

FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE LISBOA



*A Configuração do Princípio da Igualdade enquanto Parâmetro de Controlo da
Constitucionalidade*

PEDRO MIGUEL VIEIRA ESTÊVÃO

Dissertação de Mestrado em Direito e Ciência Jurídica, especialidade em Direito
Administrativo, sob a orientação do Senhor Professor Doutor Jorge Reis Novais

2021

AGRADECIMENTOS

A elaboração de uma dissertação foi, sem sombra de dúvida, o empreendimento mais difícil da minha vida.

O processo passou por várias vicissitudes e a sua conclusão só foi possível com o apoio incondicional das pessoas que enumero em seguida: a minha mãe, o meu pai, o meu irmão e o meu amigo Tiago Sousa.

Esta referência não cumpre, no entanto, com a obrigação de destaque que sobre mim impende. Merecem, pois, que lhes reserve este espaço, preterindo a nomeação de outros intervenientes. Através deste ato simbólico, espero conseguir expressar que são eles os verdadeiros responsáveis por esta página ter chegado a ser escrita.

No entanto, temendo que o simbolismo seja insuficiente, vejo-me impelido a deixar escritas mais algumas palavras, desonerando a memória como prova principal da minha eterna gratidão.

À minha mãe, por dedicar a sua vida a mim e ao meu irmão e por ter sido a melhor companhia que podia ter tido nos dias que precederam a entrega da dissertação, tendo vindo de nossa casa, na ilha do Corvo, para Lisboa, só para me acompanhar no *sprint* final.

Ao meu pai, por ser a minha maior referência em todos os planos da vida e por guiar a minha ambição: ser como ele.

Ao meu irmão, por ser, simplesmente, o meu maior amigo e a pessoa de quem mais gosto neste mundo.

Ao meu companheiro Tiago Sousa, que simplesmente não me deixou desistir e que *está sempre lá para tudo*. Se um amigo é aquele a quem posso associar os meus pensamentos de eleição – na definição de H. D. THOREAU –, então não tenho a mínima dúvida de que estou perante um amigo.

Por fim, um agradecimento ao Senhor Professor Jorge Reis Novais, meu Orientador e referência académica.

RESUMO

PALAVRAS-CHAVE

ABSTRACT

KEYWORDS

ÍNDICE DE SIGLAS DE PERIÓDICOS

AJP – Australasian Journal of Philosophy

ANPC – Anuário Português de Direito Constitucional

AS – Análise Social

BFDUC – Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

BYU L. Rev. – Brigham Young University Law Review

Cal. L. Rev. – California Law Review

Colum. L. Rev. – Columbia Law Review

Creighton L. Rev. – Creighton Law Review

D&D – Desporto & Direito

DeJ – Direito e Justiça

D&P – Direito & Política

DRFTJ – Droits. Revue Française de Théorie Juridique

DUDI – Diritti Umani e Diritto Internazionale

ECLR – European Constitutional Law Review

e-Pública – e-Pública: Revista Eletrónica de Direito Público

Ga. L. Rev. – Georgia Law Review

Harv. L. Rev. – Harvard Law Review

LeD – Lavoro e Diritto

Mich. L. Rev. – Michigan Law Review

MJ – Maastricht Journal

Notre Dame L. Rev. – Notre Dame Law Review

N. Y. L. Sch. Rev. – New York Law School Review

OD – O Direito

Otago L. Rev. – Otago Law Review

Phil. & Pub. Aff. – Philosophy and Public Affairs

Phil. Rev. – Philosophical Review

Phil. Q. – Philosophical Quarterly

Polis – Polis: Revista de Estudos Jurídico-Políticos

QL – Questões Laborais

RDES – Revista de Direito e de Estudos Sociais

REDC – Revista Española de Derecho Constitucional

REP – Revista de Estudios Políticos

RFDUL – Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

RFPDF – Revista de Finanças Públicas e de Direito Fiscal

RJAAF DL – Revista Jurídica da Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa

RMP – Revista do Ministério Público

ROA – Revista da Ordem dos Advogados

SJ – Scientia Iuridica

SJJS – Sub Judice: Justiça e Sociedade

Themis – Themis: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa

U. Chi. L. Rev. – University of Chicago Law Review

Va. L. Rev. – Virginia Law Review

Washington U. L. Q. – Washington University Law Quarterly

W. Va. L. Rev. – West Virginia Law Review

Yale L. J. – Yale Law Journal

ÍNDICE GERAL

1. INTRODUÇÃO

2. A IGUALDADE ENQUANTO PRINCÍPIO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL

2.1. Uma definição de igualdade

2.2. Evolução histórica do princípio da igualdade

2.3. Conteúdo normativo do princípio da igualdade

3. DESCRIÇÃO DO MÉTODO DE FISCALIZAÇÃO DA CONSTITUCIONALIDADE DE NORMAS COM BASE NO PRINCÍPIO DA IGUALDADE: O PARÂMETRO VIGENTE NA JURISPRUDÊNCIA PORTUGUESA

3.1. Pressupostos dos casos de igualdade

3.2. O paradigma da teoria da proibição do arbítrio

i. A origem da teoria da proibição do arbítrio em G. LEIBHOLZ

ii. A importação da teoria da proibição do arbítrio pela Comissão Constitucional

iii. A aplicação da teoria da proibição do arbítrio pelo juiz constitucional

3.3. A igualdade proporcional

3.4. O parâmetro vigente como uma construção jurisprudencial inconsistente

4. A CONFIGURAÇÃO DO PARÂMETRO DE CONTROLO PELOS CASOS DE IGUALDADE

4.1. Os casos de igualdade: uma categorização à luz da jurisprudência portuguesa

i. Casos uninormativos e plurinormativos

ii. Subcategorias de casos uninormativos: casos sub-inclusivos e sobre-inclusivos

iii. Subcategorias de casos plurinormativos: com ou sem relação de especialidade ou excecionalidade entre normas

5. CONCLUSÕES

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

REFERÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS

1. INTRODUÇÃO

A perspetiva metodológica do presente trabalho pode ser descrita de uma forma bastante simples, que a resume a duas tarefas: (i) em primeiro lugar, identificar e descrever os casos de constitucionalidade que o princípio da igualdade suscita no tráfego e (ii), em segundo lugar, identificar e descrever os critérios que os resolvam.

A tarefa de identificar e descrever os casos de constitucionalidade que o princípio da igualdade suscita na prática equivale a proceder a uma categorização daquilo que se pode designar como *casos de igualdade*.

A formulação de categorias corresponde à arrumação de realidades num conjunto, em função da semelhança das mesmas por referência às propriedades denotadas¹.

A categorização dos casos de igualdade encontra a sua justificação em duas ordens de razões. Por um lado, corresponde a um esforço que toma a ciência jurídica como uma ciência fundamentalmente ligada à razão prática, em que o propósito máximo é a resolução de casos jurídicos através de normas jurídicas²; por outro lado, esta categorização de casos de igualdade nunca foi feita no panorama nacional.

O acervo jurisprudencial da igualdade é vastíssimo. A copiosa aplicação que o princípio conhece dificulta enormemente a tarefa de categorização³.

Não obstante, entendido o *caso jurídico* como a “perspetiva problemático-intencional que tudo condiciona”⁴, procurar-se-á elaborar à volta dos casos de igualdade, com o propósito final de demonstrar que é na categorização de casos que reside a resposta para os problemas de consistência que se denotam na aplicação do princípio da igualdade enquanto parâmetro de controlo da constitucionalidade.

¹ Cfr. P. MONIZ LOPES, *Derrotabilidade Normativa e Normas Administrativas – O Enquadramento das Normas Regulamentares na Teoria dos Conflitos Normativos*, Parte I, Lisboa, 2019, p.95.

² Neste sentido, MONIZ LOPES, *Derrotabilidade Normativa e Normas Administrativas – O Enquadramento das Normas Regulamentares na Teoria dos Conflitos Normativos*, Parte I, p.88.

³ Relativamente à aplicação copiosa do princípio da igualdade no tráfego, C. BLANCO DE MORAIS refere que “a transversalidade irradiante do princípio da igualdade toca nas mais diversas áreas do direito e é apreensível na abundante jurisprudência do Tribunal Constitucional” (*Curso de Direito Constitucional – Teoria da Constituição*, Tomo II, Coimbra, 2018, p.500).

⁴ As palavras são de A. CASTANHEIRA NEVES (*Metodologia Jurídica – Problemas Fundamentais*, Coimbra, 1993, p.142).

