

O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

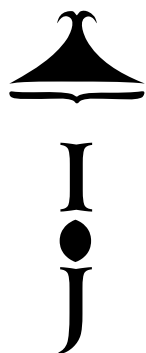
XIII ENCONTRO
DE PROFESSORES DE DIREITO PÚBLICO

COMISSÃO ORGANIZADORA

DULCE LOPES
FRANCISCO PEREIRA COUTINHO
CATARINA SANTOS BOTELHO



• U •
INSTITUTO JURÍDICO
FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE
COIMBRA



O presente livro foi realizado no âmbito das actividades da Área de Investigação «Risco, Transparência e Litigiosidade», integrada no projecto «Desafios Sociais, Incerteza e Direito: Pluralidade | Vulnerabilidade | Indecidibilidade» do Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (UIDB/04643/2020).

EDIÇÃO

Instituto Jurídico
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

CONCEÇÃO GRÁFICA

Sersilito-Empresa Gráfica, Lda.

CONTACTOS

geral@ij.uc.pt
www.uc.pt/fduc/ij
Pátio da Universidade | 3004-528 Coimbra

ISBN

978-989-9075-13-9

DEPÓSITO LEGAL

489004/21

[www.doi.org/10.47907/clq2021_2](https://doi.org/10.47907/clq2021_2)

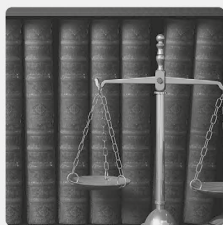
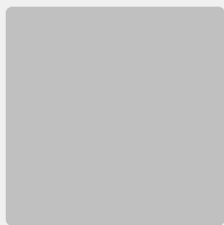
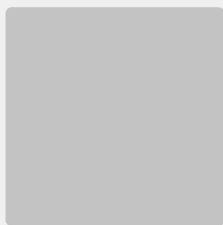
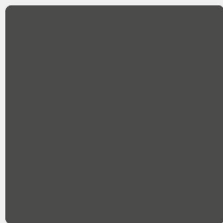
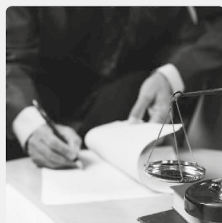
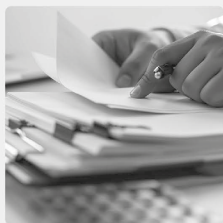
© SETEMBRO 2021

Instituto Jurídico | Faculdade de Direito | Universidade de Coimbra

**O PRINCÍPIO
DA PROPORCIONALIDADE**
XIII ENCONTRO
DE PROFESSORES DE DIREITO PÚBLICO

COMISSÃO ORGANIZADORA
DULCE LOPES
FRANCISCO PEREIRA COUTINHO
CATARINA SANTOS BOTELHO

2021



PROGRAMA

O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

10h15 SESSÃO DE ABERTURA

RUI MANUEL DE FIGUEIREDO MARCOS (Director da FDUC)

JOSÉ MANUEL AROSO LINHARES (Presidente do Instituto Jurídico da UC)

10h30 PROPORCIONALIDADE COMO PRINCÍPIO JURÍDICO FUNDAMENTAL

MODERADOR:

FERNANDO ALVES CORREIA

J.C. VIEIRA DE ANDRADE

O princípio da proporcionalidade no direito administrativo

VITALINO CANAS

O fundamento constitucional do princípio da proibição do excesso

ANABELA LEÃO

O princípio da proporcionalidade e os seus críticos

11h30 · 12h30 DEBATE

ALMOÇO (RESTAURANTE LOGGIA)

14h00 JUÍZO OU JUÍZOS DE PROPORCIONALIDADE

MODERADORA: FILIPA URBANO CALVÃO
SANDRA LOPES LUÍS

Juízos de proporcionalidade e de razoabilidade à luz do CPA de 2015

JOÃO FELIX NOGUEIRA

Juizo(s) de proporcionalidade na Jurisprudência do TJUE e TEDH

ANA RAQUEL MONIZ

Juízo(s) de proporcionalidade e Justiça Constitucional

ARMANDO ROCHA

Proporcionalidade e Direito Internacional

15h00 · 16h00 DEBATE

Pausa para café

16h30 · 17h30 JUSTICIABILIDADE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

MODERADOR: CARLOS BLANCO DE MORAIS

MARIANA CANOTILHO · *A era da proporcionalidade no direito constitucional*

WLADIMIR BRITO · *Processo e democracia*

GUSTAVO GRAMAXO ROZEIRA

*Controlo jurisdicional da proporcionalidade na tributação
em aplicação da cláusula geral antiabuso*

PAULA VEIGA

*Proporcionalidade e TEDH: O Princípio da Proporcionalidade no
Âmbito Europeu de Protecção de Direitos Humanos*

17h30 · 18h30 DEBATE

18h30 · 19h00 REUNIÃO DE ORGANIZAÇÃO DO XIV ENCONTRO DE PROFESSORES DE DIREITO PÚBLICO

20h00 JANTAR DEBATE (Quinta das Lágrimas)

MIGUEL POIARES MADURO

Constitucionalismo sem Fronteiras e Governança para além dos Estados
Apresentação a cargo de FRANCISCO PEREIRA COUTINHO

Índice

Nota de apresentação	9
O princípio constitucional da proporcionalidade e o seu lugar na metódica constitucional	11
Mariana Canotilho	www.doi.org/10.47907/clq2021_2a1
Juízo(s) de proporcionalidade e Justiça Constitucional	25
Ana Raquel Gonçalves Moniz	www.doi.org/10.47907/clq2021_2a2
Juízos de proporcionalidade e de razoabilidade à luz dos artigos 7.º e 8.º do Código do Procedimento Administrativo . .	63
Sandra Lopes Luís	www.doi.org/10.47907/clq2021_2a3
Proporcionalidade e razoabilidade na tributação por aplica- ção da disposição geral antiabuso.	83
Gustavo Gramaxo Rozeira	www.doi.org/10.47907/clq2021_2a4
Proporcionalidade e direitos humanos: TEDH e margem de apreciação	103
Paula Veiga	www.doi.org/10.47907/clq2021_2a5
Juízos de proporcionalidade – em Direito Internacional.	111
Armando Rocha	www.doi.org/10.47907/clq2021_2a6
O princípio da proporcionalidade e os seus críticos	127
Anabela Costa Leão	www.doi.org/10.47907/clq2021_2a7

Nota de apresentação

A presente obra coletiva “Princípio da Proporcionalidade – Textos do XIII Encontro de Professores de Direito Público” compila algumas das intervenções proferidas naquele Encontro que teve lugar, no dia 24 de Janeiro de 2019, na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, com o apoio desta e do Instituto Jurídico da Universidade de Coimbra.

Os textos que se publicam demonstram a centralidade do princípio da proporcionalidade no direito público, traçando os seus contornos no direito constitucional, no direito administrativo, no direito fiscal, no direito europeu e no direito internacional público. Sem esquecer, em nenhuma destas áreas, as críticas ao e os críticos daquele princípio ...

Os organizadores, oradores e público do XIII Encontro de Professores de Direito Público tiveram a sorte de poder contar com um evento presencial, repleto de encontros e de reencontros e de diálogos não mediados por um ecrã.

Pouco tempo depois, com a pandemia da COVID-19, veio perceber-se quão importante foi encetar esta reflexão conjunta sobre o princípio da proporcionalidade. Um princípio que responde aos desafios do direito em tempos de normalidade e em tempos de exceção, mostrando quão ajustável e virtuoso pode ser.

Os coordenadores

Dulce Lopes

Francisco Pereira Coutinho

Catarina Santos Botelho

O princípio da proporcionalidade e os seus críticos

Anabela Costa Leão*

SUMÁRIO: Introdução; 1. Da justiça à proporcionalidade como princípio jurídico. Estrutura e metódica de aplicação do princípio da proporcionalidade; 2. As debilidades do controlo de proporcionalidade; 3. Perspetivas para uma resposta aos críticos: a importância da análise de proporcionalidade; 4. Que balanço?

Introdução

O princípio da proporcionalidade¹ conheceu grande expansão nas últimas décadas nos ordenamentos jurídicos nacionais e internacionais, estando notavelmente globalizado.

* Docente da Faculdade de Direito da Universidade do Porto e Investigadora do Centro de Investigação Jurídico-Económica da FDUP. O texto que ora se publica corresponde, com algumas alterações e desenvolvimentos, à comunicação proferida em 24 de janeiro de 2020 no painel *A proporcionalidade como princípio jurídico* do XIII Encontro de Professores de Direito Público, acolhido pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Agradece-se à Comissão Organizadora – à Doutora Dulce Lopes, à Doutora Catarina Santos Botelho e ao Doutor Francisco Pereira Coutinho – o amável convite para participar nos Encontros.

¹ O princípio da proporcionalidade em sentido amplo proíbe o excesso, mas também o défice, ou o ficar aquém do necessário, o que se traduz respetivamente nas dimensões de *Übermassverbot* e *Untermassverbot*, sendo neste texto

Enquanto princípio jurídico, nasceu na Alemanha, surgindo primeiro no Direito de Polícia e expandindo-se depois a outras áreas, designadamente ao Direito Constitucional². Cita-se a decisão do Tribunal Constitucional Federal Alemão sobre as farmácias de 1958 (*Apothekenurteil*, BVerfGE 7, 377, 1958) como o momento do seu nascimento no Direito Constitucional³. Expandiu-se depois a outros ordenamentos nacionais, mas também no plano internacional e supraestadual, sendo visível o seu papel na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos e na jurisprudência do Tribunal de Justiça da UE. Com efeito, como nota SCHLINK, não obstante o berço alemão, não há nada de especificamente alemão no princípio: trata-se, escreve, da resposta universal a um problema jurídico universal, que é o da limitação do poder e do controlo da arbitrariedade, conciliando a extensão da autoridade com a sua limitação⁴. Nada que impeça, ou que tenha impedido, portanto, a sua transferência para outros contextos⁵.

tomado na primeira aceção. Como escreve BERNHARD SCHLINK, Proportionality (1), in *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, eds. Michel Rosenfeld e András Sajó, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 718 ss., p. 727, o *BVerfG* vê a proporcionalidade como proteção contra o Estado, seja quando este vai demasiado longe, seja quando fica aquém ou fez muito pouco para proteger um direito ou interesse, sendo que a proibição do dífice surge sobretudo em caso de conflito entre direitos. Entre nós, a proibição de proteção insuficiente foi invocada, entre outros, no Acórdão n.º 75/2010 do Tribunal Constitucional (Interrupção Voluntária da Gravidez). Sobre o princípio, sua autonomia dogmática (designadamente, na relação com o princípio da proporcionalidade enquanto proibição do excesso) e relação com os deveres estaduais de proteção, *vd.* JORGE PEREIRA DA SILVA, Interdição de protecção insuficiente, proporcionalidade e conteúdo essencial, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, II, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, pp. 185 ss.

² BERNHARD SCHLINK, Proportionality, pp. 728-729.

