

# NOTAS SOBRE O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE OU DA PROIBIÇÃO DO EXCESSO

ANABELA LEÃO

## INTRODUÇÃO

O objectivo deste pequeno excurso é passar em revista alguns dos aspectos principais relativos ao princípio da proporcionalidade ou da proibição do excesso <sup>(1)</sup>. Porquê este princípio? — porque a ideia de proporcionalidade é conatural à própria ideia de justiça, que é intuída sempre, não só, mas também, como *proporção, justa medida*. Sempre... e, também, desde sempre, já que, se o conceito de proporcionalidade, no seu figurino actual, é uma construção recente, a ideia de proporcionalidade mergulha na noite dos tempos.

Todavia, não é esta a ocasião oportuna para se escrever demoradamente sobre o assunto, antes sim para abrir a questão, remetendo o seu aprofundamento para futuros desenvolvimentos. Por ora, é um trabalho de índole meramente descritiva, em que procura fazer-se uma revisão de bibliografia, incidindo essencialmente sobre a doutrina portuguesa.

Na primeira parte desta exposição far-se-á uma abordagem geral do princípio, traçando a sua evolução histórica e procurando entender, em termos abrangentes, a sua importância como princípio constitucional. Num segundo momento, a análise incidirá sobre os contributos do princípio num dos seus campos de aplicação: o regime dos direitos, liberdades e garantias.

---

<sup>(1)</sup> Optou-se, neste trabalho, pela identificação entre as duas designações, que serão tomadas por sinónimas, à semelhança do que acontece em alguns dos autores consultados. Por vezes, empregar-se-á ora uma, ora outra, para ser fiel aos autores e às suas (eventuais) preferências terminológicas.

## PARTE I

### A) BREVE HISTÓRIA DO PRINCÍPIO

O princípio da proporcionalidade ou da proibição do excesso, com a sua configuração mais recente, data do último quartel do século XX <sup>(2)</sup>. Como precursora, pode referir-se apenas «(...) uma intuição ou uma ideia mais ou menos difusa de proporção, de repulsa pelo excesso, ou de necessidade» <sup>(3)</sup>. Invocam-se trabalhos de BLACKSTONE e de BECCARIA «(...) como prova de que se trata de conceitos nutridos no próprio berço da modernidade» <sup>(4)</sup>, mas é certo que as raízes do princípio recuam até à antiguidade <sup>(5)</sup> <sup>(6)</sup>, e não se ficam pelo século XIX.

É interessante constatar, aliás, que, na sua fase «embrionária», a ideia de proporcionalidade aparece muito ligada às ideias de igualdade e de justiça, o que inclusive se reflectiu na própria fundamentação do princípio <sup>(7)</sup>. Em sentido que parece concordante, leia-se MARTIM DE ALBUQUERQUE, que observa que «(...) o período que decorre do fim do Mundo Antigo até ao constitucionalismo de Setecentos, a respeito da igualdade (...) reconduziu-a, com a máxima clareza, às ideias de *medida, ordem, adequação, proporcionalidade (...)*» <sup>(8)</sup>.

O desenvolvimento da ideia de proibição do excesso pode ser bem ilustrado com o exemplo da Alemanha. Aí, «(...) o princípio tem como antepassados as exigências da *necessidade* ou *indispensabilidade* dos meios», e o rasto dessa exigência de necessidade recua ao «(...) direito prussiano de polícia do final do século XVIII (donde se estenderia para todo o direito administrativo relacional), citando-se a propósito os ensinamentos de (...) Carl Gotlieb Svarez ao (então) futuro rei Frederico Guilherme III, em 1791/2 (...)» <sup>(9)</sup>. Mas «(...) só

<sup>(2)</sup> Veja-se, neste sentido, Vitalino Canas, *O princípio da proibição do excesso na Constituição: arqueologia e aplicações, in Perspectivas Constitucionais — Nos 20 anos da Constituição de 1976* (org. Jorge Miranda), vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 1997, p. 325.

<sup>(3)</sup> *Idem*.

<sup>(4)</sup> *Ibidem*, p. 326.

<sup>(5)</sup> *Ibidem*, p. 326, em nota.

<sup>(6)</sup> Para o direito português, refira-se que Jorge Miranda (*apud* Vitalino Canas, *ibidem*) recorda a prescrição de «temperança» nas Ordenações.

<sup>(7)</sup> Veja-se *infra*.

<sup>(8)</sup> Martim de Albuquerque, *Da igualdade — Introdução à Jurisprudência*, Coimbra, Almedina, 1993, p. 43.

<sup>(9)</sup> Vitalino Canas, *O princípio..., ob. cit.*, p. 328.

na segunda metade do [século] XIX se acabariam de preencher as condições propícias para a afirmação da ideia de necessidade (*Erforderlichkeit*) na jurisprudência e nos compêndios jurídicos»<sup>(10)</sup>; entre essas condições, destacam-se «(...) a convicção de que a actividade do Estado está limitada quanto aos fins (...), a concepção de que a intervenção na esfera de liberdade dos cidadãos carece de uma autorização específica, a controlabilidade jurisdicional dos actos de autoridade e o fortalecimento das bases do direito administrativo»<sup>(11)</sup>.

Na parte final do século XIX encontram-se «(...) referências à ideia de *necessidade* em certa jurisprudência, particularmente do Supremo Tribunal Administrativo da Prússia (...)»<sup>(12)</sup> <sup>(13)</sup>. Na doutrina também se encontram referências a essa ideia de necessidade, podendo citar-se como exemplos ROBERT VON MOHL, OTTO MAYER e WALTER JELLINEK<sup>(14)</sup>; não obstante, há também, como observa VITALINO CANAS, omissões importantes, como é o caso de VON STEIN, «(...) talvez coincidentes, contemporâneas ou resultantes de uma certa desmaterialização da ideia de Estado de Direito»<sup>(15)</sup>. Fora do direito administrativo, encontram-se também aplicações do princípio ao nível penal e processual penal<sup>(16)</sup> <sup>(17)</sup>.

Até meados do século XX o conceito (já corrente) de proporcionalidade (*Verhältnismäßigkeit*) é usado para abranger apenas uma das dimen-

---

<sup>(10)</sup> *Idem*, p. 328/329.

<sup>(11)</sup> *Ibidem*, p. 329.

<sup>(12)</sup> *Ibidem*.

<sup>(13)</sup> Uma constatação muito interessante é, aliás, a de que a jurisprudência teve um papel fundamental no desenvolvimento do princípio.

<sup>(14)</sup> Otto Mayer e Walter Jellinek destacaram-se, também, pelo seu contributo ao nível da terminologia. O primeiro «(...) terá sido, porventura, o primeiro utilizador da expressão *Verhältnismäßigkeit*, em 1895 (...)», discutindo-se se como «(...) expressão acabada de um princípio da proibição do excesso ou da proporcionalidade na sua configuração contemporânea ou se, ao sabor da época, ela recobria uma simples ideia de necessidade», sendo certo que parece ser este segundo sentido o mais correcto. Por sua vez, Jellinek «(...) inaugura em 1913 a linhagem do termo *Übermass*, aparentemente empregue também no sentido de necessidade» — Vitalino Canas, *O princípio...*, *ob. cit.*, p. 329.

<sup>(15)</sup> *Ibidem*, p. 329/330.

<sup>(16)</sup> *Ibidem*, p. 330.

<sup>(17)</sup> Nos Estados Unidos, a ideia de *necessidade* «(...) está no centro das primeiras divergências em torno da interpretação da nova Constituição (...)» — Vitalino Canas, *Proporcionalidade (Princípio da)*, in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, 6.º vol., Lisboa, 1994, p. 592.

sões actuais do princípio da proporcionalidade: a necessidade. Mas, como salienta VITALINO CANAS, os anos 50 são anos de transição:

- Assiste-se a uma «clarificação dos desdobramentos internos» do princípio — necessidade, adequação, proporcionalidade em sentido estrito — «(...) da responsabilidade conjunta do legislador, da jurisprudência e da doutrina» (18) (19).
- Como consequência, há uma ruptura terminológica: o conceito de *Verhältnismäßigkeit*, que se referia apenas à necessidade (e implicitamente à adequação, segundo VITALINO CANAS), passa a ser usado ora como «macro-conceito», englobando os três subprincípios da necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito, ora como «micro-conceito» (20), para significar proporcionalidade em sentido estrito. Como «macro-conceito alternativo» a *Verhältnismäßigkeit*, LERCHE propõe, em 1961, na linha de WALTER JELLINEK, *Übermaßverbot*, «(...) rivalizando desde então as duas linhas terminológicas» (21).
- Tem lugar também um «alargamento do âmbito de aplicação» do princípio, «(...) particularmente na medida em que deixa de ser considerado aplicável simplesmente ao domínio do direito administrativo (sobretudo de polícia), para ser entendido como limite e guia de actuação para o próprio legislador», no que o *BverfG* desempenhou papel de relevo, abrindo «(...) todos os domínios jurídicos à aplicação do princípio» (22).

Encontram-se referências ao início da década de 60 para evidenciar que, por essa altura, «(...) o princípio da proibição do excesso ou da propor-

(18) Vitalino Canas, *O princípio...*, *ob. cit.*, p. 331.

(19) Vitalino Canas, *Proporcionalidade...*, *ob. cit.*, p. 618, escreve: «A dissecação do princípio da proporcionalidade em três máximas ou subprincípios é recente e é uma invenção da ciência jurídica europeia. (...) Até ao final da década de 60 a doutrina oscila, devendo-se a Grabitz, a autenticação doutrinal, em 1973, da ideia dos três desdobramentos do princípio da proporcionalidade em sentido lato (*Verhältnismässigkeit in weitern Sinne*), imputados à própria jurisprudência do *BverfG* (...)».

(20) Vitalino Canas, *O Princípio...*, *ob. cit.*, p. 331.

(21) *Idem*, p. 332.

(22) *Ibidem*.

cionalidade completara o seu processo de formação e adquirira a sua configuração actual» (23).

O princípio da proibição do excesso «(...) como princípio consciente e autonomamente assumido no seu alcance *actual* (...)» (24) é fruto, para VITALINO CANAS:

- «(...) do protagonismo estatal pós-liberal (...)» (25);
- «(...) da plena interiorização pelo direito da racionalidade *weberiana*» (26);
- porventura «(...) também de uma certa reavaliação das possibilidades jusfilosóficas do pensamento jusnaturalista, experimentada após o termo da II Guerra, a qual procurou materialização na definição de princípios ou instrumentos que metodicamente pudessem traduzir a ideia de justiça e de direito justo do terreno meta-positivo para o terreno firme da justiça do caso concreto» (27); assim, «[a] identificação dos princípios da igualdade e da proporcionalidade como “âncoras” mais eficazes de uma ideia de justiça e de direito justo é reiteradamente assumida por autores que personificam o “renascimento” do direito natural no pós-guerra» (28).

Portanto, parece legítimo considerar o pós II Guerra como um marco decisivo na evolução e propagação do princípio na Europa — «[o] princípio da proibição do excesso, enquanto princípio a que também o legislador está vinculado (...) e que, para além disso, não se esgota na comparação *empírica* entre meios e fins (...), só começa a ser objecto do culto conjunto de alguma doutrina e jurisprudência no pós II Guerra» (29). Da segunda metade dos anos 50 e dos anos 60 datam propostas doutrinárias inovadoras de autores germânicos e decisões pioneiras da jurisdição constitucional alemã, que «(...) traçam os contornos e oferecem a maioria ao princí-

---

(23) *Ibidem*.

(24) *Ibidem*, p. 326.

(25) *Ibidem*.

(26) *Ibidem*, p. 327.

(27) *Ibidem*.

(28) *Ibidem*, p. 327, em nota.

(29) *Ibidem*, p. 327, em texto.

pio da proibição do excesso» (30), concluindo uma trajectória de evolução que se iniciara no século das Luzes.

## B) O CONCEITO ACTUAL DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE OU DA PROIBIÇÃO DO EXCESSO

1. O princípio da proporcionalidade ou da proibição do excesso desdobra-se em 3 subprincípios constitutivos:

### a) *Princípio da conformidade ou adequação de meios («Geeignetheit»)*

Este princípio exige que «(...) a medida adoptada para a realização do interesse público deve ser *apropriada* à prossecução do fim ou fins a ele subjacentes» (31), pelo que é necessário controlar «a *relação de adequação medida-fim*» (32) (33); este controlo, muito debatido relativamente ao poder discricionário e ao poder vinculado da administração, é mais difícil quando se trata «(...) de um controlo do fim das leis dada a liberdade de conformação do legislador» (34).

