

objecto” assim o fazia entender: de acordo com o que deia se depreendia (192), bastaria afinal de contas que cada um de nós fosse *deixado em paz* — quer pelo Estado, quer pela sociedade — para que todos pudéssemos dignamente realizar os nossos (racionalmente escolhidos) planos de vida. As coisas, no entanto, não são assim tão simples. Precisamente porque as pessoas não vivem separadas das suas concretas circunstâncias de existência, pode por vezes acontecer que, por causa dessas mesmas circunstâncias, a garantia da dignidade de cada um exija do Estado não uma abstenção mas uma acção. Quer isto dizer que, em situações fácticas comprovadas de carência e necessidade, só poderemos surgir perante a comunidade política como seres livres e dignos se essa mesma comunidade, *antes de nos deixar em paz*, nos auxiliar no estritamente necessário para a realização de uma vida digna. Como já o reconheceu o Tribunal Constitucional (193), o princípio da dignidade da pessoa humana pode vir a ter, perante certos casos concretos, não só uma dimensão *defensiva* mas, mais do que isso, uma dimensão *prestativa*, capaz de exigir uma actuação (e não uma abstenção) por parte do Estado.

A segunda ideia que, neste contexto, merece ser sublinhada diz respeito à relação de *tenção* que se estabelece entre o princípio de *justiça*, elemento material do Estado de direito, e o princípio do *pluralismo*, que integra igualmente — como vimos no último número — a acepção contemporânea do “Rechtsstaat”.

“A imagem do homem da *Grundgesetz* não é a de um indivíduo soberano isolado; a *Grundgesetz* decidiu-se antes pela *relação de tenção* entre o indivíduo e a comunidade no sentido de referência e ligação comunitária da pessoa, sem no entanto atentar contra o seu próprio valor.” Esta formulação do Tribunal Constitucional Federal alemão (194) — que poderia bem ter sido subscrita pelo Tribunal Constitucional português — mostra que não há receitas prontas, válidas para

(192) Recorde-se o teor dessa fórmula: “A dignidade humana é atingida, sempre que o homem concreto é degradado à condição de objecto, de meio, de medida substituível”. Cfr. *supra*, nota 178.

(193) Acórdão n.º 509/2002, em *Ac. do TC*, 54.º Vol., 2002, pp. 19 e ss.

(194) *Apud* Ernst Benda, “Die Menschenwürde”, in *Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Benda/Mahhofer/Vogel (orgs.), Walter de Gruyter, Berlin/New York, 1983, p. 109. O termo “Grundgesetz” significa “Lei Fundamental”.

todos os casos e concebíveis através de categorias dogmáticas fixas, que nos permitiam resolver de uma vez por todas os conflitos que surjam entre *igualdade e liberdade*.

O Estado de direito contemporâneo é um Estado de “justiça”. Já vimos o que é que isto quer dizer: a concepção liberal clássica — que se desinteressava das circunstâncias concretas que rodeiam sempre a vida de cada um — não corresponde mais à nossa visão das coisas. A actualidade dos nossos tempos é, e não pode deixar de ser, *uma esta-dualidade socialmente empenhada*.

Mas o Estado de direito contemporâneo é também um Estado de “liberdade”. E como a garantia da liberdade conduz à garantia do pluralismo, este último há-de sempre traduzir-se na existência, não de *uma*, mas de várias concepções, emergentes da sociedade, sobre o que seja uma vida colectiva justa e sobre a forma de a realizar, nomeadamente através da afectação dos recursos disponíveis para o cumprimento dos objectivos da *igualdade*. É por isso que não há “receitas prontas”, que estejam inscritas na Constituição e que obriguem directa e inequivocamente o legislador ordinário, quanto ao modo de realização daquela tarefa do Estado que vem enunciada na alínea *d*) do artigo 9.º da CRP. O saber-se *como é que se promove a igualdade real entre os portugueses* é algo que, em princípio, se inscreverá no âmbito da liberdade de conformação política do legislador (195). E como este, sendo democraticamente legitimado, não poderá deixar de representar um certo sentir social, serão os seus próprios critérios que orientarão o modo como, em cada tempo e perante cada caso, se deverá resolver a *tenção* inevitavelmente existente entre a exigência da liberdade e a exigência da justiça.

