponderação custos-benefícios, tal abre a possibilidade de o poder legislativo reestabelecer o equilíbrio entre meio e fim, reduzindo os impactos negativos da medida ou tornando-a idónea à prossecução de outras finalidades de interesse público ou bens constitucionalmente protegidos e, deste modo, reequilibrando a ponderação através do reforço das vantagens⁽⁸⁹⁾. Sem prejuízo das dificuldades que suscita (como, aliás, sucede com todas as manifestações de *weak-form judicial review*), quer sob a ótica da relação entre fontes (Constituição e normas infraconstitucionais), quer sob a perspectiva do relacionamento entre o legislador e o juiz constitucional (apontando para o questionamento do sentido último da Justiça Constitucional)⁽⁹⁰⁾, o diálogo interinstitucional (desenvolvido também em

(87) GOMES CANOTILHO, *Direito...*, *cit.*, p. 267.

(88) Desenhado segundo um esquema análogo (embora não exatamente igual) ao disseminado a partir da jurisprudência constitucional alemã: *cf.*, *v. g.*, STONE SWEET/MATHEWS, «Proportionality...», *cit.*, p. 117; PANACCIO, «The Justification of Rights Violation: Section 1 of the *Charter*», in: OLIVER/MACKLEM/DES ROSIERS, *The Oxford Handbook of the Canadian Constitution*, Oxford University Press, Oxford, 2017, p. 660 e ss.

(89) STONE, «Canadian Constitutional Law of Freedom of Expression», in: ALBERT/CAMERON (eds.), *Canada in the World: Comparative Perspectives on the Canadian Constitution*, Cambridge University Press, Cambridge, 2018, p. 259, que seguimos de perto.

(90) Atente-se, por exemplo, nas críticas que algumas expressões deste diálogo vêm susci-

torno do princípio da proporcionalidade) pode corresponder, observados determinados limites⁽⁹¹⁾, a uma manifestação de uma «sociedade aberta dos intérpretes da Constituição» (que abrange, indubitavelmente, *todos* os órgãos que desempenham funções estaduais)⁽⁹²⁾ — “um *pluralismo* de intérpretes, *aberto e racionalmente* crítico” que assoma com uma essencialidade premente no cenário atual da interconstitucionalidade⁽⁹³⁾.

Repare-se, porém, que, em alguns Estados, o reconhecimento pelas jurisdições constitucionais do princípio da proporcionalidade constitui já uma consequência da sua consagração em instrumentos ou decisões judiciais oriundos de organismos de natureza internacional ou supranacional. Assim acontece, *v. g.*, no caso do Tribunal Constitucional da Bulgária e do Tribunal Constitucional da República da Macedónia, em que a invocação da proporcionalidade se louva quer na adesão à CEDH, quer, sobretudo, na sua interpretação pela jurisprudência do TEDH⁽⁹⁴⁾. Por esse motivo, parece-nos que se torna possível avançar mais um passo e conceber os desenvolvimentos sofridos por este princípio como um contributo para a emergência de uma Justiça Constitucional global. Esta ideia encontra-se associada ao conceito de *global judicial review*, corporizada em instâncias judiciais internacionais ou supranacionais que desempenham uma verdadeira “função constitucional”⁽⁹⁵⁾, na medida em que consubstanciam tribu-

tando: cf. CAMERON, «Dialogue and Hierarchy in *Charter* Interpretation: A Comment on *R. v. Mills*», in: *Alberta Law Review*, Vol. 84, 2001, p. 1051 e ss.

⁽⁹¹⁾ Desde logo, impeditivos de qualquer tese que subscreva um relativismo de opiniões ou perspectivas, verdadeiramente instrumentalizador da Constituição para o alcance de determinados fins ou interesses.

⁽⁹²⁾ Trata-se do conhecido título da obra de HÄBERLE, «Die Offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten», in: *Verfassung als Öffentlicher Prozeß*, 2.^a ed., Duncker & Humblot, Berlin, 1996, p. 155 e ss. (esp.^{te} pp. 160, 162, salientando o Autor que o juiz constitucional não está sozinho na tarefa de interpretação da Constituição — p. 172), mas sem defendermos todas as consequências dogmáticas que decorrem da posição do Autor. Sobre o «pluralismo de intérpretes», com alguma contenção, cf. também GOMES CANOTILHO, «Direito Constitucional de Conflitos e Protecção de Direitos Fundamentais», in: *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 125.º, 1992, p. 35 e ss.