JORGE MIRANDA acentua que a adequação «(...) significa que a providência se mostra adequada ao objectivo almejado, se destina ao fim contemplado pela norma, e não a outro; significa, pois, correspondência de meios a fins» (35).

### b) *Princípio da exigibilidade ou da necessidade («Erforderlichkeit»)*

Este princípio acentua a ideia «(...) de que o cidadão tem *direito à menor desvantagem possível*», pelo que se requer «(...) a prova de

(30) *Ibidem*, p. 328.

(31) Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Almedina, (1999), p. 264.

(32) Como escreve Gomes Canotilho, *Direito...*, *ob. cit.*, p. 264, «(...) a exigência de conformidade pressupõe a investigação e a prova de que o acto do poder público é *apto* para e *conforme* os fins justificativos da sua adopção (...)».

(33) *Idem*.

(34) *Ibidem*.

(35) Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, vol. IV, Coimbra, Coimbra Editora, 2000, p. 207.

que, para a obtenção de determinados fins, não era possível adoptar outro meio menos oneroso para o cidadão» (36). Assim, a necessidade «(...) supõe a existência de um bem juridicamente protegido e de uma circunstância que imponha intervenção ou decisão; equivale a exigibilidade desta intervenção ou decisão» (37).

Como é um princípio sujeito a uma «natural relatividade», a doutrina procura acrescentar elementos que contribuam para uma «maior operacionalidade prática» (38), e que são:

- i) «(...) a *exigibilidade material*, pois o meio deve ser o mais “poupado” possível quanto à limitação dos direitos fundamentais (...)»;
- ii) «(...) a *exigibilidade espacial* aponta para a necessidade de limitar o âmbito de intervenção (...)» (39);
- iii) (...) «a *exigibilidade temporal* pressupõe a rigorosa delimitação no tempo da medida coactiva do poder público (...)»;
- iv) «(...) a *exigibilidade pessoal* significa que a medida se deve limitar à pessoa ou pessoas cujos interesses devem ser sacrificados» (40).

Normalmente este princípio não põe em causa a adopção da medida («*necessidade absoluta*»), mas sim a «*necessidade relativa*», *i.e.*, «(...) se o legislador poderia ter adoptado outro meio igualmente eficaz e menos desvantajoso para os cidadãos» (41).

c) *Princípio da proporcionalidade em sentido restrito*  
(«*Verhältnismässigkeit*»)

Sendo uma medida coactiva do poder público necessária e adequada para atingir um certo fim, torna-se ainda necessário perguntar

---

(36) Gomes Canotilho, *Direito...*, *ob. cit.*, p. 264.

(37) Jorge Miranda, *Manual...*, *ob. cit.*, vol. IV, p. 207.

(38) Gomes Canotilho, *Direito...*, *ob. cit.*, p. 264.

(39) *Idem*.

(40) *Ibidem*, p. 265.

(41) *Ibidem*.

«(...) se o resultado obtido com a intervenção é *proporcional* à “carga coactiva” da mesma». O princípio da proporcionalidade em sentido restrito é, assim, entendido como princípio da «justa medida», nas palavras de GOMES CANOTILHO. Trata-se de equacionar os meios e o fim «(...) mediante um juízo de ponderação, com o objectivo de se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim». Em suma, pesam-se «(...) as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim» (42).

JORGE MIRANDA (43) acentua também a ideia de «justa medida». Para o autor, este subprincípio implica não só justa medida mas também «(...) que o órgão competente proceda a uma correcta avaliação da providência em termos quantitativos (e não só qualitativos); que a providência não fique aquém ou além do que importa para se obter o resultado devido — nem mais, nem menos» (44).

2. No ponto anterior expôs-se a noção mais difundida do princípio; não tão difundida é, porém, a ideia de «*proibição por defeito*». Assim, se é verdade que o sentido mais usual do princípio da proibição do excesso é o de «(...) evitar cargas coactivas excessivas ou actos de ingerência desmedidos na esfera jurídica dos particulares», é também certo que há um outro lado da protecção que salienta a «*proibição por defeito (Untermassverbot)*» — «[e]xiste um **defeito de protecção** quando as entidades sobre quem recai um *dever de protecção (Schutzpflicht)* adoptam medidas insuficientes para garantir uma protecção constitucionalmente adequada dos direitos fundamentais» (45).

Neste contexto, discute-se, por exemplo, «(...) se a protecção do feto — protecção da vida — exige *criminalização* da interrupção da gravidez (...)» (46) (47).

(42) *Ibidem*.

(43) O autor designa também este subprincípio por subprincípio de racionalidade — *Manual...*, *ob. cit.*, vol. IV, p. 207.

(44) *Idem*.

(45) Gomes Canotilho, *Direito...*, *ob. cit.*, p. 267.

(46) *Idem*.

(47) No Acórdão n.º 288/98 do Tribunal Constitucional, *in Diário da República*, 1.ª série-A, n.º 91, de 18 de Abril de 1998 («Caso do referendo sobre a interrupção da gravidez») o Conselheiro Paulo Mota Pinto invoca este princípio no seu voto de vencido: «Consideraria, assim, a resposta afirmativa à pergunta — na medida em que conduz à despenalização voluntária da gravidez por *opção* da mulher, e, portanto, com *irrelevância dos motivos* invocados para pôr termo à gravidez — como inconstitucional, por violar o princípio da «proi-

### C) FUNDAMENTAÇÃO DO PRINCÍPIO

Pode dizer-se, com VITALINO CANAS, que o princípio da proporcionalidade ou da proibição do excesso «(...) reivindica reconhecimento como princípio geral do direito (...)» (48), parecendo inegável, à face do sistema constitucional português, a sua dignidade de princípio constitucional (49).

Existem, contudo, concepções diferentes quanto à fundamentação do princípio. Assim:

1. Os primeiros registos do princípio da proporcionalidade ligam-no à noção de Direito, «(...) na concretização jusracionalista do Iluminismo. Direito e proporção seriam ontologicamente indissociáveis. Na sua fase moderna, no momento de autonomização dogmática do princípio, foi necessário fixar-lhe os contornos com o princípio da igualdade, com o qual aparecia associado e no qual, aliás, buscaria fundamento» (50). Deveu-se a LERCHE «[o] primeiro esforço sério nesta via (...)», tendo registado e refutado «(...) a orientação da doutrina da época (...) no sentido descrever o conteúdo do princípio da igualdade como injunção de “tratamento proporcionalmente igual”» (51). Este autor «(...) pretendeu dar independência ao princípio, considerando-o elemento autónomo do que designa de “parte dirigente da Constituição”» (52).

Actualmente, portanto, e não obstante o reconhecimento de que igualdade e proporcionalidade se cruzaram historicamente nas suas trajectórias (53), e se encontram «por vezes na sua trajectória de actuação» (54), a

---

bição do défice» (...) de tutela de um bem cuja protecção é constitucionalmente assegurada (sem que esta exigência seja afastada pela proposta compatibilização com outros interesses constitucionalmente protegidos). Isto, uma vez que, por outro lado, não se divisam outros meios a que o legislador possa recorrer para adequadamente proteger esse bem, afirmando a sua dignidade ética para a comunidade jurídica (e notando igualmente que a questão submetida a apreciação não contende directamente com a da punibilidade do aborto clandestino, não sendo sequer líquido que uma resposta positiva venha a contribuir para a diminuição deste)».

(48) Vitalino Canas, *Proporcionalidade...*, *ob. cit.*, p. 594.

(49) Veja-se, a propósito, o Acórdão n.º 634/93, in *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 26.º vol., Coimbra, 1993.

(50) Vitalino Canas, *Proporcionalidade...*, *ob. cit.*, p. 596.

(51) *Idem*, p. 596, em nota.

(52) *Ibidem*, p. 596, agora em texto.

(53) Veja-se *supra*.

(54) *Ibidem*, p. 603.

doutrina adverte para a necessidade de não confundir os dois princípios <sup>(55)</sup>. A estratégia mais adequada será, portanto, a de diferenciá-los bem, sem, porém, esquecer os pontos de contacto entre ambos.

Há como que um *fundo comum* subjacente aos dois princípios, que, para VITALINO CANAS, reside no facto de ambos visarem «(...) assegurar a *justa medida* e o *equilíbrio* dos actos do Estado, pressupondo uma base comum de racionalidade (...)» <sup>(56)</sup>. Porém, distinguem-se materialmente. Enquanto «[o] juízo sobre a razoabilidade das discriminações (ou da parificação de tratamento), típico do exame do respeito pelo princípio da igualdade, baseia-se na apreciação ou na comparação de dois tipos legais na sua relação com a tensão entre a *base factual* e *resultado visado*», o princípio da proporcionalidade «(...) preocupa-se antes com a verificação de se o sacrifício de certos bens ou interesses é adequado, necessário e tolerável, na relação com os bens e interesses que se pretende promover» <sup>(57)</sup>.

O mesmo autor propõe que se diferenciem esquematicamente da seguinte forma: «(...) para avaliar a conformidade com o princípio da igualdade começa por se determinar o objectivo (...) do acto sob escrutínio; depois identificam-se os tipos legais ou categorias (expressas ou implícitas) que, à luz da perseguição do objectivo, foram enunciadas e foram objecto de tratamentos diferentes, ou uniformes»; procura definir-se «(...) se há alguma razão (...) para que uma, duas ou mais categorias normativamente tipificadas tenham tratamento desigual (ou igual) à luz do objectivo previamente definido»; para apurar «(...) se há razoabilidade na igualdade ou desigualdade de tratamento é necessário verificar se existe uma *relação razoável* entre o fim visado e a diferenciação (ou equalitarização) de regimes a que são submetidas as duas categorias». Ao aplicar o princípio da proporcionalidade também tem de definir-se o fim, «(...) mas não é necessário haver ou tomar em conta uma categorização, nem uma desigualdade ou igualdade de tratamento de várias categorias. O que se compara é a rela-

---

<sup>(55)</sup> Nas palavras de Vitalino Canas, *Proporcionalidade...*, *ob. cit.*, p. 603, em nota, a jurisprudência constitucional portuguesa ora distingue os dois princípios (veja-se o Acórdão n.º 363/91 in *Diário da República*, 1.ª série-A, n.º 202, de 3 de Setembro de 1991), ora os confunde (veja-se, por exemplo, o Acórdão n.º 339/88, in *Diário da República*, 1.ª série, n.º 52, de 3 de Março de 1988), ora os associa (veja-se, por exemplo, o Acórdão n.º 37/91, in *Diário da República*, 2.ª série, n.º 144, de 26 de Junho de 1991).

<sup>(56)</sup> *Ibidem*, p. 603/604.

<sup>(57)</sup> *Ibidem*, p. 604.

ção entre a medida (que pode estabelecer ou pressupor ou não diferenciação de categorias) e o fim pretendido» (58).

Chega-se assim a um espectro de possibilidades de relação entre os dois princípios que contempla hipóteses distintas, podendo suceder que haja medidas que violem o princípio da igualdade sem violarem o princípio da proporcionalidade, ou então violem o princípio da proporcionalidade sem violarem do princípio da igualdade ou, ainda, que haja «(...) sobreposição, ou violação simultânea dos dois princípios pelo mesmo acto» (59).

Também para ALVES CORREIA há uma «distinção estrutural» (60) entre os dois princípios, que são insusceptíveis de confusão. Essa distinção resulta, para a Administração, do facto de, no princípio da proporcionalidade em sentido estrito, se comparar um acto com os objectivos visados (portanto, numa «relação meio-fim»), ao passo que, quanto à igualdade, o juízo de comparação se estabelece, não entre meio e fim (a relação ou comparação entre meio e fim verifica-se «dentro do mesmo acto administrativo»), mas entre dois ou mais actos da Administração. Tal não exclui que o princípio da proporcionalidade possa — acessoriamente — «(...) suscitar um problema de igualdade ou de desigualdade de tratamento (...)» (61).

Apesar da distinção, salienta o autor que a «(...) ideia de *proporcionalidade* assume um significado especial para o princípio da igualdade, tanto no domínio da actividade legislativa, como da acção administrativa» (62); assim:

- 1.º «(...) a proporcionalidade constitui um dos elementos do conceito de igualdade» (63): a igualdade pressupõe «(...) uma comparação entre objectos diferentes com base num determinado critério» (64); por isso não se pode falar de uma «(...) igualdade absoluta, de uma igualdade — identidade (...)», mas apenas de uma igualdade proporcional, *i.e.*, «(...) de uma igualdade *pro-*

---

(58) *Ibidem.*

(59) *Ibidem*, p. 605.

(60) Alves Correia, *O Plano Urbanístico e o Princípio da Igualdade*, Coimbra, Almedina, 1989, p. 443.

(61) *Idem.*

(62) *Ibidem.*

(63) *Ibidem.*

(64) *Ibidem*, p. 443/444.