5.4. Segurança

5.4.1. Definição geral

A actuação do Estado de direito é sempre, face aos cidadãos, uma actuação limitada. De acordo com a acepção *material* do princípio, tais limites são tanto de índole organizativa e procedimental (como a separação dos poderes, a legalidade da administração ou a independência do poder judicial), quanto de índole substancial, que vinculam as tarefas estraduais à realização

(195) Quanto ao conceito, ver *supra*, Capítulo III.

de certos fins. Quando se diz que o Estado de direito é aquele cujo poder se exerce "(...) com fundamento na Constituição (...) e com o fim de garantir a *dignidade da pessoa humana, a liberdade, a justiça e a segurança*"⁽¹⁹⁶⁾, é justamente desta vinculação a fins de que se fala. É ela que confere *materialidade* à noção contemporânea de Estado de direito.

Afirmar que a *segurança* constitui um destes fins, ou um dos elementos materiais de compreensão do princípio, significa dizer que, para os cidadãos, a actuação dos poderes públicos deve ser sempre uma actuação *antevizível, calculável e mensurável*. Num Estado de direito, as pessoas devem poder saber com o que contam. As relações entre o poder e os seus destinatários têm por isso que ser fundadas a partir da ideia segundo a qual o comportamento dos poderes públicos *deve ser um comportamento confiável*.

O princípio da segurança, assim entendido, decorre logicamente dos outros elementos materiais que integram a categoria do Estado de direito. Seria com efeito impossível afirmar que a *dignidade da pessoa humana e a autonomia individual* constituem princípios fundantes da República se se não garantisse de algum modo a antevizibilidade, para as pessoas, dos resultados das acções estaduais. Ser-se autónomo — e, logo, de acordo com a "antropologia constitucional" do Estado de direito, humanamente digno — significa ser-se capaz de, racionalmente, escolher para si mesmo e para a sua vida um certo plano, um certo futuro. Se o futuro não for previsível porque o não é, nem a acção do próprio Estado nem o modo do nosso relacionamento com a comunidade, o valor da *autonomia individual* transforma-se em coisa vazia⁽¹⁹⁷⁾. O fim da *segurança*, que exige

⁽¹⁹⁶⁾ Recorde-se a definição acima proposta (nota 159). Como é evidente, a diviso são cerce — que então se propôs — entre os "elementos formais" e os "elementos materiais" desta definição deve ser entendida com cuidado. Ela cumpre antes do mais uma função clarificadorá: mas a verdade é que (aqui como noutros lugares) "forma" e "matéria" são afinal coisas indissociáveis. Como poderíamos nós garantir o cumprimento dos *princípios materiais* da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da igualdade se não houvesse nem separação dos poderes, nem legalidade da administração, nem reserva da função jurisdicional? E que significado poderiam ter estas últimas "formas" de organização e procedimento se não estivessem ao serviço de uma *certa* concepção "material" das coisas? A distinção, estabelecida no texto, entre elementos "formais" e elementos "materiais" visa por isso salientar os aspectos de continuidade e de renovação que marcam a história do conceito.

⁽¹⁹⁷⁾ Como vazia se torna a ideia de *justiça como igualdade*.

que a acção do Estado seja, para os cidadãos, algo de confiável, decorre logicamente dos outros elementos que atrás estudámos.

Este princípio de *segurança*, assim genericamente compreendido, desdobra-se por seu turno numa série contada de outros princípios. Alguns deles têm na CRP um apoio textual expresso. Para outros, a *sedes materiae* encontra-se apenas na formulação geral do artigo 2.º

5.4.2. Publicidade dos actos estaduais e determinabilidade do seu conteúdo

O primeiro desses princípios — e que tem na Constituição um acolhimento textual directo — é o da *publicidade dos actos estaduais*. O artigo 119.º da CRP consagra em geral o princípio; e não só identifica alguns dos actos que devem ser publicados no "Jornal Oficial, Diário da República" (n.º 1), como determina que o acto não publicado seja *juridicamente ineficaz* (n.º 2). A razão de ser deste imperativo de *publicidade* é evidente: se a actuação do Estado não for conhecida não poderá, por certo, ser confiável. O requisito da publicidade dos actos estaduais é, por isso, a primeira inferência lógica da necessidade de segurança.