³ Assim escreve KAI MÖLLER, Proportionality: Challenging the Critics, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 10, 3, 2012, pp. 709 ss., p. 709, nota 1.

⁴ BERNHARD SCHLINK, Proportionality, p. 729.

⁵ Não obstante esta universalização do princípio da proporcionalidade, MOSHE COHEN-ELYIA e IDDO PORAT, *Proportionality and constitutional culture*, Cambridge University Press, 2013, p. 3, notam que o Direito norte-americano recorre ao “balancing” e não ao princípio da proporcionalidade enquanto tal, “balancing” este que desempenha a mesma função do que o controlo da proporcionalidade

Mais especificamente, no que aos direitos fundamentais (que aqui usamos em sentido amplo) diz respeito, o princípio da proporcionalidade está no centro de um “modelo global de direitos”, no sentido proposto por MÖLLER⁶. Centraremos a nossa atenção nas questões relativas a direitos fundamentais, não só, mas também por ser este o domínio por excelência de aplicação do princípio⁷.

A “universalização” do princípio⁸ fez-se e faz-se, todavia, acompanhar de diferentes conceções e metódicas de aplicação⁹, o que traz um outro problema: a dificuldade no recorte do princípio, tantas são as diferenças na sua realização e compreensão. Ou, por outra, a dificuldade de separar as críticas à aplicação do princípio dos seus contextos específicos de aplicação.

Não obstante não se tratar de um princípio recente, foi, todavia, mais recentemente que começou a despertar interesse teórico e académico na teoria constitucional e dos direitos fundamentais, como nota MÖLLER, seja quanto ao seu alcance e desenvolvimento, seja

e corresponde a um momento deste, o da proporcionalidade em sentido estrito. Apesar de notarem a proximidade analítica entre a proporcionalidade de base alemã e o “balancing” norte-americano, os autores mostram que são diferentes as culturas políticas e filosóficas subjacentes a ambos. Como escreve STAVROS TSAKYRAKIS, *Proportionality: na assault on human rights?*, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 7, 3, 2009, pp. 468 ss., p. 470, nos EUA o “balancing” foi muito discutido a propósito da liberdade de expressão (1.ª Emenda), dado o confronto entre absolutistas (que entendem o direito de forma absoluta) e “balancers”.

⁶ Desenvolvidamente, KAI MÖLLER, *The global model of constitutional rights*, Oxford University Press, 2012, propondo em síntese um modelo global de direitos constitucionais, assente na inflação de direitos e numa conceção ampla de direitos (*prima facie*), na existência de obrigações positivas e na aceitação progressiva de direitos sociais, no reconhecimento da eficácia horizontal e no uso das doutrinas do balanceamento e da proporcionalidade (pp. 22-23).

⁷ BERNHARD SCHLINK, *Proportionality*, p. 729.

⁸ Nas palavras de SUZANA TAVARES DA SILVA, O *tetralema* do controlo judicial da proporcionalidade no contexto da universalização do princípio: adequação, necessidade, ponderação, razoabilidade, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, LXXXVIII, 2, 2012, pp. 639 ss., p. 641, que alude a um “padrão universal de valoração de poderes e medidas” presente em todos os ordenamentos jurídicos.

⁹ SUZANA TAVARES DA SILVA, O *tetralema*, *passim*, *maxime* pp. 641 ss.

também numa perspetiva mais crítica, que visa evidenciar as suas limitações¹⁰, refreando o entusiasmo que o princípio suscitou.

É desse debate que se visa aqui dar alguma – necessariamente breve e incompleta – conta, em diálogo com alguns autores que se têm especificamente dedicado ao tema¹¹. Para isso, começaremos por dar breve nota da estrutura e metódica de aplicação do princípio, identificando de seguida algumas das críticas que lhe têm sido movidas, e possíveis perspetivas de superação.

1. Da justiça à proporcionalidade como princípio jurídico. Estrutura e metódica de aplicação do princípio da proporcionalidade

1.1. Da justiça à proporcionalidade como princípio jurídico

Como nota SCHLINK, antes mesmo de se tornar um princípio jurídico e um princípio constitucional, já o princípio da proporcionalidade desempenhava um papel fundamental na discussão sobre a justiça¹². Justiça e proporcionalidade estão relacionadas, sendo comum invocar Aristóteles e a sua conceção de justiça na *Ética a Nicómaco* para demonstrar isso mesmo: “o justo é o proporcional, o injusto é

¹⁰ KAI MÖLLER, Proportionality, p. 709-710. Ilustrativamente, vejam-se os vários artigos publicados no *International Journal of Constitutional Law* a partir de 2010 e do artigo de 2009 de STAVROS TSAKYRAKIS, Proportionality: an assault on human rights? supracitado, entre os quais o de MÖLLER, que aqui se segue de perto. Para uma síntese do debate, *vd.* ainda MATTHIAS KLATT e MORITZ MEISTER, Proportionality – a benefit to human rights? Remarks on the I.CON controversy, *International Journal of Constitutional Law*, vol.10, n.º 3, 2012, pp. 687 ss.

¹¹ Considerando o programa dos *Encontros*, questões como a aplicação do princípio em jurisdições específicas, como o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, ou do controlo judicial da proporcionalidade, não foram desenvolvidas.

¹² BERNHARD SCHLINK, Proportionality, p. 728.

o que viola a proporção”¹³. Ou, por outra e como escreve JORGE MIRANDA, a proporcionalidade é conatural ao Direito¹⁴.

JORGE REIS NOVAIS reconhece que, tal como a proibição do arbítrio, o princípio da proporcionalidade ou da proibição do excesso é uma “componente elementar da ideia de justiça” reclamando uma “validade geral não mais confinada aos estreitos limites do Direito administrativo ou do Direito de Polícia, onde se havia anteriormente firmado”¹⁵. Só esta vinculação entre Estado de Direito, proporcionalidade, proibição do excesso e justiça explicaria, para o autor, a sua expansão¹⁶. O princípio da proporcionalidade é, de resto, considerado uma dimensão do princípio do Estado de Direito previsto no artigo 2.º da Constituição portuguesa¹⁷.

Além desta ligação, de natureza *substancial*, entre proporção e justiça, a própria ideia de um teste de proporcionalidade parece

¹³ ARISTÓTELES *apud* BERNHARD SCHLINK, *Proportionality*, p. 719. *Vd.* ainda, *inter alia*, ARTHUR KAUFMANN, *Filosofia do Direito*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, 228 ss. Ainda que diferentes noções de justiça (liberais, socialistas, conservadoras, meritocráticas ou afirmativas, de justiça social ou de mercado livre) discordem entre si, “a justiça sempre exige que a parte que se recebe esteja em proporção com algo”, escreve SCHLINK, *Proportionality*, p. 719. Entre nós, sobre as diferentes conceções de justiça, *vd.* JOÃO CARDOSO ROSAS, *Concepções de Justiça*, Edições 70, 2011.

¹⁴ JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, p. 302.

¹⁵ JORGE REIS NOVAIS, *Os princípios constitucionais estruturantes da República portuguesa*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p. 165.

¹⁶ AHARON BARAK, *Proportionality* (2), in *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, eds. Michel Rosenfeld e András Sajó, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 739 ss., pp. 741-742, alude a quatro fontes jurídicas da proporcionalidade: democracia, estado de direito, a formulação das normas de direitos fundamentais como princípios e a interpretação constitucional, mesmo na ausência de referência expressa à proporcionalidade na Constituição.

¹⁷ *Vd.*, entre outros, J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, Almedina, 2003, pp. 243 ss. e JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *Lições de Direito Constitucional*, II, Lisboa, AAFDL, 2018. Sobre esta ligação na jurisprudência constitucional portuguesa, *vd.* PEDRO MACHETE / TERESA VIOLANTE, *O princípio da proporcionalidade e da razoabilidade na jurisprudência constitucional, também em relação com a jurisprudência dos tribunais europeus, Relatório à XV Conferência Trilateral dos Tribunais Constitucionais de Espanha, Itália e Portugal*, 2013, pp. 18-19.

remeter para uma ideia de *justo procedimento* ou de *correção interna* da atuação dos poderes públicos (incluindo os poderes de controlo na sua atividade de controlo)¹⁸, associada ao princípio do Estado de Direito em sentido material. Numa outra aceção, a proporcionalidade expandiu-se de forma tão ampla pois é intrínseca ao que MOSHE COHEN-ELYIA e IDDO PORAT designam como a emergente “cultura global de justificação”, baseada na noção de que o Estado deve justificar todas as suas ações¹⁹ – designadamente, quando estão em causa limitações das liberdades fundamentais.

Enquanto princípio jurídico, porém, e como se viu *supra*, as suas raízes são frequentemente encontradas no Direito alemão, onde surge primeiro no Direito de Polícia, expandindo-se depois a outras áreas e ao Direito Constitucional. Apesar de não esgotar aí a sua aplicação, assume protagonismo nos conflitos relativos a direitos e liberdades fundamentais, tendo por função proteger os direitos de limitações e intrusões, e encontrando nestes, para alguns, a sua *específica* razão de ser²⁰ – ao ponto de algumas Constituições se lhe referirem expressa-

¹⁸ Permitimo-nos aqui evocar o conceito de moralidade interna de LON FULLER, *vd. The Morality of Law*, Yale University Press, 1964, em especial p. 33 ss. e, *inter alia*, BRIAN BIX, *Natural Law Theory*, in *Philosophy of law*, ed. Joel Feinberg e Jules Coleman, Wadsworth, 2004, p. 8 ss.

¹⁹ MOSHE COHEN-ELYIA e IDDO PORAT, *Proportionality and constitutional culture*, p. 7 e pp. 103 ss. e *Is Proportionality Culturally Based? I. Connect-International Journal of Constitutional Law Blog*, 28.09. 2013. Disponível em <http://www.icconnectblog.com/2013/09/is-proportionality-culturally-based>. Para os autores, *Proportionality and constitutional culture*, pp. 7-8, para esta “cultura de justificação”, que se contrapõe à “cultura de autoridade” norte-americana que subjaz ao “balancing”, assente na autoridade governamental para o exercício do poder, contribuíram algumas características dos sistemas constitucionais ocidentais no pós II Guerra Mundial, como uma conceção ampla de direitos, uma abordagem da interpretação constitucional que enfatiza os princípios e os valores fundamentais mais do que o texto, poucas barreiras à revisão judicial material e ausência do que designam como “buracos negros legais”, ou seja, domínios em que os poderes públicos estão dispensados de apresentar uma justificação. Também sobre a cultura de justificação, KAI MÖLLER, *Justifying the Culture of Justification* (8 de novembro de 2018), *LSE Legal Studies Working Paper n.º 19/2018*. Disponível em <https://ssrn.com/abstract=3288704>.

²⁰ Neste sentido, *vd.* BERNHARD SCHLINK, *Proportionality*, p. 730, escreve que, na Alemanha, o princípio encontra fundamento constitucional no princípio do

mente a propósito dos direitos fundamentais, como sucede no artigo 18.º da Constituição portuguesa, que estabelece o regime da restrição de direitos, liberdades e garantias²¹. É, de resto, conhecida a conceção de ALEXY, segundo a qual o princípio da proporcionalidade é uma consequência de as normas de direitos fundamentais se apresentarem como princípios (tese da necessidade)²².

