

A medida da proporcionalidade administrativa

Ricardo Sousa da Cunha

Doutor em Ciência Jurídicas-Públicas,

Professor de Direito (ESG/IPCA, EDUM), Investigador JusGov

Resumo: O conforto oferecido pelo princípio da proporcionalidade na racionalização de uma decisão fundamentada pode ser muitas vezes ilusório face às suas limitações, internas como externas, resultantes da falta de elementos que permitam a sua correta aplicação, ou às limitações próprias da formação dos juristas. O presente texto pretende analisar os desafios colocados na concretização administrativa do princípio da proporcionalidade, em especial a partir das sugestões (críticas) da análise económica da medida da proporcionalidade.

Palavras-chave: Proporcionalidade / Princípios jurídicos / Direito administrativo / Constituição / Argumentação jurídica / Fundamentação

Abstract: The comfort offered by the principle of proportionality in rationalising a reasoned decision can often be illusory given its limitations, internal as well as external, arising from the lack of elements that would allow its correct application or the limitations of legal training in its use. The aim of this text is to analyse the challenges posed by the administrative implementation of the principle of proportionality, especially regarding the (critical) suggestions of the economic analysis of the measure of the proportionality.

Keywords: Proportionality / Legal principles / Administrative law / Constitution / Legal argumentation / Legal reasoning

0. Introdução

A ideia de proporcionalidade é um dos mais relevantes limites do exercício do poder, historicamente¹, como hoje, um dos mais decisivos limites aplicáveis a toda a atuação do Estado Constitucional sujeito ao Direito. Constitucionalmente, numa das suas mais relevantes dimensões, o princípio da proporcionalidade é, nos termos do n.º 2 do art. 18.º, o critério para admitir a restrição legal de direitos, liberdades e garantias, como é o critério na escolha das modalidades de exceção constitucional, nos termos do n.º 4 do art. 19.º, e assume-se, ainda, doutrinal e jurisprudencialmente, como a resposta preferida para a solução de eventuais conflitos entre direitos fundamentais, num exercício dirigido tanto ao legislador como ao juiz no controlo da sua constitucionalidade. Administrativamente, a Constituição integra o princípio da proporcionalidade entre os princípios gerais da atividade administrativa, no n.º 2 do art. 266.º, que o Código do Procedimento Administrativo (CPA) desenvolve, no art. 7.º, no seu tradicional teste tripartido entre *a)* adequação, *b)* necessidade e *c)* proporcionalidade em sentido estrito.

O princípio da proporcionalidade pondera, assim, diferentes direitos, valores, interesses, impactos, também aqui de diferentes tipos, em diversos procedimentos e por diversos atores. O sucesso da formulação mais conhecida de ALEX, como uma ferramenta heurística que oferece o conforto de uma fundamentação, facilmente usada pelos juristas nos diferentes tipos de procedimentos dirigidos à adoção de uma decisão racionalizada, muitas vezes com reduzida informação, sempre com limitadas competências sobre como a usar. A construção tradicional da *medida* da proporcionalidade de ALEX apresenta uma clara dimensão económica que os juristas, por formação, têm dificuldade em aplicar devidamente – basta lembrar como, numa das mais relevantes aplicações recentes do princípio da proporcionalidade, o Tribunal Constitucional nem sempre curou sequer de aplicar os três testes tradicionais, por exemplo, na chamada “jurisprudência da crise”.

O conforto oferecido pelo princípio da proporcionalidade pode, assim, ser muitas vezes ilusório, parecendo prometer mais do que pode oferecer, seja face às suas

¹ Apesar de hoje ser aparentemente contraditória, é evidente a relevância histórica da ideia de proporcionalidade ínsita na Lei de Talião se perspectivada como “(apenas) olho por olho, (apenas) dente por dente”, num momento em que imperava a ideia de vingança incondicional, – pelo menos desde Êxodo 21:23-25.

limitações internas, como à própria falta de elementos que permitam a sua correta aplicação, incluindo as limitações próprias da formação dos juristas. Interessa aqui ponderar as diferentes possibilidades abertas no cumprimento do princípio da proporcionalidade, num exercício perspectivado como parte da instrução factual de um processo argumentativo jurídico dirigido à adoção de uma decisão jurídica fundamentada, em alguns casos mesmo imposta constitucional e legalmente, em termos que interessa aqui considerar, em especial, a partir da sua aplicação ao exercício da função administrativa. Apesar das necessárias diferenças na aplicação de diferentes *ideias de proporcionalidade* a cada uma das funções do Estado, este é um exercício com um ponto de partida comum mesmo que com desenvolvimentos particulares, como aqui se ensaiará ao longo do texto, especialmente em matéria administrativa².

1. A medida da proporcionalidade de ALEXY

A formulação contemporânea mais divulgada do princípio da proporcionalidade tem por base o triplo teste de ALEXY (*dreistufige Prüfung*), que parte da evolução histórica da jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão (*BVerfGE*), em especial desde 1958, com referência a dois acórdãos históricos proferidos no caso *Farmácias* (*Apothekenurteil*)³ e no caso *Lüth*⁴. A construção de ALEXY partiu da

² Um alerta deixado em VITALINO CANAS, *O princípio da proibição do excesso: em especial, na conformação e no controlo de atos legislativos*, tese de doutoramento, Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2016, p. 409, nota de rodapé 1380, que, no entanto, não impede o Autor de ensaiar um similar exercício em *Discricionariedade, Vinculação e Proporcionalidade*, Lisboa, AAFDL, 2024.

³ O *BVerfGE* foi aqui chamado a pronunciar-se sobre a inconstitucionalidade do § 1 do art. 3.º da lei das farmácias, onde se estabeleciam especiais condições, por razões de interesse público, para a abertura de novas farmácias, face à garantia constitucional de liberdade de escolha de profissão (interpretada como liberdade de vocação), consagrada no art. 12 da *Grundgesetz*, a partir do qual se construiu a metódica especial para a apreciação das situações em que o direito de liberdade individual é restringido por razões de interesse público, a qual se baseia nos testes de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

⁴ *BVerfGE* vol. 7, 198, no qual se afirma a “primazia” do sistema constitucional de direitos fundamentais sobre as normas de direito civil reguladoras dos direitos de personalidade, citado por ROBERT ALEXY, “Constitutional Rights, Balancing, and Rationality”, in *Ratio Juris*, vol. 16, no. 2, June 2003, pp. 131 a 140. Um cidadão alemão, no pós-II Guerra Mundial, apelou ao boicote dos filmes de Veit Harlan, notório propagandista nazi, em especial do filme “*Jud Süß*”. O Tribunal de Hamburgo condenou o Sr. Lüth a abster-se de apelar ao boicote, uma vez que contrariava o disposto § 826 do Código Civil Alemão, em violação da política pública de tolerância, que o Tribunal referiu como “as convicções democráticas da lei e da moral do povo alemão”. Inconformado, o Sr. Lüth interpôs recurso para o

ideia de como os “princípios jurídicos” são diferentes expressões de comandos deônticos das normas, referidos como “determinando que algo seja realizado no mais alto grau possível legal e fisicamente possível”⁵, por isso, entendidos como “comandos de otimização”⁶, que podem ser cumpridos por graus, enquanto as normas são sempre cumpridas de forma “tudo-ou-nada”. No caso de um *conflito entre normas*, impor-se-ia, assim, o recurso a especiais regras de conflito, enquanto no caso de princípios conflitantes, a solução passa “pela prioridade condicional de um dos princípios em colisão sobre o outro, com respeito pelas circunstâncias do caso”⁷.

A ponderação casuística da realização *principal* assim imposta depende da formulação de uma “regra de proporcionalidade” (*Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*)⁸, nas três sub-formulações de *adequação*, *necessidade* e *proporcionalidade em sentido estrito*⁸. A medida da proporcionalidade é, por isso, referida a três passos, pelos quais é necessário, em primeiro lugar, saber da *adequação* da medida (*Geeignetheit*) como a idoneidade para a prossecução do fim, num segundo momento, verificar da respetiva *necessidade* (*Erforderlichkeit*), procurando saber se a medida não pode ser substituída por outra igualmente adequada (eficaz), mas menos gravosa (“mandato do meio mais benigno”, na formulação de ALEXY). Os testes de *necessidade* e *adequação* são referidos como “mandatos de otimização fáctica”, na medida em que o juízo normativo depende da verificação das condições da validade fáctica da medida proposta. O teste final pondera a *proporcionalidade em sentido estrito* (*Verhältnismässigkeit im engeren Sinne*) como um mandato de otimização jurídica, pelo qual se procura saber se uma determinada medida não é demasiado gravosa

BVerfG, através do mecanismo de “queixa constitucional” (*Verfassungsbeschwerde*). Este Tribunal Superior julgou a decisão do Tribunal *a quo* insuficiente, uma vez que da subsunção do caso ao direito civil poderia resultar a restrição de direitos constitucionais. Assim, impunha-se a ponderação de princípios conflitantes, pelo que a cláusula “contra política pública” (*Sittenwidrige vorsätzliche Schädigung*), na Secção 826 do *BGB*, deveria ser confrontada com a liberdade de expressão, prevista no § 5 (1) da *Grundgesetz*, à qual o Tribunal decidiu que deveria ser dada primazia sobre concorrentes princípios constitucionais.