O segundo princípio que decorre dessa necessidade é aquele que diz respeito à clareza e determinabilidade do conteúdo dos actos do Estado e, em particular, daqueles que com maior força conformam a vida das pessoas na colectividade política. As leis, os actos da administração, as sentenças dos tribunais não têm apenas que ser públicas ou conhecidas; têm também que ser cognoscíveis e compreensíveis. As decisões estaduais que tiverem um conteúdo de tal ordem obscuro, impreciso ou contraditório que chegue a ser, para os seus destinatários, indeterminável, não podem ser conformes à exigência de segurança que vai incluída na dimensão material do princípio do Estado de direito. Isto mesmo reconheceu aliás o Tribunal Constitucional, quando declarou inconstitucionais certas normas legais que, pela indeterminação do seu conteúdo, continham uma disciplina não cognoscível para os seus destinatários⁽¹⁹⁸⁾. Em si mesmo, este princípio de *clareza razoável* do

⁽¹⁹⁸⁾ Acórdão n.º 285/92, em Acs. do TC, 22.º Vol., pp. 159 e ss. Note-se, no entanto, que *in casu* o problema que se colocava era o da *determinabilidade* da disciplina legal face ao princípio da reserva de lei restritiva de direitos, liberdades e garantias, pelo

conteúdo dos actos estaduais não se encontra tal qual inscrito no texto da CRP, mas entendeu o nosso juiz constitucional — como não poderia deixar de o fazer — que a sua sede se encontrava *implícita* no próprio artigo 2.º da Constituição (199).

5.4.3. Protecção da confiança legítima

Em terceiro lugar, e para que as pessoas possam saber com o que contam, as normas jurídicas *não devem por princípio ter eficácia retroactiva*.

Diz-se que uma norma produz efeitos retroactivos (isto é, pretende retroagir ou “*reger para trás*”) sempre que, por decisão sua, os efeitos jurídicos que dela decorram valham não apenas para o futuro — o que é condição normal do direito — mas também para factos ocorridos no passado e já inteiramente consumados. A Constituição proíbe expressamente a eficácia retroactiva das normas em três situações diferentes: no caso de normas constantes de leis restritivas de direitos, liberdades e garantias (artigo 18.º, n.º 3); no caso de normas constantes de leis penais incriminadoras (artigo 29.º, n.º 1) e no caso de normas fiscais, ou que determinem a incidência dos impostos, a sua taxa, os benefícios e as garantias dos contribuintes (artigo 103.º, n.º 3). Quanto ao mais, não há, no texto da Constituição, uma proibição expressa, e geral, da retroactividade das normas, sendo a ausência perfeitamente compreensível.

As normas jurídicas *devem* por princípio reger apenas para o futuro. Esta é uma ideia que nos surge, à reflexão, não só como corolário “natural” da racionalidade do direito, mas também como consequência específica da exigência de segurança que vai inscrita no princípio do Estado de direito. Com efeito, quando prevê a regulação e a disciplina de um

que em causa não estava só a questão da *cognoscibilidade* da disciplina legal por parte dos seus destinatários mas também a do cumprimento das regras constitucionais de repartição de competências entre legislador e administração: voltemos ao tema, a propósito do *sistema dos direitos fundamentais*.

(199) *Ibidem*, p. 197. Ver ainda p. 211, onde se diz — em declaração de voto — que “(...) falar-se em princípio constitucional de precisão e determinabilidade das leis como *decorrência do Estado de direito* democrático, há-de significar (...) que as leis há-de ser inteligíveis quer quanto à sua previsão quer quanto à sua provisão (...)”. Itálico meu.

certo domínio da vida, o legislador (ou o poder administrativo, através da sua actividade regulamentar) decide naturalmente quanto aos factos que *hão-de vir*, faz um prognóstico razoável quanto ao modo possível da sua evolução, e aplica a esse mesmo prognóstico a sua própria valoração das coisas — quer da realidade fáctica, tal como ele a antevê, quer da realidade normativa ou do dever-ser, tal como ele a avalia e *escolhe*. Este “voluntarismo” — que faz parte da essência do direito legislado, em contraste com o direito consumidor — diz respeito, *pela própria natureza das coisas*, ao futuro e só ao futuro. Pode querer-se *racionalmente* conformar o que está para vir; mais difícil é, naturalmente, pretender transformar o passado, agindo correctamente sobre ele. A *retroactividade* é assim, por “natureza”, sempre uma excepção ou uma ruptura lógica no sistema de um direito em que a fonte primordial é a lei.