*porcional e adequada* às diferenças naturais entre as pessoas, as coisas e as situações» (65);

- 2.º «(...) a escolha do “*tertium comparationis*”, ou do critério com base no qual é feita a comparação entre dois ou mais objectos diferentes, deve ser *proporcional* em relação ao fim da regulamentação» (66);
- 3.º «(...) o princípio proporcionalidade constitui um limite ao princípio da igualdade» (67) — «[a]ssim, o tratamento desigual de situações iguais (ou o tratamento igual de situações desiguais) estabelecido por uma lei ou por qualquer outra norma jurídica deve prosseguir um fim *constitucionalmente legítimo, adequado* ao interesse público, *necessário e proporcional* (em sentido estrito). Qualquer tratamento desigual não pode, por força do princípio da proporcionalidade em sentido estrito, produzir enquanto tal um dano que seja desproporcionado ou excessivo em relação ao resultado obtido» (68).

Apercebe-se o paralelismo entre estas perspectivas e o pensamento de GOMES CANOTILHO quando refere que, actualmente, «(...) tende-se a reforçar a metódica de controlo do princípio da igualdade através do princípio da proporcionalidade (em sentido amplo)» (69) (70). «O controlo metódico da desigualdade de tratamento terá de testar: (1) a legitimidade do fim do tratamento desigualitário; (2) a adequação e necessidade deste tratamento para a prossecução do fim; (3) a proporcionalidade do tratamento desigual relativamente aos fins obtidos (ou a obter)» (71). Em suma: «(...) é o tratamento desigual *adequado e exigível* para alcançar um determinado fim? Este fim é tão importante que possa justificar uma desigualdade de tratamento em *sentido normativo*?» (72).

---

(65) *Ibidem*, p. 444.

(66) *Ibidem*.

(67) *Ibidem*.

(68) *Ibidem*, p. 444/445.

(69) Gomes Canotilho, *Direito...*, *ob. cit.*, p. 1216.

(70) Este autor, *Direito...*, *ob. cit.*, p. 1216, introduz uma precisão: «Talvez seja mais correcto dizer que se exige aqui um esquema de fundamentação e controlo conducentes, em termos gerais, aos mesmos resultados obtidos pela utilização do princípio da proibição do excesso em sede de restrição de direitos».

(71) *Idem*.

(72) *Ibidem*, p. 1217.

A Constituição de 1976 é clara na afirmação do princípio da igualdade, mas, segundo JORGE MIRANDA, não se limita a declarar o princípio, antes o aplica «(...) desde logo, a zonas mais sensíveis ou mais importantes na perspectiva da sua ideia de Direito. E daí um sistema bastante complexo e talvez demasiado ambicioso, em que se deparam decorrências puras e simples da igualdade jurídica, preceitos de diferenciação em função de diferenças de circunstâncias, imposições derivadas da igualdade social e discriminações positivas» (73). No que agora nos interessa, a Constituição institui «(...) distinções correspondentes a diferenças de situações, as quais levam a configurar a igualdade como proporcionalidade (...)» (74): n.ºs 1 e 2 do artigo 40.º; n.º 6 do artigo 55.º; alínea c) do n.º 2 do artigo 59.º e n.º 3 do artigo 68.º; alíneas e) e f) do n.º 2 do artigo 59.º; n.º 1 do artigo 88.º; n.º 1 do artigo 114.º

O autor faz também apelo ao princípio da proporcionalidade para se compreender o sentido da igualdade. O «sentido primário» do princípio da igualdade (e talvez aquele que mais depressa nos acode ao espírito) é negativo: «(...) consiste na vedação de privilégios e discriminações» (75) (76); note-se que não se trata somente de proibir discriminações, mas «(...) também de proteger as pessoas contra discriminações (...)» (77) (veja-se o n.º 1 do artigo 26.º, *in fine*). Mas há também um sentido positivo, «mais rico e exigente» (78), segundo JORGE MIRANDA, que postula, nomeadamente, o «[t]ratamento em moldes de proporcionalidade das situações relativamente iguais ou desiguais e que, consoante os casos, se converte para o legislador ora em mera faculdade, ora em obrigação (...)» (79).

2. Há também uma linha de fundamentação do princípio que o funda no princípio do Estado de Direito — assim, quando quis «(...) deslocar o epicentro do princípio para o terreno da legislação, o TC alemão, despro-

---

(73) Jorge Miranda, *Manual...*, *ob. cit.*, vol. IV, p. 231/232.

(74) *Idem*, p. 232.

(75) *Ibidem*, p. 238.

(76) Deve entender-se como meramente exemplificativo o elenco de factores de desigualdade inadmissíveis consagrado no n.º 2 do artigo 13.º da CRP.

(77) Jorge Miranda, *Manual...*, *ob. cit.*, vol. IV, p. 239.

(78) *Idem*.

(79) *Ibidem*, p. 240.

vido de bases textuais claras na Lei Fundamental de Bona, recorreu ao princípio do Estado de Direito numa acepção material»<sup>(80)</sup> <sup>(81)</sup>.

Aliás, e para a realidade portuguesa, também o Tribunal Constitucional tem associado as noções de Estado de Direito e proporcionalidade<sup>(82)</sup>. Na doutrina (portuguesa), a associação entre os dois princípios é também uma constante — para GOMES CANOTILHO, o princípio da proibição do excesso é um «subprincípio concretizador»<sup>(83)</sup> do princípio do Estado de Direito, um «subprincípio densificador do Estado de direito democrático»<sup>(84)</sup>.

Para VITALINO CANAS, associar proporcionalidade e Estado de Direito, sem mais, é insatisfatório — o autor escreve que, caso «(...) o princípio da proporcionalidade se ancorasse no do Estado de Direito, então não bastaria falar de Estado de Direito. É imprescindível definir o sentido constitucionalmente adequado do Estado de Direito»<sup>(85)</sup>.

3. Há uma outra via de fundamentação que acentua a ligação aos direitos fundamentais — «[a] procura de fundamento mais pregnante fez acentuar a ligação do princípio da proporcionalidade ao conteúdo dos direitos fundamentais e à ideia de *protecção do seu núcleo essencial*». Se por um lado assim se «(...) consolida o princípio (...), amarra-o a um domínio material de forte interiorização compreensiva», por outro corre-se o risco de «(...) torná-lo refém de uma fundamentação reducionista (...)»<sup>(86)</sup>, tornando difícil a sua aplicação a outras áreas que não as vistas.

4. «Sem rejeitar a ligação aos direitos fundamentais (...)», há quem proponha uma «(...) estratégia de derivação do princípio da proporcionalidade dos conceitos de *liberdade e livre expressão e desenvolvimento da personalidade*, gravados no valor absoluto da *dignidade e autonomia da pessoa*, valor de que tudo o resto, incluindo o próprio princípio do Estado de Direito, é subsidiário»<sup>(87)</sup>. Assim, o papel do princípio do Estado de Direito (e da

<sup>(80)</sup> Vitalino Canas, *Proporcionalidade...*, *ob. cit.*, p. 596.

<sup>(81)</sup> Esta opção foi polémica, como refere o mesmo autor, *idem*, p. 597.

<sup>(82)</sup> Veja-se, por exemplo, o Acórdão n.º 634/93, in *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 26.º vol., Coimbra, 1993.

<sup>(83)</sup> Gomes Canotilho, *Direito...*, *ob. cit.*, p. 251.

<sup>(84)</sup> *Idem*, p. 428.

<sup>(85)</sup> Vitalino Canas, *Proporcionalidade...*, *op. cit.*, p. 598.

<sup>(86)</sup> *Idem*.

<sup>(87)</sup> *Ibidem*, p. 598/599.

sua «concreta precipitação histórica») não é o de justificar o princípio da proporcionalidade, mas o de «(...) definir as suas exactas possibilidades num concreto ambiente jurídico». A «(...) concepção de direitos fundamentais constitucionalmente recolhida servirá para definir o grau de dinamismo que nesse domínio o princípio revelará, em comparação com as intensidades assumidas em outros domínios em que não estejam em causa direitos fundamentais» (88) — terá, portanto, uma função de *parâmetro de comparação*.

5. Para VIEIRA DE ANDRADE, o princípio parece decorrer da proibição geral do arbítrio: o autor, referindo-se ao princípio a propósito da intervenção «legislativa em matéria de direitos, liberdades e garantias, escreve que «[a] ideia de proporcionalidade já resulta da proibição (geral) de arbítrio (...)» (89).

#### D) O PROBLEMA DO ÂMBITO DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO

Não obstante o princípio estar já bastante sedimentado, a discussão em seu torno parece não ter ainda cessado (90), como o confirma o exemplo germânico.

Onde o debate é, hoje, mais intenso, é em torno do seu âmbito de aplicação. Há uma posição de equilíbrio (*BverG* e maioria da doutrina) entre duas orientações opostas.

Uma destas correntes procura «(...) minorar o âmbito de aplicação do princípio (...)», contestando o alargamento do seu âmbito de vigência, «(...) particularmente na direcção dos terrenos do legislador» (91) e, «(...) quando não sente confiança combater *toda e qualquer* aplicação nesse domínio, ergue pelo menos alguns focos de resistência no seu interior» (92). Segundo VITALINO CANAS, a mais autorizada das críticas relativas à «(...) extensão do princí-

---

(88) *Ibidem*, p. 599.

(89) Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra, Almedina, 1998, p. 240.

(90) De facto, há quem coloque reservas à legitimidade do princípio e quem, embora não contestando o princípio como um todo, rejeite o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito — veja-se Vitalino Canas, *O princípio...*, *ob. cit.*, p. 333.

(91) *Idem*.

(92) *Ibidem*, p. 333/334.

pio da proporcionalidade do seu campo original de actuação para o direito constitucional pertenceu a Forsthoff (...)», para quem o princípio, «(...) para se manter maneável, teria de incidir sobre âmbitos relativamente restritos, não se devendo negligenciar a diferença entre o direito de polícia, onde embora haja uma certa margem de escolha, essa escolha sempre estará limitada por um manancial mais ou menos definido de instrumentos, e o direito constitucional, onde o legislador dispõe de uma ampla liberdade de conformação»<sup>(93)</sup>. Actualmente, os mais importantes núcleos de resistência «(...) à plena vinculação do legislador às exigências da proporcionalidade (...)» provêm: *a)* de quem defende que os direitos fundamentais não vinculam directamente os actos dos particulares nem o legislador de direito privado, «(...) pelo que não haveria aí campo para actuação do princípio (...)»; *b)* de quem «(...) encara o princípio da proporcionalidade como um instrumento de limitação do *legislador coactivo* e não também do *legislador promocional* (...)»; *c)* de quem questiona que o princípio limite o legislador orçamental<sup>(94)</sup>.

A outra corrente, radicalmente oposta, tende à «macrocefalização»<sup>(95)</sup> do âmbito de aplicação do princípio, propondo «(...) a desvinculação do princípio da proibição do excesso ou da proporcionalidade do campo da pura garantia dos direitos fundamentais, de modo a que ele se possa tornar num princípio objectivo de organização e limitação dos poderes»<sup>(96)</sup>, deslocando-o para a questão das competências. Nesta corrente, destaca-se BLECKMANN<sup>(97)</sup>.

Parece hoje pacífico, à luz da doutrina portuguesa, que o princípio da proporcionalidade ou da proibição do excesso, depois de firmemente ancorado no direito penal e no direito administrativo, conheceu nítida expansão no direito constitucional<sup>(98)</sup>. As «tendências expansivas do

<sup>(93)</sup> *Ibidem*, p. 333, em nota.

<sup>(94)</sup> *Ibidem*, p. 334, em nota.

<sup>(95)</sup> *Ibidem*, p. 333, em texto.

<sup>(96)</sup> *Ibidem*, p. 334.

<sup>(97)</sup> Para mais, veja-se Vitalino Canas, *O princípio...*, *ob. cit.*, p. 334 ss.

<sup>(98)</sup> Jorge Miranda, *Manual...*, *ob. cit.*, vol. IV, p. 205/206 escreve: «A garantia dos direitos fundamentais e a limitação do poder político envolvem (...) o princípio da proporcionalidade. Desde o iluminismo essa ideia tem aparecido como conatural do próprio conceito de Direito; e, depois de firmemente ancorada no campo penal (associada ao princípio da culpa) e no jurídico-administrativo (inseparável da problemática do poder discricionário e do regime aplicável a medidas coactivas ou ablativas de bens), ela viria a ter uma crescente e clara expansão nos quadros peculiares do Direito constitucional».

princípio», para utilizar a expressão de VITALINO CANAS, parecem ser confirmadas pelas «(...) abundantes referências constitucionais à ideia de proporcionalidade (...)» (99).