A conceção principiológica de direitos em geral, e a conceção principiológica de ALEXY em especial são, também elas, passíveis de críticas²³, desde logo relacionadas com o “enfraquecimento axiológico do sistema”, para usar uma expressão de VIEIRA DE ANDRADE²⁴.

Rechtsstaat, consagrado na Constituição; porém, o facto de o princípio da proporcionalidade valer em outros sistemas jurídicos onde o respeito pelo Direito não resulta de um princípio do *Rechtsstaat* inscrito na constituição mostra que a sua fundação constitucional reside nos direitos e nas liberdades fundamentais.

²¹ Mas também noutros artigos em que estão em causa possibilidades de afetação de direitos fundamentais, como *e.g.* o artigo 19.º (suspensão de direitos em situação de estado de exceção) ou o artigo 270.º (restrições ao exercício de direitos de militares de direitos de militares, agentes militarizados dos quadros de serviço efetivo e agentes dos serviços e forças de segurança). Acresce que o princípio da proporcionalidade releva, não apenas nas afetações de direitos liberdades e garantias, mas também de direitos sociais.

²² *Vd.* ROBERT ALEXY, Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidade, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 91, 2011, p. 11 ss., aludindo a duas posições básicas sobre a relação entre proporcionalidade e direitos fundamentais, a tese da necessidade e a tese da contingência, a primeira sustentando que existe algum tipo de relação necessária entre direitos fundamentais e proporcionalidade, a segunda sustentando que não, pelo que a existência ou não de uma relação entre direitos fundamentais e proporcionalidade depende da opção tomada pelo direito positivo, e pronunciando-se pela primeira. Como escreve BERNHARD SCHLINK, *Proportionality*, p. 730, para ALEXY, enquanto princípios, os direitos fundamentais expressam valores e requerem a otimização dos valores que expressam, ou seja, a sua realização ao maior nível possível. O que, em caso de conflito, pode impor o recurso ao balanceamento. Por isso os direitos fundamentais, sendo princípios, são o fundamento constitucional do princípio da proporcionalidade.

²³ Entre nós, *vd.* J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, Coimbra, Almedina, 2012, p. 266 ss.

²⁴ J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, p. 268. Com efeito, escreve, um dos perigos das teorias “principiais” ou “principiológicas” é o do “enfraquecimento axiológico do sistema, concebendo

Estas críticas transmitem-se, depois, ao princípio da proporcionalidade, ainda que, em rigor, sejam dele ao menos relativamente independentes (v. *infra*).

1.2. *Estrutura do princípio da proporcionalidade e sua metódica de aplicação*

O princípio da proporcionalidade é um teste para averiguar se uma determinada “interferência” – para o que nos interessa, no âmbito de um direito fundamental – é justificada²⁵. Tal supõe uma relação entre os *meios* utilizados para atingir certos *fins* ou *objetivos*²⁶. O princípio é suscetível de várias formulações e formas de aplicação, e mesmo a terminologia é variável. Isso torna também mais difícil a tarefa da sua análise.

Tradicionalmente, a análise de proporcionalidade é apreciada com base em três critérios ou subprincípios constitutivos²⁷: o *princípio da adequação*, nos termos do qual a medida utilizada deve ser idónea ou apropriada para atingir os fins em causa; o princípio da *exigibilidade ou da necessidade*, nos termos do qual a medida adotada

os direitos fundamentais como *imperativos de otimização*, como se não houvesse, à partida, valores intocáveis. Uma teoria normativa *forte* dos direitos fundamentais justifica a limitação imanente de um direito, desde que possa afirmar-se *em abstrato* que determinada forma aparente de exercício do direito não é, *em caso algum*, possível ou legítima – isto é, para usar a conceitualização alexyana, onde o conteúdo do direito fundamental não é limitado por um outro *princípio*, mas por uma *regra*, em especial onde essa regra é a expressão do valor absoluto da dignidade da pessoa humana”.

²⁵ KAI MÖLLER, Proportionality, p. 711.

²⁶ Segundo BERNHARD SCHLINK, Proportionality, p.720, a estrutura do princípio da proporcionalidade não é diádica, mas triádica: não exige apenas que comparemos *e.g.* crime e punição, mas também que tenhamos um ponto de referência para a comparação: o *tertium comparationis*. Esse elemento é o *fin*, que é o ponto focal em relação ao qual a relação entre elementos ganha sentido. Daqui decorrem, segundo o autor, pp. 720-722, duas abordagens diferentes da análise da proporcionalidade: segundo uma delas, a estrutura triádica só se revela depois, segundo a outra a estrutura triádica é assumida *ab initio*.

²⁷ Usa-se aqui a formulação adotada em ANABELA COSTA LEÃO, Princípio da proporcionalidade, in Ana Paula Brandão *et al.* (org.), *Enciclopédia da União Europeia*, Petrony, 2017, pp. 321 ss.

deve revelar-se a menos onerosa de entre as medidas idóneas a atingir o fim; o princípio da proporcionalidade em sentido estrito, ou do *balanceamento ou ponderação*, que exige uma análise da proporcionalidade entre os custos e os benefícios resultantes da adoção da medida, não devendo a medida revelar-se “demasiado gravosa em relação à conveniência de alcançar o resultado pretendido”²⁸.

Porém, se a proporcionalidade considera uma medida ou ação como um *meio* para prosseguir um *fim*, resta saber se a avaliação prévia do *fim* e, porventura, dos *meios*, não deverá integrar a análise de proporcionalidade, conduzindo a um controlo em *quatro* ou mesmo *cinco tempos* ou *fases*²⁹. Com efeito, alega-se, caso o *fim* que se visa prosseguir seja ilegítimo, ou os *meios* utilizados “categoricamente proibidos”, não fará sequer sentido proceder a um controlo da adequação, necessidade ou proporcionalidade em sentido estrito da medida ou ação³⁰. Se uma determinada medida ou ação estiver categoricamente proibida, não poderá ser considerada um meio para atingir um fim, mesmo que possa ser adequada ou mesmo o único meio de atingir esse fim.

Assim concebida, a análise exige uma teoria dos fins e dos meios e da sua legitimidade, que não pode deixar de colocar questões³¹. Não é, por conseguinte, alheia a argumentos morais³² ou considerações deontológicas³³, apontando-se como exemplos de fins *ab*

²⁸ SUZANA TAVARES DA SILVA, O *tetralema*, p. 644.

²⁹ Para BERNHARD SCHLINK, Proportionality, p. 722 ss., a análise da proporcionalidade desdobra-se em cinco passos: determinação dos meios categoricamente proibidos, legitimidade do fim, adequação, necessidade e balanceamento. Já KAI MÖLLER, Proportionality, p. 711 ss., propõe um desdobramento em quatro testes: objetivo legítimo, adequação, necessidade e balanceamento.

³⁰ BERNHARD SCHLINK, Proportionality, p. 722-23.

³¹ *Vd.* KAI MÖLLER, Proportionality, p. 711. Perante a possibilidade de uma leitura muito abrangente, MÖLLER. 712, propõe que nesta fase se teste a existência de “interesses que sejam candidatos a justificar a interferência no sentido de não ser totalmente implausível que estejam pelo menos racionalmente relacionados com a medida”. Caso contrário, sempre claudicariam no teste da adequação ou racionalidade, escreve.

³² KAI MÖLLER, Proportionality, p. 712.

³³ BERNHARD SCHLINK, Proportionality, p. 722, esclarecendo que as considerações deontológicas sobre os meios categoricamente proibidos são anteriores e

initio ilegítimos, por exemplo, o paternalismo, o proselitismo ou a discriminação³⁴, ou como meios *ab initio* proscritos a tortura³⁵. O que parece ser problemático aqui é, precisamente, esta “teoria moral da legitimidade dos fins e dos meios”, ao menos se enunciada no plano abstrato, e a sua determinação em contextos pluralistas. Assim, esta legitimidade dos fins (e dos meios) terá de ser juridicamente apurada, desde logo face à constituição (a cada constituição). Ela pressupõe, naturalmente, uma tarefa de interpretação da concreta constituição³⁶ (ou do texto que funciona como parâmetro de controlo, *e.g.* a Convenção Europeia de Direitos Humanos) ou, de outra perspetiva, uma tomada de posição, no que à dogmática dos direitos fundamentais diz respeito, quanto à conceção (ampla ou restrita) do âmbito de proteção dos direitos fundamentais.

Como escreve SCHLINK, por vezes a constituição densifica os fins em termos substanciais, exigindo razões específicas para a afetação de certos direitos³⁷. Além da previsão geral do n.º 2 do 18.º da Constituição portuguesa, que exige que a restrição vise em geral salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos, algumas normas constitucionais estabelecem especificamente os fins que justificam a interferência nos direitos (vejam-se por exemplo o artigo 27.º ou o artigo 47.º). Outras vezes, da interpretação da constituição resulta a existência de “meios categoricamente

exteriores à proporcionalidade, ficando claro que a análise de proporcionalidade está condicionada pela qualidade dos direitos em causa: se estes forem “categoricamente protegidos”, designadamente através de medidas categoricamente proibidas, então a análise e proporcionalidade nem sequer tem lugar: ela pura e simplesmente não faz sentido.

³⁴ BERNHARD SCHLINK, *Proportionality*, p. 723. Também KAI MÖLLER, *Proportionality*, p. 712, apoiando-se em MATTIAS KUMM, exclui alguns tipos de objetivos paternalistas. Sobre paternalismo, *vd.* BENEDITA MAC CRORIE, *Os limites da renúncia a direitos fundamentais nas relações entre particulares*, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, pp. 141 ss.

³⁵ BERNHARD SCHLINK, *Proportionality*, p. 722.

³⁶ BERNHARD SCHLINK, *Proportionality*, p. 723, escreve que a legitimidade das medidas públicas decorre da constituição e das leis e, no caso do legislador, essencialmente da constituição; para os cidadãos, a legitimidade dos fins dos cidadãos é presumida, a menos que refutada pela lei.

³⁷ BERNHARD SCHLINK, *Proportionality*, p. 723.

proibidos”, como é o caso da proibição absoluta de recurso à tortura nos termos do n.º 2 do artigo 25.º, em concretização da dignidade da pessoa humana³⁸.

Entre nós, PEDRO MACHETE e TERESA VIOLANTE constataam que o Tribunal Constitucional seguiu desde cedo o esquema dos três testes em que se convencionou desdobrar a análise da relação entre meios e fins para efeitos de proporcionalidade, ainda que presumindo a legitimidade constitucional desses fins e meios³⁹, dando como exemplo disso mesmo o Acórdão n.º 173/2009⁴⁰, no qual o Tribunal Constitucional, citando JORGE REIS NOVAIS, considerou que “a «legitimidade constitucional dos fins prosseguidos com a restrição», bem como a «legitimidade dos meios utilizados» constituem um «pressuposto lógico» da sua idoneidade”⁴¹.