Relativamente à segunda tarefa a que este trabalho se propõe – a da análise dos critérios de resolução dos casos de igualdade –, pode dizer-se que a perspetiva é, em grande medida, uma perspetiva de ordem realista *holmesiana*, isto é, procura, fundamentalmente, descrever e explicar o raciocínio jurídico do juiz constitucional português⁵.

Neste sentido, pode dizer-se que a perspetiva do trabalho é a perspetiva do “*homem mau*” de O. W. HOLMES, para quem a lei era o que os tribunais decidiam⁶.

O objeto do presente trabalho nunca poderia ser, no entanto, universal, circunscrevendo-se à análise dos casos que surgem perante o juiz constitucional português⁷.

No entanto, uma ordenação cronológica impõe uma compreensão global de um objeto antes de realizar proposições sobre o mesmo, pelo que previamente à análise dos casos de igualdade e do método inerente à sua resolução, o presente trabalho procura explicar o conceito de igualdade e o conteúdo normativo do princípio jurídico homólogo⁸.

Antes disso, porém, e na medida em se constata que a narrativa histórica do princípio da igualdade influi, tradicionalmente, no exercício de deslindar o seu conteúdo normativo, gerando descrições pouco rigorosas, procede-se a uma descrição da evolução histórica do princípio.

⁵ Sobre esta perspetiva, faça-se referência à famosa expressão do grande inspirador do movimento realista americano: “a vida do direito não tem sido lógica; tem sido experiência” (O. W. HOLMES, “*The Common Law*”, in S. NOVICK (ed.), *The Collected Works of Justice Holmes: Complete Public Writings and Selected Judicial Opinions of Oliver Wendell Holmes*, Chicago, 1995, p.115).

⁶ Cfr. O. W. HOLMES, “*The Path of the Law*”, in *Harv. L. Rev.*, Vol. X, n.º 8, 1897, pp.991 e ss.

⁷ Seria, no entanto, totalmente inexequível não proceder, ante a dimensão da jurisprudência da igualdade, a uma delimitação da jurisprudência consultada. Assim, embora as proposições efetuadas tenham por objeto a aplicação do princípio da igualdade pelo *juiz constitucional* – categoria especialmente abrangente, no quadro do sistema misto de fiscalização da constitucionalidade vigente em Portugal –, consultaram-se e citaram-se somente os acórdãos do Tribunal Constitucional e os pareceres e acórdãos da Comissão Constitucional. Na medida em que os acórdãos do Tribunal Constitucional em sede de fiscalização sucessiva concreta advêm de casos concretos decididos pelos tribunais inferiores, não fica prejudicada a compreensão da sua jurisprudência.

⁸ As proposições são descrições de significados normativos e distinguem-se das normas precisamente por esse caráter descritivo, que se contrapõe ao caráter prescritivo daquelas. Neste sentido, M. TEIXEIRA DE SOUSA, *Introdução ao Direito*, Coimbra, 2019 (reimpr.), pp.200-201.

2. A IGUALDADE ENQUANTO PRINCÍPIO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL

2.1. Uma definição de igualdade

Definir consiste em explicar o significado de uma palavra ou de um enunciado⁹. Interessa, neste ponto do trabalho, fornecer uma definição de igualdade, com caráter sintético, capaz de explicar o seu significado em contexto normativo. O mesmo é dizer que se pretende fornecer uma *definição estipulativa* de igualdade¹⁰.

A definição do conceito de igualdade parte de um terreno dominado pela controvérsia. A palavra igualdade tem associada uma ancestral e poderosa tradição retórica, que remonta à Antiguidade Clássica e permanece vigente nos dias de hoje¹¹.

Através do seu caráter universal, a igualdade situa-se entre os ideais humanos mais potentes, havendo quem a caracterize como a mais poderosa ideia de sempre¹².

A História ajuda a explicar a tradição retórica da igualdade. Significativas e aclamadas cruzadas sociais foram travadas sob a sua bandeira. A abolição da escravatura, o sufrágio universal ou a emancipação das mulheres constituem apenas alguns exemplos¹³.

Neste sentido, ARISTÓTELES notou que a igualdade é o argumento não dos mais fortes, que estão satisfeitos com as coisas como elas estão, mas daqueles que procuram

⁹ Cfr. M. TEIXEIRA DE SOUSA, *Introdução ao Direito*, Coimbra, 2019 (reimpr.), p.244.

¹⁰ Sobre o conceito clássico de definição estipulativa, R. ROBINSON, *Definition*, Oxford, 1954, pp. 35 e ss.

¹¹ Cfr. P. WESTEN, *Speaking of Equality: an Analysis of the Rethorical Force of Equality in Moral and Legal Discourse*, Princeton, 1990, p.14. Identificando na Constituição da República Portuguesa uma “retórica densa de igualdade”, M. L. AMARAL, “O Princípio da Igualdade na Constituição Portuguesa”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Armando Marques Guedes*, Lisboa, 2004, p.49.

¹² Sobre a potência do ideal da igualdade, L. TEMKIN, “Inequality”, in *Phil. & Pub. Aff.*, Vol.15, n.º 2, 1986, p.99. No sentido de a igualdade ser a mais poderosa ideia de sempre, R. HARRIS, *The Quest for Equality: the Constitution, Congress and the Supreme Court*, Baton Rouge, 1960, p.4. O autor afirma que a “igualdade é contemporânea, senão anterior, da liberdade na história do pensamento político ocidental, e entre os estoicos gregos e romanos e os cristãos era um conceito muito mais importante”.

¹³ Cfr. WESTEN, *Speaking of Equality: an Analysis of the Rethorical Force of Equality in Moral and Legal Discourse*, p.14. Neste sentido, no Parecer n.º 1/76 da Comissão Constitucional, lê-se que “é conhecido o importantíssimo papel que o princípio da igualdade perante a lei – solenemente proclamado pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão – desempenhou nas transformações jurídicas e sociais experimentadas nos Estados modernos. Nele se baseou a destruição dos privilégios do antigo regime, nele assentou a extensão do regime democrático no decurso do século passado, nele radica, ainda hoje, por exemplo, o movimento de luta pela igualdade dos direitos entre homem e mulher (Parecer n.º 1/76, de 14 de dezembro, in *Pareceres da Comissão Constitucional*, Vol.1, 2012, p.4).

mudança¹⁴. A igualde está, pois, historicamente associada a uma ideia de protesto, uma arma nos conflitos sociais e políticos¹⁵.

A tradição retórica em redor da palavra igualdade localiza o discurso numa dimensão multidisciplinar que está fora do âmbito deste trabalho. Com efeito, a definição do conceito de igualdade que se pretende formular abstrai-se das eternas disputas da filosofia política e afins, focando-se, antes, no seu significado neutral, de cariz linguístico.

Não se quer com isto dizer que a igualdade, em sentido amplo, e enquanto objeto de estudo, não deve ser abordada de uma perspetiva de análise valorativamente não neutral, ou – mais importante ainda – que do sentido ordenatório do direito, mormente do ordenamento jurídico português, não é possível inferir o valor da igualdade¹⁶.

Ao invés, o que se pretende sinalizar é, tão-somente, que a perspetiva de análise selecionada é aquela que se abstrai de conceções axiológicas e pré-compreensões relativamente à igualdade, procurando ser neutral e isenta relativamente a um significado do conceito, o qual, conforme se procurará demonstrar, constitui um elemento constitutivo do conteúdo normativo do princípio jurídico homólogo¹⁷.

Esta delimitação não afasta, porém, a ambiguidade da igualdade. De facto, constata-se que o conceito padece de uma indeterminabilidade genética, ao ponto de se afirmar que a igualdade, exceto em matemática, não tem mais definição do que a forma de uma ameba¹⁸.

¹⁴ ARISTÓTELES, *Política*, tradução portuguesa de António Campelo e Carlos Carvalho de Gomes, Lisboa, 1998, Liv. II, 1266b-1267b. Afirmando que a igualdade é um argumento que coloca sempre a outra parte “na defensiva”, I. KRISTOL, “Equality as an Ideal”, in *International Encyclopedia of the Social Sciences*, Vol. 5, Nova Iorque, 1968, p.110).