Referindo-se aos campos de aplicação do princípio, GOMES CANOTILHO considera que o mais importante campo de aplicação «(...) é o da *restrição* dos direitos, liberdades e garantias por actos dos poderes públicos», mas acentua que o princípio se aplica aos «(...) *conflitos de bens jurídicos* de qualquer espécie» — pode aplicar-se, designadamente, na relação entre pena e culpa no direito penal. Também pode ser convocado no âmbito dos direitos a prestações, *e.g.*, «(...) quando se trata de saber se uma subvenção é apropriada e se os fins visados através da sua atribuição não poderiam ser alcançados através de subvenções mais reduzidas» (100). A extensão do princípio à actividade prestadora da Administração é afirmada por VITALINO CANAS, «(...) na medida em que ainda aí se verifique a limitação de certos bens e interesses» (101).

O princípio «(...) aplica-se a todas as espécies de actos dos poderes públicos» (102), vinculando o legislador, a administração e a jurisdição. Todavia, GOMES CANOTILHO acentua que o controlo judicial baseado no princípio não tem a mesma extensão e intensidade para todos esses actos, já que reconhecendo-se ao legislador (103) uma «liberdade de conformação» «(...) na ponderação dos bens quando edita uma nova regulação», liberdade esta que «(...) tem especial relevância ao discutir-se os requisitos da *adequação* e da *proporcionalidade* em sentido restrito», justifica-se que «(...) os tribunais se limitem a examinar se a regulação legislativa é *manifestamente* inadequada» (104) (105).

A administração deve observar também, nos casos concretos, este princípio, «(...) sobretudo e principalmente nos casos em que dispõem de espaços de discricionariedade ou de espaços de livre decisão» (106). O primeiro campo de actuação do princípio foi, como já se referiu, a actividade de polícia, «(...) a que se foi agregando o conjunto de acções de

---

(99) Vitalino Canas, *Proporcionalidade...*, *ob. cit.*, p. 634.

(100) Gomes Canotilho, *Direito...*, *ob. cit.*, p. 266.

(101) Vitalino Canas, *Proporcionalidade...*, *ob. cit.*, p. 634/635.

(102) Gomes Canotilho, *Direito...*, *ob. cit.*, p. 266.

(103) E eventualmente a certas entidades com competência regulamentar, *idem*, p. 267.

(104) *Ibidem*.

(105) Aqui apercebe-se um paralelismo com Vieira de Andrade, veja-se *infra*.

(106) Gomes Canotilho, *Direito...*, *ob. cit.*, p. 267.

execução, coerciva ou não, dos actos administrativos» (107). VITALINO CANAS afirma que «(...) toda a actividade administrativa na medida em que afecte a esfera jurídica dos cidadãos estará hoje submetida ao princípio da proporcionalidade» (108), a que está também submetida a própria actividade prestadora da Administração, nos moldes acima referidos.

O princípio encontra ainda aplicação noutros campos, como o direito penal e o direito fiscal, mas seria impossível abarcá-los a todos pormenorizadamente na economia desta exposição. Apenas uma última palavra, para referir que dúvidas suscita a questão da «(...) incidência do princípio sobre actividades de sujeitos que ajam sem ser no exercício de poderes de autoridade conferidos pelo direito público», caminhando o princípio no sentido de reinvidicar «(...) jurisdição nas áreas do direito que regulam relações privadas (...)» (109).

### E) A PROIBIÇÃO DO EXCESSO NA CONSTITUIÇÃO

São inúmeros os preceitos em que este princípio parece ter achado guarida na Constituição:

- Artigo 18.º, n.º 2, «(...) limitar-se ao necessário (...)» (110);
- Artigo 19.º, n.ºs 4 e 8, «(...) respeitar o princípio da proporcionalidade e limitar-se (...) ao estritamente necessário (...)»; «(...) providências necessárias e adequadas (...)» (111);
- Artigo 28.º, n.º 2, «(...) outra medida mais favorável prevista (...)» (112);
- Artigo 30.º, n.º 5, «(...) exigências próprias da respectiva execução» (113);

---

(107) Vitalino Canas, *Proporcionalidade...*, *ob. cit.*, p. 634.

(108) *Idem.*

(109) *Ibidem*, p. 635.

(110) Vejam-se, entre outros, Vitalino Canas, *O princípio...*, *ob. cit.*, p. 345; Jorge Miranda, *Manual...*, *ob. cit.*, vol. IV, p. 208.

(111) Vejam-se, entre outros, Vitalino Canas, *idem*, p. 345/346; Jorge Miranda, *idem*.

(112) Vejam-se, entre outros, Vitalino Canas, *ibidem*, p. 346; Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa, Anotada*, Coimbra, Coimbra Editora, 1993, p. 190.

(113) Vejam-se, entre outros, Jorge Miranda, *Manual...*, *ob. cit.*, vol. IV, p. 208; Vitalino Canas, *ibidem*.

- Artigo 65.º, n.º 4, «(...) procedem às expropriações que se revelem necessárias (...)» <sup>(114)</sup>;
- Artigo 165.º, n.ºs 2 e 3 (antigo artigo 168.º, n.ºs 2 e 3) <sup>(115)</sup>, «As leis de autorização legislativa devem definir o objecto, o sentido, a extensão e a duração da autorização, a qual pode ser prorrogada»; «As autorizações legislativas não podem ser utilizadas mais de uma vez, sem prejuízo da sua execução parcelada» <sup>(116)</sup>;
- Artigo 186.º, n.º 5 (antigo artigo 189.º, n.º 5) <sup>(117)</sup>, «(...) o Governo limitar-se-á à prática dos actos estritamente necessários para assegurar a gestão dos negócios públicos» <sup>(118)</sup>;
- Artigo 266.º, n.º 2, (...) respeito pelos princípios (...) da proporcionalidade (...)» <sup>(119)</sup>;
- Artigo 267.º, n.º 4 (antigo n.º 3) <sup>(120)</sup>, «(...) satisfação de necessidades específicas (...)» <sup>(121)</sup>;
- Artigo 270.º, «(...) na estrita medida das exigências (...)» <sup>(122)</sup>;
- Artigo 272.º, n.º 2, «(...) estritamente necessário (...)» <sup>(123)</sup>;
- Artigo 282.º, n.º 4, «Quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo (...) o exigirem (...)» <sup>(124)</sup>.

O que dizer, porém, da «heterogeneidade de fórmulas» <sup>(125)</sup>, para usar a expressão de VITALINO CANAS?

---

<sup>(114)</sup> Vejam-se, entre outros, Jorge Miranda, *idem*; Vitalino Canas, *ibidem*.

<sup>(115)</sup> A numeração foi alterada na última revisão constitucional, mas o teor dos artigos é o mesmo, pelo que permanecem válidas as observações feitas.

<sup>(116)</sup> Veja-se, entre outros, Vitalino Canas, *ibidem*. Jorge Miranda, *Manual...*, *ob. cit.*, vol. IV, p. 209, escreve «(...) é plausível a extensão do princípio às autorizações legislativas a conceder pelo Parlamento ao Governo (art. 165.º, n.ºs 2 e 3) (...)», parecendo referir-se ao princípio da proporcionalidade.

<sup>(117)</sup> Valem aqui as considerações aduzidas na nota 115.

<sup>(118)</sup> Veja-se, entre outros, Vitalino Canas, *ibidem*.

<sup>(119)</sup> Vejam-se, entre outros, Vitalino Canas, *ibidem*; Gomes Canotilho, *Direito...*, *ob. cit.*, p. 265.

<sup>(120)</sup> Valem aqui as considerações aduzidas na nota 115.

<sup>(121)</sup> Veja-se, entre outros, Vitalino Canas, *ibidem*, p. 347.

<sup>(122)</sup> Vejam-se, entre outros, Vitalino Canas, *ibidem*; Jorge Miranda, *Manual ...*, *ob. cit.*, vol. IV, p. 208.

<sup>(123)</sup> Vejam-se, entre outros, Vitalino Canas, *ibidem*; Jorge Miranda, *idem*.

<sup>(124)</sup> Vejam-se, entre outros, Vitalino Canas, *ibidem*; Jorge Miranda, *ibidem*, p. 209.

<sup>(125)</sup> Vitalino Canas, *O princípio...*, *ob. cit.*, p. 350.

Será que à diversidade de fórmulas corresponde uma diversidade de *intencionalidades*?

O n.º 4 do artigo 19.º fornece um argumento literal forte — ao utilizar a copulativa «e» para ligar «princípio da proporcionalidade» a «limitar-se (...) ao estritamente necessário» — para se entender que «(...) a CRP não pretende identificar as expressões necessário ou estritamente necessário com proibição do excesso ou proporcionalidade *lato sensu* (...)»<sup>(126)</sup> — de facto, tal redacção «(...) incute a suspeita de que proporcionalidade e necessidade estrita seriam coisas analítica e constitucionalmente diversas»<sup>(127)</sup>.

Será que se quer abranger o princípio na sua totalidade, ou apenas algum dos seus subprincípios, e ...quando? Assim, outra possível «(...) via interpretativa seria a de propor que em alguns dos locais não se receberia o princípio da proibição do excesso mas apenas alguns dos seus subprincípios ou máximas. Por exemplo, nos artigos 18.º e 65.º, n.º 4, só os subprincípios da adequação e da necessidade (porque necessidade envolve forçosamente adequação)»<sup>(128)</sup>.

VITALINO CANAS aponta então a necessidade de distinguir consoante se quis a «consagração integral do princípio»<sup>(129)</sup>, ou se quis somente «autonomizar um dos seus desdobramentos», ou então se trate de situações «(...) em que, apesar de se empregarem locuções que noutros contextos reflectem consagração do princípio, nada têm a ver com ele»<sup>(130)</sup>:

- Casos de consagração integral — artigo 18.º; n.ºs 4 e 8 do artigo 19.º; n.º 5 do artigo 30.º; n.º 4 do artigo 65.º; n.º 2 do artigo 266.º; artigo 270.º; n.º 2 do artigo 272.º<sup>(131)</sup> e n.º 4 do artigo 282.º<sup>(132)</sup>.

<sup>(126)</sup> *Idem*.

<sup>(127)</sup> *Ibidem*, p. 350/351.

<sup>(128)</sup> *Ibidem*, p. 351.

<sup>(129)</sup> *Ibidem*, p. 352.

<sup>(130)</sup> *Ibidem*, p. 351.

<sup>(131)</sup> Veja-se, no mesmo sentido, Alves Correia, *O plano...*, *ob. cit.*, p. 441, em nota.

<sup>(132)</sup> Para Vitalino Canas, *O princípio...*, *ob. cit.*, p. 352/354, «(...) a ausência de qualquer referência textual, mesmo que mínima, à exigência de proibição do excesso no exercício do poder poderia ser colmatada pela exuberância da adesão à ideia de Estado de Direito». Para o autor, e porque se referem a «(...) actos limitativos do conteúdo (ou do exercício) de direitos, liberdades e garantias, ou de direitos de natureza análoga», as refe-

- Casos de consagração parcial — n.º 2 do artigo 28.º <sup>(133)</sup>.
- Casos de não referência ao princípio — n.º 5 do artigo 186.º e n.º 4 do artigo 267.º <sup>(134)</sup>.

Desta breve incursão pela leitura dos preceitos constitucionais que consagram, total ou parcialmente, o princípio da proibição do excesso, torna-se evidente uma «oscilação semântica» <sup>(135)</sup>; todavia, segundo VITALINO CANAS, desta não deverão ser retiradas quaisquer «ilações substantivas»; tal oscilação deve-se, para o autor, a duas ordens de factores: a «(...) uma ainda reduzida maestria no manuseamento deste novo princípio geral de direito», e ao facto de a Constituição de 1976 ter aderido «à exigência de proporcionalidade» de um «modo sincopado» <sup>(136)</sup>.

É um facto que a Constituição foi acolhendo progressivamente o princípio: na versão original, era no n.º 5 (hoje n.º 8) do artigo 19.º e no n.º 2 do artigo 277.º que se encontravam as suas manifestações mais claras, sendo que a «(...) terminologia mais explícita andava em torno dos termos “necessário” e “adequado” e o princípio parecia vocacionado sobretudo a vigorar nas zonas de maior “perigosidade” para os direitos: situações de excepção constitucional e direito de polícia. O alargamento da vigência do princípio a outros domínios era obrigado a fundamentar-se em expressões pouco adequadas, ou até no vazio textual» <sup>(137)</sup>.

Em 1982 é dado um passo decisivo na afirmação da vigência do princípio com a redacção do n.º 2 do artigo 18.º (sendo que a terminologia continuava assente no termo «necessidade»).