⁵ ROBERT ALEXY, “On the Structure of Legal Principles”, in *Ratio Juris*, vol. 13, n.º 3, September 2000, pp. 294-304. Ver também ROBERT ALEXY, *Theorie der Grundrechte* (tradução em castelhano *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993), *maxime* pp. 81 e segs.

⁶ ROBERT ALEXY, “On the Structure of Legal Principles”, *cit.*, p. 295.

⁷ A ponderação casuística da realização *principal* assim imposta depende da formulação de uma “regra de proporcionalidade” (*Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*)⁸, nas três sub-formulações de *adequação*, *necessidade* e *proporcionalidade em sentido estrito*. ROBERT ALEXY, “On the Structure of Legal Principles”, *cit.*, pp. 296 e segs.

⁸ ROBERT ALEXY, “On the Structure of Legal Principles”, *cit.*, p. 297.

em relação ao fim que se propõe alcançar. Este juízo afirma-se como normativo, uma vez que se pretende formular um juízo de ponderação entre dois direitos ou princípios conflituantes ou entre um direito e um interesse público relevante.

Para este efeito, ALEXY desenvolveu uma metódica própria – a “*fórmula do peso*” (“*the weight formula*” ou “*Gewichtsformel*”), segundo a qual é necessário colocar em confronto os princípios na sua valoração abstrata, medindo a intensidade da interferência exigida a um e outro e a medida empírica e normativa que deve ser atribuída à realização e não realização de cada um dos princípios. Esta *ponderação* (também referida como *balancing*) é, por isso, referida a três passos pelos quais é necessário determinar, em primeiro lugar, *a*) o grau de não satisfação de um determinado princípio, seguido *b*) da “importância de satisfazer princípios concorrentes” e, finalmente, estabelecer se *c*) “a satisfação deste princípio justifica a preterição, ou não satisfação, do primeiro”⁹. Neste sentido, formula-se uma “*regra de desproporcionalidade*”¹⁰ pela qual uma medida “é desproporcional se não for justificada por essa omissão dar lugar a uma interferência com outro princípio (ou com o mesmo princípio em relação a outra pessoa ou noutro contexto) desde que esta última interferência seja pelo menos tão intensa quanto a primeira”¹¹. A “*regra de desproporcionalidade*” cria uma relação entre juízos acerca da *intensidade* e da *proporcionalidade* que envolve uma *justificação interna*, pela qual, numa perspetiva analítica, premissas corretas conduzem a conclusões válidas, bem como uma *justificação externa*, pela qual se procuram fundamentar premissas empíricas e normativas. Esta fundamentação dirige-se a obviar o “*risco de decisões irracionais*”, segundo a qual não existiriam critérios racionais para a ponderação proposta¹². A “*fórmula do peso*” de ALEXY é, assim, um instrumento de medição que é construído como uma escala de níveis de interferência – leve, moderada e séria – formulada segundo uma sequência geométrica¹³. A formulação da

⁹ ROBERT ALEXY, “Constitutional Rights, Balancing, and Rationality”, *cit.*, p. 136.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ *Ibidem*.

¹² “Because there are no rational standards here, weighing takes place either arbitrarily or unreflectively, according to customary standards and hierarchies” – ROBERT ALEXY, “Constitutional Rights, Balancing, and Rationality”, *cit.*, p. 259.

¹³ A fórmula proposta por ALEXY pode ser expressa da seguinte forma:

Onde:	PC e PA se medem:	SP se mede:
$P1P2 = \frac{PC1 \times PA1 \times SP}{PC2 \times PA2 \times SP}$	– PC = peso concreto atual – PA = peso abstrato (normal) – SP = segurança das premissas empíricas	– Alto = 4 – Seguro = 1 – Médio = 2 – Plausível = 0,5 – Baixo = 1 – Baixo = 0,25

proporcionalidade de ALEXY não precisa de números para o seu funcionamento, mesmo que se possam atribuir os valores referidos a cada um dos princípios em conflito, preferindo-se aquele que tenha um valor superior. Para resolver situações de equilíbrio, ALEXY formulou uma “segunda lei do equilíbrio”, segundo a qual quanto maior for a interferência num direito, mais ainda se tiver natureza constitucional, maior deve ser a certeza das suas premissas – empíricas e normativas – subjacentes¹⁴.

2. A crítica económica da medida da proporcionalidade

Os referidos testes da proporcionalidade obrigam a uma consideração económica, especialmente relevante a partir da construção de ALEXY, que o próprio refere ao tratar o teste de adequação e o teste de necessidade como testes do *ótimo de Pareto*¹⁵. Esta asserção tem, no entanto, merecido crítica a partir da perspectiva da *Análise Económica do Direito* que os entende, na verdade, como testes de *superioridade de Pareto*¹⁶ – uma vez que esta é a situação que se verifica quando alguém fica numa situação melhor como resultado da comparação de uma medida com outra. TUZET aponta as limitações da construção económica da teoria de ALEXY quando refere como a eficiência de Pareto (ótima ou superior) não se aplica a conflitos com partes vencedoras e perdedoras (ou princípios vencedores e perdedores) como acontece no teste de *proporcionalidade em sentido estrito*. Segundo TUZET, a eficiência aqui medida é antes uma questão de eficiência de *Kaldor-Hicks* (KH), uma vez que quando uma escolha faz com que alguém fique em pior situação, a escolha é inferior na perspectiva da eficiência de Pareto, cujo *status quo* ótimo é

¹⁴ ROBERT ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, cit., p. 418.

¹⁵ ROBERT ALEXY, “Proportionality and Rationality”, in *Proportionality: New Frontiers, New Challenges. Comparative Constitutional Law and Policy*, Vc. Jackson and M. Tushnet (Eds.), Cambridge, Cambridge University Press, 2017, pp. 13 e segs.

¹⁶ GIOVANNI TUZET, *Alexy & Economics*, Bocconi Legal Studies Research Paper Series, Number 3542475, February 2020, p. 7, disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3542475 [31/5/2024]. Como refere TUZET, os princípios como critérios de otimização, a utilidade marginal decrescente da realização de um princípio, a crescente desutilidade marginal da infração do princípio, curvas de indiferença relacionadas com a lei do equilíbrio, referências aos custos associados à interferência com os princípios, são, na verdade, referências à *otimização de Pareto*. Nesta leitura económica, as três fases da ponderação podem ser referidas: ao estabelecimento dos custos para um princípio, ao estabelecimento dos benefícios para outro princípio e a uma avaliação comparativa dos dois. Isto proporciona um processo de decisão que é certamente racional, na medida em que o resultado decorre da avaliação comparativa dos custos e benefícios.

aquele no qual qualquer mudança possível faria com que uma parte ou um princípio ficasse em pior situação, o que acontece na maioria das decisões jurídicas. Se há vencedores e vencidos, a situação pode ser avaliada em termos de eficiência KH, considerando que os vencedores poderiam compensar os perdedores e ainda assim ficar em melhor situação – este é o funcionamento normal da ponderação em sentido estrito de direitos, princípios ou valores constitucionais, feita pelo legislador e controlada judicialmente, podendo também ser aplicada à ponderação administrativa de medidas possíveis de maximização da prossecução do interesse público, mesmo que em restrição dos interesses de particulares. No entanto, as soluções de *Kaldor-Hicks* para os problemas de equilíbrio só são possíveis nos casos em que os custos e benefícios monetários são quantificáveis. Nos outros casos, os decisores devem encontrar a solução de equilíbrio de acordo com a classificação *ordinal* do princípio da interferência e importância do ponto de vista do sistema jurídico. É claro que tais conclusões são falíveis e suscetíveis de revisão em função das circunstâncias.

É por isso que a argumentação assume relevo decisivo na teoria de ALEXY, como no cumprimento do princípio da proporcionalidade, em especial, sobre a intensidade de uma interferência num princípio e sobre a importância da realização de um princípio concorrente em determinadas circunstâncias. Como se verá, esta posição reforça a importância da argumentação jurídica e da fundamentação (incluindo a prova) no cumprimento do princípio da proporcionalidade, integrado como fase probatória de fundamentação de um procedimento decisório.