¹⁵ Um “grito de guerra”, nas palavras K. KARST (“Why Equality Matters”, in *Ga. L. Rev.*, Vol.17, n.º 2, 1983, p.245). Uma ideia “politicamente agressiva”, segundo I. KRISTOL (“Equality as an Ideal”, *International Encyclopedia of the Social Sciences*, p.110). Referindo-se à igualdade como uma “hurrah-word”, R. M. HARE, “Liberty and Equality: How Politics Masquerades as Philosophy”, in *Social Philosophy and Policy*, Vol.2, n.º 1, 1984, p.2.

¹⁶ Neste sentido, ressalva-se que não se considera como implicação necessária da compreensão normativa do direito nem a recusa de significado moral às normas jurídicas, nem a ausência de considerações morais na sua aplicação, nem ainda a ausência de limites morais sobre o seu conteúdo. Sobre isto, D. DUARTE, *A Norma de Legalidade Procedimental Administrativa: a Teoria da Norma e a Criação de Normas de Decisão na Discricionariedade Instrutória*, Coimbra, 2006, p.54.

¹⁷ Sobre o método neutral como condição científica de partida, MONIZ LOPES, *Derrotabilidade Normativa e Normas Administrativas – O Enquadramento das Normas Regulamentares na Teoria dos Conflitos Normativos*, Parte I, pp. 52 e ss.

¹⁸ Cfr. P. KURLAND, “Ruminations on the Quality of Equality”, in *BYU L. Rev.*, Vol.1979, n.º 1, p.1. O autor considera que a “igualdade é objeto de vários trabalhos – antigos e modernos – nenhum dos quais está em acordo completo quanto ao seu significado e forma. O conceito de igualdade, exceto em

No entanto, a definição esclarecida de conceitos e de noções constitui uma exigência própria do discurso da ciência jurídica¹⁹.

Pois bem: igualdade significa, desde logo, uma relação entre, pelo menos, dois termos²⁰, cuja aferição se processa através de um juízo comparativo, recorrendo a um critério comum de comparação, ou mesmo vários²¹.

Deste modo, a igualdade consiste num juízo em que cabe (i) selecionar termos de comparação, (ii) estabelecer um critério de comparação e (iii) compará-los nas suas semelhanças e diferenças²².

Com efeito, a igualdade possui, *prima facie*, dois elementos constitutivos: (i) a pluralidade e (ii) a comparabilidade. No entanto, em bom rigor, a pluralidade está pressuposta na comparabilidade, na medida em que comparar implica que haja termos de comparação, pelo que falar em pluralidade é redundante²³.

matemática, parece não ter mais definição do que a forma de uma ameba. E essa definição difere dependendo do momento em que é observada, da perspectiva da qual é observada, do propósito pelo qual é observado e – talvez de forma mais importante – da idiosincrasia do observador. Porque, no final, a igualdade é um conceito que apela mais ao instinto do que ao intelecto”. No mesmo sentido, referindo que é no âmbito das ciências naturais que o conceito de igualdade encontra o seu uso próprio, J. AGUIAR E SILVA, “Igualdade ou Equilíbrio Hermenêutico da Diferença”, in *SJ*, Tomo LXII, n.º 333, 2013, p.514. Na síntese de P. FERREIRA DA CUNHA, “a igualdade é uma palavra que remete para um desses conceitos que usamos não apenas diferentemente uns dos outros, como diversamente em diferentes contextos e momentos, e pior: que tem sido aproveitada, frequentemente instrumentalizada, truncada, etc. Obviamente, não falamos todos da mesma coisa quando dizemos «igualdade»” (“A Igualdade e as suas Irmãs Valorativas”, in *SJ*, Tomo LXII, n.º 334, 2014, p.24). Identificando a polissemia da palavra “igualdade”, B. DUARTE, *A Vinculação das Entidades Privadas ao Princípio da Igualdade*, Braga, 2020, p.29.

¹⁹ Cfr. DUARTE, *A Norma de Legalidade Procedimental Administrativa: a Teoria da Norma e a Criação de Normas de Decisão na Discricionariedade Instrutória*, p.23. O autor refere que resultam para o discurso da ciência jurídica as seguintes exigências: (i) a auto-referência das noções operativas; (ii) a simplicidade; (iii) a delimitação do âmbito discursivo; (iv) a utilização de conceitos tecnicamente representativos e (v) a neutralidade.

²⁰ Observa-se, na doutrina e na jurisprudência, a utilização frequente da terminologia *termo de comparação* ou *tertium comparationis* para designar o critério de comparação. Neste trabalho, prefere-se a utilização da terminologia *termos* para designar os elementos do par comparativo e *critério de comparação* para designar o elemento que norteia a comparação.

²¹ Nas palavras de H. MCCLOSKEY, “igualdade é o nome de uma relação” (“Egalitarianism, Equality and Justice”, in *AJP*, Vol.44, n.º 1, 1966, p.54). O critério de comparação tanto pode medir diferenças de grau como de tipo (cfr. S. BENN, “Egalitarianism and the Equal Consideration of Interests”, in *R. PENNOCK e J. CHAPMAN* (coord.), *Equality*, New York, 1967, p.51).

²² DUARTE, *A Norma de Legalidade Procedimental Administrativa: a Teoria da Norma e a Criação de Normas de Decisão na Discricionariedade Instrutória*, p.642.

²³ Assim, DUARTE, *A Norma de Legalidade Procedimental Administrativa: a Teoria da Norma e a Criação de Normas de Decisão na Discricionariedade Instrutória*, p.642.

Inerente à comparabilidade estão os critérios comuns e relevantes de comparação, em torno dos quais gravita todo e qualquer juízo comparativo²⁴.

No fundo, o que está em causa é um juízo sobre relações triádicas: *A* é igual a *B* em relação à característica *C* – ou às características *C*₁, *C*₂, ... *C*₁₀. Juízos deste tipo são juízos sobre uma igualdade parcial, ou seja, relativos a apenas alguns aspetos do par em comparação²⁵.

Por outras palavras, “a igualdade – tanto quanto a desigualdade – entre indivíduos e situações é sempre uma igualdade – ou uma desigualdade – em relação a determinadas características”²⁶.

Na medida em que não existem duas coisas totalmente iguais ou desiguais, todas partilham igualdades e desigualdades parciais, isto é, todas/os são, simultaneamente, iguais e desiguais. Não existe igualdade, existe somente uma semelhança derivada da *mera igualdade* entre as propriedades selecionadas pelo critério de comparação²⁷.

Assim, pode adiantar-se a seguinte definição do conceito de igualdade: *é (i) uma relação que se obtém entre termos que (ii) foram comparados, (iii) apurados como iguais (iv) tendo como referência um critério comum de comparação que, (v) até ser especificado, pode ser representado como X*. Os elementos (i) a (iv) são fixos, sendo o elemento (v) variável.

Através da definição de igualdade pode elaborar-se a definição de desigualdade, na medida em que esta última consubstanciará, logicamente, o reverso da primeira. Com efeito, na definição de desigualdade apenas se altera o elemento (iii) da definição de igualdade enunciada, ou seja, há um apuramento das coisas como diferentes²⁸.

²⁴ Cfr. WESTEN, *Speaking of Equality: an Analysis of the Rhetorical Force of Equality in Moral and Legal Discourse*, p.12; A. MENNE, “Identity, Equality, Similarity: A Logico-Philosophical Analysis”, in *Ratio*, Vol. 4, n.º 1, 1961, p.50.

²⁵ Cfr. R. ALEXY, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p.399. No mesmo sentido, falando em relações “tripolares”, J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª ed., Coimbra, 2003 (reimpr.), p.426.

²⁶ ALEXY, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p.399.

²⁷ Cfr. DUARTE, *A Norma de Legalidade Procedimental Administrativa: a Teoria da Norma e a Criação de Normas de Decisão na Discricionariedade Instrutória*, p.643. Com H. BEDAU, “coisas que são iguais em certo aspeto serão normalmente bastante diferentes noutros aspetos” (“Egalitarianism and the Idea of Equality”, in J. ROLAND PENNOCK e J. CHAPMAN (coord.), *Equality*, New York, 1967, p.7). Nas elucidativas palavras de F. SCHAUER, “Eu sou a soma das minhas partes e mais ninguém tem todas as minhas partes” (“Equality and Identity”, in *N. Y. L. Sch. Rev.*, 33, 1988, p.376).

