

O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

XIII ENCONTRO
DE PROFESSORES DE DIREITO PÚBLICO

COMISSÃO ORGANIZADORA

DULCE LOPES
FRANCISCO PEREIRA COUTINHO
CATARINA SANTOS BOTELHO



• U • C •
INSTITUTO IVRIDICO
FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE
COIMBRA

ij

O presente livro foi realizado no âmbito das actividades da Área de Investigação «Risco, Transparéncia 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

© SETEMBRO 2021

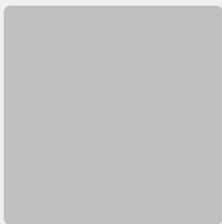
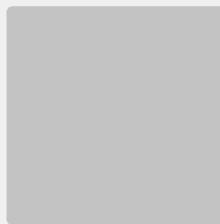
Instituto Jurídico | Faculdade de Direito | Universidade de Coimbra

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 PRÍNCIPIO 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 Príncípio 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 aplicação 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

Juízos de proporcionalidade – em Direito Internacional¹

Armando Rocha

1. O princípio jurídico da proporcionalidade é comumente reconhecido pelas ordens jurídicas constitucionais como um critério normativo de valoração da atuação pública, exigindo, *grosso modo*, que a conduta pública seja racional e razoável, de forma a impedir uma lesão indevida dos direitos e interesses legalmente protegidos dos indivíduos. De modo a permitir este juízo, o princípio da proporcionalidade é usualmente decomposto nas dimensões de adequação, necessidade e proporcionalidade *stricto sensu* – dimensões relacionais e ancoradas em juízos abstratos e, no caso da proporcionalidade *stricto sensu*, com elementos subjetivos de valoração axiológica.

No direito internacional público, o princípio da proporcionalidade tem sido igualmente reconhecido como elemento central desta ordem jurídica. Com efeito, sendo um conceito geral de Direito (e não um princípio específico de uma ordem jurídica interna concreta), o princípio da proporcionalidade é passível de ser universalizado e aplicado plenamente no contexto jus-internacional. Aliás, a origem monista comum do direito internacional e dos diferentes direitos internos (ainda enquanto *jus gentium*) explica a facilidade

¹ Este texto foi preparado como suporte para a intervenção oral no XIII Encontro de Professores de Direito Público, realizado em Coimbra, a 24 de janeiro de 2020. Por esta razão, há uma certa brevidade na exposição e análise jurídica que se justifica com a natureza própria da intervenção oral.

de partilha entre as ordens jurídicas internas e internacional destes conceitos gerais e meta-positivos de Direito.

De um ponto de vista jus-positivo, a atual alínea *c*) do n.º 1 do artigo 38.º do Estatuto do Tribunal Internacional de Justiça indica que, no âmbito da sua função de composição de litígios internacionais, este órgão pode socorrer-se dos “princípios gerais de direito reconhecidos pelas nações civilizadas”. É verdade que esta norma não tem por missão identificar ou enumerar as fontes de direito (ou, com mais rigor, as fontes de obrigações) internacionais (tarefa que, aliás, é exógena à própria ordem jurídica), mas ainda assim dispõe de autoridade suficiente para identificar as normas e fontes pacificamente aceites em direito internacional, aqui incluindo os princípios gerais de direito. Uma linha muito próxima foi seguida pelo artigo 21.º do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, cuja alínea *c*) do n.º 1 se refere aos “princípios gerais de direito que o Tribunal retire do direito interno dos diferentes sistemas jurídicos”.

Em ambos os casos, estas normas convencionais permitem consolidar o estatuto jus-internacional do princípio da proporcionalidade. Com efeito, de acordo com o elemento semântico destas disposições, o catálogo de princípios gerais de direito aplicáveis em direito internacional deve incluir as normas jurídicas (1) não escritas, (2) de conteúdo normativo abrangente, (3) que sejam reconhecidas pelos direitos internos e (4) que sejam suscetíveis de transposição para o direito internacional. A chave para a descodificação destes princípios parece encontrar-se sobretudo nos pontos (3) e (4) agora enunciados: por um lado, verificando-se o quão “reconhecidos” são estes princípios gerais de direito; por outro lado, verificando-se se esta metamorfose é possível (i.e., se um determinado princípio geral de direito, como a proporcionalidade, pode servir de critério de solução de um caso concreto não apenas perante um litígio de direito interno, mas também de direito internacional). Ora, a generalização do reconhecimento jus-constitucional do princípio da proporcionalidade, aliada à facilidade de aplicação deste princípio na ordem jurídica internacional (comprovada pela sua afirmação nos diversos regimes jurídicos especiais de direito internacional), permitem com facilidade qualificá-lo como princípio geral de direito internacional.