---

rências do n.º 2 do artigo 18.º, dos n.ºs 4 e 8 do artigo 19.º, do n.º 5 do artigo 30.º, do n.º 4 do artigo 65.º e do artigo 270.º devem interpretar-se «(...) como remetendo para o sentido *mais exigente ou abrangente* do princípio da proibição do excesso (...). Para o autor, também as expressões do n.º 2 do artigo 272.º, do n.º 2 do artigo 266.º e do n.º 4 do artigo 282.º não parecem traduzir uma qualquer «intenção redutiva».

<sup>(133)</sup> Para o autor, *O princípio...*, *ob. cit.*, p. 354, a fórmula do n.º 2 do artigo 28.º «(...) no contexto em que é utilizada parece prescindir da ideia de proporcionalidade e.s.e. [em sentido estrito]».

<sup>(134)</sup> Para o autor, *O princípio...*, *ob. cit.*, p. 354/355, «(...) parece demonstrável que o princípio da proibição do excesso e respectivas componentes não desempenham qualquer função na definição, delimitação ou resolução de conflitos de competências». Ora nos artigos em causa do que se trata é de uma delimitação de competências.

<sup>(135)</sup> *Idem*, p. 356.

<sup>(136)</sup> *Ibidem*.

<sup>(137)</sup> *Ibidem*.

Foi preciso esperar por 1989 para o termo «princípio da proporcionalidade» ganhar consagração expressa (n.º 4 do artigo 19.º e n.º 2 do artigo 266.º); por essa altura, «(...) resolvem-se mais algumas eventuais dúvidas sobre o seu âmbito de vigência, nomeadamente no direito penal, processual penal e de execução de penas e no direito administrativo» (138).

## PARTE II

Como ficou demonstrado, várias são as manifestações do princípio da proporcionalidade ou da proibição do excesso na Constituição Portuguesa de 1976.

Todavia, analisar todos esses momentos de consagração seria tarefa incauta, atentos os objectivos desta exposição, e as limitações de tempo e de espaço. Assim, e por impossibilidade de todas abarcar, seleccionou-se uma manifestação do princípio — o regime dos direitos, liberdades e garantias. É por demais reconhecido ser este o campo de eleição da aplicação do princípio no quadro de um Estado de Direito. WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO, referindo-se ao n.º 2 do artigo 18.º CRP, escreve que tal norma, «(...) notadamente em sua segunda parte, enuncia a essência e destinação do princípio da proporcionalidade: preservar os direitos fundamentais. O princípio, assim, coincide com a essência e destinação mesma de uma Constituição que, tal como hoje se concebe, pretenda desempenhar o papel que lhe está reservado na ordem jurídica de um Estado de Direito democrático» (139).

Como teve já ocasião de afirmar-se, é estreita a conexão entre o princípio da proporcionalidade e os direitos fundamentais, ao ponto de se ter mesmo procurado fundar o primeiro nos segundos. Esclarecer o contributo do princípio nesta área é, porém, tarefa não isenta de dificuldades, sobretudo pela ausência de uma verdadeira *teoria dos direitos fundamentais*. Porque assim é, é sobretudo pela comparação entre várias perspectivas que se vai chegando a algumas conclusões.

Na economia desta exposição, procurar-se-á esclarecer o papel do princípio nas situações de conflitualidade entre direitos fundamentais entre

---

(138) *Ibidem*, p. 357.

(139) Willis Santiago Guerra Filho, *Notas em torno ao princípio da proporcionalidade, in Perspectivas Constitucionais — Nos 20 anos da Constituição de 1976*, vol. I (org. Jorge Miranda), Coimbra Editora, 1996, p. 253.

si, ou entre estes e outros valores constitucionalmente protegidos, tendo sobretudo em vista o regime dos direitos, liberdades e garantias e, dentro deste, o regime da lei restritiva.

## A) A NECESSIDADE DE RESTRIÇÕES

Por vezes, tecem-se situações de conflitualidade entre bens constitucionalmente consagrados, seja entre dois (ou mais) direitos fundamentais, seja entre estes e outros valores constitucionalmente protegidos. Convoque-se aqui GOMES CANOTILHO, que propõe uma «tipologia de conflitos de direitos constitucionais»<sup>(140)</sup>, assente em grupos [baseados na «titularidade dos direitos» e na «natureza dos bens em conflito (direitos, posições, interesses)»<sup>(141)</sup>], e que são os seguintes<sup>(142)</sup>:

1. «Colisão de direitos entre vários titulares de direitos fundamentais» («colisão autêntica»). Por exemplo, «(...) a liberdade de criação intelectual e artística (artigo 42.º/1) é susceptível de colidir com outros direitos pessoais como o direito ao bom nome e reputação, à imagem e à reserva da intimidade da vida familiar (artigo 26.º)»<sup>(143)</sup>.
2. «Colisão entre direitos fundamentais e bens jurídicos da comunidade e do Estado» («colisão não autêntica»), podendo portanto identificar-se:
  - a) *conflitos entre direitos fundamentais e bens jurídicos da comunidade* (o autor adverte para que «[n]ão se trata de qualquer “valor”, “interesse”, “exigência”, “imperativo” da comunidade, mas sim de um bem jurídico»; «[o]s bens jurídicos de valor comunitário não são todos e quaisquer bens que o legislador declara como bens da comunidade, mas aqueles a que foi constitucionalmente conferido o carácter de “bens da

---

<sup>(140)</sup> Gomes Canotilho, *Direito...*, *ob. cit.*, p. 1191.

<sup>(141)</sup> *Idem*, p. 1191/1192.

<sup>(142)</sup> O autor adverte, *Direito...*, *ob. cit.*, p. 1191, que a colisão ou conflito de direitos fundamentais apresenta por vezes «(...) realidades diversas nem sempre diferenciadas com clareza».

<sup>(143)</sup> Gomes Canotilho, *Direito...*, *ob. cit.*, p. 1192.

comunidade”») (144). Por exemplo, o bem da comunidade «saúde pública» (cfr. artigo 64.º) pode conflitar, com o direito de deslocação (artigo 44.º).

- b) *colisão entre direitos fundamentais e bens jurídicos do Estado* — pense-se aqui naquelas normas da CRP em que se verifica «(...) a protecção do Estado como elemento da existência, organização, defesa e unidade de uma certa comunidade». Assim, «[a] protecção do bem “defesa nacional” (145), a cargo do Estado, conduz à colisão com alguns direitos fundamentais como, por exemplo, a liberdade partidária (artigo 275.º/4) (...)» (146).

Como resolver situações desta natureza? GOMES CANOTILHO apresenta uma *proposta de resolução diferenciada*, distinguindo consoante se trate de conflito entre «direitos fundamentais susceptíveis de restrição» ou entre «direitos fundamentais insusceptíveis de restrição» (147):

### 1. Conflito entre direitos fundamentais susceptíveis de restrição

Tendo por base que os direitos não são direitos definitivos, mas *prima facie*, a sua «radicação subjectiva definitiva» depende da «(...) ponderação e da concordância feita em face de determinadas circunstâncias concretas». Depois de averiguadas as «condições concretamente existentes», o *Tatbestand* de um direito torna-se, de «domínio potencial», em «domínio actual». Esta conversão de um direito *prima facie* em definitivo pode ser objecto de lei restritiva «(...) que, nos casos autorizados pela Constituição, representará um primeiro instrumento de solução de conflitos» (148) (149). Esta questão merecerá maiores desenvolvimentos *infra*.

(144) *Idem*.

(145) É também um bem da comunidade — veja-se *ibidem*, p. 1193.

(146) *Ibidem*, p. 1193.

(147) *Ibidem*, p. 1193/1194.

(148) *Ibidem*, p. 1193.

(149) Para Jorge Miranda, *Manual...*, *ob. cit.*, vol. IV, p. 334., as restrições reconduzem-se (todas ou quase todas) a dois grandes tipos: à «(...) conjugação dos direitos, liberdades e garantias entre si e com outros direitos fundamentais (...)», *i.e.*, colisões ou conflitos de direitos; à «(...) conjugação com princípios objectivos, institutos, interesses ou valores constitucionais de outra natureza».

## 2. Conflito entre direitos fundamentais insusceptíveis de restrição

«Os direitos fundamentais não sujeitos a normas restritivas não podem converter-se em direitos com “mais restrições” do que os direitos restringidos directamente pela Constituição ou com autorização dela (através da lei)». Pouco se adianta, portanto, segundo o autor, dizendo que a colisão de direitos é resolvida ou através de limites imanentes, ou através da limitação do âmbito de protecção, ou através da ideia de justificação de restrição. Assim, estes «(...) conflitos de direitos (ou de bens e direitos) devem solucionar-se tendo em conta vários tópicos e vários exemplos» <sup>(150)</sup> (será, portanto, um critério casuístico). Parece haver contradição, já que o autor fala em limites imanentes a propósito de restrições, e aqui, que parece ser uma situação de limites imanentes, rejeita a ideia de restrição.

Como já foi dito, os direitos fundamentais são sempre direitos *prima facie*; é em função das circunstâncias concretas que deverá fazer-se uma «ponderação de bens racionalmente controlada», vindo por exemplo qual o bem que assume um peso maior. Para GOMES CANOTILHO, as regras do *direito constitucional de conflitos* devem «(...) construir-se com base na harmonização de direitos, e no caso de isso ser necessário, na *prevalência* (ou relação de *prevalência*) de um direito ou bem em relação a outro (...)» <sup>(151)</sup> — a eventual prevalência só poderá determinar-se em face das circunstâncias concretas, uma vez que só assim se constata que um direito tem mais peso do que outro. O autor salienta que «(...) este juízo ponderação e esta valoração de prevalência tanto podem efectuar-se logo a nível legislativo (...) como no momento da elaboração de uma norma de decisão para o caso concreto (...)» <sup>(152)</sup>, por exemplo pelo juiz <sup>(153)</sup>.

---

<sup>(150)</sup> *Ibidem*, p. 1194.

<sup>(151)</sup> *Ibidem*.

<sup>(152)</sup> *Ibidem*, p. 1195.

<sup>(153)</sup> Gomes Canotilho, *Direito...*, *ob. cit.*, p. 1195, esclarece que as normas de direitos fundamentais são vistas como «(...) exigências ou imperativos de optimização que devem ser realizadas, na melhor medida possível, de acordo com o contexto jurídico e respectiva situação fáctica». Não há um critério de solução de conflitos de direitos válido de forma geral e abstracta (há sempre que fazer uma «“ponderação” e/ou harmonização no

VIEIRA DE ANDRADE, referindo-se aos limites dos direitos fundamentais, escreve que «(...) poderá talvez afirmar-se que o problema dos limites dos direitos fundamentais se coloca, afinal, na maior parte dos casos, como um *conflito prático* entre valores — entre os valores próprios dos direitos ou entre esses e outros valores comunitários» (154). Esse conflito apresenta formas diferentes, pelo que a limitação pode resultar de *limites imanes*, de *leis restritivas* ou de *colisões de direitos ou conflitos em sentido estrito*; referindo-se a estes últimos, escreve que «(...) a limitação resulta dos compromissos naturais entre valores constitucionais que concorrem directamente em determinados tipos de situações e que, nessas circunstâncias, reciprocamente se limitam (...)» (155) (156).

Segundo VIEIRA DE ANDRADE, há colisão ou conflito «(...) sempre que se deva entender que a Constituição protege simultaneamente dois valores ou bens em contradição concreta». O problema é: «(...) como vai resolver-se esta contradição no caso concreto, como é que se vai dar solução ao conflito entre bens, quando ambos (todos) se apresentam efectivamente protegidos como fundamentais» (157)?

Uma primeira hipótese de resolução dos conflitos e colisões seria o «(...) recurso à ideia de uma ordem hierárquica dos valores constitucionais» (158) — tal é, porém, inadmissível (159), levando o autor a propor uma solução diferente: terá «(...) de respeitar-se a protecção constitucional dos

---

caso concreto»), o que «(...) não invalida a utilidade de critérios metódicos abstractos que orientem (...) a tarefa de ponderação e/ou harmonização concretas(...)», e.g. princípio da concordância prática.

(154) Vieira de Andrade, *Os Direitos...*, *ob. cit.*, p. 214.

(155) *Idem*.

(156) As considerações do autor que serão expostas têm em vista os direitos a que é aplicável o regime dos direitos, liberdades e garantias, tal como se ressalva *ibidem*.

(157) *Ibidem*, p. 220.

(158) *Ibidem*, p. 221.