Mas, para além de, *pela natureza das coisas*, corresponder sempre a uma ruptura quanto à “lógica” do sistema, a retroactividade das normas exprime também uma ruptura deóntica, ou de dever-ser, porque contradiz a ideia segundo a qual o Estado deve actuar para com os cidadãos de modo que *seja confiável*. Para que cada um de nós possa orientar-se a si mesmo e à sua vida, temos todos que poder estar em condições de, por nós próprios, fazer uma representação adequada do que seja a nossa condição jurídica. A possibilidade do conhecimento (*por mínimo que seja*) do direito que conforma a existência de cada um é uma das exigências primeiras do “*Rechtsstaat*”. Ninguém pode, com efeito, agir no mundo “(...) como ser pessoal e livre para se decidir pelo Direito ou contra o Direito” (200) se o objecto da sua decisão não for atempadamente cognoscível. Ora, a regulação, por lei, de efeitos já passados escapa sempre a este imperativo de cognoscibilidade: a *retroactividade* não exprime portanto apenas uma ruptura “lógica” num sistema de direito legislado; corresponde, mais do que isso, a uma espécie de “desvio deóntico” do mesmo sistema, na exacta medida em que contraria um dos estereos fundamentais sobre o qual se estrutura uma ordem jurídica que deve, antes do mais, ser *conhecível* e *conhecida*.

A ser assim, porém, perguntar-se-á: por que razão não contém a Constituição uma proibição *geral* da retroactividade das normas? Por que

(200) Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 349/91, em *Acc. do TC*, 19.º Vol., p. 515.

razão se restringe essa proibição às três situações individualizadas que atrás mencionámos? Não deverá antes concluir-se que uma tal interdição genérica se encontra *sempre* implícita na *confiança* que todas as pessoas devem poder depositar na actuação do Estado e no devir do direito?

A resposta a esta última pergunta é claramente negativa; e é por causa disso mesmo que se não deve concluir que a Constituição consagra uma proibição geral de retroactividade das normas. Com efeito, a riqueza e a imprevisibilidade da vida podem muitas vezes obrigar o legislador a atribuir efeitos retroactivos às suas decisões, não só porque tal corresponde, no caso, à melhor forma de prossecução do interesse público, mas também porque tal corresponde, no caso, à melhor forma de proteger os interesses concretos das pessoas. Se se partisse do princípio rígido segundo o qual o recurso a esta forma (excepcional) de regulação da vida deveria estar *sempre vedada ao legislador*, frustrar-se-iam muitas vezes hipóteses de realização da justiça e de escolha da melhor política legislativa. Não é isso que pretende a Constituição.

Por todos estes motivos, tem entendido o Tribunal Constitucional (201) — em consonância aliás com o que é perfilhado por muitas outras jurisprudências congêneres — que a retroactividade das normas só é proibida pela Constituição (fora, evidentemente, dos casos previstos nos artigos 18.º, n.º 3, 29.º, n.º 1, e 103.º, n.º 3) se se provar que, nos casos concretos em que ocorre, ela implica uma violação do *princípio da confiança legítima* que as pessoas devem poder depositar na ordem jurídica.

Para que haja, em determinadas situações concretas, lesão do *princípio da confiança* — que tem a sua *sedes materiae* no artigo 2.º da Constituição — é necessário que se perfaçam sempre quatro pres-

supostos essenciais: 1.º, que o Estado (os poderes públicos) tenham *efectivamente* tomado decisões, ou encetado comportamentos, susceptíveis de gerar nos cidadãos *expectativas de continuidade*; 2.º, que os cidadãos tenham eles próprios tomado decisões — ou feito planos de vida — com fundamento nessas mesmas *expectativas*; 3.º, que tais *expectativas* na continuidade da política estadual sejam *legítimas*, por que fundadas, ou justificadas, por *bons razões*; 4.º que a mudança do comportamento dos poderes públicos não seja exigida por um *interesse público* que, pela sua importância e valor, sobreleve o valor da tutela das *expectativas privadas* (202).