⁽⁹³⁾ Cf. GOMES CANOTILHO, “*Brançosos*” e *Interconstitucionalidade — Itinerários dos Discursos sobre a Historicidade Constitucional*, 2.^a ed., Almedina, Coimbra, 2008, p. 279.

⁽⁹⁴⁾ Cf. PAPIASHVILI, «General Report: Role of the Constitutional Courts in Upholding and Applying Constitutional Principles», in: *XVIIIth Congress of the Conference of European Constitutional Courts*, Bulletin on Constitutional Case-Law — n.º especial, 2018, p. v.

⁽⁹⁵⁾ Até porque se debruçam sobre “matérias tipicamente constitucionais”, como salienta MOURA RAMOS, “O Constitucionalismo Português na Europeização”, in: *Olhar o Constitucionalismo Português nos 40 Anos da Constituição de 1976*, Instituto Jurídico, Coimbra, 2017, p. 171. Cf. ainda, equacionando o papel de Tribunal Constitucional desempenhado pelo TJUE, CRUZ VILAÇA, «Reflections on Judicial Review of the Constitutionality of EU Legislation», in: *EU Law and Integration: Twenty Years of Judicial Application of EU Law*, Hart Publishing, Oxford/Portland, 2014, p. 44 e ss.

nais que integram organizações internacionais ou supranacionais (beneficiárias da alienação de parte da soberania estadual) e que, enquanto tais, mobilizam contributos normativos que não só provêm de várias origens nacionais, como sobretudo se encontram para além das normas dos Estados nacionais⁽⁹⁶⁾, podendo, em certos casos, assumir competência para apreciar a legitimidade das decisões destes últimos, num exercício muito especial de afirmação de prioridades normativas e de diálogo interjudicial⁽⁹⁷⁾. A função constitucional é agora desempenhada por juízes não nacionais, chamados à definição (vertical) do relacionamento entre as várias ordens jurídicas e à integração (horizontal) dos vários sistemas de regulação setorial. E estamos diante de um fenómeno ao qual se não revela alheia a vocação tendencialmente universal de algumas instituições.

Eis o que acontece, paradigmaticamente, com a jurisprudência do TEDH que lhe confere o estatuto de «Super Tribunal Constitucional»⁽⁹⁸⁾ em matéria de direitos fundamentais, em consonância com a conceção que tem da CEDH enquanto “instrumento constitucional da ordem pública europeia”⁽⁹⁹⁾ — e um tal estatuto possui inelimináveis pontos de conexão com a mobilização do princípio da proporcionalidade.

Por um lado, o princípio da proporcionalidade constitui, em parte, a base sobre a qual assenta o sentido da evolução tendencial do sistema de proteção dos direitos humanos conferido pela CEDH, nos termos em que aponta para a concessão de alguma *deferência* às jurisdições nacionais⁽¹⁰⁰⁾. Neste horizonte, o problema gira em torno da doutrina da mar-

⁽⁹⁶⁾ Cf. KOCH JR., «Judicial Review and Global Federalism», in: *Administrative Law Review*, Vol. 54, 2002, p. 502.

⁽⁹⁷⁾ Cf. URUEÑA HERNANDEZ, «Global Administrative Law and the Global South», in: CASSESE (ed.), *Research Handbook on Global Administrative Law*, Elgar, Cheltenham/Southampton, 2016, p. 404. Repare-se, aliás, que a sobrevivência de um conjunto de ordenamentos internacionais depende da existência de estruturas jurisdicionais que fiscalizem a conformidade das decisões nacionais com determinadas normas: eis o que sucede, por excelência, no âmbito económico, designadamente com as decisões de certos órgãos da Organização Mundial do Comércio ou instituídas no âmbito do NAFTA. Cf., v. g., HALBERSTAM, «Local, Global and Plural Constitutionalism: Europe Meets the World», in: DE BÚRCA/WEILER (eds.), *The Worlds of European Constitutionalism*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, p. 153 e ss.