(159) Assim: — «[n]ão se pode sempre (ou talvez nunca) estabelecer uma hierarquia entre os bens para sacrificar os menos importantes» (os próprios bens da vida e integridade pessoal podem ser sacrificados) — *ibidem*;

— não pode ignorar-se que, «(...) nos casos de conflito, a Constituição protege os diferentes valores ou bens em jogo e que não é lícito sacrificar pura e simplesmente um deles ao outro» — *ibidem*.

Ainda dentro de uma concepção hierárquica, não pode recorrer-se a uma teoria dos direitos fundamentais para resolver a questão — «(...) a ordem dos valores constitucionais não é hierárquica e não permite, por isso, soluções abstractas conforme as eventuais patentes a que se promovam os diversos direitos fundamentais» — *ibidem*, p. 221/222.

diferentes direitos ou valores, procurando a solução no quadro da *unidade da Constituição*, isto é, tentando harmonizar da melhor maneira os preceitos divergentes»<sup>(160)</sup>. Faz-se, portanto, funcionar um *princípio de concordância prática* como critério de solução dos conflitos, que não deve, porém, «(...) ser aceito ou entendido como um regulador automático»:

- «(...) a sua aceitação pressupõe que o conflito entre direitos nunca afecta o conteúdo essencial de nenhum deles» — isto porque, se um direito é afectado no seu núcleo essencial, trata-se de uma situação de limites imanentes; «[é] que *não é possível*, sob pena de falta de unidade constitucional, que possam colidir os conteúdos essenciais de dois direitos (ou valores)»;
- «(...) o princípio da concordância prática não prescreve propriamente a realização óptima de cada um dos valores em jogo, em termos *matemáticos*», é somente «(...) um *método* e um *processo de legitimação* das soluções que impõe a *ponderação* de todos os valores constitucionais aplicáveis (...)»<sup>(161)</sup>, para preservar ao máximo a Constituição. Daí que a medida da compressão de cada um dos direitos (ou valores) vá depender «(...) do modo como se apresentam e das alternativas possíveis de solução do conflito»<sup>(162)</sup>.

Portanto, o princípio da concordância prática executa-se «(...) através de um critério de *proporcionalidade* na distribuição de custos do conflito», exigindo-se que:

- «(...) o sacrifício de cada um dos valores constitucionais seja *necessário e adequado* à salvaguarda dos outros»;
- «(...) a escolha entre as diferentes maneiras de resolver a situação concreta se faça em termos de comprimir o menos possível cada um dos valores em causa segundo o seu peso na situação (...)»<sup>(163)</sup> — proporcionalidade em sentido estrito.

As coordenadas essenciais parecem ser, portanto, a necessidade de um juízo de ponderação, e o respeito pela Constituição: assim, «[a] ques-

---

<sup>(160)</sup> *Ibidem*, p. 222.

<sup>(161)</sup> *Ibidem*.

<sup>(162)</sup> *Ibidem*, p. 223.

<sup>(163)</sup> *Ibidem*.

tão do conflito de direitos ou de valores depende, pois, de um juízo de ponderação, no qual se procura, em face de situações, formas ou modos de exercício específicos (especiais) dos direitos, encontrar e justificar a solução mais conforme ao conjunto dos valores constitucionais (à ordem constitucional)» — é, nessa medida, uma actividade de «interpretação restritiva», na expressão do autor, mas que parece dever integrar-se «(...) na competência interpretativa do juiz e, em geral, dos aplicadores da Constituição» (164).

Causa estranheza o facto de o autor não se referir aqui à figura da restrição como funcionalizada à solução de conflitos ou colisões. Quando muito, a única referência estará no facto de se falar em actividade de interpretação e restrição, em «interpretação restritiva» (165). Porém, quando o autor fala depois na intervenção legislativa em matéria de direitos, liberdades e garantias, parece estabelecer a ponte necessária (166).

## B) RESTRIÇÕES LEGAIS DE DIREITOS, LIBERDADES E GARANTIAS

A intervenção legislativa ordinária na matéria dos direitos, liberdades e garantias é talvez uma das mais delicadas questões que se colocam a um Estado que se pretende *de Direito*, afirmação esta que parece corroborada pelo cuidado depositado pelo legislador constitucional na regulação da questão.

Para o efeito, há que ter em conta o preceito constitucional nuclear na matéria — o artigo 18.º, procurando dilucidar o papel do princípio da proporcionalidade em duas vertentes, a saber, a sua consagração no n.º 2 do artigo 18.º (1), e a sua *eventual* consagração no n.º 3 do mesmo artigo (2).

Antes de abordar especificamente a questão da proporcionalidade, há que fazer algumas considerações e estabelecer algumas delimitações, ainda que em traços largos, que se revelam essenciais para a compreensão da problemática em análise.

Há que, primeiro, definir o que deva entender-se por *restrição de direitos, liberdades e garantias*, uma vez que desta figura se ocupará a

---

(164) *Ibidem*, p. 224.

(165) Aqui, eventualmente a ponte de contacto entre esta teoria e a ideia do carácter restritivo das restrições e da interpretação restrita do artigo 18.º da CRP.

(166) Veja-se *infra*.

seguinte exposição. Para falar em restrição de direitos, há-de existir «(...) uma efectiva limitação do âmbito de protecção desses direitos» <sup>(167)</sup> <sup>(168)</sup>, uma compressão do seu conteúdo. Assim, e segundo JORGE MIRANDA, não se confundem com restrições outras figuras como o limite ao exercício de direitos, o condicionamento, a regulamentação, a concretização legislativa, a auto-ruptura da Constituição, o dever e a suspensão <sup>(169)</sup>.

Há vários artigos constitucionais a estabelecer restrições, sendo certo que:

- a) Ou é a própria Constituição a descrevê-las (e.g. n.º 1 do artigo 45.º). JORGE MIRANDA fala, a propósito, em «restrições *imediatas*» <sup>(170)</sup>, e GOMES CANOTILHO, referindo-se aos tipos de restrições, em «[I]imites ou restrições constitucionais imediatos», «(...) positivados pelas próprias normas constitucionais garantidoras de direitos» <sup>(171)</sup>.
- b) Ou a Constituição limita-se a permiti-las «(...) ao legislador ordinário, com vista a certos fins ou observadas certas formas (...)» (e.g. artigo 47.º), caso em que as restrições se configuram, nas palavras de JORGE MIRANDA, como «*mediatas*» <sup>(172)</sup>. Neste caso, «(...) os preceitos garantidores de direitos, liberdades e garantias admitem, de forma expressa, a possibilidade de restrições destes através da lei (reserva de lei restritiva)», estando-se perante «[I]imites ou restrições estabelecidos por lei», nas palavras de GOMES CANOTILHO <sup>(173)</sup>.
- c) Todavia, são muitos os casos em que a Constituição nem restringe directamente, nem autoriza à lei ordinária a restrição. Torna-se, então, *indispensável* aceitar «(...) a existência de restrições *implícitas*, derivadas também elas da necessidade de salvaguardar “outros direitos e interesses constitucionalmente protegidos” (art. 18.º, n.º 2, 2.ª parte) e, fundadas não já em preceitos, mas sim em princípios constitucionais» <sup>(174)</sup>. Mas têm de ser

---

<sup>(167)</sup> Para mais, veja-se, por exemplo, Gomes Canotilho, *Direito...*, *ob. cit.*, p. 1184 ss.

<sup>(168)</sup> *Idem*, p. 422.

<sup>(169)</sup> Para a delimitação de contornos destas figuras, veja-se Jorge Miranda, *Manual...*, *ob. cit.*, vol. IV, p. 328 ss.

<sup>(170)</sup> *Idem*, p. 331.

<sup>(171)</sup> Gomes Canotilho, *Direito...*, *ob. cit.*, p. 1197.

<sup>(172)</sup> Jorge Miranda, *Manual...*, *ob. cit.*, vol. IV, p. 331.

<sup>(173)</sup> Gomes Canotilho, *Direito...*, *ob. cit.*, p. 1196/1197.

<sup>(174)</sup> Jorge Miranda, *Manual...*, *ob. cit.*, vol. IV, p. 332.

consideradas com cuidado, para evitar a vulnerabilização da ordem constitucional dos direitos, liberdades e garantias. As restrições — explícitas ou implícitas — «(...) apenas podem ser recortadas a partir de uma correcta interpretação objectiva e sistemática da Constituição; pressupõem *reserva de Constituição*; é dentro da Constituição, e não fora dela, que têm de se definir e legitimar» (175).

JORGE MIRANDA considera desnecessária a consideração independente de «restrições ou limites “imanescentes”» (176); não obstante, parece chegar a resultados semelhantes aos a que conduz a figura dos limites imanescentes.

GOMES CANOTILHO fala também, a propósito dos tipos de restrições, num 3.º tipo de restrições: os «limites imanescentes ou implícitos», que são «(...) limites constitucionais não escritos, cuja existência é postulada pela necessidade de resolução de conflitos de direitos» (177).

Pode perguntar-se: como encarar as restrições? Há duas formas:

- a) como «(...) algo de exterior aos direitos, algo que se lhes justapõe, comprimindo ou reduzindo o seu âmbito (...)» (178), algo que acresce ao direito, liberdade e garantia — teoria *externa*;
- b) como «(...) algo que entra no seu [direitos] próprio conteúdo, definindo-o desde logo» (179) — teoria *interna*.

Segundo JORGE MIRANDA, ao fim e ao cabo os resultados não serão muito diferentes, siga-se uma ou outra, «(...) até porque nenhum direito e também nenhuma restrição podem ser encarados isoladamente, à margem dos restantes direitos e dos princípios institucionais que lhes subjazem. Tudo está, de qualquer sorte, em tomar as restrições no contexto da ordem constitucional e não *ad hoc*, em dilucidá-las e em aplicá-las à luz das regras básicas da concordância prática e da proporcionalidade; em alcan-

(175) *Idem*, p. 333.

(176) *Ibidem*.

(177) Gomes Canotilho, *Direito...*, *ob. cit.*, p. 1197.

(178) Jorge Miranda, *Manual...*, *ob. cit.*, vol. IV, p. 336.

(179) *Idem*.

çar a harmonização e, na medida do possível, a optimização dos direitos, liberdades e garantias de cada pessoa» <sup>(180)</sup> <sup>(181)</sup>.

Em suma, e aqui com GOMES CANOTILHO, para se concluir pela existência de uma verdadeira restrição, «(...) é necessário desenvolver um procedimento metódico». As «(...) *instâncias ou graus* constitutivos do procedimento (interpretação — aplicação) de restrição de direitos, liberdades e garantias (...)» <sup>(182)</sup> são, segundo o autor, as seguintes:

- 1.<sup>a</sup> «(...) delimitação do âmbito de protecção da norma;
- 2.<sup>a</sup> averiguação do tipo, natureza e finalidade da restrição <sup>(183)</sup>;
- 3.<sup>a</sup> controlo da observância dos limites estabelecidos pela Constituição às leis restritivas (problema dos limites de limites)» <sup>(184)</sup>.

Centremo-nos nas leis restritivas de direitos, liberdades e garantias e na 3.<sup>a</sup> fase do procedimento enunciado — há requisitos (formais e materiais) <sup>(185)</sup> <sup>(186)</sup>, previstos na Constituição, que as leis restritivas de direitos, liberdades e garantias devem imperativamente satisfazer; e que «(...) podem estar contidos em regras ou em *princípios* da [C]onstituição». O controlo da observância destes requisitos é «(...) uma das operações metódicas necessárias para se evitar a aniquilação dos direitos, liberdades e garantias através de leis restritivas do respectivo âmbito de protecção» <sup>(187)</sup>, — a doutrina alude a este propósito a *limites de limites*, «*Schranken der Schranken*» já que se trata de limites apostos à actividade de limitação de direitos.

---

<sup>(180)</sup> *Ibidem*, p. 336/337.

<sup>(181)</sup> Veja-se *ibidem*, p. 337, em nota.

<sup>(182)</sup> Gomes Canotilho, *Direito...*, *ob. cit.*, p. 422.

<sup>(183)</sup> Gomes Canotilho propõe, quanto aos tipos de restrições, a tipologia que foi já exposta em texto. Os três tipos de limites referidos têm por finalidade a «(...) limitação do âmbito de protecção de um “direito” a fim de se garantirem outros direitos ou bens constitucionalmente protegidos» — veja-se *Direito...*, *ob. cit.*, p. 1203.

<sup>(184)</sup> *Idem*, p. 422/423.

<sup>(185)</sup> Os requisitos formais «(...) actuam como uma “zona de protecção formal” (...)», e os requisitos materiais «(...) pretendem assegurar a conformidade substancial da lei restritiva com os princípios e regras da Constituição (...)», segundo Gomes Canotilho, *Direito...*, *ob. cit.*, p. 423.