2.1. A ponderação das alternativas (e seus custos e benefícios)

Uma crítica económica mais radical da *teoria da proporcionalidade* assenta na sua incompletude para adequadamente pesar todas as consequências de qualquer decisão jurídica, de uma perspectiva *interna* à própria argumentação formulada em torno do juízo de proporcionalidade, como de uma perspectiva *externa*, que se refere às próprias condições para a existência desta argumentação.

Internamente, a limitação do princípio da proporcionalidade para ponderar os custos e benefícios parte da própria natureza *consequencial* da argumentação formulada, que procura comparar as consequências de *alternativas*, supostamente igualmente válidas, quando este exercício parte sempre da formulação das próprias alternativas admitidas ao teste da proporcionalidade. A solução de ALEXY

é, naturalmente, melhor do que a alternativa de tomada de decisões irracionais a que tentou obstar a formulação da teoria de proporcionalidade. Mas, em qualquer dos casos, esta solução de proporcionalidade é uma proposta inferior, segundo esta posição crítica, às existentes metodologias de *análise custo-benefício*¹⁷ que permitem considerar as diferentes consequências de determinada medida e formular diferentes alternativas possíveis. A maior simplicidade do controlo da proporcionalidade é talvez a razão do seu maior sucesso, considerando as maiores limitações de meios, acesso a informação e sua utilização pelos juízes face à máquina administrativa também ao dispor do poder legislativo. Também por esta razão se tem afirmado o sucesso do controlo da proporcionalidade em países em desenvolvimento¹⁸.

A consideração dos custos e benefícios envolvidos deve, assim, ser antecipada ao momento da formulação das alternativas possíveis, facilita a ponderação das mais eficientes logo no cumprimento dos testes da *adequação* e da *necessidade*, não deixando esta ponderação apenas num juízo alternativo no momento de aferição da *proporcionalidade em sentido estrito*, como proposto por ALEX Y. O juízo de proporcionalidade, especialmente, em sentido estrito, pretende ponderar custos e benefícios, mas fá-lo de uma forma limitada face às alternativas metódicas de análise custo-benefício. Esta objeção é mais relevante, precisamente, na crítica feita à “*fórmula do peso*”, construída para a comparação de *duas* medidas admitidas como *adequadas e necessárias* e não para uma “*inter-means comparison*”¹⁹.

Daqui, no entanto, extrai-se uma consequência mais radical sobre as próprias condições argumentativas (*externamente*) para a ponderação da proporcionalidade, segundo a proposta de ALEX Y ou a crítica económica aqui referida. A primeira consideração das alternativas ponderadas proporcionalmente é determinada por um momento que CHANG refere às limitações inerentes à construção da “*baseline*” definida para conduzir um teste – construída de forma binária entre *adotar* uma medida ou *não adotar* uma medida, no teste de ALEX Y. A eventual mudança de *baseline* altera a resposta dada, segundo o teste do *ótimo de Pareto*, o que é inaceitável, da perspetiva desta crítica económica da proporcionalidade. Esta crítica aponta, assim, como a definição da *baseline* nos juízos sobre a proporcionalidade gera sempre um desvio

¹⁷ Vide ROBIN BOADWAY, “Principles of Cost-Benefit Analysis”, in *Public Policy Review*, 2006, vol. 2, n.º 11, pp. 1 e segs.

¹⁸ Segundo SCHAFER, in YUN-CHIEN CHANG/XIN DAI, *The limited usefulness of the proportionality principle*, I•CON (2021), vol. 19, n.º 3, pp. 1110 a 1134, *maxime* p. 1127.

¹⁹ YUN-CHIEN CHANG/XIN DAI, *The limited usefulness of the proportionality principle*, *cit.*, p. 1126.

ou *viés* que não pode deixar de ser considerado. É, certamente, muito interessante a constatação de como julgar uma medida *inconstitucional*, como os Tribunais estão obrigados a fazer, nos termos do art. 204.º da Constituição, é diferente de julgar uma qualquer medida *constitucional*, com eventual fundamento na violação do *princípio da proporcionalidade*. Esta é uma importante lição sobre a análise económica da proporcionalidade, não apenas para a fiscalização judicial preventiva ou sucessiva da constitucionalidade das leis, como para qualquer um dos propósitos aqui enunciados.

Segundo o mesmo Autor, esta consequência até pode ter um efeito *ex ante* ao condicionar o decisor legislativo (o que também pode ser aplicado ao decisor administrativo) a adotar uma medida menos eficiente economicamente, mas mais suscetível de cumprir os testes da adequação e da necessidade, segundo a *baseline* definida de declarar ou não declarar a inconstitucionalidade desta medida²⁰. Na verdade, semelhante efeito pode resultar da construção do sistema de fiscalização de constitucionalidade como um teste de inconstitucionalidade (e não de constitucionalidade), colocando o ónus sobre o impugnante, que fica, assim, numa posição mais exigente.

2.2. Os potenciais desvios comportamentais

A identificação dos *desvios comportamentais* (*behaviouristas*) dos processos de decisão jurídica tem animado os esforços de parte da contemporânea análise económica do Direito. O *desvio* já assinalado na análise económica da proporcionalidade a partir da *baseline* preferida, por exemplo, no controlo judicial da inconstitucionalidade/constitucionalidade das leis estende-se à referida ponderação de alternativas suscitadas na aplicação dos testes da proporcionalidade, incluindo o teste da proporcionalidade em sentido estrito – neste caso favorecendo a formulação de alternativas binárias (adoção ou não adoção de determinada medida), sempre mais limitadas do que a ponderação de alternativas regulatórias.

A ponderação das alternativas regulatórias tem sido um dos deveres impostos ao legislador no quadro do procedimento legislativo baseado em evidências – no quadro da extensão ao legislador do mesmo dever de fundamentação que é imposto

²⁰ *Ibidem*.

ao juiz, como faz a *Legisprudência*²¹. Este não é um mero dever deontológico, mas é um dever jurídico, em Portugal, já previsto num ato normativo – mesmo que se discutam as consequências da sua violação²². Este é, na verdade, um de vários *desvios cognitivos* apontados ao teste da proporcionalidade, que na análise económica da proporcionalidade os economistas *behavioristas* identificaram há muito, mesmo na ação de seres racionais.

No que diz respeito à consideração dos testes da proporcionalidade evidenciam-se outros potenciais desvios cognitivos. Na aplicação da fórmula de ALEXY, cuja ponderação empírica é referida a uma escala de três níveis de interferência – leve, média e forte –, que, facilmente, evidencia um potencial de *fuga para o meio* na sua implementação, em especial, em situações da falta de suficiente informação ou de dificuldades na sua utilização. Noutra formulação, a *aversão ao risco* evidencia a preferência pela certeza e segurança jurídicas, ao passo que a *aversão à perda* é experienciada quando os decisores são confrontados com a possibilidade de anulação de uma medida, como referido anteriormente, a partir da *baseline* definida para a decisão em causa.

Renovadas propostas para limitar alguns dos efeitos dos desvios *behaviouristas* identificados, como na colegialidade da decisão, um teste que inverta a consideração das perdas e dos custos formulando dois testes de adoção e de recusa da medida que deveriam sempre chegar a iguais resultados, mesmo que aferidos por diferentes decisores²³. Em qualquer dos casos, justifica-se a ponderação da avaliação custo/benefício mais completa do que o teste da proporcionalidade, para garantir uma decisão administrativa racional, procedimentalizada e fundamentada. Decisivo é aqui o papel assumido pela fundamentação na identificação, consideração e mitigação destes desvios, alguns, necessariamente, implicados em qualquer procedimento administrativo dirigido à adoção de uma decisão racional, outros potenciados pela ação legislativa, pela orientação política ou pelo controlo judicial.

²¹ RICARDO SOUSA DA CUNHA, “A legisprudência na construção de uma teoria normativa da legislação em Timor-Leste”, in *e-BLJ*, Ano 1 (2018), n.º 2, pp. 122 a 144.

²² As regras de legística na elaboração dos atos normativos do Governo seguidas pelo XXIII Governo Constitucional de Portugal encontravam-se previstas no DL n.º 32/2022, de 9/5, tendo sido revogadas pelo regime de organização e funcionamento do XXIV Governo Constitucional, aprovado pelo DL n.º 32/2024, de 10/5, que não as consagrou neste ato legislativo.

²³ YUN-CHIEN CHANG/XIN DAI, *The limited usefulness of the proportionality principle*, cit., pp. 1129 e segs.