2. Porém, o processo de migração conceptual do princípio da proporcionalidade carece ainda de algumas notas.

Em primeiro lugar, para salientar que este transplante tem sido progressivamente mais fragmentado – o que quadra bem com a sua imersão numa ordem jurídica internacional que é, ela própria, geneticamente fragmentada. A verdade é que falar-se num (em “um”) princípio de proporcionalidade em direito internacional é ignorar que as especificidades e desafios deste princípio no microcosmos dos direitos humanos são diferentes das especificidades e desafios que lhe são colocados no âmbito do direito mar, do uso da força ou do direito do investimento. Na realidade, não apenas os critérios de valoração são distintos, como a própria função da proporcionalidade em cada um destes regimes jurídicos especiais diverge, como se verá *infra*. Ora, não havendo prevalência de um sistema especial sobre outro, nem tampouco um denominador comum entre eles, apenas se pode extrair de todos estes domínios um princípio redutor e reduzido de proibição de desrazoabilidade – essa mesma ideia de razoabilidade que alguns direitos internos já autonomizaram como princípio jurídico.

A segunda nota refere-se a um enviesamento mental decorrente da sociologia do ensino do direito, centrada no treino e uso de instrumentos jurídicos internos que são ensinados como meta-positivos². Ou seja, no processo de formação de um jurista, somos expostos a conceitos jurídicos de tal forma rarefeitos num processo de abstração que intuímos que estes conceitos são susceptíveis de universalização. Por isso, quando nos referimos a “direito”, “obrigação” ou “propriedade” num diálogo com um jurista de outra nacionalidade, intuímos de forma inconsciente (mas não necessariamente correta) que o interlocutor partilha exatamente o mesmo conceito que estamos a utilizar – mas nada podia estar mais longe da verdade. Os três exemplos que foram dados são paradigmáticos, pois são três casos em que a doutrina jus-internacional tem chegado a três conclusões: em primeiro lugar, que não existe um conceito jurídico comum entre as diversas ordens jurídicas e que possa ser universalizado; em segundo

² E.g., cf. HERSCH LAUTERPACHT, *Private Law Sources and Analogies of International Law*, Longmans, 1927, pp. 5 ss.

lugar, que a própria compreensão sócio-cultural destes conceitos é demasiado heterogénea para permitir essa universalização; e, por fim, que a construção destes conceitos em cada ordem jurídica interna é o produto da necessidade de resolver problemas jurídicos específicos a cada ordem jurídica e que não são necessariamente mimetizados no direito internacional. Ora, a mesma dificuldade estrutural já foi prontamente identificada a propósito do princípio da proporcionalidade – pensado, como se referiu antes, para a contenção do poder público numa ordem jurídica integrada verticalmente, mas que é transposto para uma ordem jurídica horizontal e não integrada. Para além disso, os juízos de ponderação e de valoração que são próprios ao princípio da proporcionalidade estão impregnados de pré-compreensões culturais, extra-jurídicas, pelo que um juízo de proporcionalidade formulado por um jurista de um certo quadrante geográfico, social ou cultural pode diferir do juízo formulado por um jurista com outra origem geográfica, social ou cultural.

3. Em todo o caso, já referi que há casos em que o princípio da proporcionalidade foi desenvolvido no quadro do direito internacional, tendo em vista a realização de funções diferentes e há muito identificadas na doutrina jurídica: *e.g.*, o controlo e limitação da margem de oportunidade do poder público; a ponderação entre direitos e liberdades conflituantes; o estabelecimento de um *standard* de sindicância judicial; ou a contenção e racionalização do poder judicial.

Para facilidade de exposição e de uma forma assumidamente não científica, vou agrupar a análise da proporcionalidade em quatro categorias diferentes, demonstrativas da ideia de que o recurso ao princípio da proporcionalidade em direito internacional não se reduz a uma única função – logo, não se reduz a um único juízo.