Crê-se que a determinação da legitimidade, quer dos meios, quer dos fins, constitucionalmente enquadrada, é externa à proporcionalidade, limitando-a a partir de fora⁴². Em abstrato, parece que fará mais

³⁸ Como escreve PEDRO GARCIA MARQUES, Anotação ao artigo 25.º, in *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, org. Jorge Miranda e Rui Medeiros, Coimbra, Wolters Kluwer/Coimbra Editora, 2010, pp. 551 ss., p. 568, “[a] proibição da tortura e dos tratos ou penas cruéis, degradantes ou desumanos constitui assim o núcleo de protecção absoluta do direito fundamental à integridade pessoal”. Se proibida em todas as circunstâncias, por respeito à dignidade da pessoa humana, como sucede no n.º 2 do artigo 25.º da Constituição portuguesa, ela nunca poderá ser utilizada, mesmo que o recurso à tortura de um prisioneiro pudesse, por hipótese, permitir obter informações que evitariam um atentado que vitimaria centenas de pessoas. Tal implica, naturalmente, a densificação do que deva entender-se por “tortura” ou “tratamentos cruéis e degradantes”.

³⁹ Vd. PEDRO MACHETE / TERESA VIOLANTE, *O princípio da proporcionalidade e da razoabilidade na jurisprudência constitucional*, pp. 18-19. Aí se escreve: “Para tanto, as atuações dos poderes públicos, justamente pelo facto de não poderem ser ilimitadas nem arbitrárias, são perspectivadas em cada caso concreto, real ou representado, como meios para atingir um certo fim, pressupondo-se naturalmente a legitimidade constitucional tanto dos primeiros como do segundo”.

⁴⁰ Disponível em www.tribunalconstitucional.pt.

⁴¹ PEDRO MACHETE / TERESA VIOLANTE, *O princípio da proporcionalidade e da razoabilidade na jurisprudência constitucional*, p. 19.

⁴² Vd., como se escreveu *supra*, BERNHARD SCHLINK, Proportionality, p. 722, esclarecendo que as considerações deontológicas sobre os meios categoricamente proibidos são anteriores e exteriores à proporcionalidade.

sentido conceber a legitimidade do fim como um *pressuposto* do teste de proporcionalidade, *prévio*, condicionando a análise de proporcionalidade, e *externo*, no sentido em que a proporcionalidade se dirige à relação entre os meios e os fins. Quanto aos *meios*, sempre se dirá que a sua legitimidade só resulta efetivamente apurada no fim do teste de proporcionalidade, pelo que, quando muito, poderá estar em causa a determinação dos suprarreferidos “meios categoricamente proibidos” (no sentido de SCHLINK⁴³), valendo em todo o caso o que se disse para o critério do fim legítimo: são pressupostos, não passos, do controlo de proporcionalidade. Não significa isto que não se exija a interpretação prévia das normas constitucionais para evitar submeter ao teste de proporcionalidade situações que são de mero conflito aparente de direitos, mas tão-só que se afigura tratar-se de uma questão estruturalmente externa ao princípio da proporcionalidade. Ainda assim, a sua consideração autónoma não é irrelevante, como veremos *infra*.

Os testes da adequação ou idoneidade e da necessidade são essencialmente empíricos⁴⁴, ou, na terminologia de ALEXY, mandatos de otimização fáctica, que implicam um enlace entre juízo normativo e factos⁴⁵. Na verdade, são menos simples do que parecem, não obstante se referirem a factos, pois, como escreve SCHLINK, suscitam questões de prova e de alocação do benefício da dúvida⁴⁶.

O julgamento ou a avaliação da interferência à luz do fim ocorre, sim, na última fase, a do *balanceamento ou da proporcionalidade em sentido estrito*. O meio menos gravoso pode, ainda assim, ser demasiado gravoso, tendo em conta o fim que se visa atingir⁴⁷. Trata-se, agora, de um momento *normativo*⁴⁸ ou, na terminologia de ALEXY, de um mandato de otimização jurídica⁴⁹. É, também, o momento mais criticado do controlo de proporcionalidade, acusado de ser “obs-

⁴³ BERNHARD SCHLINK, Proportionality, p.722-23.

⁴⁴ BERNHARD SCHLINK, Proportionality, pp.723-724.

⁴⁵ *Apud* SUZANA TAVARES DA SILVA, O *tetralema*, p. 645.

⁴⁶ Para as quais adverte BERNHARD SCHLINK, Proportionality, p.723-724.

⁴⁷ BERNHARD SCHLINK, Proportionality, p.724.

⁴⁸ SUZANA TAVARES DA SILVA, O *tetralema*, pp. 645-646.

⁴⁹ *Apud* SUZANA TAVARES DA SILVA, O *tetralema*, p. 645.

curo”, subjetivo e vago, e discutindo-se se e em que medida pode ser preciso ou objetivo⁵⁰, o que leva alguns autores, como ALEX Y ou AHARON BARAK, a propor metódicas de aplicação destinadas a conferir-lhe maior objetividade⁵¹. Entre aqueles que o defendem, parece haver consenso no sentido de ser necessário atender a todos os factos, interesses, direitos, princípios e valores relevantes, bem como levar a cabo uma análise cuidadosa do impacto que neles produzirão os diferentes resultados do conflito, sintetiza SCHLINK⁵². A isto se voltará *infra*.

Ainda neste contexto, cumpre aludir à questão de saber se deve existir ou não uma ordem para a análise da proporcionalidade. Segundo DIETER GRIMM, a questão da existência ou não de uma ordem aplicativa é relevante: questionar a legitimidade do fim, passando depois à adequação, de seguida à necessidade e finalmente ao balanceamento tem um efeito disciplinador e racionalizador⁵³.

⁵⁰ BERNHARD SCHLINK, *Proportionality*, pp.724-725. Como escreve BERNHARD SCHLINK, *Proportionality*, p. 724, o balanceamento envolve valores e julgamentos de valor, pelo que é o passo mais contestado da análise da proporcionalidade, suscitando questões sobre como evitar que seja um terreno de subjetividade, como verificar um julgamento de valor, quão preciso pode ser o balanceamento e se pode produzir resultados objetivos.

⁵¹ BERNHARD SCHLINK, *Proportionality*, pp. 724-725. Segundo este, ALEX Y propõe determinar os custos que representa para cada um dos lados se o outro lado ganhar e se o ganho de um dos lados justifica a afetação do outro, de acordo com uma escala de realização. Segundo a sua “lei de ponderação”, quanto maior o grau de não satisfação ou afetação de um princípio, maior deve ser o grau de satisfação do outro princípio, *vd.* ROBERT ALEX Y, *Los derechos fundamentales y el principio de la proporcionalidade*, pp. 15 ss. AHARON BARAK, *Proportionality*, pp. 744-745 propõe o balanceamento entre a importância social do benefício obtido com a realização do fim e a importância social de evitar a limitação do direito constitucional em causa. A solução, escreve, é consistente com a lei de balanceamento de ALEX Y, mas distingue-se da abordagem do autor alemão pois este não leva em conta a importância social do fim e do direito em causa, mas apenas o grau de limitação (*ob. cit.*, p. 746).

⁵² BERNHARD SCHLINK, *Proportionality*, p. 725.

⁵³ DIETER GRIMM *apud* BERNHARD SCHLINK, *Proportionality*, p. 725. Entre nós, o Tribunal Constitucional estabelece ainda uma relação sequencial entre os três momentos do teste: primeiro adequação, depois necessidade, depois proporcionalidade em sentido estrito, *vd.* PEDRO MACHETE / TERESA VIOLANTE,

Por outro lado, evitam-se controlos desnecessários: se a medida não for adequada, nem sequer valerá a pena verificar se é necessária ou proporcional em sentido estrito. Porém, sem prejuízo da discussão sobre a adequação sequencial, as questões mais controversas relativas à estrutura da proporcionalidade são, para SCHLINK, a intensidade, o tipo (geral ou particular) ⁵⁴ e o âmbito do controlo judicial a efetuar, o que coloca a questão da relação entre os poderes legislativo e judicial no âmbito da constituição⁵⁵.

2. As debilidades do princípio da proporcionalidade

As críticas ao princípio da proporcionalidade são de vários tipos⁵⁶, dirigindo-se ora à estrutura e configuração dos testes de proporcionalidade, ora às vicissitudes da sua aplicação. Apesar de as críticas se dirigirem sobretudo à proporcionalidade em sentido estrito ou balanceamento⁵⁷, é oportuno ampliar um pouco o âmbito desta reflexão, até porque a proporcionalidade não se circunscreve ao momento do balanceamento.

O princípio da proporcionalidade e da razoabilidade na jurisprudência constitucional, e jurisprudência aí citada.

⁵⁴ BERNHARD SCHLINK, *Proportionality*, pp. 726-727.

⁵⁵ BERNHARD SCHLINK, *Proportionality*, p. 725-726.

⁵⁶ As críticas podem ser dirigidas aos chamados aspetos internos ou aos aspetos externos, tal como propõe AHARON BARAK, *Proportionality*, p. 749, que aqui seguimos parcialmente. Segundo BARAK, p. 750, a crítica interna insiste na inexistência de um denominador comum que permita o balanceamento, ao passo que as críticas externas tomam várias formas (a saber: o *balancing* concede ao juiz um excesso de discricionariedade, pondo em risco a certeza jurídica e a proteção dos direitos humanos; o balanceamento cabe ao legislador, logo um juiz que o faça está a pôr em causa a separação de poderes e a agir de forma não democrática; o juiz não tem as ferramentas adequadas para proceder ao balanceamento: as características do processo judicial tornam a perspetiva judicial muito estrita, e o juiz tem dificuldade em lidar com dados empíricos; a perspetiva judicial limita a discricionariedade ao ponto de praticamente não incluir o balanceamento).

⁵⁷ Neste sentido, também AHARON BARAK, *Proportionality*, p. 749. Para uma comparação entre balanceamento na doutrina norte-americana e proporcionalidade de base alemã, *vd. supra* nota 6 e, por todos, MOSHE COHEN-ELYIA e IDDO PORAT, *Proportionality and constitutional culture*.

a) *O problema do enfraquecimento dos direitos*

Uma crítica frequente ao princípio da proporcionalidade é a de que relativiza e enfraquece os direitos e liberdades, que são colocados no mesmo patamar que os interesses do Estado ou interesses coletivos com os quais são contrapesados, e sopesados em igualdade de circunstâncias, com resultados incertos⁵⁸ que frequentemente exigem o seu sacrifício. Assim, não só não são *a priori* mais fortes do que os interesses prosseguidos pelo Estado e invocados para a sua limitação, como são mais fracos, sendo protegidos apenas na medida em que não exista um interesse estadual contraposto que justifique a sua afetação⁵⁹. Deste ponto de vista, sustenta-se, dizer que se tem um direito constitucionalmente protegido não significa nada, pois o resultado é contingente, o que torna a constituição *fútil* e coloca os direitos nas mãos das maiorias⁶⁰. Ou seja, torna os direitos fracos, e estes deixam de poder valer como *trunfos* (ao menos num sentido forte)⁶¹. Em sede de balanceamento, as dimensões deontológicas subjacentes aos direitos seriam afastadas por raciocínios de tipo consequencialista⁶².