²⁸ Em sentido aproximado, WESTEN, *Speaking of Equality: an Analysis of the Rhetorical Force of Equality in Moral and Legal Discourse*, p.120. J. MARTINS CLARO refere que “o requisito central do

Naturalmente, para que um tal juízo possa operar, é necessário que os termos selecionados sejam comparáveis. Ilustrando esta questão, pode questionar-se, por exemplo, se um jogo de futebol é comparável a uma receita gastronómica. Em princípio, dir-se-á que não, pela simples razão de os termos de comparação não terem propriedades identificativas comuns da qualidade como factos²⁹.

No entanto, em bom rigor, tudo é comparável. No exemplo referido, a comparação é suscetível de operar se o critério de comparação for, por hipótese, o do prazer que cada um dos termos proporciona ao destinatário concreto³⁰.

Sob este ponto de vista, um jogo de futebol poderá ser, para um jogador, desigual a uma receita gastronómica, na medida em que ele retira mais prazer de um jogo do que de uma receita. Poderá, ao invés, ser igual, caso esse jogador de futebol seja, simultaneamente, chefe de cozinha e retire exatamente o mesmo prazer de um jogo e de uma receita.

Assim, a existência ou inexistência de comparabilidade entre termos parece residir no concreto critério de comparação selecionado. Com efeito, se um dos termos não tem as propriedades que o critério exige, cai por terra a comparabilidade. Neste sentido, se se quiser comparar um jogo de futebol e uma receita gastronómica sob o critério do número de jogadores que entram em campo, tal é impossível de ser feito, já que uma receita gastronómica não possui a propriedade que o critério de comparação pressupõe – no caso, jogadores.

Apesar da simplicidade definitória, a verdade é que falar em igualdade é recorrer a linguagem que é, invariavelmente, ambígua. Quando se fala em igualdade pode estar a falar-se sobre muita coisa, tudo dependendo do critério de comparação que se utilize³¹.

conceito [de igualdade] traduz-se na existência de algo comum entre objetos diversos. A relação é relativa e obriga à determinação de um nexa para a individualização desse elemento ínsito na comparação. A relação de igualdade terá sempre de ser concretizada de acordo com certo ponto de vista. Duas ou mais pessoas, objetos ou situações são iguais desde que tenham características importantes que permitam a sua inclusão numa classe de equivalência. Estas considerações são aplicáveis ao raciocínio jurídico sobre a existência do elemento comum, que permitem afirmar a igualdade para o Direito” (“O Princípio da Igualdade”, in J. MIRANDA (org.), *Nos Dez Anos da Constituição*, Lisboa, 1987, p.31).

²⁹ O exemplo pertence a D. DUARTE (cfr. *A Norma de Legalidade Procedimental Administrativa: a Teoria da Norma e a Criação de Normas de Decisão na Discricionariedade Instrutória*, p.642).

³⁰ Como acaba por reconhecer D. DUARTE, pode haver comparabilidade entre os exemplos referidos caso o critério remeta para propriedades exteriores à coisa, como o gosto de cada um sobre elas (cfr. *A Norma de Legalidade Procedimental Administrativa: a Teoria da Norma e a Criação de Normas de Decisão na Discricionariedade Instrutória*, p.642).

No fundo, o que é igual num plano é desigual noutra, numa lógica de infinitas possibilidades de comparação. Na medida em que o conteúdo normativo da igualdade incorpora, por inerência, o conceito de igualdade – conforme se procurará demonstrar *infra* –, a observação da ambiguidade e as suas consequências também surgem suscitadas nesse âmbito, pelo que se remete o seu desenvolvimento para essa parte do trabalho (cfr. ponto 2.3.).

2.2. Evolução histórica do princípio da igualdade

A narrativa histórica em redor da constitucionalização de um princípio da igualdade é consensual e a sua descrição é feita em moldes uniformizados pela doutrina³².

A evolução histórica do princípio da igualdade é suscetível de ser resumida a uma espécie de teoria reta de evolução: de *igualdade formal* ou *na aplicação do direito*, o princípio evoluiu para uma *igualdade material* ou *na criação do direito*, e, por fim, para uma *igualdade social ou através da lei*³³.

Como se verá *infra*, é tradicionalmente adiantado que estes três estágios históricos formam, em simultâneo, as três componentes em que se desdobra o conteúdo normativo do princípio da igualdade.

Esta caracterização normativa tradicional do princípio explica o frequente enquadramento histórico com que a igualdade se vê deparada – um exercício que não encontra paralelo nos outros princípios tradicionalmente designados como “estruturantes”³⁴.

³¹ Neste sentido, B. EVANS, “Equality, Ambiguity and Public Choice”, in *Creighton L. Rev.*, Vol.14, n.º 4, 1981, p.1386. O autor afirma que “o conceito de igualdade é radicalmente ambíguo e inevitavelmente subjetivo”.

³² Cfr., por todos, M. ALBUQUERQUE, *Da Igualdade. Introdução à jurisprudência*, Coimbra, 1993, pp.11 e ss; G. DRAY, *O Princípio da Igualdade no Direito do Trabalho: Sua Aplicabilidade no Domínio Específico da Formação de Contratos Individuais de Trabalho*, Coimbra, 1999, pp. 19 e ss.

³³ Na expressão de V. CANAS, o princípio da igualdade desdobra-se tradicionalmente em “igualdade perante, na e através de qualquer norma jurídica” (*O Princípio da Proibição do Excesso na Conformação e no Controlo de Atos Legislativos*, Coimbra, 2017, p.1088). Com esta sistematização, P. OTERO, “Sumários de um Curso de Direitos Fundamentais”, in *RFDUL*, Vol.41, n.º 1, 2000, pp.425-426.

³⁴ Qualificando como princípios constitucionais “estruturantes”, a par do princípio da igualdade, o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da proibição do excesso, o princípio da proteção da confiança, o princípio da proibição do défice, o princípio da reserva de lei e o princípio da determinabilidade, REIS NOVAIS, *Princípios Estruturantes de Estado de Direito*, Coimbra, 2021, pp. 9 e ss. Sobre a relação destes princípios com a justiça constitucional, cfr., igualmente, *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional*, Lisboa, 2017, pp.245-246.

Com efeito, a descrição do conteúdo normativo da igualdade surge frequentemente confundida com a sua compreensão histórica, o que acaba por gerar descrições pouco rigorosas.

Confira-se, então, esta evolução, que permitirá compreender, depois, a sua caracterização tradicional.

A transformação da ideia de igualdade em princípio jurídico-constitucional expreso ocorre apenas nos finais do século XVIII, com o constitucionalismo emergente das revoluções americana e francesa, que se espalharia depois por toda a Europa continental³⁵.

A formulação que saiu dessa positivação em princípio jurídico-constitucional perdura até aos dias de hoje, sem prejuízo de toda a evolução quanto ao seu significado: *todos são iguais perante a lei*³⁶.

A narrativa histórica convencional sustenta que o enunciado clássico de que *todos são iguais perante a lei* foi compreendido, durante muito tempo, de uma perspetiva estritamente formal, ou seja, de que dele decorria somente um dever de *igualdade na aplicação do direito*.

Com efeito, o princípio impunha um comando bastante simples: a lei deve ter efeitos iguais para todos. No fundo, como explica P. OTERO, “ninguém pode exigir que os seus

³⁵ Diferentemente, atribuindo a primeira consagração constitucional do princípio aos textos básicos americanos, designadamente à Declaração de Direitos de Virgínia, à Constituição do Estado da Carolina da Norte e, principalmente, à Constituição do Estado de Massachusetts de 1780, M. ALBUQUERQUE, *Da Igualdade. Introdução à Jurisprudência*, pp.45 e ss. Com efeito, o autor conclui que não cabe “à França a glória da primeira consagração constitucional do princípio da igualdade. Cabe-lhe, tão-somente, o enunciado que, por mais conhecido, se tornou mais influente” (*Da Igualdade. Introdução à Jurisprudência*, p.47).

Apesar de, por norma, se localizar os primórdios do constitucionalismo neste período, P. OTERO entende que tal identificação se trata de “uma visão jurídica meramente formal do conceito de Constituição, amputada da dimensão material que não esgota a normatividade constitucional num texto escrito, esquecendo a experiência britânica, cronologicamente anterior, desde o início do século XIII centrada na relação entre os direitos e a limitação do poder” (*Instituições Políticas e Constitucionais*, Vol. I, Coimbra, 2007, p.57).