4. Um primeiro caso tem a ver com a *proporcionalidade enquanto instrumento de controlo da atuação dos Estados e tem emergido em particular no quadro da proteção internacional dos direitos humanos*. Esta, aliás, não é uma emergência que nos surpreenda, pois o sucesso do princípio da proporcionalidade no mercado das ideias jurídicas está intimamente ligado ao facto de ele ser um meio bastante ágil de contenção e

sindicação do exercício da autoridade pública, sendo por isso particularmente adequado para o contexto de processos de integração vertical, no quadro de uma cultura democrática de “fundamentação” da atuação dos poderes públicos que condiciona a validade de qualquer atuação pública ao cumprimento de padrões materiais-substancialmente estritos. Neste quadro, a persuasão dos destinatários da atuação pública não deriva do medo cósmico instilado pela ideia de poder³, mas antes, *inter alia*, da racionalidade e razoabilidade da sua atuação.

Claro está que a Convenção Europeia dos Direitos Humanos (para me socorrer de um exemplo que nos é próximo) não transforma a estrutura horizontal e não integrada do direito internacional, mas permite a um órgão judicial internacional averiguar a conformidade de uma atuação nacional com um tratado de proteção de direitos humanos – atuação nacional esta que se realiza em relações jurídicas internas, estas sim verticalmente integradas.

A título puramente ilustrativo, veja-se o caso *Sejdic and Finci*, no qual o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos declarou que os direitos dos indivíduos queixosos (*in casu*, direitos de participação eleitoral ativa) foram infringidos pela própria Constituição da Bósnia-Herzegovina, exortando este Estado a rever o seu texto fundamental. Os factos deste caso remontam aos Acordos de Dayton (1995), que construíram um sistema político-eleitoral de compromisso entre os diferentes “povos constituintes” deste Estado (i.e., bósnios, sérvios e croatas), vedando o direito de ser eleito para alguns órgãos de soberania aos indivíduos que não pertençam a algum destes “povos constituintes”. Questionado sobre se esta restrição era conforme, *inter alia*, com o disposto nos artigos 14.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e 3.º do Protocolo Adicional n.º 1, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos declarou a violação destas disposições, na medida em que o regime jurídico de acesso aos órgãos de soberania em causa “não satisfaz o requisito de proporcionalidade”⁴, porquanto a evolução política e social posterior aos

³ MIKHAIL BAKHTIN, *Rabelais and His World* [1965], Indiana University Press, 1984, pp. 335-336.

⁴ *Sejdic and Finci v. Bosnia and Herzegovina* (Apps 27996/06 & 34836/06), Acórdão do ECtHR de 22.12.2009, § 46.

Acordos de Dayton permitiria configurar medidas menos ablativas do direito de participação eleitoral ativa (violação da dimensão de necessidade), tornando por isso desrazoável a impossibilidade do acesso aos órgãos de soberania em causa de indivíduos que não pertençam aos “povos constituintes” (violação da dimensão de proporcionalidade *stricto sensu*)⁵.

Por outro lado, ao abrigo da sua jurisprudência sobre obrigações positivas, este apelo pela aplicação do princípio da proporcionalidade a relações jurídicas verticais já foi transposto para o âmbito de relações jurídicas entre sujeitos privados (designadamente, relações jurídicas laborais⁶), com o intuito de estabelecer um critério de proporcionalidade comumente aplicado pelos diversos Estados e, destarte, contribuir para a formação da ordem pública ou constitucional europeia. Aqui, porém, o foco central já não é o controlo ou limitação do poder público do Estado em relação aos particulares, mas antes a sindicância da ponderação de valores feita pelos órgãos judiciais de um Estado em caso de colisão de direitos e liberdades fundamentais dos particulares.

Nestas situações, o princípio da proporcionalidade tem um efeito emancipador, uma vez que as ponderações de valor necessárias para se aferir do cumprimento das disposições da Convenção Europeia dos Direitos Humanos são retiradas à discricionariedade do decisor nacional. Porém, a transferência deste juízo de ponderação do espaço de diálogo nacional para o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos levanta por si só uma questão de legitimidade para a formulação destes juízos de ponderação de valor feitos por órgãos plano supra-nacionais. No caso *Sejdić and Finci*, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos esboçou uma narrativa que lhe permitisse concluir pela desnecessidade e desrazoabilidade da norma constitucional nacional, mas a verdade é que (neste como noutras casos) difficilmente se antolha qual foi o *iter cognoscitivo* que conduziu o tribunal a esta conclusão. É esta a “opacidade” que tanto tem sido

⁵ Cf. *Sejdić and Finci v. Bosnia and Herzegovina*, §§ 47-50.