Estes quatro pressupostos — que densificam afinal de contas o conceito de *protecção da confiança legítima* — têm sido também aplicados àqueles casos, distintos da *retroactividade*, e aos quais o Tribunal tem chamado [casos] de “retrospectividade”, ou de “retroactividade imprópria”. As situações de retroactividade ou de não retroactividade nem sempre são situações puras, concebíveis através de contraposições de “tudo ou nada”. Freqüentemente, o que ocorre releva de uma zona cinzenta ou de fronteira em que se não pode afirmar, nem que a norma pretende valer para *factos passados e já ineiramente consumados*, nem que a norma rege exclusivamente o futuro, não afectando situações já existentes antes da sua entrada em vigor. Os exemplos abundam. Pense-se na alteração do regime do casamento, ou do arrendamento, ou do funcionalismo público, ou das pensões, ou da lei por que se regem processos pendentes (203): em todos estes casos, o legislador pretende modificar o direito aplicável a situações de vida já formadas muito antes da emissão das novas normas. A estas últimas — que se aplicam portanto *de novo* a relações jurídicas já constituídas antes da sua entrada em vigor — atribui-se a designação de *normas retrospectivas*, ou dotadas

(201) Vejam-se, a título de exemplo, as seguintes sentenças: Acórdão n.º 232/91, de 23 de Maio, Acs. TC., Vol. 19.º, pp. 341-350; Acórdão n.º 365/91, de 7 de Agosto, Acs. TC., Vol. 19.º, pp. 143-158; Acórdão n.º 410/95, de 28 de Junho, Acs. TC., Vol. 31.º, pp. 647-659; Acórdão n.º 95/92, de 17 de Março, Acs. TC., Vol. 21.º, pp. 341-364; Acórdão n.º 313/89, de 9 de Março, Acs. TC., Vol. 13.º, Tomo II, pp. 917-929; Acórdão n.º 287/90, Acs. TC., Vol. 17.º, pp. 159-181; Acórdão n.º 307/90, de 28 de Novembro, Acs. TC., Vol. 17.º, pp. 221-244; Acórdão n.º 559/98, de 29 de Setembro, Acs. TC., Vol. 41.º, pp. 65-68; Acórdão n.º 354/00, de 5 de Julho, Acs. TC., Vol. 47.º, pp. 558-592.

(202) Quanto à definição jurisprudencial destes pressupostos, ver o Acórdão n.º 287/90, em Acs. do TC., 17.º Vol., pp. 159-181, que parece ser o *leading case* no que toca à definição do conteúdo do princípio da protecção da confiança legítima. Pelo menos, as restantes sentenças do Tribunal sobre o mesmo tema remetem, frequentemente, para as fórmulas do Ac. n.º 287/90. Note-se, no entanto, que os “quatro pressupostos” que vêm enunciados no texto não se encontraram assim mesmo fixados pela jurisprudência constitucional. Eles “interpretam” a jurisprudência, não a reproduzem.

(203) Estes exemplos são dados pelo Ac. n.º 287/90, *loc. cit.*, nota anterior, p. 176.

de uma *retroactividade inauténtica* ⁽²⁰⁴⁾. Se a emissão destas normas fosse *em principio* constitucionalmente proibida, os resultados da proibição seriam inconcebíveis. Sectores fundamentais da ordem jurídica tornar-se-iam petrificados no tempo, insuscetíveis de reforma e de adaptação às mudanças requeridas pela evolução social. Faz parte também da natureza do direito legislado que as leis sejam auto-revisíveis, pelo que ninguém tem um “direito” à inalterabilidade do quadro jurídico que conforma a sua vida: a conclusão é de senso comum.

Mas é igualmente de senso comum esta outra: se ninguém é titular de um direito à inalterabilidade do Direito que o afecta, também é verdade que a emissão de “normas retrospectivas” por parte do legislador (ou da administração pública, quando dotada de poderes regulamentares) deve ter limites, e que os limites são precisamente aqueles que decorrem do *principio da protecção da confiança legítima*. Como, em Estado de direito, todas as pessoas devem poder saber com o que contam, e tal significa poder confiar, de algum modo, “na previsibilidade do Direito, como modo de orientação de vida” ⁽²⁰⁵⁾, os quattros pressupostos acima enunciados valem igualmente para medir aqueles casos que, não sendo embora de *retroactividade própria ou auténtica*, implicam modificações em regimes jurídicos aplicáveis a situações de vida já iniciadas.

5.4.4. Proibição do excesso

Os três princípios que acabámos de estudar — a saber: o da *publicidade* dos actos do Estado, o da *determinabilidade* razoável do seu conteúdo e o da protecção da *confiança* em sentido estrito — integram-se todos no fim geral de “segurança” que o Estado de direito deve prosseguir: é que todos eles garantem que a acção estadual surja para os cidadãos como algo de *antevistível* e de *calculável*. No entanto, quando começámos a estudar este tema, dissemos que a actuação do Estado de

direito, para ser *segura*, precisava ainda de ser *mensurável*. Vejamos agora em que é que consiste este requisito de *mensurabilidade* dos actos estaduais.