³⁶ M. L. AMARAL refere que “a verdade é que, se as palavras não mudaram durante dois séculos, a nossa percepção sobre o que é que elas querem dizer se foi substancialmente transformando” (“O Princípio da Igualdade na Constituição Portuguesa”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Armando Marques Guedes*, p.38). Considerando que este postulado clássico é uma tradução secular do princípio religioso de que “*todos são iguais perante Deus*”, J. HABERMAS, “Vorpölitischen Grundlagen des demokratischen Rechtsstaates?”, in J. HABERMAS e J. RATZINGER (coord.), *Dialektik der Sakularisierung*, 2.ª ed., Friburgo, Herder, 2005, p.32, *apud* F. SIMÓN YARZA, “De la Igualdad como Límite a la Igualdad como Tarea del Estado. Evolución Histórica de un Principio”, in *REDC*, n.º 97, Enero-Abril, 2013, p.76.

interesses tenham maior proteção ou mais tutela jurídica do que os interesses idênticos titulados por qualquer outra pessoa”³⁷.

Num exemplo, pense-se na seguinte norma “*as pessoas que se encontrem desempregadas e em situação de carência económica grave têm direito a auferir de um Rendimento Social de Inserção*”.

Caso A, B e C se encontrem numa situação de desemprego e em situação de carência económica grave, todos eles podem aceder ao apoio, não podendo o intérprete atribuí-lo apenas a B, por exemplo.

Deste modo, é costume referir-se que o princípio da igualdade aparecia confundido com o princípio da prevalência da lei ou como a expressão mais simples do princípio da legalidade³⁸.

Nas palavras de R. ALEXY, a igualdade na aplicação do direito “nada mais significa que dizer que as normas jurídicas devem ser cumpridas”, sendo que “o dever de obedecer às normas jurídicas é algo que elas mesmas já afirmam, na medida em que expressam um dever ser”³⁹.

Assim, na compreensão inicial do princípio, o mesmo começou por não ter por destinatário o legislador. Na medida em que o princípio só surtia os seus efeitos no momento da aplicação da lei, só o aplicador – o juiz e a Administração – estava sujeito ao seu comando. O carácter universal da lei era entendido como condição suficiente para garantir que a lei era, ela mesma, igualitária.

Obviamente, hoje reconhece-se que a igualdade liberal era profundamente insuficiente⁴⁰. A evolução da compreensão do princípio da igualdade surge quando este

³⁷ P. OTERO, *Direito do Procedimento Administrativo*, Vol. I, Coimbra, 2016, p.167.

³⁸ Cfr. J. REIS NOVAIS, *Princípios Constitucionais Estruturantes de Estado de Direito*, Coimbra, 2021, p.69; F. ALVES CORREIA, *O Plano Urbanístico e o Princípio da Igualdade*, Coimbra, 1989, p.401; M. GLÓRIA GARCIA, “Princípio da Igualdade: Fórmula Vazia ou Fórmula «Carregada» de Sentido?”, in *Estudos sobre o Princípio da Igualdade*, p.36;

³⁹ ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt, 2006 (tradução portuguesa “*Teoria dos Direitos Fundamentais*”, de Virgílio Afonso da Silva, 2.ª ed., São Paulo, 2015, p.394.

⁴⁰ Refere M. L. AMARAL que “é claro que tudo isto, que hoje nos parece pouco, era já muito” (“O Princípio da Igualdade na Constituição Portuguesa”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Armando Marques Guedes*, p.40). Num plano substantivo, P. OTERO nota que “(i) a igualdade liberal não excluía a existência de escravatura e um tratamento diferenciado para as populações negras; (ii) a igualdade de todos perante a lei era apenas a igualdade do homem (e nem de todos), excluindo-se deste estatuto igualitário a mulher, a qual se encontrava sujeita a um conjunto diversificado de incapacidades e (iii) ao nível da participação política, o direito de sufrágio não era universal no âmbito da própria população masculina, antes assumia uma natureza censitária e/ou capacitária, introduzindo-se, por esta

começa a ser entendido como acarretando também uma *igualdade na formulação do direito* e, por conseguinte, a vincular também o legislador. Esta evolução está intimamente relacionada com a alteração das próprias estruturas constitucionais do Estado, designadamente com a nova projeção dos direitos fundamentais e com a introdução do controlo judicial da constitucionalidade⁴¹.

Fundamental para esta evolução foi o contributo da Alemanha de Weimar – do qual continuamos a ser tributários –, que veio inserir a igualdade no contexto de um Estado de Direito material⁴².

via, uma profunda desigualdade dos indivíduos perante a lei, a qual acabava por ser apenas a vontade «geral» de alguns. Em síntese, a igualdade permite afirmar, parafraseando G. ORWELL, que todos são iguais, mas alguns são mais iguais que outros” (*Instituições Políticas e Constitucionais*, Vol. I, p.255).

⁴¹ Cfr. M. NOGUEIRA DE BRITO, “Medida e Intensidade do Controlo da Igualdade na Jurisprudência da Crise do Tribunal Constitucional”, in G. ALMEIDA RIBEIRO/L. PEREIRA COUTINHO (org.), *O Tribunal e a Crise – Ensaio Críticos*, Coimbra, 2014, p.112. M. L. AMARAL reconhece que “antes desta altura [do início do século XX] – antes do debate do início do século, da instituição de Tribunais Constitucionais e do conseqüente florescimento das tarefas estáveis de interpretação das normas das Constituições nacionais, florescimento esse que se dá, sobretudo, depois de 1945 –, era praticamente impossível que se concebesse a ideia de igualdade por outro modo que não fosse a da universalidade ou indiferenciação de estatutos” (“O Princípio da Igualdade na Constituição Portuguesa”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Armando Marques Guedes*, p.39). Também F. RUBIO LLORENTE refere que a construção clássica do princípio da igualdade era congruente com a vigente “teoria do Estado e da Constituição construídas sobre o princípio democrático” e que não se vai ver alterada “pelas reformas que, sobretudo no plano legal, mas também ocasionalmente no constitucional, se vão introduzindo nos Estados ocidentais durante todo o século XIX” (“La Igualdad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Introducción”, in *REDC*, n.º 31, Enero-Abril, 1991, p.29). Assim, o desenvolvimento da conceção de direitos fundamentais como verdadeiros limites ao legislador e, subsequentemente, o aparecimento da fiscalização jurisdicional da constitucionalidade – ideias que P. CRUZ VILLALLÓN considera terem gerado a mutação da Constituição e da própria ciência do Direito Constitucional (cfr. *La Formación del Sistema Europeo de Control de Constitucionalidad, 1918-1939*, Madrid, 1987, p.27) – exerceram uma influência capital na evolução da interpretação do princípio da igualdade. Não obstante, o inverso também é habitualmente apontado, isto é, também surge referido que o princípio da igualdade contribuiu pioneira e decisivamente para o desenvolvimento destas ideias (cfr. SIMÓN YARZA, “De la Igualdad como Límite a la Igualdad como Tarea del Estado. Evolución Histórica de un Principio”, in *REDC*, p.93), ou que foi sob a capa do princípio da igualdade que se ensaiaram os primeiros passos para reivindicar um controlo da justiça das leis (cfr. R. MEDEIROS, *A Decisão de Inconstitucionalidade: os Autores, o Conteúdo e os Efeitos da Decisão de Inconstitucionalidade da Lei*, Lisboa, 1999, p.55.). Conforme refere J. MIRANDA, o *judicial review* já existia nos Estados Unidos da América praticamente desde a sua independência (cfr. “Contributo para uma Teoria da Inconstitucionalidade”, in *RFDUL*, Suplemento Dissertações de alunos, VII, 1968, p.53). Pode considerar-se, com J. MIRANDA, que o constitucionalismo liberal europeu não chegou mais cedo à conclusão de que não existe Estado de Direito sem fiscalização jurisdicional da constitucionalidade por quatro ordens de razões: “(i) por, no seu otimismo, acreditar numa espécie de harmonia política estabelecida a partir das Constituições escritas; (ii) por a Constituição não ser tomada rigorosamente como fundamento ou como critério da validade das leis; (iii) por a lei ser entendida como expressão de racionalidade e (iv) por prevalecer uma versão rígida e mecanicista da separação dos poderes ou (contraditoriamente, mas com resultados idênticos) uma conceção jacobina de unidade da soberania e de democracia absoluta” (*Fiscalização da Constitucionalidade*, Coimbra, 2017, p.120).

⁴² Cfr. OTERO, *Direito do Procedimento Administrativo*, Vol. I, p.167; RUBIO LLORENTE, “La Igualdad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Introducción”, in *REDC*, p. 29.