⁵⁸ STAVROS TSAKYRAKIS, *Proportionality*, pp.724-725. Segue-se aqui a crítica ao *balancing* realizada por TSAKYRAKIS, partindo dos EUA e da sua aplicação no âmbito da Convenção Europeia de Direitos Humanos, mas que nos parece poder ser seguida.

⁵⁹ BERNHARD SCHLINK, *Proportionality*, p. 732, escrevendo que a proteção é relativizada, diz-se, pois um direito ou liberdade apenas é protegido na medida em que o Estado não tem um interesse legítimo que exija a sua limitação ou afetação; não é mais forte do que o interesse legítimo do Estado; na verdade, é mais fraco, pois se uma posição puder ser salvaguardada apenas com sacrifício da outra, o interesse coletivo das pessoas tal como representado pelo Estado irá trunfar o direito singular do cidadão individual.

⁶⁰ STAVROS TSAKYRAKIS, *Proportionality: An assault on human rights?* p. 471.

⁶¹ Sobre a crítica da conceção liberal dos direitos como trunfos à proporcionalidade, *vd.* MATTIAS KUMM / ALEC D. WALEN, *Human Dignity and Proportionality: Deontic pluralism in balancing*, pp. 1 ss. (2 de janeiro, 2013), *Proportionality and the Rule of Law: Rights, Justification, Reasoning*, Huscroft, Miller and Webber, eds. (forthcoming), *NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 13-03*, 2013. Disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2195663>p. 1. *Vd.* ainda MATTHIAS KLATT / MORITZ MEISTER, *Proportionality*, pp. 688 ss.

⁶² Sobre a questão e o risco de instrumentalização da pessoa humana, *vd.* MATTIAS KUMM / ALEC D. WALEN, *Human Dignity and Proportionality*, pp. 2 ss.

Neste contexto, um risco especificamente identificado é o de vulneração da dignidade da pessoa humana⁶³. Da proteção da dignidade da pessoa humana, ou do reconhecimento de um núcleo essencial do direito que não pode ser afetado em sede de ponderação⁶⁴, decorreria a existência de limites absolutos ao balanceamento, exigindo um mínimo de densificação moral prévia⁶⁵.

b) *A questão da neutralidade moral da proporcionalidade*

Assim, associada à crítica anterior surge uma outra, a da *neutralidade moral da proporcionalidade*. Com efeito, alega-se, a proporcionalidade é um expediente neutro que não dá uma resposta quanto ao resultado, mas essa neutralidade mascara e obscurece a dimensão moral dos direitos. Para TSAKYRAKIS, o balanceamento sob a forma

⁶³ Sobre a questão, *vd.* MATTIAS KUMM / ALEC D. WALEN, Human Dignity and Proportionality. Segundo os autores, existe o receio de que o recurso ao teste da proporcionalidade (que está no centro de grande parte da adjudicação contemporânea de direitos humanos e constitucionais) seja um convite equivocado e perigoso ao balanceamento da dignidade humana. A posição dos autores é, contudo, a de que a proporcionalidade, designadamente o teste de balanceamento, permite acolher dimensões morais, e de que, compreendida a estrutura complexa do balanceamento, este não é incompatível com a proteção da dignidade da pessoa humana, antes permite e exige levá-la em conta.

⁶⁴ Como escreve STAVROS TSAKYRAKIS, Proportionality, *passim*, em especial pp. 492-493: “The position that there is an inviolable core content of the right implies a substantive moral assessment about what is right and wrong. Once we have accepted that this core content cannot be compromised under any circumstances, we have left behind the idea that the right at stake can be weighed against competing public interests. Put simply, there is no balance to talk about in the first place. This explains why definitional generosity, no matter how broadly we understand it, can never accommodate certain rights-restricting reasons. (...) A court that assumes that there is an absolute minimum to each right is no longer concerned with issues of intensity and degree, and, thus, proportionality”. Criticando esta perspetiva, sustentando que a proporcionalidade permite proteger o núcleo essencial, *vd.* MATTHIAS KLATT / MORITZ MEISTER, Proportionality, pp. 691 ss. Entre nós, veja-se o n.º 3 do artigo 18.º da Constituição portuguesa e as diferentes leituras sobre o caráter absoluto ou relativo a proteção do núcleo essencial.

⁶⁵ STAVROS TSAKYRAKIS, Proportionality, *passim*, em especial pp. 492-493.

de proporcionalidade prejudica, mais do que ilumina, a adjudicação de direitos: já não perguntamos o que está certo ou errado num caso de direitos humanos, antes tentamos determinar se algo é apropriado, adequado ou excessivo⁶⁶. Para o autor, ao obscurecer as referidas considerações morais, a sociedade é privada de um discurso moral indispensável e da discussão sobre os desacordos morais, mascarados pela “linguagem pretensamente neutra” do balanceamento sob a forma de proporcionalidade⁶⁷.

Tal relaciona-se ainda, sustenta-se, com a opção metodológica por uma conceção ampla do âmbito de proteção dos direitos, a chamada “definitional generosity”⁶⁸. Esta generosidade fornece inclusividade a troco de superficialidade, sustenta TSAKYRAKIS⁶⁹, e não permite afastar interesses baseados em justificações que deveriam ser excluídas à partida – aquilo a que chama as *justificações ilícitas*, que põem em causa a própria função de justificação dos direitos. A determinação do conteúdo de um direito, escreve, exige determinarmos o que ele tem de valioso e qual o seu lugar na constelação de valores políticos e morais da comunidade, ou seja, exige uma *argumentação moral*, que se perde com a adoção de uma perspetiva ampla sobre o âmbito de proteção⁷⁰.

c) O problema da (in)comensurabilidade e do rigor

Tudo pode ser medido e comparado? A possibilidade de uma métrica comum é problemática. A “metáfora do balanceamento”, sustenta-se, nada diz sobre o peso ou sobre a forma como os diversos interesses devem ser contrapesados, e isso esconde sob a fachada de uma métrica comum, “mecânica e quantitativa”, a impossibilidade

⁶⁶ STAVROS TSAKYRAKIS, *Proportionality*, p. 487.

⁶⁷ STAVROS TSAKYRAKIS, *Proportionality*, p. 493. Entre nós, JORGE REIS NOVAIS complementa o princípio da proporcionalidade com as dimensões da razoabilidade e determinabilidade, perspetiva que, para SUZANA TAVARES DA SILVA, *O tetralemma*, p. 648, pode ser vista como incorporando a (negligenciada) dimensão moral do princípio.

⁶⁸ STAVROS TSAKYRAKIS, *Proportionality*, p. 480.

⁶⁹ STAVROS TSAKYRAKIS, *Proportionality*, p. 488.

⁷⁰ STAVROS TSAKYRAKIS, *Proportionality*, p. 488.

de medir valores que são incomensuráveis⁷¹. Ora, sem comensurabilidade, sustenta-se, o balanceamento não é racional, mas intuitivo, improvisado, subjetivo e impreciso, ainda que forneça uma falsa aparência de calculabilidade⁷² e, mesmo, de cientificidade⁷³.

A única forma de conseguir comparabilidade seria, para TSAKYRAKIS, adotar uma forma de utilitarismo que reconduzisse todos os interesses a uma métrica comum (de felicidade, satisfação ou dinheiro), o que não só seria difícil como contraproducente (pois, caso fosse possível fazê-lo, o balanceamento deixaria de ser necessário)⁷⁴. Em suma, o “balancing” traduz uma forma de raciocínio apelativa e inclusiva, projetando uma imagem de simplicidade, inclusão (de interesses e razões) e de precisão, pois assume que podemos medir e calcular o peso relativo das coisas⁷⁵. Porém, faltar-lhe-ia precisamente rigor.

d) *A questão da relação entre legislador e juiz num contexto democrático e de separação de poderes*

As críticas relativas à relação entre legislador e juiz são alimentadas por considerações relativas, seja à legitimidade democrática e à separação e interdependência de poderes, seja às características específicas da função judicial que determinam a sua limitação funcional. Quanto às primeiras, alega-se que, em democracia,

⁷¹ STAVROS TSAKYRAKIS, *Proportionality*, p. 471, citando em nota Paul W. Kahn, *The Court, The Community and the Judicial Balance: The Jurisprudence of Justice Powell*: “The concept of «balancing» is itself both a metaphor and an abstraction. The metaphor is ambiguous. It describes both a process of measuring competing interests to determine which is «weightier» and a particular substantive outcome characterized as a «balance» of competing interests. The abstract concept of balancing, furthermore, tells us nothing about which interests, rights, or principles are weighted or how the weights are assigned.” *Vd.* ainda AHARON BARAK, *Proportionality*, p. 750, que designa esta crítica por crítica interna.

⁷² Sobre a crítica da falsa impressão de calculabilidade, *vd.* MATTHIAS KLATT / MORITZ MEISTER, *The constitutional structure of proportionality*, *apud* MATTIAS KUMM / ALEC D. WALEN, *Human Dignity and Proportionality*, p. 1.

⁷³ AHARON BARAK, *Proportionality*, p. 750.

⁷⁴ STAVROS TSAKYRAKIS, *Proportionality*, p. 471.

⁷⁵ STAVROS TSAKYRAKIS, *Proportionality*, p. 469.

o balanceamento cabe ao legislador, pelo que um juiz que faça balanceamento está a pôr em causa a separação de poderes e a agir de forma não democrática⁷⁶. Quanto às segundas, sustenta-se que o juiz não tem as ferramentas adequadas para proceder ao balanceamento, dadas as características do processo judicial e a dificuldade em lidar com dados empíricos⁷⁷.

A proporcionalidade integrada pelo balanceamento, alega-se ainda, concede ao juiz um excesso de discricionariiedade, pondo em risco a certeza jurídica e a proteção dos direitos humanos⁷⁸. Ora, em rigor, o receio pelo excesso de discricionariiedade e o perigo que daí advém para a proteção dos direitos resulta da ponderação em si mesma, creê-se, e não especificamente da que é feita pelo juiz, e por isso é independente da questão da separação e interdependência de poderes e da legitimidade para *dizer o Direito*.

Por outro lado, apesar de muitas vezes dirigida ao momento do balanceamento, a problemática da determinação dos limites entre legislador e juiz também se faz sentir, designadamente, no momento da necessidade, podendo discutir-se se e em que medida se justifica o controlo da necessidade (ou da escolha da medida) pelo poder judicial, no respeito pela liberdade de conformação do legislador⁷⁹.

⁷⁶ AHARON BARAK, *Proportionality*, p. 750 e BERNHARD SCHLINK, *Proportionality*, 2012, pp. 735 ss. SCHLINK, p. 735 escreve que tolerar o “balancing” judicial significa modificar o padrão democrático e aceitar como equivalentes legitimidade democrática direta – a do legislador – e indireta – a do juiz, bem como traduz uma certa desconfiança no procedimento de decisão parlamentar e confiança na decisão judicial.