<sup>(186)</sup> Veja-se *ibidem.*, ou Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição...*, *ob. cit.*, anotação ao artigo 18.º, para um elenco destes requisitos.

<sup>(187)</sup> Gomes Canotilho, *Direito...*, *ob. cit.*, p. 423.

A regra é, portanto — e este é um dos aspectos fulcrais do regime — o «carácter restritivo» das restrições de direitos, liberdades e garantias <sup>(188)</sup>, em homenagem ao bem antigo brocardo «*odiosa sunt restringenda*». Para JORGE MIRANDA, se o carácter restritivo das restrições deveria emergir directamente da ideia de Estado de Direito, «(...) a sua formulação e até a sua conscientização mostram-se algo tardias, por ele só ganhar sentido à luz da plena força normativa da Constituição» <sup>(189)</sup>. E tanto assim é que, entre nós, só surge com o artigo 18.º actual (*i.e.*, da Constituição de 1976).

A importância deste preceito é fulcral na própria caracterização da Constituição. O preceito apresenta-se à partida como «essencialmente declarativo», mas vai para além disso. Não sendo só «uma norma de garantia», «(...) é outrossim (como se diz na sua epígrafe) uma norma qualificativa e atributiva de força jurídica, pois o que distingue uma Constituição de outra não vem a ser tanto o elenco de direitos quanto o alcance que possuam no seu plano normativo» <sup>(190)</sup>.

Feitos os esclarecimentos prévios, está-se já em condições de analisar o papel do princípio da proporcionalidade no domínio das leis restritivas de direitos, liberdades e garantias.

1. O princípio da proibição do excesso é precisamente um dos limites materiais constitucionalmente impostos à lei restritiva.

Está consagrado no artigo 18.º, n.º 2, parte final <sup>(191)</sup>, que estabelece «(...) devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos».

Significa, neste âmbito, «(...) que qualquer limitação, feita por lei ou com base na lei, deve ser adequada (apropriada), necessária (exigível) e proporcional (com justa medida)» <sup>(192)</sup>. Ao exigir-se adequação, tal significa que a medida restritiva há-de ser «(...) apropriada para a prossecução

<sup>(188)</sup> Veja-se, por exemplo, Jorge Miranda, *Manual...*, *ob. cit.*, vol. IV, p. 328 ss.

<sup>(189)</sup> *Idem*, p. 337.

<sup>(190)</sup> *Ibidem*, p. 337/338.

<sup>(191)</sup> Foi a Lei Constitucional n.º 1/82 que deu guarida expressa ao princípio da proporcionalidade no artigo 18.º, n.º 2, 2.ª parte, «(...) embora já antes, não obstante a ausência de texto expresso, ele fosse considerado um princípio material inerente ao regime dos direitos, liberdades e garantias (...)» — Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição...*, *ob. cit.*, p. 152.

<sup>(192)</sup> Gomes Canotilho, *Direito...*, *ob. cit.*, p. 428.

dos fins invocados pela lei (conformidade com os fins)» (193). Uma medida será exigível ou necessária «(...) quando não for possível escolher outro meio igualmente eficaz, mas menos “coactivo”, relativamente aos direitos restringidos» (194). Já o princípio da proporcionalidade em sentido restrito «(...) significa que uma lei restritiva, mesmo adequada e necessária, pode ser inconstitucional, quando adopte “cargas coactivas” de direitos, liberdades e garantias “desmedidas”, “desajustadas”, “excessivas” ou “desproporcionadas” em relação aos resultados obtidos» (195).

O princípio da proibição do excesso constitui, na expressão de GOMES CANOTILHO, um «(...) *limite constitucional à liberdade de conformação do legislador*» (196). Assim, a Constituição autoriza a restrição para «(...) permitir ao legislador a realização de uma tarefa de *concordância prática* justificada pela defesa de outros bens ou direitos constitucionalmente protegidos (...)», mas «(...) impõe uma clara vinculação ao exercício dos poderes discricionários do legislador» (197):

- a) deverá haver uma «conexão material de *meios e fins*» entre o «(...) *fim da autorização constitucional* para uma emanação de leis restritivas e o *exercício do poder discricionário* por parte do legislador ao realizar esse fim (...)»;
- b) o princípio material da proibição do excesso vincula o legislador «(...) no exercício do seu poder ou *liberdade de conformação dos pressupostos das restrições* de direitos, liberdades e garantias (...)» (198).

O legislador constitucional socorreu-se, portanto, do princípio da proporcionalidade como conformador do carácter restritivo das restrições.

Assim parece aliás entender JORGE MIRANDA que, caracterizando esse carácter restritivo, lhe faz corresponder vários corolários, entre os quais:

- «i) As restrições devem ater-se aos fins em nome dos quais são estabelecidas ou permitidas(...); e só deverão ser adoptadas se esses fins não puderem ser alcançados por meio de medidas menos gravosas;

---

(193) *Idem*, p. 428/429.

(194) *Ibidem*, p. 429.

(195) *Ibidem*.

(196) *Ibidem*.

(197) *Ibidem*.

(198) *Ibidem*.

- j) As restrições devem corresponder à medida exigida por esses fins; não devem ultrapassar as suas justas exigências (*a fortiori* art. 29.º, n.º 2, da Declaração Universal); devem limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos (art. 18.º, n.º 2, 2.ª parte, da Constituição), conter-se na estrita medida das exigências destes (art. 270.º), não ser utilizadas para além do estritamente necessário (art. 272.º, n.º 2) — de novo, o princípio da proporcionalidade como proibição do excesso»<sup>(199)</sup> <sup>(200)</sup>.

2. Outro dos requisitos do artigo 18.º, que é também um corolário desse carácter restritivo das restrições, é o *respeito pelo princípio da salvaguarda do núcleo essencial*. Está consagrado na 2.ª parte do n.º 3 do artigo 18.º, que dispõe que as leis restritivas de direitos, liberdades e garantias não podem «(...) diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais».

Com este requisito, quis deixar-se claro que, mesmo naqueles casos em que o legislador está constitucionalmente autorizado a formular normas restritivas, está ainda vinculado à salvaguarda do núcleo essencial do(s) direito(s) restringido(s)<sup>(201)</sup>.

Todavia, subsiste a discussão quanto a saber se o núcleo essencial «(...) é um valor absoluto ou depende da sua confrontação com outros direitos ou bens»<sup>(202)</sup>, vale dizer, não há ainda consenso quanto ao que GOMES CANOTILHO designa por «valor de protecção»<sup>(203)</sup>.

<sup>(199)</sup> Jorge Miranda, *Manual...*, *ob. cit.*, vol. IV, p. 340.

<sup>(200)</sup> Jorge Miranda, *Manual...*, *ob. cit.*, vol. IV, p. 338, salienta que algumas das regras em que se desdobra o carácter restritivo, nomeadamente a regra da proporcionalidade, valem também para os condicionamentos, pois «(...) doutro modo, a pretexto da distinção de conceitos, poder-se-ia defraudar a Constituição».

<sup>(201)</sup> Discute-se saber se se consagrou uma teoria *objectiva* ou *subjectiva* quanto ao «objecto de protecção». A teoria *objectiva* entende que a protecção do núcleo essencial se refere «(...) ao direito fundamental como norma *objectiva* e não como direito *subjectivo* individual», ao passo que a teoria *subjectiva* «(...) toma como “referente” a protecção do núcleo essencial do direito fundamental na sua dimensão de direito *subjectivo* do indivíduo» — veja-se Gomes Canotilho, *Direito...*, *ob. cit.*, p. 430. Para José Casalta Nabais, *Os direitos fundamentais na jurisprudência do Tribunal Constitucional*, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXV, 1989, p. 94, em nota, a razão está por aqueles que defendem uma concepção *objectiva*.

<sup>(202)</sup> Gomes Canotilho, *Direito...*, *ob. cit.*, p. 430.

<sup>(203)</sup> *Idem*.

Para as chamadas *teorias absolutas*, o núcleo essencial é «(...) um conteúdo normativo irrestringível, abstractamente fixado (...)», «(...) uma posição subjectiva de tal modo indisponível que não pode ser relativizada por qualquer direito ou interesse contraposto» (204). O «(...) “conteúdo essencial” consistiria num *núcleo fundamental*, determinável em *abstracto*, próprio de *cada direito* e que seria, por isso, intocável. Referir-se-ia a um espaço de maior intensidade valorativa (o «“coração” do direito») que não poderia ser afectado sob pena de o direito deixar realmente de existir» (205) (206). As teorias absolutas abstêm-se, assim, de considerar outros bens na determinação do que seja o conteúdo essencial.

Já para as *teorias relativas* o núcleo essencial é o «(...) resultado de um processo de ponderação de bens», «(...) constituindo aquela parte do direito fundamental que, em face de outros direitos ou bens constitucionalmente protegidos e com ele colidentes, acaba por ser julgada prevalecente e conseqüentemente subtraída à disposição do legislador» (207). Estas teorias «(...) reconduzem o conteúdo essencial aos princípios da exigibilidade e da proporcionalidade: a restrição só seria legítima *quando* (se) fosse exigida para realização de bens jurídicos que devessem ser considerados (no caso) como mais valiosos e — acrescenta-se — *só na medida em que* essa exigência se imponha ao direito fundamental. O conteúdo essencial de um direito seria, portanto, afectado se a restrição não fosse forçosa ou na medida em que o não fosse. No fundo, estaríamos perante a necessidade de harmonização de bens jurídicos, a levar a cabo com critérios de concordância prática» (208). Assim, as teorias relativas, na sua radicalidade, acabariam por «(...) reconduzir o núcleo essencial ao princípio da proporcionalidade, proibindo designadamente o legislador de, na solução de conflitos, limitar direitos, liberdades e garantias para além do justo e do necessário» (209).

À face da Constituição, como resolver a questão?

---

(204) *Ibidem*, p. 431.

(205) Vieira de Andrade, *Os direitos...*, *ob. cit.*, p. 233.

(206) Vieira de Andrade, *Os direitos...*, *ob. cit.*, p. 233/234, refere que, para alguns autores, ele seria a «(...) projecção da dignidade humana em cada direito e seria afectado sempre que o indivíduo se tornasse objecto do acontecer estadual (...)» (parece estar a citar Dürig); para outros, «(...) seria constituído pelos elementos típicos que dão carácter ao direito».

(207) Gomes Canotilho, *Direito...*, *ob. cit.*, p. 431.

(208) Vieira de Andrade, *Os direitos...*, *ob. cit.*, p. 234.

(209) Gomes Canotilho, *Direito...*, *ob. cit.*, p. 431.

JORGE MIRANDA, quanto ao que seja o «(...) “conteúdo essencial” dos preceitos constitucionais (ou dos direitos, liberdades e garantias neles consignados)» <sup>(210)</sup>, parece sufragar uma *teoria absoluta*, baseando-se precisamente na necessidade de distinguir *proporcionalidade* e *conteúdo essencial*. O autor escreve: «(...) para, realmente, funcionar como barreira última e efectiva contra o abuso de poder, como barreira que o legislador, seja qual for o interesse (permanente ou conjuntural) que prossiga, não deve romper, o conteúdo essencial tem de ser entendido como um limite absoluto correspondente à finalidade ou ao valor que justifica o direito. As teses relativistas são de rejeitar, porque confundem proporcionalidade (artigo 18.º, n.º 2) e conteúdo essencial (artigo 18.º, n.º 3)» <sup>(211)</sup> <sup>(212)</sup> <sup>(213)</sup>.

Também para GOMES CANOTILHO está fora de dúvidas que a CRP não confunde o princípio da proporcionalidade (n.º 2 do artigo 18.º, *in fine*) e o da necessidade de salvaguarda do núcleo essencial (n.º 3 do artigo 18.º, *in fine*). A via de solução apontada pelo autor parece ser uma *teoria híbrida*, ao afirmar que «[s]e é razoável o entendimento de o âmbito de protecção de um direito dever obter-se, caso a caso, tendo em conta outros direitos ou bens constitucionalmente protegidos, também é certo que a proibição da diminuição da extensão do núcleo essencial só terá sentido se constituir um reduto último intransponível por qualquer medida legal restritiva (...)» <sup>(214)</sup> <sup>(215)</sup>.

<sup>(210)</sup> Jorge Miranda, *Manual...*, *ob. cit.*, vol. IV, p. 340. O autor parece aqui ter aderido a uma teoria híbrida quanto à protecção do núcleo essencial (para esta questão, veja-se *supra*, nota 201).

<sup>(211)</sup> *Idem*, p. 341.

<sup>(212)</sup> Parecendo, segundo Jorge Miranda, *Manual...*, *ob. cit.*, vol. IV, p. 341, em nota, identificar-se com as teses relativistas, veja-se o Acórdão n.º 254/99 do Tribunal Constitucional.