⁽⁹⁸⁾ OSSENBÜHL, «Grundsätze...», *cit.*, p. 615.

⁽⁹⁹⁾ Cf., v. g., Acórdão «Loizidou/Turquia (Excepções Preliminares)», de 23.03.1995, Rec. 15318/89, § 75; Acórdão «Al-Skeini e outros/Reino Unido», de 07.07.2011, Rec. 55721/07, § 141 (*instrument constitutionnel de l'ordre publique européenne*).

⁽¹⁰⁰⁾ Ou, nas palavras do recente Protocolo n.º 15, de reconhecer que as Partes Contratantes gozam de uma *margin de apreciação* no que se refere à tarefa de assegurar os direitos consagrados na Convenção, ainda que “*sob a supervisão* do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos”. Este Protocolo ainda não entrou em vigor, porquanto a sua vigência depende da manifestação de todas as Partes Contratantes em ficarem por ele vinculadas (cf. art. 7.º). Sobre o estado atual das vinculações, cf. <http:/

gem de apreciação⁽¹⁰¹⁾, enquanto constitui um meio para definir as relações entre este e as autoridades estaduais nacionais⁽¹⁰²⁾. Esta referência não se dirige a identificar a margem de apreciação com a proporcionalidade, visto que a primeira releva no estabelecimento da fronteira entre o âmbito da discricionariedade conferida a um órgão nacional (legislativo, administrativo ou judicial) e o âmbito da discricionariedade do juiz internacional (*in casu*, do TEDH), permitindo a consideração da importância que o direito afetado assume no ordenamento jurídico do Estado em causa⁽¹⁰³⁾. As relações entre margem de apreciação e proporcionalidade surgem na sua aplicação prática, porquanto a concessão de maior ou menor deferência aos Estados tem na sua base uma ponderação que leva em linha de conta aspetos relacionados com a legitimidade democrática, a prática habitual e presente dos Estados, e a *expertise*⁽¹⁰⁴⁾. Ora, neste contexto, não se considerarão incompatíveis com a CEDH, em particular, medidas provenientes de Estados democráticos que, fundamentadas por razões de interesse público, não sejam *manifestamente desprovidas de razoabilidade (ou proporcionalidade)*⁽¹⁰⁵⁾, ou que se encontrem em conformidade com os critérios desenhados pelo próprio TEDH⁽¹⁰⁶⁾, admitindo ainda (e em homenagem à ideia de subsidiariedade, mas também, de ponderação e de imparcialidade em sentido objetivo) que as autoridades nacionais dos Estados, por terem um conhecimento direto da situação local, da sociedade e das suas necessidades, estejam em melhores condi-

[/www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/213/signatures?p_auth=Iq0yNptJ](http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/213/signatures?p_auth=Iq0yNptJ)> (último acesso em 09.02.20202).

⁽¹⁰¹⁾ Entre a inúmera bibliografia nesta temática, v., sobre as origens da doutrina da margem de apreciação como princípio interpretativo das normas da CEDH, v. a síntese de GREER, «The Interpretation of the European Convention on Human Rights: Universal Principle or Margin of Appreciation?», in: *UCL Human Rights Review*, Vol. 3, 2010, p. 2 e ss.; e, agora com um olhar crítico, designadamente quanto à forma (mais ou menos indeterminada) com que o TEDH aplica o critério da margem de apreciação, cf. DELMAS-MARTY, *Le Relatif et l'Universel — Les Forces Imaginantes du Droit*, Vol. I, Seuil, Paris, 2004, p. 66 e ss.

⁽¹⁰²⁾ Cf., v. g., Acórdão «A. e outros/Reino Unido», de 19.02.2009, Rec. 3455/05, § 184.

⁽¹⁰³⁾ ASSIM, BARAK, «Proportionality», *cit.*, p. 748.

⁽¹⁰⁴⁾ Trata-se da posição defendida por LEGG (*The Margin of Appreciation in International Human Rights Law: Deference and Proportionality*, Oxford University Press, Oxford, 2012, p. 69 e ss.) e que aqui seguimos de perto.