As condições estruturalmente enviesadas da aplicação do princípio da proporcionalidade parecem mais adequadas ao controlo judicial da constitucionalidade das leis, uma vez que induzem uma proteção superior dos direitos sobre outros interesses²⁴. No entanto, já na União Europeia se estudou, empiricamente, como a atuação do Tribunal de Justiça promove mais adequadamente os direitos promovidos nos Tratados como liberdades de circulação do que os demais direitos fundamentais²⁵ – o que é, na verdade, o resultado normal da promoção hegemónica de qualquer projeto orientado politicamente²⁶. Perante esta inevitabilidade de desequilíbrios na presunção de racionalidade argumentativa do teste da proporcionalidade, volta-se à conclusão preliminar, relativamente à importância da argumentação que fundamenta, empiricamente, qualquer decisão jurídica, mesmo no cumprimento do teste da proporcionalidade.

3. O desafio de ordenar a incomensurabilidade

As objeções formuladas a partir da *incomensurabilidade* dos valores, princípios ou direitos em confronto foram já formuladas, em especial, a partir da “teoria do discurso”, considerando que o princípio da proporcionalidade proposto por ALEXY aponta para o risco de despromover direitos com previsão constitucional do estatuto normativo, que o discurso jurídico lhes garantiu, a “argumentos políticos” ordinários²⁷. No entanto, esta crítica da despromoção dos direitos constitucionais é, precisamente, contrariada pela formulação de uma “lei de utilidade diminuinte”, pela qual os direitos constitucionais ganham “sobre-proporcionalidade” quanto maior a intensidade da interferência que sofrem²⁸. Este argumento é formulado a partir da incomensurabilidade dos direitos e valores em confronto, que, na proposta teoria da proporcionalidade de ALEXY, se tentou quantificar a partir da intensidade da interferência sobre um determinado princípio ou direito. Por

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ PEDRO CABRAL/MARIANA DE CIMA CHAVES, “Livre circulação de mercadorias e direitos fundamentais”, in *Temas de Integração*, 1.º semestre de 2005, vol. 19, pp. 225 e segs.

²⁶ RICARDO SOUSA DA CUNHA, *Constituição e Legalidade Administrativa Cosmopolita – O Direito Administrativo Global entre a Constitucionalização e a Fragmentação*, Coimbra, Almedina, 2016, pp. 251 e segs.

²⁷ JÜRGEN HABERMAS, *Between Facts and Norms. Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, Cambridge, MA, MIT Press, que ALEXY não ignora em *Theorie der Grundrechte*, cit., p. 130.

²⁸ ROBERT ALEXY, “Constitutional Rights, Balancing, and Rationality”, cit., p. 139.

isso se afirma que a *Lei dos Princípios Concorrentes* “reflete o carácter dos princípios como requisitos de otimização entre os quais não há, em primeiro lugar, nenhuma relação de precedência absoluta, e que dizem respeito, em segundo lugar, a atos e situações que não são quantificáveis”²⁹.

Daqui resulta uma segunda conclusão preliminar, formulada a partir da dificuldade suscitada a propósito da determinação da *medida* do cumprimento da proporcionalidade, em abstrato e em concreto – este exercício de definição da medida da proporcionalidade é (apenas) parte de um exercício argumentativo jurídico dirigido a instruir probatoriamente e fundamentar adequadamente uma decisão jurídica, nas suas diversas formulações constitucionais e legais já apontadas e a que se voltará no final.

A fundamentação empírica da argumentação tecida em torno do cumprimento dos testes de proporcionalidade remete para as alternativas metodológicas oferecidas na instrução de qualquer processo de decisão jurídica. Não é pacífica a natureza ordinal ou cardinal da solução proposta por ALEXY, que se pode colocar algures entre estas opções, na medida em que promove a comparação de duas propostas, graduadas segundo os seus próprios critérios – nem esta caracterização parece decisiva para os efeitos argumentativos aqui prosseguidos. Esta solução parece limitada da perspetiva das críticas discursiva ou económica para cumprir as exigências do princípio da proporcionalidade na expressão ordinal ou cardinal das opções admitidas – uma escala ordinal apresenta uma ordem sem outra expressão algébrica, enquanto uma ordem cardinal apresenta valores numa escala.

A *incomensurabilidade* da argumentação tecida no cumprimento dos testes da proporcionalidade apontaria para a impossibilidade de estabelecer uma ordem cardinal precisa dos diferentes elementos considerados, embora a classificação ordinal seja sempre possível. Neste exercício de avaliação, comparação ou ordenação de diferentes “variáveis” (jurídicas, económicas, axiológicas ou factuais) em que se jogam diferentes graus de restrição ou de não satisfação, bem como de peso abstrato, segundo o teste de ALEXY, ou de incerteza epistémica³⁰.

Numa resposta a esta crítica de incomensurabilidade, GIOVANNI SARTOR propôs uma leitura *quantitativa* da proporcionalidade e da teoria de ALEXY baseada na ideia

²⁹ ROBERT ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, cit., p. 54.

³⁰ Em especial, com referência a esta última questão, vide VITALINO CANAS, *O princípio da proibição do excesso: em especial, na conformação e no controlo de atos legislativos*, cit., pp. 634 e segs.

de quantificação “sem números” a partir da comparação de exemplos³¹. Estas formulações partem de estimativas *cardinais* sem números que permitem construir comparações semelhantes com princípios. Estes exemplos parecem apoiar não só uma leitura económica da obra de ALEXY, mas também um relato quantitativo que dispensa números (ou pelo menos com números exatos). Para tratar de conflitos entre *princípios de direitos fundamentais*, SAMPAIO constrói alguns critérios para justificar a atribuição de valores às variáveis utilizadas por uma fórmula como a “fórmula de peso”³².

Para os restantes casos, a crítica económica aos testes da proporcionalidade prefere seguir a *avaliação custo/benefício* para resolver eventuais situações de *incomensurabilidade*, especialmente quando a incerteza é empírica – como acontece, certamente, na ponderação da proporcionalidade em sentido estrito, mas pode ser antecipado nos demais testes da proporcionalidade. SARTOR enuncia que a forma habitual de lidar com a incerteza na teoria da decisão-padrão implica a introdução de um multiplicador de probabilidades quando os custos e benefícios de uma avaliação económica são os *custos e benefícios esperados* ou os *benefícios esperados*³³. No entanto, GHANG assume como este pressuposto não é incontroverso, uma vez que pode sempre ser discutível se a incerteza pode ser traduzida em valores de probabilidade, referindo que, se existe uma diferença entre risco e incerteza, é porque o primeiro é calculável com valores de probabilidade, enquanto a segunda não³⁴.

³¹ Como referido por Sartor, “cardinal measures: even without numbers we are able to assess (though in a very approximate way) the size (a cardinal measure) of an object or the extent of its difference from another. To express such nonnumerical cardinal evaluations we often refine our ordinal assessment with adverbs (we say, that this object is a little, fairly, a lot larger, or smaller, or quicker, etc., than that object)” – GIOVANNI SARTOR, “The Logic of Proportionality: Reasoning with Non-Numerical Magnitudes”, in *German Law Journal*, 14(8), 2013, pp. 1419 a 1456.

³² Que Sampaio identifica a partir de «(i) critérios epistémicos objetivos relacionados (i1) com a “área” do antecedente do princípio, i. e., a quantidade de tipos de ação ou tokens interferidos; (i2) com o tempo: nomeadamente a duração, velocidade e frequência da interferência; (i3) com o contexto geral da interferência: normalidade ou anormalidade da realidade. Podem ainda existir (ii) critérios epistémicos subjectivos, nomeadamente as consequências específicas para os titulares do direito ou da liberdade (e. g., a interferência é direta ou indireta? É feita por ação ou omissão? É potencial ou atual?). Como se pode ver, estes critérios estão largamente relacionados com os elementos temporais, espaciais, pessoais e materiais do antecedente dos princípios constitucionais.» – JORGE SILVA SAMPAIO, “Proportionality – Measuring Impacts on Fundamental Rights”, in *Encyclopedia of Philosophy of Law and Social Philosophy*, Mortimer Sellers/Stephan Kirste (Eds.), Dordrecht, Springer, 2021, pp. 1 a 7.

³³ Segundo SARTOR, se uma determinada medida produzirá um benefício de 100 com uma probabilidade de 0,5 e nenhum benefício com uma probabilidade de 0,5, o seu benefício esperado é de 50 ($100 \times 0,5 + 0 \times 0,5$). Se a medida custar mais de 50, a ACB será contra e apoiá-la se custar menos de 50 – in “The Logic of Proportionality: Reasoning with Non-Numerical Magnitudes”, *cit.*, pp. 1419 e segs.

³⁴ YUN-CHIEN CHANG/XIN DAI, *The limited usefulness of the proportionality principle*, *cit.*, pp. 1129 e segs.