Basicamente, o que aqui está em causa é o principio da *proibição do excesso*, também designado (de forma impropria, por razões que adiante compreenderemos) por *principio da proporcionalidade*. A CRP faz referência a este principio a propósito das leis restritivas de direitos, liberdades e garantias, quando diz — no n.º 2 do artigo 18.º — que as restrições a estes direitos se devem “limitar ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”. Mais adiante, logo no artigo 19.º, ao prever a possibilidade de suspensão do exercício daqueles mesmos direitos através da declaração de estado de sítio ou de estado de emergência, o texto constitucional usa expressamente o termo “proporcionalidade” para indicar aquele principio que, em qualquer caso, há-de sempre *limitar* a vigência destas situações típicas de suspensão do exercício dos direitos (n.º 4). O mesmo termo, “proporcionalidade”, volta a ser usado no n.º 2 do artigo 266.º, onde se enunciam os *principios* que orientam a actuação dos órgãos e agentes administrativos no exercício das suas funções; e no artigo 272.º, n.º 2 — quando se diz que “as medidas de policia são as previstas na lei” —, utiliza-se uma vez mais fórmula semelhante à contida no n.º 2 do artigo 18.º: “não devendo [tais medidas] *ser utilizadas para além do estritamente necessário*”. No entanto, o imperativo da actuação *proporcional* do Estado não se restringe apenas a estas situações, a que se refere o texto da Constituição. Tal como sucede com a *determinabilidade do conteúdo dos actos estaduais*, ou com a sua *publicidade*, ou com a ideia de *protecção da confiança*, estamos aqui perante um principio que se deve aplicar transversalmente a qualquer actuação do Estado, seja qual for a sua natureza ⁽²⁰⁶⁾. É certo que é no domínio da actuação legislativa — e, sobretudo, das leis restritivas de direitos, liberdades

⁽²⁰⁴⁾ Veja-se a definição que é dada pelo Acórdão n.º 232/91, em *Acs. do TC*, 19.º Vol., p. 349: “A norma *sub iudicio* é uma norma *retrospectiva*, ou seja, uma norma que prevê consequências jurídicas para o futuro para situações que se constituíram antes da sua entrada em vigor, mas que se mantêm nessa data”.

⁽²⁰⁵⁾ Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 330/90, em *Acs. do TC*, 17.º Vol., p. 227.

⁽²⁰⁶⁾ Quanto a este ponto, veja-se por último o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 187/01, em *Acs. do TC*, 50.º Vol., p. 62. Note-se ainda, a este propósito, a redacção do artigo 9.º do Projecto de Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa: “O exercício das competências da União rege-se pelos principios da subsidiariedade e da *proporcionalidade*”. Voltaremos ao assunto.

e garantias — que a aplicação, aos casos concretos, da ideia de *proporcionalidade* do comportamento estadual adquire maior amplitude e também maior complexidade. Tal explica, aliás, que seja justamente este o propósito que convoca a primeira referência ao princípio feita pelo texto constitucional (no n.º 2 do artigo 18.º). Teremos ocasião de compreender mais tarde as razões por que tal sucede, quando estudarmos com cuidado o *sistema dos direitos fundamentais*. Mas como, até lá, não podemos deixar de dar por assentes duas ideias essenciais — (i) os actos do Estado *nunca devem ser excessivos*, quaisquer que sejam as funções que através deles se exerçam; (ii) este imperativo de *medida*, ou de *equilíbrio*, da actuação jurídico-pública decorre da ideia de segurança contida no princípio (materialmente entendido) do Estado de direito —, não nos resta outra alternativa senão procurar fixar, desde já, o conteúdo do *princípio da proibição do excesso*.

Quando falamos em *proibição do excesso*, ou em princípio da *proporcionalidade em sentido lato*, queremos significar essencialmente o seguinte. As decisões que o Estado toma, justamente pelo facto de não poderem ser nem ilimitadas nem arbitrárias, têm que ter, todas e cada uma delas, uma certa finalidade ou uma certa razão de ser. Esta finalidade, prosseguida por cada decisão estadual, deve ser para os seus destinatários — como para qualquer membro da comunidade jurídica — algo de detectável, denominável e compreensível. É evidente que o Estado, sempre que age, busca a melhor realização do interesse público. Mas tal não basta: o que é necessário é que, perante cada decisão, se possa compreender o modo específico pelo qual, naquele caso, se quis prosseguir o interesse de todos. É a isso mesmo que nos referimos, quando aludimos à “finalidade” ou “razão de ser” de cada decisão estadual é à necessidade da sua inteligibilidade.