<sup>(213)</sup> Para o autor, porém, mais do que discussões teóricas, há que «(...) ir fixando o percurso dos direitos (...) e depois subir até a um sentido rigoroso na arquitectura da Constituição». É na Constituição que tem de radicar-se o conteúdo essencial, e não na lei — pois é a lei que deve ser interpretada de acordo com a Constituição, e não o inverso — *Manual...*, *ob. cit.*, vol. IV, p. 341. Em nota, *ibidem*, o autor acrescenta — «(...) o esforço para captar nas circunstâncias práticas, históricas e concretas o “conteúdo essencial” dos direitos converte toda a actividade jurídica numa tarefa positivamente “utópica” ao encaminhá-la na busca do melhor direito possível (...)», que parece mais um argumento no sentido de rejeitar as teses relativistas.

<sup>(214)</sup> Gomes Canotilho, *Direito...*, *ob. cit.*, p. 432.

<sup>(215)</sup> Vejam-se os Acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 8/84, *in Diário da República*, 2.ª série, de 3 de Maio de 1986, 76/85, *in Diário da República*, 2.ª série, de 8 de Junho de 1985, e 31/87, *in Diário da República*, 2.ª série, de 1 de Abril de 1987, por sugestão de Gomes Canotilho, *Direito...*, *ob. cit.*, p. 432.

GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA articulam da seguinte forma o requisito da proporcionalidade e o requisito da salvaguarda do núcleo essencial: assim, tal «(...) garantia do conteúdo essencial é uma baliza última de defesa dos direitos, liberdades e garantias, delimitando um núcleo que em nenhum caso deverá ser invadido. Em termos práticos pode dizer-se que o requisito da proporcionalidade (...) é uma primeira aproximação, dado que a existência de uma restrição “arbitrária”, “desproporcionada”, é um índice relativamente seguro da ofensa do núcleo essencial. Mas, independentemente de haver ou não “excesso de restrições”, há que salvaguardar sempre a extensão do núcleo essencial. Haverá que recorrer porventura a uma teoria *mista*, a um tempo *absoluta* e *relativa: relativa*, porque a própria delimitação do núcleo essencial dos direitos, liberdades e garantias tem de articular-se com a necessidade de protecção de outros bens ou direitos constitucionalmente garantidos; *absoluta*, porque, em última análise, para não existir aniquilação do núcleo essencial, é necessário que haja sempre um *resto substancial* de direito, liberdade e garantia, que assegure a sua *utilidade constitucional*» (216).

Esta via de solução da questão, a que pode porventura chamar-se *híbrida*, parece merecer também o apoio de VIEIRA DE ANDRADE. O autor salienta que as diferenças entre as duas leituras do conteúdo essencial — a relativa e a absoluta — muitas vezes não têm relevância prática. Todavia, entende «(...) que a proibição do artigo 18.º, n.º 3 (...) não se pode reduzir a uma ideia de proporcionalidade, mesmo que, por essa via, se chegue, na maior parte dos casos, a resultados funcionalmente equivalentes. Há aí uma proibição *absoluta*, um limite fixo, um mínimo de valor inatacável» (217). Mas «(...) concebido o conteúdo essencial apenas como limite absoluto, teríamos de nos contentar com uma protecção que só salvaria o direito de ser (quase) *completamente* destruído, que só actuaria em casos extremos. Estar-se-ia então a dar ao legislador o poder de restringir dentro de limites mais latos, a possibilitar restrições desproporcionadas aos direitos, desde que não os aniquilassem, atingindo o *mínimo* que tem de constituir o conteúdo essencial como *limite absoluto*» (218). Seria uma *tutela de extremos*, portanto.

Para o autor, o n.º 3 do artigo 18.º também contém «(...) a proibição

---

(216) Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição...*, *ob. cit.*, p. 153/154.

(217) Vieira de Andrade, *Os direitos...*, *ob. cit.*, p. 234.

(218) *Idem*, p. 235.

de restrição desnecessária ou desproporcionada dos direitos (...)», e «(...) tal restrição (e não apenas a que anula o direito) afecta o conteúdo essencial dos preceitos constitucionais». O conteúdo essencial tem assim um «duplo carácter». Note-se que, para o autor, o seu entendimento não é infirmado, antes fortalecido, «(...) pela consagração no n.º 2 do artigo 18.º do princípio da necessidade, que assim deve (...) ser interpretado como uma explicação parcial e um reforço do limite do conteúdo essencial» (219). Ou seja, e se bem se compreendeu o pensamento do autor, a regra de proporcionalidade contida no n.º 2 do artigo 18.º é uma tutela do núcleo essencial.

Quanto ao limite absoluto contido no n.º 3 do artigo 18.º, VIEIRA DE ANDRADE identifica-o com a «*dignidade do homem concreto como ser livre*». Esta dignidade do homem livre é, para o autor, «(...) a base dos direitos fundamentais e o princípio da sua unidade material». O artigo 18.º, n.º 3 «(...) tem um carácter concretizador (declaratório?): vem confirmar positivamente (por escrito) um *princípio geral de direito* que já devia, na nossa maneira de ver, ser visto como critério e limite da actuação dos poderes constituídos» (220).

Note-se que, para o autor, que toma assim parte numa questão também controvertida (221), «[n]ão pode, pois, o artigo 18.º significar que é ilegítima toda a restrição que atinja o conteúdo essencial de cada um dos direitos subjectivos individuais. O conteúdo essencial tem de entender-se como referido não ao direito, mas ao preceito constitucional (é aliás essa a letra da Constituição) enquanto norma de valor e garantia». Mas, por vezes, «(...) a projecção da ideia de dignidade humana será de tal modo intensa que não pode admitir-se a violação de um direito subjectivo individual sem que o conteúdo essencial do preceito seja também atingido» (222) — é o que se passa com o direito à vida.

A protecção dada pelo limite absoluto vai ao ponto de «[m]esmo quando se admita a “anulação” do direito subjectivo de certos indivíduos em determinadas circunstâncias, nunca essa restrição poderá ser absoluta (...)» (223).

Todavia, o «(...) limite absoluto só actua em casos extremos, é ainda

(219) *Ibidem*.

(220) *Ibidem*, p. 236.

(221) Veja-se o que se escreveu *supra*, na nota 201.

(222) Vieira de Andrade, *Os direitos...*, *ob. cit.*, p. 238.

(223) *Idem*.

bastante permissivo e, por isso, insuficiente para proteger os direitos fundamentais em face do legislador. (...) O valor constitucional dos preceitos relativos aos direitos fundamentais só é efectivamente garantido se se exigir que a eventual restrição seja justificada pela necessidade de proteger ou promover um bem constitucionalmente valioso (artigo 18.º, n.º 2) e só na proporção dessa necessidade» (224).

O autor propõe então aqui um outro limite, que é relativo, e que reforça a tutela dada pelo limite absoluto: assim, este «(...) poder de restrição é um poder excepcional, não apenas porque necessita de ser autorizado, mas também porque não se justifica em regra (como regra). O legislador tem, por isso, de se basear (...) num outro valor constitucional que imponha o sacrifício do direito fundamental. Se esse valor não existir ou não exigir tanto quanto o legislador alega, então a restrição não é legítima e viola o conteúdo essencial do preceito constitucional que prevê o direito fundamental em causa. Não se trata aqui de um limite abstracto fixo, de uma proibição absoluta, mas de uma proibição relativa, referida a um conteúdo essencial *elástico* e só em concreto determinável»; em suma, «(...) o conteúdo essencial dos preceitos relativos aos direitos, liberdades e garantias começa onde acaba a possibilidade (legitimidade) da sua restrição» (225).

Para o autor, e não obstante a ideia da proporcionalidade resultar já da «proibição (geral) de arbítrio», o que a Constituição estabelece nos n.ºs 2 e 3 do artigo 18.º é «(...) uma *proibição qualificada de arbítrio* quanto à restrição dos direitos fundamentais (...)» (226) (227). VIEIRA DE ANDRADE ressalva, porém, que, aquando da fiscalização da constitucionalidade, e se, em princípio, a averiguação da existência dos pressupostos da restrição (nomeadamente «(...) a *necessidade* de restringir imposta pela existência de um valor constitucional (...)») não será difícil, já poderão surgir dificuldades no controle da «proporcionalidade propriamente dita» (228) — o autor entende «(...) que o juiz e demais entidades de controle só poderão considerar inconstitucionais as normas que constituam *manifesta violação*

---

(224) *Ibidem*, p. 238/239.

(225) *Ibidem*, p. 239.

(226) *Ibidem*, p. 240.

(227) Para o autor, *Os direitos...*, *ob. cit.*, p. 240, tal funciona como «(...) contrapartida dos largos poderes de que o legislador, apesar de tudo, goza, visto o princípio da constitucionalidade não ter o grau de intensidade reconhecido hoje ao princípio da legalidade da Administração».

(228) *Ibidem*, p. 240.

do princípio da proporcionalidade», já que só desta forma «(...) se garantirá uma repartição equilibrada e racional dos poderes constitucionais, tanto mais que o legislador em causa é obrigatoriamente um órgão com legitimidade democrática directa» (229) (230).

Impõe-se, aqui, fazer um ponto da situação, para dizer que abordar a questão da proporcionalidade a propósito da delimitação do que deva entender-se por núcleo essencial de um direito parece-nos incontornável. Saber o que seja tal conteúdo essencial pressupõe a delimitação de certo número de comportamentos que pertencem ao direito e nos dão a sua configuração, sem que neles possamos transigir, sob pena de assim se descaracterizar o direito. Mas isolar esses comportamentos, mesmo em abstracto, face ao preceito constitucional que consagra o direito, é em si um exercício de proporcionalidade. O que aqui se afirma não é infirmado pelo facto de a CRP distinguir princípio da proporcionalidade e salvaguarda do núcleo essencial. Uma coisa é dizer que a restrição de um direito, para ser legítima, há-se ser proporcionada, e não pode afectar o núcleo essencial dos preceitos. Outra coisa é estabelecer esse núcleo essencial — e aí, sempre se há-de entrar em linha de conta com um critério de proporcionalidade, mesmo que para fixar *aprioristicamente* um núcleo absoluto, pois só em relação a certos comportamentos será admissível a sua inclusão no núcleo essencial dos preceitos.

## CONCLUSÃO

Tarefa vã, a de pretender conter em algumas quantas páginas o essencial sobre o princípio da proporcionalidade ou da proibição do excesso. Na realidade, muito ficou por dizer, o que é tão mais verdadeiro quanto é certo que este princípio constitucional se espraia amplamente pelo ordenamento jurídico.

Todavia, espera ter-se alcançado o objectivo — mais modesto — de refutar quaisquer dúvidas, porventura ainda existentes, quanto à importância do papel desempenhado por este princípio no quadro de um Estado de Direito democrático.

---

(229) *Ibidem*, p. 241.

(230) Apercebe-se algum paralelismo entre esta posição e a de Gomes Canotilho, que fala em «manifesta inadequação» — veja-se *supra*.

Por isso, e se para mais não tiver servido este esforço, que sirva, pelo menos, de *mote* a futuros, e merecidos, desenvolvimentos em torno do princípio da proporcionalidade ou da proibição do excesso.

## BIBLIOGRAFIA

- Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 26.º vol., Coimbra, 1993.
- ALBUQUERQUE, Martim de — *Da Igualdade — Introdução à Jurisprudência*, Coimbra, Almedina, 1993.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de — *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, Coimbra, Almedina, 1998.
- CANAS, Vitalino — *O princípio da proibição do excesso na Constituição: arqueologia e aplicações*, in *Perspectivas Constitucionais — Nos 20 Anos da Constituição de 1976* (org. Jorge Miranda), vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 1997.
- — *Proporcionalidade (Princípio da)*, in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, 6.º vol., Lisboa, 1994, p. 591 ss.
- CANOTILHO, J. J. Gomes — *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, Almedina, 1999.
- CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital — *Constituição da República Portuguesa, Anotada*, 3.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1993.
- CORREIA, F. Alves — *O plano urbanístico e o princípio da igualdade*, Coimbra, Almedina, 1989.
- FILHO, Willis Santiago Guerra — *Notas em torno ao princípio da proporcionalidade*, in *Perspectivas Constitucionais — Nos 20 Anos da Constituição de 1976* (org. Jorge Miranda), vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 1996.
- MIRANDA, Jorge — *Manual de Direito Constitucional*, vol. II, 3.ª ed., 1991, vol. IV, 3.ª ed., 2000, Coimbra, Coimbra Editora.
- NABAIS, José Casalta — *Os direitos fundamentais na Jurisprudência do Tribunal Constitucional*, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXV, 1989, p. 61 ss.