3.1. A proporcionalidade como comparação

As dificuldades aqui apresentadas de uma rigorosa medida económica dos impactos regulatórios sugere que, na instrução probatória de qualquer decisão jurídica, podem estabelecer-se relações comparativas entre as opções possíveis de *a) melhor, b) pior ou c) igual* – como alternativa à comensurabilidade, admitida tanto na conceção da proporcionalidade monista, como na de ALEXY, ou pluralista, afirmada por VITALINO CANAS³⁵, valendo-se, entre outros, de Dworkin.

É a construção de condições de igualdade jurídica que corresponde a um conceito relativo e valorativo assente numa comparação de situações, como critério e medida de qualquer tratamento discriminatório. Este é também um exercício aberto metodologicamente às sugestões que, há muito, se permitem comparar alternativas regulatórias, mesmo nos estudos jurídicos, como no Direito Comparado³⁶. Neste exercício já foi também devidamente assinalada a relevância metodológica jurídico-administrativa do terceiro comparado (*tertium comparationis*) na identificação da qualidade comum (a *praesumptio similitudinis*) entre dois *comparanda*³⁷. É a partir das alternativas, identificadas, comparadas e graduadas, que se pode cumprir o *dever de fundamentação da decisão administrativa* adotada no exercício de poderes discricionários. Já se referiu como este exercício jurídico-administrativo se encontra, integralmente, vinculado aos deveres metodológicos já identificados, que na comparação impõe três elementos: duas situações ou objetos que se comparam em função de um aspeto que se destaca do todo e que serve de termo de comparação (*tertium comparationis*), como a qualidade ou característica que é comum às situações ou objetos a comparar; é o pressuposto da respetiva comparabilidade. Assim, o juízo de comparabilidade significa fazer sobressair ou destacar elementos comuns a dois ou mais objetos diferentes, de modo a permitir a sua integração num conjunto ou conceito comum (*genus proximum*).

³⁵ VITALINO CANAS, *O princípio da proibição do excesso: em especial, na conformação e no controlo de atos legislativos*, cit., p. 892.

³⁶ RICARDO SOUSA DA CUNHA. “A argumentação jurídico-constitucional comparada sobre hierarquia normativa”, in *e-BLJ*, Ano 3 (2020), pp. 178 a 200.

³⁷ VITALINO CANAS, *O princípio da proibição do excesso: em especial, na conformação e no controlo de atos legislativos*, cit., p. 876.

A comparação pode ser relevante no cumprimento dos testes da *necessidade*, enquanto comparação entre meios referidos a um fim, que habilita à comparação das diferentes opções que tenham passado o teste de *adequação*, como relação (empírica) causa/efeito. Mais relevante é o mesmo exercício implicado na medida da *proporcionalidade em sentido estrito*, na qual a formulação de um *tertium comparationis* procura habilitar a formulação de uma relação ordinal entre efeitos, em especial, na referida lógica consequencial, na ponderação de efeitos e efeitos marginais positivos e negativos³⁸. A comparação das alternativas formuladas no teste da *proporcionalidade em sentido estrito* questiona os termos, também já referidos, da *baseline* proposta, cuja solução não é apenas binária – proporcional/desproporcional – mas admite ainda a possibilidade de uma medida *não desproporcional* ser admitida neste juízo de proporcionalidade em sentido estrito. Esta é a solução mais facilmente aceitável no quadro da fiscalização judicial da proporcionalidade da atuação legislativa, em homenagem ao cumprimento do princípio da separação de poderes e da legitimidade democrática reconhecida constitucionalmente ao poder legislativo³⁹, que acaba por reduzir os casos de admissibilidade de uma “proporcionalidade em sentido estrito comparativa” em que se afira da medida mais proporcional – em termos que podem ser estendidos ao juízo administrativo.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ VITALINO CANAS prefere uma posição em que a proporcionalidade em sentido estrito seja considerada como “*não desproporcionalidade*”, definindo que “*meio proporcional e.s.e. é aquele que não é desproporcional, ou seja, cujos efeitos marginais positivos não têm importância inferior aos efeitos marginais negativos*” – in *O princípio da proibição do excesso: em especial, na conformação e no controlo de atos legislativos*, cit., p. 883, para quem a racionalidade e a objetividade implicadas no juízo da proporcionalidade em sentido estrito determinam que “[s]ó pode assistir a razão na escolha entre incomensuráveis” – *ibidem*, p. 886. Por isso, o mesmo Autor recusa a conceção da proporcionalidade em sentido estrito como simples auxiliar do decisionismo e como modelo matemático, preferindo uma “*conceção pluralista do momento ponderativo da proibição do excesso*”, assente nos seguintes pressupostos: “(i) defesa inequívoca do papel da razão na deliberação prática (*phronesis* ou sabedoria prática de Aristóteles); (ii) os juízos de valor podem ter um substrato cognitivo, não sendo necessariamente expressão de um ponto de vista subjetivo, discricionário ou arbitrário; (iii) a racionalidade e a objetividade não são sinónimos de certeza; (iv) a razão enquadra a intuição; (v) a razão exclui opções, delimita opções (a favor das quais há razões não derrotadas nem derrotantes de outras razões sustentadoras de alternativas), mas não determina forçosamente uma opção” por oposição à posição monista, pela qual “*racionalizadores automáticos*”, como o “*cerco deontológico*” à proibição do excesso convivem sem negligenciar a componente subjetiva, de criação, de escolha, de intuição, de quem tem a seu cargo a decisão. *Ibidem*, p. 889.

3.2. A argumentação sobre a proporcionalidade

A conclusão preliminar já afirmada é a relevância que a argumentação desempenha no cumprimento da ideia de proporcionalidade, como reconhecido pelo próprio ALEXY, num exercício que tem de se caracterizar como especificamente jurídico, dirigido à adoção de uma decisão jurídica fundamentada, mas que assume uma forma, necessariamente, aberta interdisciplinarmente. A questão aqui formulada sobre a medida da proporcionalidade projeta-se a final, ainda com ALEXY, então para a integração no contexto da hermenêutica jurídica de *argumentos práticos gerais*, considerando que “a argumentação jurídica se trata de um caos especial, uma vez que a correção reclamada no discurso jurídico é distinta daquela usada no discurso prático geral. Não está preocupada com a absoluta correção, mas com o que é correto no quadro e na base da validade de uma ordem jurídica vigente”⁴⁰. Esta referência é feita pela abertura dos processos decisórios, nos quais o *input* de argumentos “*não institucionais*” ocorre nos procedimentos jurídicos (legislativo, administrativo como no processo judicial ou em outras instâncias de participação de cidadania), pela qual a *law in the books* passa a *law in action*.

No entanto, a integração das aberturas empíricas da argumentação jurídica formuladas em torno do cumprimento do princípio da proporcionalidade no cerne das preocupações metodológica jurídicas, em especial na instrução probatória de qualquer processo jurídico dirigido a uma decisão racionalizada e respetiva fundamentação, parece reveladora das condições de fundamentação empírica da argumentação jurídica nos diferentes procedimentos jurídicos dirigidos a uma decisão fundamentada. Aliás, a partir da crítica económica da proporcionalidade aqui formulada permite-se dar um passo mais no projeto dos *Empirical Legal Studies*, colocando também as potenciais consequências jurídicas, além das meras considerações “deontológicas” aqui referidas de diferentes quadrantes. A reunião do *ser* e do *dever ser* é parte do projeto que anima os esforços de parte dos empiristas jurídicos que podem colmatar o fosso entre *facto* e *norma*, que, no projeto de

⁴⁰ ROBERT ALEXY, “The Special Case Thesis”, in *Ratio Juris*, 12 (1999), (4), pp. 375 e segs. Para mais desenvolvimentos, ver ROBERT ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, cit., maxime pp. 261 e segs., em especial o excuro acerca do “*Die Sonderfallthese*”, pp. 426 e segs. Em sentido contrário, JÜRGEN HABERMAS recusa a especialidade argumentativa do discurso jurídico, no qual se recebem, pela via democrática, os argumentos práticos gerais – vide *Between Facts and Norms. Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, cit., p. 234.

FISCHMAN⁴¹, precisam de dar prioridade às questões normativas, centrando a sua investigação, não necessariamente, no que é facilmente mensurável. Para isso, as opções metodológicas devem ser orientadas pelas questões de investigação para gerar respostas normativamente significativas, explorando novas possibilidades da experimentação “em laboratório” que possam ser generalizadas a novos contextos. Em sentido semelhante, CHANG dá conta de como, apesar de não ser possível dar o salto de uma preposição de “ser” (*is* ou *sein*) para uma preposição de “dever ser” (*ought* ou *sollen*) – na famosa “falácia naturalista” esgrimida pelo normativismo positivista –, este exercício não deixa de partir sempre de como é uma constatação de facto *empírica* que, pela diferença que faz (“*difference-making fact*”), se converte numa *razão normativa* para ação normativa (“goal”)⁴². Os estudos sobre a fundamentação empírica da proporcionalidade são, assim, um pleno exemplo das *relações causais* estabelecidas juridicamente.