⁷⁷ Segue-se aqui AHARON BARAK, *Proportionality*, p. 750.

⁷⁸ AHARON BARAK, *Proportionality*, pp. 750-751.

⁷⁹ SUZANA TAVARES DA SILVA, *O tetralemma*, pp. 647 ss., aludindo às perspetivas de Gomes Canotilho, que torna “inoperativo” o teste de necessidade, de Vieira de Andrade, que propõe a sua substituição pelo teste da razoabilidade, e Jorge Reis Novais.

3. Perspetivas para uma resposta aos críticos: a importância da análise de proporcionalidade

a) O problema de desvalorização dos direitos

Uma das críticas vistas *supra* é a de que a proporcionalidade fragiliza a posição dos direitos⁸⁰, desde logo colocando em pé de igualdade direitos e liberdades, por um lado, e interesses coletivos, por outro.

Por um lado, não é certo que o conflito se configure sempre como uma contraposição entre um direito e um interesse do Estado ou da comunidade. E se o fim for a salvaguarda de outro direito, por vezes do mesmo direito que estamos a ponderar sacrificar (*vd.* o caso do abate de aeronaves⁸¹), caso em que estaremos a balancear direito contra direito? Por outro lado, como nota SCHLINK, é uma simplificação excessiva, ou mesmo um erro, entender que os direitos e liberdades individuais estão *sempre* em oposição ao interesse estadual, desde logo porque o Estado tem também *interesse* em que os cidadãos gozem as suas liberdades, sendo estas frequentemente também bens coletivos⁸², fruto, diríamos nós, da sua dimensão objetiva.

Esta primeira questão supõe uma determinada conceção sobre a proteção dos direitos e o seu papel como trunfos. Mas, na verdade, não fecha a questão, pois podemos entender que a ponderação é inevitável e, mesmo assim, reforçar a posição dos direitos, não

⁸⁰ Remete-se aqui para os argumentos aduzidos por BERNHARD SCHLINK, *Proportionality*, 2012, pp. 732-735, para rebater esta crítica.

⁸¹ Veja-se o caso decidido pelo Tribunal Constitucional Alemão relativo à autorização para abate de aeronaves em caso de suspeita de ataque terrorista, *BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 15 Februar 2006 – 1BvR357-, Rn.1-156*. Disponível em http://www.bverfg.de/e/rs20060215_1bvr035705en.html Sobre este, entre nós, JORGE SILVA SAMPAIO, O caso alemão da “Lei de segurança da aviação” e a norma da dignidade da pessoa humana à luz de uma análise estrutural, in JORGE REIS NOVAIS e TIAGO FIDALGO DE FREITAS, *A dignidade da pessoa humana na justiça constitucional*, Coimbra, Almedina, 2018, p. 529 ss.

⁸² BERNHARD SCHLINK, *Proportionality*, 2012, pp. 732-725. O autor dá o exemplo da liberdade de expressão e de imprensa, que é um direito individual e uma garantia democrática e de controlo do exercício de poder associada ao mercado livre de ideias.

abdicando de os entender como *trunfos*, ainda que porventura num sentido mais débil⁸³. É a perspetiva de KLATT e MEISTER, para quem o controlo de proporcionalidade não é incompatível com a concessão dos direitos como trunfos em sentido “soft” (“soft trumping”), pois os direitos mostram a sua força, seja no momento da determinação dos fins (legítimos), exigindo que apenas contem para efeito de ponderação outros valores constitucionais, seja no momento do balanceamento propriamente dito, em que podem assumir maior peso abstrato do que outras considerações em jogo, desde logo por determinação constitucional⁸⁴. Como, de outra perspetiva, escreve SCHLINK, os direitos e liberdades podem mostrar a sua força de outras formas, isto é, *excluindo razões*, e isto mesmo entendendo a análise da proporcionalidade como um processo de argumentação e decisão no qual, *prima facie*, tudo pode ser invocado contra e a favor da adequação ou necessidade de uma medida e do balanceamento entre meios e fins, pois os direitos podem precisamente reduzir este universo, excluindo certos fins como legítimos (*vd. supra*)⁸⁵.

Em todo o caso, escreve BARAK, nem há à partida nenhuma razão para achar que um juiz protege menos os direitos num sistema que recorra à proporcionalidade (baseada no balanceamento) do que num sistema qualquer alternativo, já que a proporcionalidade é uma forma que tem de ser preenchida com um determinado conteúdo,

⁸³ Sobre os subtipos – forte, médio e fraco – da teoria dos trunfos, *vd.* SUSANA TAVARES DA SILVA, O *tetralema*, p. 648-649.

⁸⁴ MATTHIAS KLATT / MORITZ MEISTER, Proportionality, pp. 690 ss. Os autores definem o peso abstrato como “o peso que um princípio detém relativamente a outros princípios, independentemente das circunstâncias do caso”, podendo os princípios ter diferentes pesos abstratos, desde logo por determinação constitucional, conduzindo à seguinte lei (“law of trumping”): “quanto maior o peso abstrato de um direito, com maior probabilidade trunfará considerações concorrentes”. Esta força resultante do peso abstrato não determina o resultado do balanceamento, não se tratando de “razões categóricas”, mas do que designam por “*prima facie* trumping”.

⁸⁵ BERNHARD SCHLINK, Proportionality, pp. 732-725. Para o autor, também a atribuição do ónus da prova à “entidade intrusiva”, o Estado, *maxime* o Estado legislador, reforça os direitos e liberdades individuais, ainda que se suscitem problemas.

permitindo diferentes níveis de proteção⁸⁶. SCHLINK sublinha, por seu turno, a inconclusividade da ligação entre balanceamento judicial e direitos, uma vez que o balanceamento judicial tanto pode fortalecer como enfraquecer os direitos, sendo a incerteza que lhe está associada problemática, outrossim, do ponto de vista da legitimidade democrática⁸⁷.

b) *Proporcionalidade e dimensões morais*

Relacionando-se com estas dificuldades, surge o problema dos limites: não estaremos a pedir ao princípio da proporcionalidade que nos dê algo que já devia estar dado, os limites morais das medidas estaduais⁸⁸?

Como se viu *supra*, uma das críticas ao princípio da proporcionalidade é a sua neutralidade moral. Esta crítica é rebatida por MÖLLER⁸⁹, sustentando que o facto de o princípio *em si* ser uma “fórmula vazia”, na medida em que se traduz num procedimento metódico abstratamente delineado cujo resultado concreto não está pré-determinado, não significa que a análise de proporcionalidade seja conduzida de forma moralmente neutra, ou com rejeição de argumentos morais: abstração não se confunde com neutralidade moral. Tanto assim é, argumenta, que apenas os fins legítimos podem ser usados para justificar uma afetação do direito, o que é controlado

⁸⁶ AHARON BARAK, Proportionality, pp. 750-751, que acrescenta que não haver prova de que, em termos práticos, a proteção dos direitos humanos seja menor em sistemas que apliquem a proporcionalidade e o balanceamento do que em outros sistemas.

⁸⁷ BERNHARD SCHLINK, Proportionality, pp. 734-735. Quando o resultado da operação de balanceamento é incerto e subjetivo, coloca-se a questão de saber porque deve a subjetividade do juiz prevalecer sobre a do legislados. “Decisões subjetivas sobre a prossecução do bem comum são intrinsecamente políticas”, escreve, e a sua legitimação deve provir do processo democrático. O “balancing” judicial não é problemático quando corrige decisões de tribunais ou da administração, mas quando corrige decisões do legislador.

⁸⁸ *Vd.* a propósito o que escreve, sobre cálculos de proporcionalidade e guerra, MICHAEL WALZER, El argumento de la proporcionalidade, *Letras Libres*, n.º 89, 2009, pp. 39-40. Online em www.lettraslibres.com.

⁸⁹ KAI MÖLLER, Proportionality, pp. 716 ss.

logo no início da metódica da proporcionalidade. Para MÖLLER, o próprio conceito de proporcionalidade é moral e abre-se a considerações morais.

Esta discussão ilumina uma certa ambivalência do princípio da proporcionalidade. Por um lado, a proporcionalidade surge como uma espécie de “norma de segundo grau” (no sentido de Hart) sobre a forma de concretização de outros princípios ou de exercício da competência, “fórmula vazia” prescrevendo uma metódica ou um procedimento⁹⁰ mas sem pré-determinar o resultado e sendo, nesse sentido, instrumental. Por outro lado, tem igualmente um núcleo substancial, que é a ideia de *justa medida, proibição do excesso (ou do défice)*, que não está pré-definida, mas tem de ser concretizada, com natureza e estrutura de princípio⁹¹, cuja realização se materializa precisamente num *procedimento* e, nesse sentido, tem também uma intencionalidade específica de natureza moral. Finalmente, a metódica de aplicação do princípio está aberta a considerações morais.

Para MÖLLER, a aplicação do princípio da proporcionalidade supõe uma argumentação moral. Com efeito, os juízes agem balizados pelas constituições ou instrumentos de proteção de direitos que fornecem balizas morais, e a proporcionalidade obriga o juiz a desenvolver uma justificação (argumento moral) acerca do contrapeso aceitável de razões⁹². O princípio da proporcionalidade não impede que se atinjam maus resultados, mas o problema não reside, nesse caso, no princípio, mas na forma como foi usado.

Do mesmo modo, a crítica à generosidade na determinação do âmbito do direito, que não permite excluir as “justificações ilícitas”, é, em rigor, externa ao princípio da proporcionalidade. Com efeito, parece-nos, por um lado, que a proporcionalidade não exige uma teoria alargada do âmbito de proteção. Por outro, não há nenhum

⁹⁰ *Vd. VITALINO CANAS, O princípio da proibição do excesso na conformação e no controlo de atos legislativos*, Coimbra, Almedina, 2017, p. 890.

⁹¹ VITALINO CANAS, *O princípio*, 2017, p. 898, pronuncia-se no sentido de a proporcionalidade como norma de ação se aproximar do conceito de regra e a proporcionalidade como norma de conteúdo se aproximar do conceito de princípio.

⁹² KAI MÖLLER, *Proportionality*, p. 717.

obstáculo a que se entenda que apenas depois de determinado o âmbito de proteção da norma (e os candidatos positivos à inclusão nesse âmbito) entra em cena a proporcionalidade, ou a que as justificações ilícitas podem, precisamente, ser excluídas no controle da legitimidade dos fins (para alguns, primeiro teste do controle da proporcionalidade)⁹³.

MATTIAS KUMM e ALEC D. WALEN alertam para a complexidade do balanceamento e para o pluralismo de argumentações morais. Argumentam que o balanceamento não só não afasta, como pressupõe, a deontologia, mas que esta é, ela própria, estruturalmente pluralista (“pluralismo deontico”), no sentido em que abrange vários tipos de razões que justificam que concedamos mais peso a uns interesses do que a outros⁹⁴. Não propõem uma conceção abrangente de balanceamento que determine qual será o equilíbrio certo em todos os casos, argumentam apenas que a operação de balanceamento terá que fazer referência apropriada às restrições que surgem do respeito pela dignidade e sua tradução nos casos sob análise⁹⁵. O balanceamento, escrevem, não é mecânico, antes exige ao decisor que leve em conta todas as dimensões relevantes que não foram tidas em conta nas fases anteriores do princípio da proporcionalidade (legitimidade dos meios, adequação, necessidade); sobretudo, não há uma tensão entre balanceamento, por um lado, e deontologia e dignidade

⁹³ KAI MÖLLER, *Proportionality*, p. 718.