Ora, o que o princípio da *proibição do excesso* postula é que entre o conteúdo da decisão estadual e o fim que ela prossegue haja sempre um equilíbrio, uma ponderação e uma “justa medida”. *Não se utilizam canhões para atirar a pardais*: as vantagens (obtidas por todos) através da medida estadual devem ser *proporcionais* às desvantagens que tal medida tenha eventualmente causado a alguns membros da comunidade jurídica, de tal modo que o peso da decisão pública nunca venha a exceder o *quantum* requerido pela prossecução do seu fim.

A *sedes materiae* deste princípio encontra-se antes do mais no artigo 2.º da CRP (207). E compreende-se bem porquê. Um Estado de direito não pode deixar de ser um “estado proporcional”: se se tolerasse que os encargos impostos pelas suas decisões aos cidadãos fossem desmedidos, não justificados pelos seus fins específicos e — por isso mesmo — *levianos*, dificilmente se conseguiria assegurar a ideia segundo a qual a actividade estadual deve surgir, para os seus destinatários, como algo sério, seguro ou confiável. Ora — e já o vimos — um poder político assim, incapaz de merecer a confiança daqueles a quem se dirige, não pode ser nunca um poder *limitado pelo direito e destinado a garantir a justiça, a dignidade da pessoa humana e a liberdade*. O princípio da *proibição do excesso*, que postula a mensurabilidade de todos os actos estaduais, integra o conteúdo material do princípio do Estado de direito exactamente pelas mesmas razões por que o fazem os outros princípios, que já analisámos, e que visam assegurar a calculabilidade dos comportamentos públicos. É que não haverá nunca tal calculabilidade aí onde não for estabelecido o seguinte princípio de segurança: os actos estaduais, além de serem actos previsíveis, devem ser também, sempre, *actos equilibrados, medidos e ponderados*.

Resta saber quais os critérios a utilizar, para que se possa aplicar com rigor esta ideia — ainda vaga — de *equilíbrio e de ponderação*. A ideia geral de *proibição do excesso* decompõe-se analiticamente em três “vertentes” (208), que valem como parâmetros de medida a utilizar nas situações em juízo.

A primeira de todas elas resume-se à ideia de *adequação*. Para que se saiba se, num caso concreto, o Estado agiu ou não de forma proporcional, deve-se antes do mais procurar saber se os meios escolhidos para a realização de um certo fim são em geral meios apropriados, ou ajustados, para a obtenção dos propósitos inscritos na finalidade da acção. Não se trata aqui de procurar obter provas de efectividade prática na relação

(207) Assim, Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 187/01, *Acc. do TC*, 50.º Vol., p. 59: “Relativamente às restrições a direitos, liberdades e garantias, a exigência da proporcionalidade resulta do artigo 18.º, n.º 2, da Constituição da República. Mas o princípio da proporcionalidade, enquanto princípio geral de limitação do poder público, pode ancorar-se no princípio geral do Estado de direito”.

(208) A expressão tem sido usada pelo Tribunal Constitucional. Veja-se o Acórdão n.º 103/87, em *Acc. do TC*, 9.º Vol., p. 112.

meio-fim. Neste domínio da ponderação, não é necessário provar que aquele meio que foi escolhido permitiu a realização efectiva do fim que a actuação estadual se propunha: a exigência de semelhante prova seria ela mesma excessiva. O que se requer é apenas um juízo de *razoabilidade*. Basta por isso provar que, *razoavelmente*, ou em condições normais de vida, o meio escolhido pelo Estado se apresenta como meio apto para melhorar a situação de facto, e, portanto, para alcançar o fim de interesse público inscrito na decisão estadual. É este, portanto, o primeiro teste que o juízo de proporcionalidade convoca.