⁶ *Bărbulescu v. Romania* (App. 61496/08), Acórdão do ECtHR de 05.09.2017, §§ 121-122; *López Ribalda and Others v. Spain* (Apps 1874/13 & 8567/13), Acórdão do ECtHR de 17.10.2019, §§ 116-117.

criticada em relação aos tribunais internacionais quando formulam juízos de proporcionalidade⁷. Em certa medida, esta dificuldade decorre diretamente do facto de o princípio da proporcionalidade incorporar necessariamente ponderações extra-jurídicas. Isto é, ainda que a valoração de proporcionalidade seja formalmente jurídica, ela comporta uma dimensão eminentemente política, colocando o juiz perigosamente perto da fronteira entre a feitura e a interpretação da norma jurídica. Assim, não obstante o princípio da proporcionalidade ser um meio de des-politizar formalmente o discurso jurídico, um juízo de ponderação de valores com base numa ideia de proporcionalidade está impregnado de considerações políticas. Esta dimensão extra-jurídica não é uma novidade trazida pelo direito internacional, mas é uma questão radicalmente problemática na ordem jurídica internacional, sobretudo em face do fenómeno “Estado pós-Constituição”, ou seja, aquele em que as instituições constitucionais nacionais se revelam incapazes de pôr termo a conflitos sociais e culturais fraturantes, colocando a decisão final nas mãos de órgãos internacionais, quando o local próprio para construir uma solução consensual parece ser no plano nacional⁸.

Ora, a lógica de um sistema jurídico operativamente fechado, mas cognitivamente aberto, mesmo na sua versão mais liberal, dificilmente convive com a possibilidade de um princípio jurídico ter elementos não jurídicos na estrutura sua norma, pois permitir que um tribunal faça este tipo de juízos implica repensar o seu papel no sistema jurídico. Esta é uma preocupação que não é estranha a nenhum sistema de direito interno. Mas o que importa aqui não é apenas de saber o que pode fazer um juiz nacional quando tem de formular um juízo de proporcionalidade ao abrigo de uma norma jurídica internacional: é também de permitir que tribunais e órgãos internacionais (tal como, aliás, outros Estados e sujeitos de direito com capacidade jurídica internacional) possam contestar o mérito

⁷ Cf., e.g., KEVIN CROW, The Opacity of Proportionality in International Courts: Could Categories Clarify?, *George Washington International Law Review* 59, 2019.

⁸ ARMANDO ROCHA, Opiniões, in PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE (coord.), *Comentário da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, III, Universidade Católica Editora, 2020, p. 3191.

das opções políticas, normativas, decisórias ou executórias de cada Estado ao abrigo dessa mesma norma internacional. O que permite, por isso, é que instâncias internacionais controlem o mérito da atuação interna com base não em juízos previsíveis e decorrentes da interpretação da Convenção Europeia dos Direitos Humanos à luz dos cânones inscritos nos artigos 31.^º a 33.^º da Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados, mas antes com base em juízos de mérito que incorporam visões do mundo e do direito que não têm necessariamente presença explícita na norma jurídica aplicada.

5. Um segundo caso refere-se à *proporcionalidade como instrumento de estabilização de expectativas: o caso da proteção internacional do investimento*. Tal como no caso anterior, esta função pressupõe um modelo de integração vertical no âmbito de relações jurídicas de direito interno, designadamente porque se dirige cirurgicamente ao exercício de jurisdição prescritiva e executória por parte de cada Estado em relação à sua intervenção na economia. Nestes casos, a proporcionalidade permite respeitar a função de contenção do poder público, mas pretende sobretudo garantir um quadro regulatório bastante firme e duradouro e que, por essa razão, encoraje o investimento estrangeiro. Ou seja, enquanto no caso anterior a contenção do poder público era um fim em si mesmo, neste segundo caso a contenção do poder público pela proporcionalidade é instrumental para a realização de uma função primária do Direito enquanto sistema social: a estabilização de expectativas normativamente fundadas⁹.