Mesmo nos sistemas jurídicos romano-germânicos⁴³, a ambição estadual de reduzir o Direito à codificação abre, necessariamente, à análise empírica *todos* os argumentos formulados – que ALEXY divide em empíricos (descritivos), analíticos (dirigidos aos conceitos jurídicos) e normativos (dirigidos à interpretação normativa). O maior peso que o enunciado linguístico da norma tem nos sistemas de *civil law* não o isenta do exercício aqui ensaiado, apenas o antecipa no exercício da função legislativa. Constitucionalmente, é, aliás, assumida esta orientação argumentativamente teleológica – aberta empiricamente, nos termos aí referidos. O legislador cumpre fins políticos, legitimados democraticamente, apesar desta omissão constitucional – valerá aqui a referência, por exemplo, presente no art. 20.º da Constituição Alemã. Os Tribunais decidem conflitos na administração da justiça, nos termos do art. 202.º da Constituição, vinculados à lei, nos termos do art. 203.º, que estão, no entanto, obrigados a desaplicar quando violem a Constituição, nos termos do art. 204.º. Já se viu como a Administração Pública prossegue o interesse público, nos termos do art. 266.º da Constituição.

⁴¹ JOSHUA B. FISCHMAN, “Reuniting ‘Is’ and ‘Ought’ in Empirical Legal Scholarship”, 162 *University of Pennsylvania Law Review* (2013), pp. 117 e segs.

⁴² YUN-CHIEN CHANG/XIN DAI, *The limited usefulness of the proportionality principle*, cit., pp. 1129 e segs.

⁴³ Este exercício seria mais característico de sistemas jurídicos comparados de *common law*, ao passo que a ambição dos sistemas jurídicos estaduais romano-germânicos de esgotar a normatividade vigente num determinado território e sobre uma determina população tornaria aí este exercício mais difícil. A argumentação aqui expandida a propósito do princípio da proporcionalidade, que vale tanto para sistemas jurídicos comparados de *common law*, como romano-germânicos, milita, precisamente, de forma que parece suficientemente evidente, em sentido contrário.

A *porosidade* da separação de poderes, sempre a solução contingente de uma norma constitucional, variável geometricamente entre a separação e o controlo⁴⁴, abre, empiricamente, o exercício jurídico de qualquer das funções do Estado a uma realidade factual, da qual, necessariamente, se retira uma diferente vinculação ao Direito, mesmo que nem sempre assumido, metodologicamente. Ora, neste sentido, impõe-se a consideração dos referidos contributos empíricos, normativos como factuais, no desempenho jurídico-constitucional destas funções do Estado.

4. A construção administrativa da proporcionalidade

No caso da vinculação administrativa ao Direito, já o art. 3.º do CPA concretizou as condições de cumprimento do princípio da legalidade administrativa pelos órgãos administrativos, “dentro dos limites dos poderes que lhes forem conferidos e em conformidade com os respetivos fins”. Estas especialidades hermenêuticas são aqui previstas de forma bem mais “realista” do que aquelas definidas nos n.ºs 1 e 2 do art. 266.º da Constituição, mesmo que sejam sempre justificadas, precisamente, à luz da especial prossecução administrativa do “interesse público” sujeita ao direito administrativo, prevista naquele n.º 1.

4.1. A prossecução do “interesse público” na definição administrativa da proporcionalidade

Administrativamente, já se enunciou como o primeiro *desvio* cognitivo imposto na argumentação jurídico-administrativa advém da sua específica intencionalidade dirigida à “prossecução do interesse público”, nos termos do n.º 1 do art. 266.º da Constituição⁴⁵ – em especial, o cumprimento dos testes da proporcio-

⁴⁴ PEDRO BACELAR DE VASCONCELOS, *Teoria geral do controlo jurídico do poder público*, Lisboa, Cosmos, 1996, *maxime* p. 88.

⁴⁵ A construção jurídica das exigências da prossecução do interesse público, próxima daquelas que por estes dias se alargam à exigência da boa-administração, pode induzir outros vieses cognitivos na relevância (desproporcionada) dada a alguns elementos em particular, como no caso da eficiência económica – esta é a consequência natural de promoção de opções políticas, legitimadas democraticamente, como acontece na vinculação ao direito da União Europeia (que, naturalmente, promove, judicial e administrativamente, as liberdades para que foi criada), mas que pode ser potenciada pelas opções legislativas, muitas vezes inconsistentemente equívocas, em violação de qualquer das melhores práticas formais e materiais legislativas, como a doutrina refere à equívoca formulação do dever de boa administração no art. 5.º do CPA.

nalidade pode ser considerado o “cavalo de Troia” de um controlo de mérito da legalidade⁴⁶, como considerado a propósito da discussão em torno das consequências da consagração legal do princípio da boa administração⁴⁷.

Nesta perspetiva, não é fácil a reconciliação desta prossecução do interesse público, orientada por critérios de mérito (numa alternativa de bom/mau, melhor/pior), com a binária tutela da legalidade (legal/ilegal, válido/inválido). Facilmente se compreende a dificuldade de quem, como os juristas em geral e os juízes em particular, está condicionado por uma lógica de decisão válido/inválido (com o que daqui decorre) se vê confrontado com informação instrutória de melhor/pior. Aliás, algumas das consequências já enunciadas desta ação “motora” podem, inclusivamente, criar uma verdadeira *dissonância cognitiva* em juristas, por exemplo, limitados na integral utilização do instrumentário hermenêutico ao seu dispor, em homenagem ao princípio da separação de poderes, nomeadamente na integração de lacunas e na desaplicação administrativa de leis inconstitucionais.

Noutra formulação, a *aversão ao risco* sentida na prossecução administrativa do “interesse público” sujeita ao princípio da legalidade evidencia um outro condicionamento da preferência administrativa pelas certeza e segurança jurídicas, com decisivas consequências nas soluções hermenêuticas escolhidas – que não pode deixar de ser considerado na construção das condições procedimentais de formação da vontade administrativa. Em sentido semelhante, daqui também se constrói um importante *desvio cognitivo* de *aversão à perda*, experienciada quando os decisores administrativos são confrontados com a possibilidade de anulação de uma medida (administrativa ou judicial, neste último caso projetando-se um efeito *ex ante*), como referido anteriormente a partir da definição procedimental da *baseline* binária (válido/inválido) para a decisão em causa. Qualquer um destes *desvios behaviouristas* condiciona a formulação das alternativas regulatórias, a sua comparação e decisão, que nem sempre serão aquelas mais eficientes economicamente, em especial, no controlo da proporcionalidade em sentido estrito, mas poderão ser apenas aquelas mais facilmente suscetíveis de cumprir os testes da adequação e da necessidade.

⁴⁶ PAULO OTERO, *Direito do Procedimento Administrativo*, Coimbra, Almedina, 2016, pp. 272 e segs.

⁴⁷ DAVID DUARTE, *A teoria da norma e a criação de normas de decisão na discricionariedade instrutória*, Edições Almedina, 2006, pp. 621 e segs. Sobre as críticas à equívoca formulação do dever de boa administração no art. 5.º do CPA, *vide* as críticas formuladas a este artigo por DAVID DUARTE, “Alguns problemas de teoria do direito no novo Código do Procedimento Administrativo”, in *Revista Jurídica da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa / Lisbon Law Review*, LVIII, 2017/1, pp. 19 a 34.

A ambição racionalizadora do procedimento administrativo, proposta pelo n.º 5 do art. 267.º da Constituição, é dirigida a limitar estes efeitos – que, no entanto, mereceriam melhor atenção, desde logo, legislativa, uma vez que começam por ser, precisamente, um problema da definição legislativa (também, metodologicamente, aberta e enviesada) das condições de formação procedimental da vontade da Administração. As propostas referidas para limitar alguns efeitos dos desvios comportamentais identificados são também extensíveis às soluções procedimentais administrativas, mesmo que na revisão do CPA, promovendo o reforço da referida colegialidade da decisão, a previsão legislativa de um teste que inverta a consideração das perdas e custos formulando dois testes de adoção e de recusa da medida que deveriam sempre chegar a iguais resultados, mesmo que aferidos por diferentes decisores. O pleno cumprimento dos desígnios de uma mais rigorosa avaliação custo/benefício implicaria uma atenção que está por prestar às modalidades de instrução probatória, para já previstas nos arts. 55.º e 115.º e segs. do CPA. Da mesma forma, a proposta de consideração da *incerteza* decisória, que se distingue dos riscos, precisamente pela sua *mensurabilidade*, leva a que se considerem diferentes cenários regulatórios no processo de decisão, que pode também ser limitada pela introdução de um multiplicador de probabilidades quando os custos e benefícios de uma avaliação económica são esperados e não atuais. Importante é, para já, assinalar como as irregularidades procedimentais deliberativas impostas pelos diferentes *desvios/vieses* têm de ser consideradas no estudo, como na implementação administrativa e na construção legislativa dos procedimentos administrativos.