A intensa discussão alemã acerca da reinterpretação do princípio da igualdade vai suscitar-se no início do século XX, impulsionada, de forma decisiva, por G. LEIBHOLZ, contrastando com a ausência de debate noutros países durante este período⁴³. Em particular, é de destacar o trabalho que este autor vai elaborar sobre a interpretação do princípio da igualdade, que conhecerá um “alcance explosivo”⁴⁴.

O autor defendeu que o princípio havia conhecido, por força de uma alteração das estruturas constitucionais, uma “alteração de significado” que assentava na ideia de

⁴³ Cfr. O. JOUANJAN, “Réflexions sur l'égalité devant la loi”, in *DRFTJ*, n.º 16, 1992, p.132; L. VILLACORTA MANCEBO, “Principio de Igualdad y Legislador: Arbitrariedad y Proporcionalidad como Límites (Probablemente Insuficientes)”, in *REP*, n.º 130, Octubre-Diciembre, 2005, p.40; F. SIMÓN YARZA, “De la Igualdad como Límite a la Igualdad como Tarea del Estado. Evolución Histórica de un Principio”, in *REDC*, p.93. O. JOUANJAN refere que a alteração de significado se iniciou com J. HATSCHKE em 1922 (“Réflexions sur l'égalité devant la loi”, in *DRFTJ*, p.132). Diferentemente, F. SIMÓN YARZA sublinha que a questão só começou a ser discutida seriamente pela doutrina a partir de 1924/1925 (“De la Igualdad como Límite a la Igualdad como Tarea del Estado. Evolución Histórica de un Principio”, in *REDC*, p.93). M. WIEGANDT refere que o trabalho de LEIBHOLZ se apoiou, em boa medida, nos contributos já elaborados por H. TRIEPEL (cfr. “Antiliberal Foundations, Democratic Convictions: the Methodological and Political Position of Gerhard Leibholz in the Weimar Republic”, in P. C. CALDWELL/W. E. SCHEURMAN (org.), *From Liberal Democracy to Fascism: Legal and Political Thought in the Weimar Republic*, Boston, 2000, p.114).

A controvérsia vai polarizar-se em duas correntes doutrinárias: a tradicional, também apelidada de restritiva ou literal, e a que propugnava uma alteração de significado do princípio (cfr. DRAY, *O Princípio da Igualdade no Direito do Trabalho: Sua Aplicabilidade no Domínio Específico da Formação de Contratos Individuais de Trabalho*, p.61; SIMÓN YARZA, “De la Igualdad como Límite a la Igualdad como Tarea del Estado. Evolución Histórica de un Principio”, in *REDC*, p.93. Cfr. VILLACORTA MANCEBO, “Principio de Igualdad y Legislador: Arbitrariedad y Proporcionalidad como Límites (Probablemente Insuficientes)”, *REP*, p.41).

A corrente tradicional, encabeçada por G. ANSCHÜTZ, defendia que não existiam razões para se operar uma alteração da interpretação convencional do princípio da igualdade. O artigo 109.º, parágrafo primeiro, da Constituição de Weimar, repetia a formulação do artigo 4.º da Constituição Prussiana de 1850 – “*Todos os Alemães são iguais perante a lei*” –, pelo que o elemento literal não trazia qualquer novidade. Haveria que continuar a entender-se que a igualdade perante a lei era a igualdade perante o juiz e a Administração, ou seja, uma igualdade na aplicação do direito, tão-somente (cfr. G. ANSCHÜTZ, *Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919. Ein Kommentar für Wissenschaft und Praxis*, 14.ª ed., Berlin, 1933, pp. 515 e ss., *apud* VILLACORTA MANCEBO, “Principio de Igualdad y Legislador: Arbitrariedad y Proporcionalidad como Límites (Probablemente Insuficientes)”, *REP*, p.42). Até porque se se considerasse que o princípio era um limite para a própria lei, tal implicaria confiar-se ao juiz o controlo da constitucionalidade, o que transformaria a democracia numa “gerontocracia dos juizes” (R. THOMA, “Die juristische Bedeutung der grundrechtlichen Sätze der deutschen Reichsverfassung im allgemeinen”, in H. C. NIPPERDEY (org.), *Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung*, Vol. I, Berlin, 1929, p.53, *apud* VILLACORTA MANCEBO, “Principio de Igualdad y Legislador: Arbitrariedad y Proporcionalidad como Límites (Probablemente Insuficientes)”, *REP*, p.42). Deste modo, a ideia liberal de igualdade não vai ser ultrapassada sem resistência.

⁴⁴ VILLACORTA MANCEBO, “Principio de Igualdad y Legislador: Arbitrariedad y Proporcionalidad como Límites (Probablemente Insuficientes)”, *REP*, p.42. No mesmo sentido, WIEGANDT, “Antiliberal Foundations, Democratic Convictions: the Methodological and Political Position of Gerhard Leibholz in the Weimar Republic”, in P. C. CALDWELL/W. E. SCHEURMAN (org.), *From Liberal Democracy to Fascism: Legal and Political Thought in the Weimar Republic*, p.112. A obra de G. LEIBHOLZ a que se faz referência é a seguinte: *Die Gleichheit vor dem Gesetz. Eine Studie auf rechtvergleichender und rechtsphilosophischer Grundlage*, Berlin, 1925.

proibição do arbítrio como limite à atuação do legislador imposta pelo princípio da igualdade⁴⁵.

Para se compreender plenamente a contestação que a alteração de significado do princípio mereceu, é preciso contextualizar a discussão historicamente. Assim, as reservas que a possibilidade de controlo judicial na Alemanha de Weimar suscitava são explicadas, fundamentalmente, pelo receio de que tal tarefa fosse parar às mãos de juízes que se opunham frontalmente à democracia liberal, o que seria uma arma com potencial para minar a supremacia do Parlamento democraticamente eleito⁴⁶. Não obstante, a posição que exigia uma *igualdade na formulação do direito* acabou por vingar.

O último estágio evolutivo tradicionalmente referido a propósito do princípio da igualdade prende-se com a designada *igualdade social* ou *através da lei*, introduzida pelo modelo de Estado social e que pode ser resumido ao dever de promoção estadual de uma igualdade fáctica ou real⁴⁷.

Pode dizer-se, com P. OTERO, que a desconsideração, por parte do legislador, da realidade concreta das situações sociais dos seus destinatários era o reflexo do “desinteresse de intervenção ou o distanciamento do Estado em relação à sociedade e aos seus membros: a igualdade liberal mostra completa fidelidade à neutralidade ou abstencionismo do Estado sobre a esfera da sociedade”⁴⁸.

A génese da materialização jurídica de um novo modelo de Estado que revela preocupações com o bem-estar social, económico e cultural dos cidadãos e que rompe com o abstencionismo liberal é tradicionalmente localizada em dois textos constitucionais do início do século XX: a Constituição mexicana de 31 de janeiro de 1917 e a Constituição de Weimar de 11 de agosto de 1919⁴⁹.

⁴⁵ Cfr. LEIBHOLZ, *Die Gleichheit vor dem Gesetz. Eine Studie auf rechtvergleichender und rechtsphilosophischer Grundlage*, p.15, apud DRAY, *O Princípio da Igualdade no Direito do Trabalho: Sua Aplicabilidade no Domínio Específico da Formação de Contratos Individuais de Trabalho*, p.77.

⁴⁶ Neste sentido, WIEGANDT, “Antiliberal Foundations, Democratic Convictions: the Methodological and Political Position of Gerhard Leibholz in the Weimar Republic”, in P. C. CALDWELL/W. E. SCHEURMAN (org.), *From Liberal Democracy to Fascism: Legal and Political Thought in the Weimar Republic*, p.117.

⁴⁷ Cfr., por todos, A. CASTANHEIRA NEVES, *O Instituto dos “Assentos” e a Função Jurídica dos Supremos Tribunais*, Coimbra, 2014 (reimpr.), p.129.

⁴⁸ OTERO, *Instituições Políticas e Constitucionais*, Vol. I, p.255.

⁴⁹ P. OTERO identifica ainda a Carta da Organização Internacional do Trabalho como uma manifestação, no plano internacional, dessa materialização (cfr *Instituições Políticas e Constitucionais*, Vol. I, pp.298 e ss.). Na primeira, recortam-se garantias do Estado na educação, nas condições justas de trabalho e na prestação de previdência social, bem como no desenvolvimento de uma função social da propriedade

Enfim, a partir deste período, a concepção liberal de Estado mínimo e não interventor, cuja neutralidade e abstencionismo se entendia garantir os direitos fundamentais liberais, mormente a propriedade e a liberdade, pode considerar-se definitivamente ultrapassada⁵⁰. O novo modelo intervencionista do Estado, que visava a satisfação de uma nova categoria de direitos fundamentais – os direitos sociais –, vai manter-se e desenvolver-se no intervalo entre as duas guerras mundiais⁵¹.