O segundo diz respeito à *necessidade ou exigibilidade* do meio em relação ao fim. Não basta provar que, em abstracto, as vias escolhidas pela acção estadual são, segundo um padrão de normalidade, *adequadas* ou *aptas* para a obtenção de um determinado fim. Depois de se ter passado o “crivo” deste juízo de adequação é ainda necessário testar a *necessidade ou exigibilidade* da medida estadual. Mas em que é que consiste este segundo “teste”?

Fundamentalmente, trata-se aqui de saber se o Estado, ao agir, escolheu — de entre todas as medidas possíveis, igualmente aptas, em abstracto, para a realização do fim proposto — aquela que menos encargos impõe aos cidadãos. É por isso que se diz que o requisito da *exigibilidade* corresponde ao requisito da escolha do “meio mais suave”, ou “mais benigno”. Como, para ser proporcional, o meio da acção estadual não deve ser apenas congruente com o fim que essa mesma acção se propõe realizar; se se provar que: (i) para a realização da mesma finalidade de interesse público, o Estado tem à sua disposição vários meios, todos eles igualmente adequados ou ajustados; (ii) que estes vários meios só diferem entre si pela intensidade dos encargos que impõem aos destinatários da decisão; (iii) então — para que não haja violação do *princípio da proibição do excesso* — é necessário que o Estado escolha, de entre todos, justamente o meio que para os cidadãos se mostrar menos oneroso, ou “mais suave, ou “mais benigno”. Se se provar que o Estado não procedeu a esta escolha ter-se-á provado, também, que a sua acção foi, naquele caso, *desnecessariamente excessiva*.

O terceiro teste inscrito no juízo geral de “proibição do excesso” diz respeito à chamada *proporcionalidade em sentido estrito*. Depois de se ter apurado se o Estado, na sua acção, escolheu os meios adequados para a realização dos fins; depois de se ter analisado se tais meios serão exigí-

veis ou necessários para a prossecução das finalidades da acção, há ainda que averiguar, a final, se existe ou não — no caso concreto — uma relação de “proporção” ou de “justa medida” entre a via que foi escolhida para a realização do interesse público e a *medida de realização do mesmo interesse*. Esta é pois a última operação a que se deve proceder sempre que se averigua da proporcionalidade ou desproporcionalidade da acção estadual. Com ela, pesam-se as desvantagens e vantagens decorrentes da *concreta* decisão que se pretende avaliar. Por um lado, medem-se os encargos que ela trouxe para todos aqueles que são especialmente afectados pelo seu conteúdo; por outro, avaliam-se os benefícios que da mesma decisão decorrem para o interesse público ou para a generalidade das pessoas. Se se chegar à conclusão segundo a qual não existe, *in casu*, a devida articulação racional entre uma coisa e outra — pelo facto de os encargos sentidos apenas por alguns excederem, de forma desmesurada ou desproporcionada, os benefícios alcançados por todos — concluir-se-á também que houve *excesso na actuação estadual* (209).

INDICAÇÕES BIBLIOGRÁFICAS:

- Canotinho, J. J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Almedina, Coimbra, 7.^a ed., 2003.
- Canas, Vitalino, “Proporcionalidade (princípio da)”, em *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, Vol. VI, Lisboa, 1984, pp. 591 e ss.
- , “O Princípio da Proibição do Excesso na Constituição: arqueologia e aplicações”, em *Perspectivas Constitucionais*, Vol. II, J. Miranda (org.), Coimbra Editora, Coimbra, 1997, pp. 323 e ss.
- Cardoso da Costa, J. M., “O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana na Jurisprudência Constitucional Portuguesa”, em *Direito Constitucional, Estudos em Homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho*, Dialéctica, São Paulo, 1999, pp. 190 e ss.
- Loureiro, João Carlos Gonçalves, “O Direito À Identidade Genética do Ser Humano”, em *Portugal-Brasil Ano 2000, Studia Iuridica, Colloquia* — 2, Coimbra, 1999, pp. 263 e ss.

(209) Quanto à utilização, por parte do Tribunal Constitucional, destes três “testes” que compõem o princípio da proibição do excesso (*adequação, necessidade ou exigibilidade, proporcionalidade em sentido estrito*), vejam-se, a título de exemplo, as seguintes decisões: Acórdão n.º 103/87, em *Act. do TC*, 9.º Vol., pp. 83 e ss.; Acórdão n.º 285/92, em *Act. do TC*, 22.º Vol., pp. 159 e ss.; Acórdão n.º 187/01, em *Act. do TC*, 50.º Vol., pp. 29 e ss.