No entanto, já aqui se viu como, apesar de a distinção traçada entre o n.º 1 e o n.º 2 do art. 7.º do CPA relativamente à sujeição de toda a atividade administrativa ao teste da *adequação* e *necessidade* parecer limitar o tradicional princípio da proporcionalidade em sentido estrito às “*decisões da Administração que colidam com direitos subjetivos ou interesses legalmente protegidos dos particulares*”, a verdade é que uma interpretação conforme ao n.º 2 do art. 266.º da Constituição terá, necessariamente, de sujeitar a totalidade da atuação administrativa aos diferentes testes do cumprimento do princípio da proporcionalidade⁴⁸ – esta será também a consequência da construção de *uma* norma de proporcionalidade⁴⁹. O exercício ad-

⁴⁸ Ao contrário do referido por PEDRO GONÇALVES, *Manual de Direito Administrativo*, p. 269.

⁴⁹ DAVID DUARTE, *A Norma de Legalidade Procedimental Administrativa. A teoria da norma e a criação de normas de decisão na discricionariedade instrutória*, cit., pp. 631 e segs.

ministrativo de poderes discricionários, nos limites aqui recordados, obriga, assim, a “levar a sério” o dever de fundamentação dos atos administrativos, desvalorizado noutros âmbitos vinculados.

4.2. O dever de fundamentação dos atos administrativos proporcionais

As questões aqui tratadas a propósito da abertura argumentativa no cumprimento do princípio da proporcionalidade no direito administrativo não são meramente económicas, apesar do peso que aqui lhe é reconhecido. O exercício aqui enunciado é especificamente jurídico, dirigido à adoção de uma decisão jurídica, argumentativamente fundamentada e procedimentalmente racionalizada. A relevância dada à instrução procedimental da ação administrativa vinculada ao Direito, que se vale de uma necessária abertura interdisciplinar construída argumentativamente, é, precisamente, parte do esforço dirigido a evitar cair no “decisionismo” administrativo⁵⁰, cuja violação se resolve a partir da *baseline* (para usar a linguagem aqui preferida), especificamente construída para definir a legalidade da atuação administrativa, definida, de forma binária, para a validade/invalidade dos atos administrativos. A fundamentação é elemento essencial de qualquer decisão administrativa com ambição constitucional de racionalidade procedimentalizada, dirigida à identificação, consideração e mitigação destes desvios, alguns, necessariamente, implicados em qualquer procedimento administrativo dirigido à adoção de uma decisão racional, outros potenciados pela ação legislativa, pela orientação política ou pelo controlo judicial.

Para este efeito não parece ser decisiva a discussão em torno da melhor solução para cumprir esta finalidade especificamente jurídica – se a ordenação das alternativas identificadas é cardinal ou ordinal, segundo uma avaliação custo/benefício ou segundo os testes da proporcionalidade de ALEXI. Naturalmente, uma ordenação cardinal instruída segundo a avaliação custo/benefício estará mais fundamentada argumentativamente, mas será também muito mais difícil de implementar, seja porque nem sempre estão disponíveis os elementos necessários, seja porque nem sempre os juristas têm adequada formação para tratar esses elementos. Nesses casos, as possibilidades oferecidas pelo cumprimento dos testes

⁵⁰ VITALINO CANAS, *O princípio da proibição do excesso: em especial, na conformação e no controlo de atos legislativos*, cit., pp. 885 e segs.

da proporcionalidade ordenadas ordinalmente de ALEXY serão, em qualquer circunstância, uma opção metodológica mais rica probatoriamente do que as alternativas que se aproximem do puro decisionismo. Identificar as opções regulatórias é, por isso, sempre um exercício relevante, mesmo que por si só, para o cumprimento dos propósitos aqui prosseguidos com a referência feita ao *princípio da proporcionalidade* como parte da fundamentação de uma decisão jurídica (administrativa) racionalizada, mesmo que melhor cumprido pela instrução rigorosa da sua medida. A partir deste exemplo, na instrução procedimental da atuação administrativa, muitas vezes, a mera identificação dos respetivos impactos é suficiente para enriquecer empiricamente uma argumentação jurídica, sempre dirigida a uma decisão jurídica, de outra forma deixada ao arbítrio dos intervenientes. A integração de elementos empíricos na argumentação jurídica afasta, assim, o cumprimento do princípio da proporcionalidade da dimensão deontológica, integrando esta preocupação entre os propósitos jurídicos – com consequências jurídicas segundo a lógica jurídica válido/inválido, que se encontram impostas na Constituição como na demais legislação. Decisivo é aqui o papel assumido pela fundamentação na identificação, consideração e mitigação destes desvios, alguns, necessariamente, implicados em qualquer procedimento administrativo dirigido à adoção de uma decisão racional, outros potenciados pela ação legislativa, pela orientação política ou pelo controlo judicial.

4.3. Fundamentação da proporcionalidade nos atos discricionários

Na indexação do cumprimento dos testes tradicionais da proporcionalidade ao exercício de poderes administrativos por atos administrativos discricionários, SUZANA TAVARES DA SILVA dá conta de como, no direito administrativo italiano, Stefano Cognetti equipara os testes da adequação e da necessidade à discricionariedade técnica – onde o Tribunal depende dos elementos de facto carreados para o processo para poder formular o seu juízo – e o teste da proporcionalidade em sentido estrito à discricionariedade administrativa – em que o Tribunal pode escrutinar a decisão com base em critérios normativos, pois “o parâmetro normativo” é, neste caso, aferido a partir da ponderação de interesses (públicos e privados), valores e princípios (igualdade, justiça ou boa-fé), de onde resultará um juízo final sobre a legitimidade da medida⁵¹.

⁵¹ Vide SUZANA TAVARES DA SILVA, “O tetralemma do controlo judicial da proporcionalidade no contexto da universalização do princípio: adequação, necessidade, ponderação e razoabilidade”, in

Tratando-se do exercício de poder administrativo discricionário, o cumprimento do dever de fundamentação é especialmente relevante na ponderação das alternativas abertas normativamente, aqui ao abrigo do princípio da proporcionalidade, o primeiro *dever de identificar as alternativas existentes* nem deve ser considerado, metodologicamente, um exercício discricionário, mas é vinculado à instrução factual da previsão normativa indeterminada. As alternativas identificadas carecem, ainda, de ser adequadamente comparadas, constituindo-se o *dever de comparar alternativas* discricionárias abertas normativamente também num exercício vinculado ao cumprimento dos deveres jurídico-metodológicos, em matéria administrativa, entre os quais se integra a procura da melhor solução no cumprimento das normas e de princípios da prossecução do interesse público ou da proporcionalidade. Sem cair no excesso de recusar a relevância da distinção entre atos vinculados e discricionários⁵² – que, na verdade, aqui se renova para efeitos da distinção das consequências jurídicas da violação do dever de fundamentação dos atos administrativos – a presunção de validade da instrução probatória administrativa⁵³ ainda depende do que forem os meios probatórios ao dispor da própria Administração. Ora, este é um caminho por fazer e ao qual os próprios Tribunais têm sido, naturalmente, sensíveis⁵⁴.

Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, Universidade de Coimbra, vol. 88, n.º 2, 2012, pp. 639 a 678.

VITALINO CANAS, a partir da posição dualista da discricionariedade que recusa a adequação do princípio da proporcionalidade para o exercício de poderes administrativos no espaço de margem de livre apreciação, não deixa de admitir um controlo judicial da aplicação do teste da proporcionalidade pela Administração Pública, seja no teste da adequação da medida adotada (e apenas desta), da necessidade desta medida que, não sendo meramente negativo, é limitado a quando existir apenas uma única alternativa menos drástica e, na ponderação de efeitos positivos e negativos implicada no teste de proporcionalidade em sentido estrito, entre a posição atomizada de ALEXI e a posição agregativa seguida, presume a validade da comparação administrativa das alternativas invertendo o ónus da prova que apenas excecionalmente permite ao juiz substituir-se ao juízo administrativo aqui discricionário. Vide VITALINO CANAS, *Discricionariedade, Vinculação e Proporcionalidade*, Lisboa, AAFDL, 2024, pp. 41 e segs.

⁵² COLAÇO ANTUNES, *Procedimento Administrativo de Avaliação de Impacto Ambiental: para uma tutela preventiva do Ambiente*, Coimbra, Almedina, 1998, pp. 259 e segs.