Com efeito, frequentemente os tratados de investimento (bilaterais ou multilaterais) têm em vista encorajar o investimento externo através de duas obrigações complementares, *grasso modo*: (1) a proibição de os Estados de adotarem “medidas desrazoáveis e discriminatórias” que possam prejudicar o investimento estrangeiro (obrigação negativa, *non facere*); e (2) a obrigação de os Estados assegurarem um nível de “proteção e tratamento equitativo e razoável” do investimento estrangeiro (obrigação positiva, *facere*). Em ambos os casos, a palavra-chave parece ser a tal ideia de “razoabilidade”

⁹ NIKLAS LUHMANN, *Law as a Social System* [Das Recht del Gesellschaft: 1993], Oxford University Press, 2004, pp. 142 ss.

já autonomizada em algumas ordens jurídicas internas como um princípio jurídico autônomo.

A prática dos tribunais arbitrais de investimento parece confirmar esta ideia, ao sujeitar o exercício de poderes soberanos de um Estado a uma avaliação de razoabilidade. A título puramente ilustrativo, veja-se o caso *Saluka Investments B.V. v. Czech Republic*, no qual um investidor privado alegava que, no âmbito de um processo de privatização do sector bancário na República Checa, o Estado checo não respeitara o direito à proteção do seu investimento, designadamente por não lhe garantir um tratamento justo e equitativo. Na sua decisão, o tribunal arbitral mostrou alguma compreensão pela opção de política económica formulada pelo governo checo, mas considerou que a proteção de expectativas jurídicas do investidor privado era particularmente frustrada por uma medida nacional sem justificação razoável (violação da dimensão de proporcionalidade *stricto sensu*)¹⁰. Ou seja, após uma análise do mérito da opção económica do governo checo, o tribunal arbitral considerou que o Estado não tinha dado uma explicação suficientemente forte para prevalecer sobre o bem jurídico tutelado sob a égide do “investimento privado”, designadamente porque lhe faltava em absoluto uma dimensão de previsibilidade necessária à confiança nas relações jurídicas.

Reducir a proporcionalidade a uma dimensão de razoabilidade de uma medida nacional parece equivaler a reduzi-la a um conteúdo mínimo e difícil de perscrutar. Curiosamente, é esta maior rarefação da razoabilidade que pode tornar o princípio da proporcionalidade mais intrusivo em matéria de exercício de jurisdição prescritiva e executória por parte dos Estados. Por outro lado, se o princípio da proporcionalidade tem uma componente de pré-compreensão cultural muito intensa, a avaliação do exercício de soberania por um Estado fica dependente de um diálogo entre árbitros ou juízes que não partilham necessariamente um mesmo código cultural e comunicacional. Porém, há duas notas que devem ser ressaltadas: por um lado, para referir que esta intrusão tem sido justificada com o facto de a proporcionalidade enquanto razoabilidade ter em vista

¹⁰ *Saluka Investments BV v. Czech Republic* (Arbitral Award) 17 March 2006, §§ 327 & 347.

estabilizar expetativas normativamente fundadas em benefício dos investidores privados e do tráfego jurídico em geral; por outro lado, para assinalar que a proporcionalidade enquanto razoabilidade tem sido usada para validar medidas do Estado de acolhimento que exigem maior responsabilidade às empresas investidoras, desta forma transformando a responsabilidade social da empresa numa fonte direta de obrigações jurídicas de particulares à luz do direito internacional (isto é, tornando um código ético minimalista num código jurídico).

Em todo o caso, o que parece resultar da comparação entre a jurisprudência em matéria de direitos humanos e de direito do investimento é que a funcionalização do juízo de proporcionalidade a um fim diferente (contenção do poder público vs. previsibilidade do poder público) não afeta a estrutura e decomposição do juízo de proporcionalidade (que segue os mesmos passos e é formulado vocabularmente nos mesmos termos), mas pode conduzir a soluções diferentes. Isto é, uma mesma medida nacional pode, por exemplo, sobreviver ao juízo de proporcionalidade formulado no contexto de um tratado de direitos humanos (por haver alguma racionalidade e razoabilidade na contenção do poder público), mas ainda assim ser censurada no contexto de um tratado de investimento (se lhe faltar um grau qualificado de previsibilidade).