⁽¹⁰⁵⁾ Cf. Acórdão «Janh e outros/Alemanha», de 30.06.2005, Recs. 46720/99, 72203/01 e 72552/01, §§ 116 e 125; utilizando o critério da razoabilidade, mas agora para recusar deferência às autoridades nacionais, cf. Acórdão «Chassagnou e outros/França», de 29.04.1999, Recs. 25088/94, 28331/95 e 28443/95, §§ 112, 113, 118 e 121.

⁽¹⁰⁶⁾ Cf. Acórdãos «MGN Limited/Reino Unido», de 18.01.2011, Rec. 39401/04, § 155; «Palomo Sánchez e outros/Espanha», de 12.09.2011, Recs. 28955/06, 28957/06, 28959/06 e 28964/06, § 57; «von Hannover/Alemanha (n.º 2)», de 07.02.2012, Recs. 40660/08 e 60641/08, § 107.

ções de decidir que o juiz internacional (tornando desnecessário, salvo se existirem razões ponderosas, que o TEDH se substitua ao juízo das jurisdições nacionais)⁽¹⁰⁷⁾. Neste sentido, margem de apreciação e proporcionalidade representarão duas faces da mesma moeda, pelo que quanto mais intenso se mostrar o controlo da proporcionalidade, menor será a margem concedida às autoridades nacionais⁽¹⁰⁸⁾.

Por outro lado, a proporcionalidade surge também ligada à ideia de democracia: sobretudo em matérias relacionadas com a liberdade de expressão (cf. art. 10, n.º 2, da CEDH), o TEDH associa a dimensão da proporcionalidade em sentido estrito à ponderação entre os prejuízos causados aos direitos afetados e os benefícios para os interesses públicos ou para o bem comum, no sentido daquilo que se revela necessário a uma sociedade democrática⁽¹⁰⁹⁾.

5. Reflexões finais

As dificuldades inerentes ao princípio da proporcionalidade relacionam-se com a tipologia e a intensidade dos juízos que este pressupõe, sobretudo enquanto desempenha uma função de controlo (e se assume como parâmetro da validade dos atos jurídico-públicos).

O entendimento e o alcance a conferir ao princípio (e às respetivas dimensões) pelo juiz constitucional não prescindem do cotejo com o princípio da separação de poderes, em especial, da conjugação entre o âmbito (e os limites) da Justiça Constitucional e o poder de conformação do legislador.

As observações apontadas permitem compreender por que motivo consideramos quer o ativismo, quer a autocontenção jurisdicionais nesta matéria como patologias do sistema. Ambas as tendências correspondem a uma inobservância (por excesso ou por defeito, respetivamente) do sistema de *checks and balances*, assegurado pela convivência entre a autonomia do legislador e o controlo jurisdicional da validade da sua atuação. Na verdade, a partir do momento em que se acolhe a admissibilidade de uma

(107) Cf., v. g., Acórdãos «Hatton e outros/Reino Unido», de 08.07.2003, Rec. 63022/97, § 88, e «Janh e outros/Alemanha», *cit.*, § 91.

(108) Assim, ARAI-TAKAHASHI, *The Margin...*, *cit.*, p. 14 (refletindo, nos pontos seguintes, sobre a projeção do princípio da proporcionalidade na doutrina da margem de apreciação).

(109) Salientando este aspeto, cf. ZYSSET, «Freedom of Expression, the Right to Vote, and Proportionality at the European Court of Human Rights: An Internal Critique», in: *International Journal of Constitutional Law*, n.º 1, Vol. 17, 2019, p. 234.

fiscalização dos atos legislativos por um juiz constitucional apenas se poderá exigir que, nesta tarefa de controlo, o órgão cumpra a sua função e fiscalize as atuações legislativas (em especial, para o tema que nos ocupa, as que restringem direitos fundamentais) *até aos limites da sua função (jurídica ou jurídico-normativa), embora sem nunca os ultrapassar*; ou, na perspectiva oposta, e se o quisermos dizer com Alexy⁽¹¹⁰⁾, “a fiscalização da constitucionalidade [está] confinada ao controlo dos limites da competência do legislador”. Trata-se tão-só de extrair todas as consequências da conceção (que propugnamos) segundo a qual o direito constitui referente de sentido da realização da Constituição pelo juiz constitucional, referente esse que não pode ficar à mercê das orientações mais ou menos interventivas do intérprete: a realização (jurisdicional e jurídica) da Constituição há de pautar-se sempre pelo direito, não devendo satisfazer estratégias ou objetivos de natureza extrajurídica (nomeadamente, conjunturalmente política).