⁵³ Proposta por VITALINO CANAS, *Discricionariedade, Vinculação e Proporcionalidade*, cit., p. 41.

⁵⁴ O Tribunal Central Administrativo Sul, no Acórdão de 6/6/2019, proc. 2788/17.0BELSB, ilustrativamente, refere: “como se, de entre os tribunais, apenas os tribunais administrativos estivessem impedidos de recorrer a prova pericial quanto a factos controvertidos ou conclusões controvertidas de natureza técnica extrajurídica”.

Por estas razões, está na altura de repensar a consequência jurídica tradicionalmente cominada para a violação do dever de fundamentação dos atos administrativos no caso do exercício de poderes discricionários, aqui, em especial, com referência ao cumprimento do princípio da proporcionalidade. A já tradicional cominação de anulabilidade para a violação do dever de fundamentação merece ser repensada, em especial num momento em que se desvaloriza o dever de fundamentação de atos vinculados a quase mera irregularidade, privilegiando o aproveitamento do ato administrativo em homenagem à maior celeridade processual e economia de meios, nos termos do n.º 5 do art. 163.º do CPA, ao mesmo tempo que o controlo do cumprimento do princípio da proporcionalidade na fundamentação dos atos administrativos adotados no exercício de poderes discricionários assume, como aqui se vê, renovada importância. A cominação de nulidade para a violação do dever de fundamentação dos atos administrativos adotados no exercício de poderes discricionários é a consequência natural da sua autonomização como um direito fundamental dos particulares, nos termos da alínea d) do n.º 2 do art. 161.º do CPA, pelas razões referidas.

Esta é também uma decorrência necessária do *princípio do Estado de Direito*, consagrado no art. 1.º da Constituição, uma vez que o dever de indicar as razões que justificam qualquer das decisões do Estado é sempre condição para a sua compreensão, para o seu cumprimento ou para a sua impugnação por parte dos cidadãos. Por esta razão, neste espaço, o dever de fundamentação dos atos administrativos discricionários, em especial, face à comparação da proporcionalidade das possibilidades abertas normativamente, não tem uma mera dimensão instrumental no procedimento dirigido à adoção do ato administrativo, no sentido anteriormente discutido desde a Constituição de 1976 e do CPA de 1991⁵⁵, mas assume-se autonomamente como um direito dos particulares – dirigido a garantir a plena compreensão das opções discricionárias tomadas pelos órgãos administrativos,

⁵⁵ Com referência à lição de DIOGO FREITAS DO AMARAL *et al.*, *Código do Procedimento Administrativo Anotado*, 2.ª ed., Coimbra, 1995, pp. 197 e 212, que, conforme o Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 26/9/2002, proc. 0360/02, disponível em www.dgsi.pt [5/7/2024], admite “a existência de casos em que a falta de fundamentação, por ofensa do conteúdo essencial de um direito fundamental, gera nulidade, nos termos da alínea d) do n.º 2 do citado artigo 133.º do CPA”, como parece ser o caso do exercício de poderes discricionários, em especial, face ao cumprimento do dever de comparação de opções proporcionais.

dirigidas, por um lado, aos seus direitos e interesses legalmente protegidos, e, por outro lado, à tutela da legalidade da atuação administrativa⁵⁶.

5. Conclusão

O princípio da proporcionalidade é das mais divulgadas ferramentas jurídico-metodológicas contemporâneas, historicamente, um passo decisivo na fundamentação de qualquer decisão jurídica, de outra forma deixada ao arbítrio dos seus atores. O espaço privilegiado de intervenção desenvolvido por ALEXY, na ponderação constitucional de direitos fundamentais, permitiu afastar de teorias mais radicais e argumentativamente menos suportadas como a teoria de (certos) “*rights as trump*”, de DWORKIN. O sucesso desta proposta de ALEXY, assente nos três testes de adequação, necessidade, segundo o *ótimo de Pareto*, e proporcionalidade em sentido estrito, segundo a ponderação da “*weight formula*”, levou à sua aplicação a todas as funções do Estado, incluindo as legislativa e administrativa, e o respetivo controlo judicial.

Este alargamento levou o princípio da proporcionalidade a ser chamado a ponderar valores, como direitos, interesses, custos e benefícios, no fundo, diferentes impactos, jurídicos e empíricos, numa argumentação *consequencialista* que a abriu a diferentes críticas – discursivas como económicas. Em especial, as dificuldades da *incomensurabilidade* levaram a diferentes críticas e reformulações da proposta de proporcionalidade de ALEXY, reconhecendo a particular vocação, nas suas virtudes e defeitos, para a original ponderação de direitos fundamentais, mais limitada em outros espaços onde a natureza dos impactos a avaliar, bem como as alternativas, em número e qualidade, a ponderar são mais diversas, complexas e numerosas. Neste exercício, as propostas de avaliação de custos e benefícios

⁵⁶ Conforme, com referência à mesma previsão do CPA de 1991, se pronunciou o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 594/2008, disponível em www.tribunalconstitucional.pt [5/7/2024]: “*Tal acontecerá sempre que, para além da imposição genérica da fundamentação, a lei prescrever, em casos determinados, uma declaração dos fundamentos da decisão em termos tais que se possa concluir que ela representa a garantia única ou essencial da salvaguarda de um valor fundamental da juridicidade, ou então da realização do interesse público específico servido pelo ato fundamentando ou quando se trate de atos administrativos que toquem o núcleo da esfera normativa protegida [pelos direitos, liberdades e garantias fundamentais] e apenas quando a fundamentação possa ser considerada um meio insubstituível para assegurar uma proteção efetiva do direito, liberdade e garantia*”, aqui valendo-se da lição de JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *O Dever de Fundamentação Expressa dos Actos Administrativos*, Coimbra, Almedina, 1991, p. 293.

que podem conduzir a uma ordenação cardinal das diferentes opções em confronto oferecem mais e melhor informação ao decisor jurídico, em especial no âmbito dos procedimentos legislativos e administrativos onde as opções são mais numerosas, mais abertas e mais complexas nos seus custos e benefícios. Viu-se, aliás, como estas propostas são já impostas legalmente, por exemplo, no procedimento legislativo, mesmo que com variáveis consequências jurídicas pela sua preterição.

Nem sempre é, no entanto, possível encontrar suficiente informação para instruir adequadamente os procedimentos jurídicos vinculados ao cumprimento do princípio da proporcionalidade. Nestes casos, ainda assim, é decisivo instruir probatoriamente estes procedimentos jurídicos com a informação adequada a garantir a melhor decisão possível. Este não é um exercício deontológico, mas um exercício vinculado juridicamente, imposto pela própria vigência legal e constitucional do princípio da proporcionalidade, aqui construído como um princípio/norma da proporcionalidade, como uma decorrência do princípio do Estado de Direito e, administrativamente, cada vez mais, pela prossecução do interesse público e até pelo princípio/dever da boa administração. Por isso, mesmo quando não seja possível uma plena instrução probatória alimentada por todos os impactos avaliados, ou não seja possível gerir toda a informação disponível, a vinculação ao princípio da proporcionalidade impõe que seja garantida a sujeição a uma classificação ordinal da avaliação de custo e benefício ou mesmo do teste da proporcionalidade de ALEXI. Identificar as opções regulatórias é, por si só, sempre um exercício relevante para o cumprimento dos propósitos aqui prosseguidos de fundamentação de uma decisão jurídica (administrativa) racionalizada, no qual se integrou a referência ao *princípio da proporcionalidade*.

Esta solução deriva da necessidade pragmática de instruir empiricamente qualquer processo de argumentação, aqui em torno da ideia de proporcionalidade, intencionalmente sempre dirigido a uma solução fundamentada, num exercício jurídico, com consequências jurídicas. A argumentação jurídica em torno do cumprimento do princípio da proporcionalidade é, aliás, um exemplo cristalino da quebra pós-positivista da distinção entre facto e norma em qualquer processo de argumentação jurídica. Este procedimento especificamente jurídico antecipa o exercício empírico da medida da proporcionalidade ao momento dos testes da adequação e da necessidade, cujas consequências jurídicas impostas constitucional e legalmente se encontram, em larga medida, abertas, por exemplo, no exercício da função administrativa, em sede de cumprimento do dever de fundamentação

e do princípio da proporcionalidade nos atos administrativos discricionários, bem como no respetivo procedimento legislativo. Daqui fica também a ideia de como há ainda muito a fazer, doutrinal, legal e jurisprudencialmente, no que se refere à instrução probatória de cada um destes procedimentos dirigidos à adoção de uma decisão jurídica racionalizada e fundamentada, em especial, administrativos, como no seu controlo judicial.