6. Um terceiro caso refere-se à *proporcionalidade como critério de restrição e controlo judicial: este é, por exemplo, o caso da delimitação de fronteiras marítimas*. Não é surpresa que a proporcionalidade é amiúde referida ao longo dos diversos tratados relativos ao direito do mar (e.g., a propósito de medidas restritivas de liberdade no âmbito do exercício de jurisdição executória do Estado costeiro, tendo em vista conter o exercício do poder público e estabilizar expetativas normativamente fundadas). Porém, demonstrativa da submissão do juízo de proporcionalidade a uma função sistémica diferente é a jurisprudência em matéria de delimitação de fronteira marítima.

De forma necessariamente sucinta, esta matéria encontra-se hoje regulada pelo n.º 1 do artigo 74.º e pelo n.º 1 do artigo 83.º da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, sendo certo que os destinatários imediatos ou diretos destas disposições

são os Estados no exercício de uma atividade político-internacional de delimitação de fronteira marítima. Nessa qualidade, os Estados podem ajustar as suas fronteiras marítimas com um elevado grau de discricionariedade, desde que em cumprimento das normas de *jus cogens* e que alcancem uma solução equitativa. Todavia, quando este processo de delimitação de fronteira marítima é apresentado a um juiz ou árbitro internacional, este último não se pode substituir aos Estados na tomada de decisões político-internacionais, nem ter a mesma latitude na escolha de um método ou critério de delimitação de fronteira marítima.

Aqui entramos numa segunda nota: chegando um processo desta natureza junto de uma instância internacional, esta tem de adotar critérios objetivos e replicáveis em situações futuras, sobretudo quando decide ajustar uma linha de fronteira às características geográficas e/ou à equidade de um resultado. Ou seja, enquanto os Estados se encontram limitados apenas por valores de equidade e normas de *jus cogens*, os tribunais internacionais têm a necessidade de densificar critérios normativos que os guiem na tarefa decisória em processos de delimitação de fronteira marítima. Por isso, enquanto destinatárias mediatas ou indiretas do n.º 1 do artigo 74.º e do n.º 1 do artigo 83.º da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, as instâncias internacionais têm necessidade de dar algum conteúdo material aos critérios, métodos e finalidades do processo de delimitação de fronteira marítima, em vez de decidirem apenas de acordo com um princípio indeterminado de equidade.

Qual é, então, a função da proporcionalidade num processo em que, do ponto de vista puramente formal, as relações jurídicas são profundamente horizontais? Se no âmbito dos direitos humanos a ideia de proporcionalidade enquanto tinha em vista refrear o poder cósmico dos Estados em relação aos indivíduos; se no direito do investimento a ideia de proporcionalidade enquanto razoabilidade tinha em vista proteger o mercado contra os potenciais caprichos de um Estado soberano com amplas faculdades prescritivas, decisórias e executórias; no âmbito da delimitação de fronteiras marítimas a emergência do princípio da proporcionalidade encontra-se ligada à natureza do processo e da função judicial. Isto é, sendo a sua função dirimir litígios – mas não fazer juízos de mérito e muito menos juízos

de soberania e jurisdição territorial –, a proporcionalidade permite, por um lado, autolimitar o poder do próprio tribunal, e, por outro lado, demonstrar aos diferentes *players* a objetividade e replicabilidade do processo cognitivo do tribunal. Ou seja, aqui a proporcionalidade não emerge como uma garantia da justiça, equidade ou razoabilidade da solução obtida, mas antes como um fator de previsibilidade e, por extensão, um atestado da legitimidade sociológica da solução decantada pelo tribunal.