Salientámos que a índole marcadamente dinâmica⁽¹¹¹⁾ do princípio lhe tem permitido receber novos influxos através da partilha de experiências jurisprudenciais e em resultado da assunção, pelos tribunais internacionais (ou supranacionais), de funções paralelas às dos juízes constitucionais dos Estados.

Todavia, se um dos pressupostos do princípio da proporcionalidade — a inclusão no seio do princípio do Estado de direito —, os mais recentes desenvolvimentos constitucionais demonstram que os desafios estão longe de haver terminado. A criação e posterior expansão do princípio da proporcionalidade representou uma das expressões do movimento do direito constitucional comparado e dos designados “empréstimos constitucionais”, o qual acabou por obter uma disseminação muito alargada em virtude dos pressupostos valorativos que transporta. Os problemas assomam porque, atualmente, os modelos que estão a atrair novos (e menos novos...) Estados são aqueles que possuem características mais autoritárias (embora sob vestes de uma semântica democrático-constitucional), pondo em causa as dimensões essenciais do constitucionalismo⁽¹¹²⁾. Esta aproximação acon-

⁽¹¹⁰⁾ ALEXY, «Direitos Constitucionais e Fiscalização da Constitucionalidade», in: *Boletim da Faculdade de Direito*, Vol. LXXXVIII, Tomo II, 2012, p. 519, justamente a propósito do princípio da proporcionalidade.

⁽¹¹¹⁾ Aludindo já a uma certa dimensão dinâmica (não do princípio, mas) dos graus de controlo do princípio da proporcionalidade, v. CARLA AMADO GOMES/DINAMENE DE FREITAS, «Portugal...», *cit.*, p. 331, embora num sentido diverso (meramente circunstancial e não necessariamente evolutivo).

⁽¹¹²⁾ Refletindo sobre esta matéria, v. DIXON/LANDAU, «1989-2019: From Democratic to Abusive Constitutional Borrowing», in: *International Journal of Constitutional Law*, n.º 2, Vol. 17, 2019, p. 489 e ss.

tece, pois, apesar da mobilização do *design* constitucional europeu democrático e do respetivo mapa conceptual — determinando que, na prática, as novas autocracias utilizem este *instrumentarium* (e também o princípio da proporcionalidade) para legitimar e justificar a natureza apropriada das suas ações, invertendo precisamente as dimensões axiológicas inerentes àqueles princípios⁽¹¹³⁾. Eis o horizonte em que poderá assumir maior importância a Justiça Constitucional global, enquanto confere a instâncias como o TEDH (ou hoje também o TJUE)⁽¹¹⁴⁾ a função de juízes constitucionais com impacto supranacional⁽¹¹⁵⁾. O princípio da proporcionalidade é, assim, renovadamente chamado a desempenhar um papel central na consolidação e defesa dos fundamentos do Estado de direito.

(113) Cf. DIXON/LANDAU, «1989-2019...», *cit.*, § 2, referindo estarmos, neste contexto, perante “empréstimos constitucionais abusivos”, focando, em especial, exemplos do direito húngaro ou polaco.

(114) Cf., a propósito do TJUE como ator da *global judicial review*, as considerações que tece-mos em *Os Direitos...*, *cit.*, p. 237 e ss.

(115) Como sucedeu, paradigmaticamente, na análise da compatibilidade com o direito da União Europeia do regime polaco sobre a aposentação dos juízes (alegadamente aprovado com o propósito de afastar um conjunto de juízes do Tribunal Supremo). Cf. Acórdãos do TJUE «Comissão Europeia/República da Polónia», de 24.06.2019, P. C-619/18, esp.^{te} § 76 e ss. (considerando inclusivamente que a medida em causa não é justificada por um motivo legítimo — cf. § 96); «Comissão Europeia/República da Polónia», de 09.11.2019, P. C-192/18, esp.^{te} § 113 e ss., quanto à mobilização do princípio da proporcionalidade e as possibilidades de restrição do direito à inamovibilidade dos juízes.