⁹⁴ Compreendendo, mas não se circunscrevendo, à proibição de utilização de pessoas como meios (e não como fins), ela mesma suscetível de diferentes entendimentos, MATTIAS KUMM / ALEC D. WALEN, *Human Dignity*, pp. 3–4. Os autores ilustram a sua afirmação discutindo, não apenas a instrumentalização das pessoas contra a sua vontade, mas outros casos em que as considerações deontológicas são relevantes no balanceamento, mas não se apresentam como “side constraints”, antes como razões a ter em conta no balanceamento, *vd.* MATTIAS KUMM / ALEC D. WALEN, *Human Dignity*, pp. 4 ss. Veja-se, para a proibição de instrumentalização, o caso decidido pelo Tribunal Constitucional Alemão relativo à autorização para abate de aeronaves em caso de suspeita de ataque terrorista, *BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 15 Februar 2006 – 1BvR357-, Rn.1-156*.

⁹⁵ MATTIAS KUMM / ALEC D. WALEN, *Human Dignity*, p. 4.

da pessoa humana, por outro⁹⁶. “A proporcionalidade é apenas a estrutura que guia os juízes no processo de argumentação e decisão sobre se uma determinada medida respeita ou não os direitos”, escreve MÖLLER, fazendo-os procurar um fim legítimo, determinar se as medidas são adequadas e necessárias e, finalmente, se não são excessivas e, nesse sentido, a análise de proporcionalidade é análise moral⁹⁷ que fornece ao juiz uma ferramenta analítica poderosa para decompor uma questão complexa em momentos e, dessa forma, justificar melhor a sua decisão⁹⁸.

Assim sendo, do que se trata não é de afastar dimensões morais do âmbito do balanceamento, mas de assumir que a argumentação moral possa assumir uma variedade de formas, com reflexos no *modus operandis* da operação de balanceamento. MÖLLER identifica duas aceções diferentes de balanceamento, que correspondem a duas formas de argumentação moral⁹⁹ – balanceamento como contrapeso de interesses ou análise custo-benefício (“interest balancing”), que pressupõe que os direitos e interesses sejam medidos e os seus pesos relativos comparados, e balanceamento como argumentação (“balancing as reasoning”), sendo neste sentido que surge muitas vezes nas controvérsias constitucionais. Entende que o que é problemático – e, nesse caso, foi bem identificado pelos críticos – é o entendimento de que o balanceamento deve ser *sempre* feito em termos de custo-benefício¹⁰⁰.

Ou seja, esta forma de entender o balanceamento permite que questões deontológicas ou argumentos morais possam intervir nesta

⁹⁶ MATTIAS KUMM / ALEC D. WALEN, *Human Dignity*, pp. 22-23. Segundo os autores, ob. cit., p. 22, é um erro pensar que os direitos humanos têm uma estrutura dupla, parcialmente sujeitos ao balanceamento e parcialmente deontológicos, dada a ligação à dignidade da pessoa humana, antes o discurso moral subjacente ao balanceamento é deontológico e baseado na dignidade humana; por outro lado, a perspectiva deontológica da dignidade não se circunscreve a uma concepção, a da proibição de usar as pessoas como meios ao serviço dos fins de outrem, é estruturalmente pluralista.

⁹⁷ KAI MÖLLER, *Proportionality*, p.726.

⁹⁸ KAI MÖLLER, *Proportionality*, p.727.

⁹⁹ KAI MÖLLER, *Proportionality*, p. 715.

¹⁰⁰ KAI MÖLLER, *Proportionality*, p. 730.

sede, e que intervenham de forma imparcial, enquanto “inclusão de razões”. Deste ponto de vista, o princípio da proporcionalidade pode ser visto como instrumento de acomodação do pluralismo. Como se escreveu já, “assumindo que o Estado não pode ser totalmente neutro quanto aos *finis* (porque não é uma entidade abstrata, mas uma realidade histórica e formada por pessoas que, em termos práticos, orientam a sua ação por fins comuns), poderemos continuar a sustentar que o seja quanto ao modo de atuação e eleição dos referidos fins, perante a inevitabilidade das escolhas em contextos plurais”¹⁰¹. Do ponto de vista da justificação, a neutralidade aproximar-se-ia do conceito de imparcialidade como obrigação de inclusão de todos os interesses relevantes, sob pena de défice ou ausência de ponderação, prossequindo o igual respeito entre todos os afetados e reforçando a tutela das minorias¹⁰².

c) *Diferentes aceções de incomensurabilidade e a racionalização do balanceamento*

Uma das críticas ao balanceamento centra-se na impossibilidade de comparar os bens em presença, ou incomensurabilidade. Ora esta incomensurabilidade pode ser tomada em diferentes aceções, ou mesmo dispensada¹⁰³. Uma vez mais, como se viu no ponto anterior, do que se trata é de determinar que conceção de balanceamento adotar.

MÖLLER decompõe o conceito em incomensurabilidade forte, em que realmente não temos argumentos para comparar e preferir, e incomensurabilidade fraca, caso em que podemos relacionar ambos os valores e temos critérios para os ordenar (por exemplo,

¹⁰¹ ANABELA COSTA LEÃO, *Constituição e interculturalidade: da diferença à referência*, Dissertação de doutoramento apresentada à FDUNL, 2013, p. 211.

¹⁰² ANABELA COSTA LEÃO, *Constituição*, pp. 211-212 e bibliografia de suporte aí citada.

¹⁰³ Ou mesmo dispensada ou substituída, no sentido proposto por BRUCE CHAPMAN, *Incommensurability, proportionality, and defeasibility, Law, Probability, and Risk*, 12, 3-4, 2013, pp. 259 ss.

prioridade lexical)¹⁰⁴. Muitas das situações são situações de incomensurabilidade fraca, em que a ponderação enquanto “ponderação de todas as considerações relevantes”, no sentido proposto por MÖLLER¹⁰⁵, pode ajudar a determinar qual dos direitos ou interesses deve *em concreto* prevalecer, mesmo sem ou para além de uma análise custo-benefício em sentido estrito, *e.g.* económico. Caso se chegue à conclusão de que se está perante um caso de incomensurabilidade forte, em que não é possível desenvolver um raciocínio argumentativo que conduza à “resposta certa”, então parece que terá de ser o legislador a optar e que o juiz não poderá controlar essa opção¹⁰⁶. Mas, como bem nota MÖLLER, a questão da comensurabilidade não é decisiva – mesmo que os dois bens em conflito sejam comensuráveis, daí não resulta que possamos simplesmente resolver o caso com base em números¹⁰⁷.

Já para AHARON BARAK, a fase do balanceamento supõe uma análise da relação entre o benefício social que resulta da realização do fim (promover um interesse público ou proteger um direito) e o benefício social que resulta de evitar a limitação do direito constitucional em causa, em termos de benefício social marginal¹⁰⁸.

¹⁰⁴ KAI MÖLLER, *Proportionality*, pp. 719 ss., retomando a distinção entre tipos de incomensurabilidade proposta por Waldron.

¹⁰⁵ KAI MÖLLER, *Proportionality*, p.721.

¹⁰⁶ KAI MÖLLER, *Proportionality*, p.722.

¹⁰⁷ KAI MÖLLER, *Proportionality*, p.719. O autor dá como exemplo um hipotético caso em que o Estado exigisse que uma pessoa ao acaso fosse morta para que os seus órgãos pudessem salvar cinco pessoas, em que o facto de o bem em causa ser o mesmo – a vida – não permite simplesmente concluir que cinco vidas valham mais do que uma, justificando a medida. Uma vez mais, o já referido caso do abate de aviões decidido em 2006 pelo *BVerfG* permitiria ilustrar esta hipótese.

¹⁰⁸ AHARON BARAK, *Proportionality*, pp. 744-745. Para o autor, *ob. cit.*, p. 745, e como se referiu já, trata-se de determinar quando um fim legítimo pode ser prosseguido mesmo que tal implique a limitação de um direito constitucional, o que supõe o balanceamento entre a importância social do benefício obtido com a realização do fim e a importância social de evitar a limitação do direito constitucional em causa. A solução, escreve, é consistente com a lei de balanceamento de ALEXY, mas distingue-se da abordagem do autor alemão pois este não leva em conta a importância social do fim e do direito em causa, mas apenas o grau de limitação, escreve (*ob. cit.*, p. 746).

Assim sendo, existe um denominador comum que permite que o balanceamento seja racional, afastando a acusação de ser impreciso e subjetivo devido à incomensurabilidade, sendo esse denominador comum a importância social de realizar um princípio e evitar a limitação de outro princípio¹⁰⁹.

Também KLATT e MEISTER rebatem a objeção da incomensurabilidade, sustentando que não é decisiva: o balanceamento exige comparabilidade, mas não comensurabilidade (em sentido forte ou fraco), e a comparabilidade estabelece-se através da criação de uma escala comum¹¹⁰.

d) Ilegitimidade do controlo judicial

As críticas à alegada ilegitimidade e falta de democraticidade do balanceamento judicial podem ser rebatidas com vários argumentos.

Por um lado, pode invocar-se a sua legitimidade ou credencial constitucional – é a constituição a estabelecer, expressa ou implicitamente, o controlo judicial, em geral, e a autoridade do juiz para balancear princípios contrapostos ao escrutinar a limitação de um direito, em particular, escreve BARAK¹¹¹. Por outro lado, pode sustentar-se que o “balancing” judicial preserva, ao invés de prejudicar, a democracia e a separação de poderes, havendo uma repartição de tarefas que confere ao legislador a possibilidade de balancear interesses públicos e direitos individuais e ao juiz o poder de “última palavra”, através do qual se garante a proteção constitucional dos direitos, se realiza a democracia em sentido material e o equilíbrio

¹⁰⁹ AHARON BARAK, *Proportionality*, p. 750. Trata-se, em suma, de saber se benefício social marginal de efetivar um princípio é suficiente para justificar a limitação marginal do outro, escreve. Para o autor, *ob. cit.*, *loc. cit.*, tal fornece ao balanceamento uma base racional, que não desaparece pelo facto de, por vezes, se conceder alguma discricionariedade a quem o faz (seja o juiz, o legislador ou a administração).

¹¹⁰ MATTHIAS KLATT / MORITZ MEISTER, *Proportionality*, pp. 696 ss.

¹¹¹ AHARON BARAK, *Proportionality*, p. 751. De resto, para o autor, se a constituição não quiser que o juiz recorra à proporcionalidade em geral e ao “balancing” em particular, deve dizê-lo expressamente.

entre regra da maioria e direitos individuais¹¹². Para isto contribuiriam a estrutura institucional e a independência dos tribunais, bem como a sua distância de pressões políticas¹¹³.