No entanto, pertence às Constituições do pós-guerra, ainda durante a década de quarenta, o reforço da centralidade do bem-estar social e dos direitos fundamentais. A Constituição francesa de 1946, a Constituição italiana de 1947 e a Lei Fundamental de Bona de 1949 constituem os textos fundamentais da afirmação definitiva do Estado social⁵².

É neste contexto de novo modelo de Estado que se localiza tradicionalmente uma nova evolução do princípio da igualdade⁵³.

(respetivamente, os artigos 5.º e 123.º; artigo 3.º e artigo 27.º da Constituição mexicana de 1917). Na segunda, afirma-se que o bem-estar público integra a esfera legislativa da federação, visando-se assegurar a todos uma existência humana digna através da organização económica. Impõe-se ao Estado a regulação, a repartição e a utilização do solo, a proteção de trabalho e a criação de um sistema geral de segurança social (respetivamente, o artigo 9.º, n.º 1; artigo 151.º; artigo 155.º; artigos 157.º a 160.º e artigo 161.º da Constituição de Weimar).

Há que reconhecer, todavia, que esta evolução possui raízes nos movimentos revolucionários liberais. Aliás, é possível vislumbrar as raízes ideológicas das consagrações jurídicas embrionárias dos direitos sociais em períodos históricos até anteriores ao liberalismo (neste sentido, OTERO, *Instituições Políticas e Constitucionais*, Vol. I, p.334). O autor refere que “a democracia de PÉRICLES, segundo resulta do relato de TUCÍDIDES, envolve uma vertente social. Encontra-se também em MARSÍLIO DE PÁDUA, na primeira metade do século XIV, a ideia de viver bem e com dignidade por parte das pessoas e ainda a formulação de uma obrigação de solidariedade humana. Igualmente em TOMÁS MORE, no início do século XVI, há a afirmação clara de um princípio de solidariedade entre os membros da sociedade e a defesa de um modelo social motivado por finalidades de bem-estar social envolvendo uma forte intervenção pública”. Porém, é em HEGEL que o autor localiza a “inequívoca formulação de um Estado social”, considerando ser possível “reconduzir à sua influência o surgimento na Europa germânica, na segunda metade do século XIX, as primeiras manifestações do embrião de um sistema de segurança social”. P. OTERO destaca ainda a relevância do contributo de TOCQUEVILLE resultante da observação de bem-estar na América e que viria a ter reflexos na Constituição francesa de 1848, bem como os movimentos socialistas e a influência da doutrina social da Igreja.

⁵⁰ Neste sentido, OTERO, *Instituições Políticas e Constitucionais*, Vol. I, pp.335 e 336. O autor refere que o termo da Primeira Guerra Mundial e a grande depressão económica dos anos vinte mostraram ao mundo a falência do puro modelo económico liberal.

⁵¹ Cfr. OTERO, *Instituições Políticas e Constitucionais*, Vol. I, p. 337. O autor considera que esta tendência se verificou visível inclusivamente nos regimes políticos de cariz autoritário ou mesmo totalitário.

⁵² Cfr. OTERO, *Instituições Políticas e Constitucionais*, Vol. I, p.347.

⁵³ Considerando que o princípio da igualdade tem acompanhado a ideia de “Estado de Direito enquanto tipo histórico de Estado”, D. LACERDA/G. TEIXEIRA, “Do Princípio da Igualdade Proporcional: Autonomia, Sentido e Alcance na Recente Jurisprudência do Tribunal Constitucional”, in *RJAADF*, n.º 30, 2016, p.181.

Aliás, o Estado social é ele próprio uma decorrência da igualdade enquanto valor, na medida em que o seu objetivo é garantir “a igualdade de condições e de possibilidades sociais a todos, em ordem a realizar ao máximo a justiça social”⁵⁴.

Feita esta descrição histórica, cabe voltar à asserção com que se principiou este ponto: a de que a narrativa histórica do princípio da igualdade influi no exercício de deslindar o seu conteúdo normativo.

Compulsando a doutrina, outra conclusão não é possível. Apesar de a caracterização do conteúdo normativo do princípio padecer de uma inconveniente diversidade terminológica – que o desdobra nas mais variadas “facetadas”, “significados”, “dimensões” ou “sentidos” – e sem prejuízo de todas as matizações existentes, a caracterização tradicional do conteúdo do princípio resume-o aos três estágios históricos identificados: (i) *igualdade formal ou na aplicação do direito*; (ii) *igualdade material ou na criação do direito* e (iii) *igualdade social ou através da lei*⁵⁵.

⁵⁴ CASTANHEIRA NEVES, *O Instituto dos “Assentos” e a Função Jurídica dos Supremos Tribunais*, p.129.

⁵⁵ Identificando a diversidade terminológica, A. M. GUERRA MARTINS, *A Igualdade e a Não Discriminação dos Nacionais de Estados Terceiros Legalmente Residentes na União Europeia: da Origem na Integração Económica ao Fundamento na Dignidade do Ser Humano*, Coimbra, 2010, p.62. A autora refere que “se a igualdade enquanto conceito jurídico essencial e fundamental apresenta já um conteúdo multifacetado, a própria terminologia usada, quer pelos diversos textos jurídicos, quer pela própria doutrina, também não é unívoca”.

Relativamente à caracterização que se apelida de tradicional, entre muitos outros, A. CASTANHEIRA NEVES aponta um “sentido axiológico-jurídico” e um sentido “político-jurídico” ao princípio da igualdade, sendo que este último se desdobra em três diferentes dimensões: (i) a da “igualdade de cariz estritamente formal ou jurídico”; (ii) a da “igualdade de participação jurídico-social” e (iii) a da “igualdade social” (cfr. *O Instituto dos “Assentos” e a Função Jurídica dos Supremos Tribunais*, pp.118 e ss.). F. ALVES CORREIA refere que o princípio da igualdade apresenta, desde logo, um duplo significado: “engloba a igualdade jurídica na criação do direito e a igualdade jurídica na aplicação do direito”. O autor acrescenta, depois, que o princípio deve ser entendido também como uma imposição constitucional dirigida ao legislador de criação efetiva de uma igualdade de oportunidades ou de chances entre os cidadãos” (cfr. *O Plano Urbanístico e o Princípio da Igualdade*, pp.393 e ss.). Por sua vez, J. MELO ALEXANDRINO refere que da fórmula do artigo 13º, n.º 1, pode deduzir-se “a igualdade na aplicação do Direito e a igualdade na criação do Direito”, sendo que “no primeiro sentido, as normas devem ser interpretadas e aplicadas sem fazer distinções entre os destinatários – «sem olhar às pessoas»; no segundo, no seu conteúdo, a lei deve proteger todas as pessoas (*equal protection and benefit of the law*) de forma intrinsecamente igual” (*Direitos Fundamentais: Introdução Geral*, 2.ª ed., Estoril, 2011, p.79; cfr., também, *Lições de Direito Constitucional*, Vol. II, Lisboa, 2015, pp.86 e ss.). Deslindando no princípio da igualdade uma “igualdade formal”, uma “igualdade material”, uma “igualdade de oportunidades e de resultados” e um “princípio da não discriminação” que é “corolário” do princípio “mais rico e abundante” do princípio da igualdade, V. L. RAPOSO, “Os Limites da Igualdade: um Enigma por Desvendar (a Questão da Promoção da Igualdade Laboral entre os Sexos)”, in *QL*, Ano 11, n.º 23, 2004, pp.42 e ss.) e *O Poder de Eva: o Princípio da Igualdade no âmbito dos Direitos Políticos: Problemas Suscitados Pela Discriminação Positiva*, Coimbra, 2004, pp.241 e ss. Segundo J. MIRANDA, o princípio tem um sentido primário, que é negativo e que “consiste na vedação de privilégios e de discriminações”. Ao lado deste sentido negativo, surge um sentido positivo: “(a) tratamento igual de situações iguais (ou tratamento semelhante de situações semelhantes); (b) tratamento desigual de situações desiguais, mas substancial e objetivamente desiguais – «impostas pela diversidade das circunstâncias ou pela natureza das coisas» – e não criadas ou mantidas artificialmente pelo legislador; (c) tratamento em moldes de proporcionalidade – ou seja, sem arbítrio,

Um tal tratamento dogmático tem consequências: não só dilui o conteúdo normativo do princípio, como pode constituir uma espécie de colisão de normas de igualdade⁵⁶.