Funcionalizado ao cumprimento deste fim, a jurisprudência internacional – seguindo o método trifásico desenvolvido pelo Tribunal Internacional de Justiça no processo *Black Sea*¹¹ – tem usado o princípio da proporcionalidade como meio de verificação da equidade de uma solução. Isto é, para determinar o traçado concreto de uma linha de fronteira marítima, o juiz internacional começa (1) por traçar uma linha equidistante provisória, a qual é posteriormente corrigida (2) em função dos fatores preponderantes em cada caso (e.g., fatores geográficos) e (3) da possível iniquidade que resulte da desproporção entre a dimensão da linha de costa e a dimensão das áreas marítimas sob jurisdição daquele Estado¹². Para este efeito, a análise feita pelo juiz internacional é reduzida ao cálculo matemático de proporção geométrica¹³, excluindo qualquer indagação sobre a necessidade, adequação ou proporcionalidade *stricto sensu* do resultado obtido. Ou seja, longe de incorporar qualquer juízo de mérito quanto a uma conduta nacional, no contexto de um processo de delimitação de fronteira marítima o juízo de proporcionalidade é reduzido a uma tarefa puramente mecânica e quantitativa da atribuição geométrica a cada Estado de áreas marítimas soberanas ou sob jurisdição como meio de avaliação da equidade da solução traçada pelo tribunal internacional. A razão de ser desta opção metodológica é fácil de compreender: mais do que procurar um conteúdo objetivo para o juízo de equidade, o juízo de proporcionalidade tem em

¹¹ *Maritime Delimitation in the Black Sea (Romania v. Ukraine)* [Judgment, 3 February 2009] ICJ Rep 61.

¹² *Maritime*, § 122.

¹³ *Maritime*, § 210-216.

vista garantir a previsibilidade e contenção do exercício do poder jurisdicional internacional.

7. Por fim, o princípio da proporcionalidade tem sido aplicado no âmbito do uso da força ou da determinação de contramedidas como um método de cálculo de reciprocidade. Por economia de exposição, centrar-me-ei apenas no uso da força, mas chamando à atenção para o facto de que, a propósito de contramedidas, o artigo 51.º dos *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts* (ILC, 2001) tem por epígrafe “proporcionalidade” e procura sujeitar a resposta de um Estado a um ato internacionalmente ilícito a um controlo quantitativo e qualitativo dos meios usados¹⁴.

Em todo caso, a referência a esta última função da proporcionalidade no contexto do uso da força é feita, permitam-me esta nota, por dever de ofício: a proporcionalidade tem sido utilizada como um método de contenção da resposta, que assim permite evitar a escalada de um conflito entre Estados; mas tem sido usada sobretudo como um álibi ou camuflagem, pretendendo justificar uma ação com a sua rotulagem como proporcional para evitar mais indagações por parte da comunidade jurídica. Ou seja, a proporcionalidade de uma medida tem sido o rótulo usado com o intuito de dispensar o escrutínio público e satisfazer, sem uma demonstração mais desenvolvida, a validade ética e jurídica de uma intervenção que, pelo contrário, é questionável em ambos os planos. O juízo de proporcionalidade surge, por isso, como um sucedâneo útil do conceito de guerra justa, ao dar relevo à contenção da conduta militar em detrimento dos danos causados pela mesma conduta – mas, na prática, o seu desiderato último não é tanto conter o dano quanto encriptar um juízo sobre uma ação militar.

Apesar desta reticência em relação ao princípio da proporcionalidade no âmbito do uso da força, a verdade é que ele tem sido aplicado tanto no denominado *jus ad bellum* quanto no *jus in bello*: no primeiro caso, como medida da resposta a um ato de agressão

¹⁴ Ainda antes deste documento, vd. *Case concerning the Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary v. Slovakia)* [Judgment, 25 September 1997] ICJ Rep 7, § 85.

externa; no segundo caso, como medida de ponderação entre os objetivos militares e os danos infligidos.

Em relação ao *jus ad bellum*, apesar de a proporcionalidade parecer ser parte integrante da norma costumeira relativa ao direito de legítima defesa, o artigo 51.º da Carta das Nações Unidas é omissivo quanto à necessidade de uma resposta em legítima defesa se dever conter a uma medida de proporcionalidade. Porém, o Tribunal Internacional de Justiça já teve o ensejo de esclarecer, num primeiro momento, que esta disposição não afasta as exigências de necessidade e proporcionalidade *stricto sensu* decorrentes da norma costumeira¹⁵, bem como, num segundo momento, que as mesmas exigências de necessidade e proporcionalidade *stricto sensu* decorrem igualmente do artigo 51.º da Carta das Nações Unidas¹⁶. Neste caso, a função da proporcionalidade (e a insistência na dissecação daquelas duas dimensões) parece ser simples: conter a resposta/defesa e, por extensão, limitar os danos potencialmente infligidos em seres humanos (civis ou militares), no meio ambiente ou em património cultural.