As objeções ou dificuldades inerentes à ponderação ou, mais amplamente, à análise da proporcionalidade feita pelo juiz não se afastam, em geral, das objeções ou dificuldades inerentes à fiscalização jurisdicional de atos do legislador, como escreve BARAK¹¹⁴, ou das objeções apresentadas ao chamado “constitucionalismo principialista”, acusado de debilitar a certeza e a segurança na aplicação do Direito, conceder demasiado à ponderação e favorecer a “jurisdicionalização das escolhas políticas” legitimando o ativismo judicial¹¹⁵, *maxime* do Tribunal Constitucional, ou, noutro plano ainda, da discussão mais ampla sobre a “guarda dos direitos” em Estados constitucionais democráticos caracterizados pelo pluralismo¹¹⁶.

Como se escreveu já, “a organização de um modelo pluralista convoca a necessidade de uma articulação entre constituição, legislador e tribunais, cabendo à primeira a fixação das «regras secundárias» do pluralismo, ao legislador a concretização, num «espaço de jogo» constitucionalmente enquadrado que corresponde ao exercício da função legislativa, e ao juiz o controlo das opções do legislador por referência a parâmetros constitucionais”¹¹⁷. Sobretudo em domínios de “divergência razoável” na sociedade aberta e plural, será de reconhecer ao legislador um necessário espaço de gestão da diversidade na comunidade plural, cabendo aos tribunais determinar os limites

¹¹² AHARON BARAK, Proportionality, p. 751.

¹¹³ AHARON BARAK, Proportionality, p. 751.

¹¹⁴ AHARON BARAK, Proportionality, p. 751.

¹¹⁵ *Vd.* JOSÉ LAMEGO, *Elementos de metodologia jurídica*, Coimbra, Almedina, 2016, pp. 274-275.

¹¹⁶ Sobre a questão, *vd.* JEREMY WALDRON, The Core of the Case Against Judicial Review, *Yale Law Journal*, 2006, pp. 115 ss. Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/ylj/vol115/iss6/3>. E ainda, em diálogo com WALDRON, sobre desacordo sobre direitos fundamentais e justiça constitucional, JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático*, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, pp. 149 ss.

¹¹⁷ ANABELA COSTA LEÃO, *Constituição e interculturalidade*, p. 326.

da controlabilidade judicial¹¹⁸, tendo por pano de fundo o princípio da separação e interdependência de poderes¹¹⁹.

Do ponto de vista da separação e interdependência de poderes, e tendo presente a crítica ao “ativismo” judicial já mencionada, tudo está em estabelecer a fronteira entre o que cabe ao legislador e o que cabe aos órgãos de controlo¹²⁰ ou, na terminologia de BARAK, a “zona de proporcionalidade”¹²¹.

De resto, as críticas ao balanceamento judicial não têm necessariamente de se reconduzir à sua alegada ilegitimidade democrática, podem resultar também do carácter problemático, que já aqui se explorou, das operações de balanceamento em si, sejam ou não conduzidas pelo juiz.

4. Que balanço?

A proporcionalidade é um princípio em expansão, reclamando o estatuto de princípio global ou universal. Algumas dimensões

¹¹⁸ Segue-se aqui, de perto, a formulação adotada pelo Tribunal Constitucional no Acórdão n.º 121/2010. Aí se afirmou, seguindo o Acórdão n.º 105/90 do Tribunal Constitucional, que, “quando na comunidade jurídica tenham curso perspectivas diferenciadas e pontos de vista díspares e não coincidentes sobre as decorrências ou implicações que dum princípio “aberto” da Constituição devem retirar-se para determinado domínio ou para a solução de determinado problema jurídico”, *id est*, na situação em que haja de “reconhecer-se e admitir-se como legítimo, na comunidade jurídica, um “pluralismo” mundividencial ou de concepções – sem dúvida cumprirá ao legislador (ao legislador democrático) optar e decidir” (§26).

¹¹⁹ ANABELA COSTA LEÃO, *Constituição e interculturalidade*, p. 326.

¹²⁰ Segundo AHARON BARAK, *Proportionality*, p. 751, o objetivo do controlo judicial não é que o juiz apresente uma nova estrutura legislativa conforme à constituição, mas “determinar a constitucionalidade da estrutura apresentada pelo legislador”, não cabendo ao juiz “estabelecer prioridades nacionais”, mas controlar se as medidas adotadas pelo legislador segundo as prioridades que estabeleceu são proporcionais.

¹²¹ Segundo AHARON BARAK, *Proportionality*, p. 748, a “zona de proporcionalidade” é o domínio do legislador, no qual ele exerce discricionariedade quanto à necessidade de legislação, fins, meios e as limitações que terão de ser impostas a direitos fundamentais; manter as fronteiras da “zona de proporcionalidade” é a tarefa do juiz.

da sua aplicação e justificação permanecem, porém, controvertidas. Neste texto, identificamos algumas críticas ao princípio da proporcionalidade, dirigidas sobretudo a uma das suas fases, a do balanceamento ou proporcionalidade em sentido estrito. Em síntese, alega-se que o recurso à proporcionalidade fragiliza os direitos e obscurece as suas dimensões morais, que o balanceamento é impreciso e pouco rigoroso, desde logo por causa da incomensurabilidade dos valores que se pretendem contrapesar, e que o controlo judicial da proporcionalidade das medidas legislativas é problemático do ponto de vista da democracia e da separação de poderes. Em resposta, sustenta-se que a proporcionalidade está aberta a dimensões morais, não fragiliza os direitos, antes pode reforçar a sua proteção através de exigências de fundamentação acrescida, que, desde que devidamente compreendido, o balanceamento não é perigoso nem subjetivo ou impreciso, ainda que seja complexo, e que o controlo judicial da proporcionalidade está, não só democraticamente legitimado, como não fere, em abstrato, a separação de poderes. Em jeito de balanço, parece ser de concluir, como propõe BARAK, que as vantagens excedem as críticas¹²², e que o princípio da proporcionalidade tem um importante papel a desempenhar ao serviço da justificação e racionalização do controlo das afetações de direitos fundamentais.

Não pode confundir-se o princípio da proporcionalidade, ou mesmo o balanceamento, com o mau uso que dele possa ser feito, designadamente utilizando-o como mecanismo que permite exceder os limites do controlo de constitucionalidade ou alimentar o ativismo judicial¹²³, ou decidir questões de direitos de forma não suficientemente fundamentada. Outros instrumentos, de resto, poderão permitir essa utilização ilegítima, não menos do que o princípio da proporcionalidade¹²⁴. Tal não significa que não subsistam “proble-

¹²² AHARON BARAK, *Proportionality*, p. 450 e, também, MATTHIAS KLATT / MORITZ MEISTER, *Proportionality*, p. 708.

¹²³ Discutindo os riscos do “balanceamento judicial” e do ativismo dos tribunais, *vd.* BERNHARD SCHLINK, *Proportionality*, p. 736.

¹²⁴ Assim, segundo NIELS PETERSEN, com base num estudo empírico de decisões do *BVerfG*, do Tribunal Constitucional da África do Sul e do Supremo Tribunal

mas estruturais”, carecidos de reflexão, relativos à forma como deve ser realizada a análise de proporcionalidade, ao papel e estrutura do balanceamento, ou à determinação dos critérios através dos quais este deve operar¹²⁵.

A “abertura metodológica” do princípio da proporcionalidade pode ser vista como uma força, ao invés de uma fraqueza. Como escreve SCHLINK, a sua abertura torna a proporcionalidade a arena na qual diferentes entendimentos da relação entre cidadão e Estado e entre tribunal e legislador podem confrontar-se¹²⁶. Mas, e tendo especialmente em vista a questão da dimensão de moralidade política vista e debatida *supra*, torna também o princípio aberto à diversidade e ao pluralismo, e apto para a sua universalização, na medida que se revela inclusive a uma pluralidade de razões¹²⁷.

Finalmente, a compreensão atual e futura do princípio não pode esquecer precisamente a sua universalização nem o seu possível “efeito standardizador” das culturas constitucionais¹²⁸. Não obstante a sua vocação transcultural, enquanto resposta universal a problemas universais, a expansão do princípio da proporcionalidade não está

do Canadá, não se pode concluir que o recurso ao “balancing” sirva para reforçar o ativismo. O estudo mostra que os tribunais não usam o “balancing” para promover o seu ativismo, antes se autolimitam e usam a proporcionalidade como instrumento de controlo de racionalidade (“instrument of rationality review”). Mostra ainda que outros mecanismos à partida mais inofensivos podem também ser utilizados para reforçar os poderes de intervenção dos tribunais. NIELS PETERSEN, *Do Constitutional Courts Use Balancing to Promote Judicial Activism?* 2015, *Latest Thinking*, LT Video Publication DOI: <https://doi.org/10.21036/LTPUB10012> Trata-se de um resumo de NIELS PETERSEN, *Verhältnismäßigkeit als Rationalitätskontrolle. Eine Rechtsempirische Studie Verfassungsrechtlicher Rechtsprechung zu den Freiheitsgrundrechten*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2015.

¹²⁵ BERNHARD SCHLINK, *Proportionality*, pp. 727-728.

¹²⁶ BERNHARD SCHLINK, *Proportionality*, pp. 730-731.

¹²⁷ Sobre a questão, SUZANA TAVARES DA SILVA, *O tetralemma*, p. 649.

¹²⁸ Como escreve BERNHARD SCHLINK, *Proportionality*, p.736, a aplicação do princípio da proporcionalidade teve e continuará a ter um efeito standardizador nas diferentes culturas constitucionais ou, de outra perspetiva, antes é um *standard* que as diferentes culturas constitucionais partilham, fazendo parte de uma gramática constitucional que é a base de todas as linguagens e culturas constitucionais, e do qual estas se tornam progressivamente mais conscientes.

isenta de riscos e desafios¹²⁹, desde logo os que resultam da diversidade de sistemas jurídicos e da articulação com as suas identidades específicas¹³⁰.

¹²⁹ Para os quais adverte SUZANA TAVARES DA SILVA, *O tetralemma*, pp. 640 ss.

¹³⁰ SUZANA TAVARES DA SILVA, *O tetralemma*, pp. 640 ss. Em especial, MOSHE COHEN-ELYIA / IDDO PORAT, *Is Proportionality Culturally Based?*, advertem para as dimensões de oportunidade e risco e para o impacto sobre as doutrinas jurídicas locais: “The universal and generic nature of proportionality holds both promise and risk. There is the promise of coherence and simplicity and of the benefits of participating in a global dialogue and global project. But, in Einstein’s words, “everything should be made as simple as possible, but not simpler.” (...) a risk posed by proportionality when it is incorporated into new legal systems that, as a result, local doctrines will lose their nuance and richness and become less adapted to their own environment. To use a zoological analogy, proportionality can be compared to the universally adaptable bird that migrates and pushes out local species wherever it lands. In this case, too, functionality and adaptability come at a cost in terms of the richness of the local environment”.