Por seu turno, no âmbito do *jus in bello* o princípio da proporcionalidade tem um papel central como critério de ponderação entre a realização de objetivos militares e a prevenção de danos infligidos nos indivíduos – cf. alínea *b*) do n.º 5 do artigo 51.º do Protocolo Adicional n.º 1 às Convenções de Genebra de 12 de agosto de 1949 (1977). Neste caso, o papel do juízo de proporcionalidade é conduzir os decisores num contexto de guerra quanto à seleção, e.g., de que operações são executadas, dos alvos a serem atingidos, ou dos meios usados na execução de uma operação militar. Neste processo, parece que a decomposição e análise das três dimensões do juízo de proporcionalidade tem escassa relevância prática, sendo antes substituída por uma análise mecanizada do custo-benefício de uma operação (o que em parte se explica pelo facto de, num cenário de conflito, as decisões terem de ser tomadas de forma bastante célere, o que

¹⁵ *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America) (Merits)* [Judgment, 27 June 1986] ICJ Rep 14, §§ 176 & 194.

¹⁶ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* [Advisory Opinion, 8 July 1996] ICJ Rep 226, §§ 41-41.

deixa pouco espaço para a maturação própria de ponderações de valor de necessidade, adequação ou razoabilidade).

Como se vê, a emergência e centralidade do juízo de proporcionalidade tanto no *jus ad bellum* como no *jus in bello* decorre de um projeto dogmático destinado a conter o uso da força bélica dos Estados e, em particular, a conter os danos causados nos indivíduos e em bens jurídicos com valor comunitário (e.g., o meio ambiente ou o património cultural). Porém, perante a complexidade da sua aplicação prática e a escassa publicidade de cada juízo de ponderação de proporcionalidade feita pelos Estados em contextos militares, parece que este juízo de proporcionalidade se encontra largamente relegado ao auto controlo pelos Estados. Para além disso, e regressando ao ponto central desta exposição, o juízo de proporcionalidade no contexto do *jus ad bellum* e do *jus in bello* tem uma função própria e diferente dos demais regimes especiais de direito internacional, seguindo uma matriz custo-benefício que não é comparável ao juízo de proporcionalidade efetuado no contexto dos direitos humanos, do direito do investimento ou do direito do mar (para me conter aos domínios aqui enunciados).

8. Com isto, retomo o ponto inicial desta exposição. Não é novidade que o direito internacional nasceu e se desenvolveu como uma ordem jurídica fragmentada. Desta natureza genética do direito internacional resulta que por vezes um conceito ou instituto jurídico se desenvolve de forma contida e autorreferencial no contexto de um regime jurídico especial de direito internacional – mesmo que, em todos estes domínios especiais, haja algum material genético comum a esse conceito ou instituto jurídico.

No caso do princípio da proporcionalidade, os quatro domínios selecionados não esgotam a sua aplicação no direito internacional, mas são ilustrativos, por um lado, da submissão de um juízo de proporcionalidade às necessidades próprios de cada regime jurídico especial de direito internacional (isto é, à função sistémica naquele microcosmos) e, por outro lado, do confinamento desse juízo de proporcionalidade ao regime jurídico especial de direito internacional em que foi desenvolvido (isto é, a especificidade da sua função

sistémica parece impedir a sua migração automática para outros domínios de direito internacional).

O que então se pode questionar (segundo o mote central deste encontro) é se em direito internacional, como no direito em geral, o princípio da proporcionalidade não esconde afinal vários juízos de proporcionalidade. E, se calhar, esta pluralidade de juízos faz parte da sua função linguística e comunicacional: simplificar a linguagem discursiva através do uso de uma expressão que é partilhada por todos os juristas e que encerra em si toda a complexidade de um problema jurídico¹⁷.

¹⁷ Vd., *mutatis mutandis*, ULF LINDERFALK, Towards a More Constructive Analysis of the Identity of Special Regimes in International Law – The Case of Proportionality, *Cambridge International Law Journal*, II, 2013, pp. 850-878.

ISBN 978-989-9075-13-9



9 789899 075139

FCT Fundação
para a Ciência
e a Tecnologia