No entanto, e salvo o devido respeito, entende-se que a caracterização do conteúdo normativo da igualdade não se confunde com a compreensão da sua evolução histórica.

Como se verificará em seguida (cfr. 2.3.), a única interpretação possível do enunciado geral da igualdade é aquela que dele extrai o seguinte sentido de dever ser: *em todas as situações de qualquer género, e quando haja termos comparáveis, devem estabelecer-se efeitos idênticos para situações iguais e diferenciados para situações desiguais*⁵⁷.

O mesmo é dizer que o conteúdo normativo do princípio da igualdade se reconduz à fórmula aristotélica, o que simplifica sobremaneira a explicitação do seu sentido de dever ser, numa lógica de aplicação do princípio da *Navalha de Ockham*⁵⁸.

com a devida adequação e com respeito pelos princípios fundamentais da Constituição das situações relativamente iguais ou desiguais e que, consoante os casos, se converte para o legislador ora em mera faculdade, ora em obrigação; (d) tratamento das situações não apenas como existem mas também como devem existir, de harmonia com os padrões da Constituição material (acrescentando-se, assim, uma componente ativa ao princípio e fazendo da igualdade perante a lei uma verdadeira igualdade através da lei)” (J. MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, 5.ª ed., Coimbra, 2012, pp. 180 e ss.), pp. 280-283; *Direitos Fundamentais*, Coimbra, 2016, pp.302-304). M. L. AMARAL distingue “duas facetas essenciais: por um lado, a exigência de que todas as pessoas sejam tratadas pelo Direito de modo igual; por outro, a exigência de que todas as pessoas sejam tratadas pelo Direito, não de modo igual, mas como iguais” (“O Princípio da Igualdade na Constituição Portuguesa”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Armando Marques Guedes*, p.40). A. FRANCISCO DE SOUSA identifica um “princípio geral da igualdade; igualdade perante a lei ou igualdade na aplicação da lei; igualdade da lei ou igualdade na criação da lei” (cfr. “O Princípio da Igualdade no Estado de Direito”, in *Polis*, n.ºs 13/16, 2007, pp. 184-185).

⁵⁶ Cfr., ALEXY, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p.419. O autor refere-se a esta colisão aquando da problematização da questão de saber se o enunciado geral de igualdade envolve a por ele designada “igualdade fáctica” – que corresponde à comumente designada *igualdade social* em Portugal –, concluindo que, também por isso, ou seja, também para evitar uma colisão de normas de igualdade, se deve considerar que sim.

⁵⁷ O sentido de dever ser diz respeito a um *estado de coisas ideal independente da realidade*, constituindo um significado deontico relativo ao que *deve ser* e não *ao que é* (cfr. DUARTE, *A Norma de Legalidade Procedimental Administrativa: a Teoria da Norma e a Criação de Normas de Decisão na Discricionariedade Instrutória*, p.30). Sobre a distinção entre *ser* e *dever ser*, por todos, TEIXEIRA DE SOUSA, *Introudução ao Direito*, pp.41 e ss.

⁵⁸ O princípio da Navalha de Ockham é tradicionalmente atribuído ao frade franciscano GUILHERME DE OCKHAM (1285-1347) e consiste na alegação de que a melhor explicação possível para qualquer coisa é sempre a mais simples. Para um reconhecimento jurisprudencial do princípio, acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 07.06.2016, processo 1443/12.2TBSXL.L1-1, em que se refere que os artigos 608º, n.º 2, 130º e 6º do Código de Processo Civil, em abono de um sentido simplificador das decisões judiciais, “*dão corpo ao Princípio ou Lei da Parcimónia, princípio lógico atribuído ao frade franciscano William de Ockham, que viveu no século XIV, e que, por essa razão, é igualmente reconhecido como Navalha de Ockham e que é enunciado nos seguintes termos: «entia non sunt multiplicanda praeter necessitatem» (as entidades não devem ser multiplicadas além da necessidade), sendo aqui «entidades» os passos lógicos entre a constatação dos factos e a sua subsunção nos normativos legais reguladores da situação em análise*”.

Esclareça-se: a reformulação exposta não se baseia somente numa simplificação do discurso, antes se sustenta na única interpretação possível do enunciado geral da igualdade. A consideração da fórmula aristotélica como uma simplificação da linguagem não justificaria, *per se*, a reformulação, já que se está perante um conceito central, cuja definição deve ser o mais rigorosa possível⁵⁹.

2.3. Conteúdo normativo do princípio da igualdade

A igualdade surge na Lei Fundamental portuguesa com um carácter inequivocamente nuclear, o que se denota, desde logo, pelo facto de surgir como princípio jurídico integrado nos “*Princípios gerais*” dos “*Direitos e Deveres Fundamentais*” (Título I da Parte I da Constituição)⁶⁰. Assim não poderia deixar de ser: o princípio da igualdade é

Sinalizando que a fórmula clássica “é muitas vezes considerada insuficiente para cobrir todas as vertentes”, mas considerando, depois, que “*mutatis mutandis*, continuaremos a utilizar essa máxima para enunciar o conteúdo do princípio geral da igualdade”, V. CANAS, *O Princípio da Proibição do Excesso na Conformação e no Controlo de Atos Legislativos*, p.1089.

⁵⁹ Considerando que a essencialidade teórica de um conceito no domínio da ciência jurídica geral não permite facilitismos de linguagem ou abreviações de uma realidade mais complexa – a propósito do conceito de fonte de direito –, DUARTE, *A Norma de Legalidade Procedimental Administrativa: a Teoria da Norma e a Criação de Normas de Decisão na Discricionariedade Instrutória*, p.58.

⁶⁰ Associando o carácter nuclear do princípio à sua localização no pórtico da Parte I da Constituição, J. CASALTA NABAIS, “Os Direitos Fundamentais na Jurisprudência do Tribunal Constitucional”, in *BFUDUC*, Vol. 65, 1989, p.44. Na realidade, pode mesmo considerar-se que a igualdade sempre assumiu um carácter nuclear no constitucionalismo português (cfr. parecer n.º 2/81, de 13.11.1981, in *Pareceres da Comissão Constitucional*, Vol.14, 2012, p.70). Com efeito, a expressa consagração constitucional do princípio da igualdade remonta à primeira Constituição portuguesa, a de 1822. Aliás, já nas Bases da Constituição, aprovadas em 9 de março de 1821, se afirmava, pela primeira vez no direito português, o princípio de que “*a lei é igual para todos*”. Rezava o artigo 11.º da secção I (*Dos Direitos Individuais do Cidadão*) que “*A lei é igual para todos. Não se devem, portanto, tolerar nem os privilégios do foro nas causas cíveis ou crimes, nem Comissões especiais. Esta disposição não compreende as causas que, pela sua natureza, pertencerem a Juízos particulares, na conformidade das leis que marcaram essa natureza*”. O artigo 9.º da Constituição de 1822 vai reproduzir, praticamente na íntegra, o que as Bases haviam previsto. Por sua vez, a Carta Constitucional de 1826, no seu artigo 145.º, 12, do Título VIII (*Das Disposições gerais e Garantias dos Direitos Cíveis e Políticos dos Cidadãos Portugueses*) dispunha que “*A lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue, e recompensará em proporção dos merecimentos de cada um*”. Já a Constituição de 1838 enunciará somente que “*“A lei é igual para todos”*” (artigo 10.º). No que respeita ao constitucionalismo republicano, o enunciado clássico da igualdade surgirá, na Constituição de 1911, no n.º 2 do artigo 3.º, onde se previa que “*A lei é igual para todos, mas só obriga aquela que for promulgada nos termos desta Constituição*”. Por seu turno, a Constituição de 1933 deslocaria a referência à igualdade para a própria definição do regime político, declarando, no seu artigo 5.º, o Estado português uma “*República unitária e corporativa baseada na igualdade dos cidadãos perante a lei, no livre acesso de todas as classes aos benefícios da civilização e na interferência de todas as classes aos benefícios da civilização e na interferência de todos os elementos estruturais da Nação na vida administrativa e na feitura das leis*” (cfr. J. MIRANDA, *As Constituições Portuguesas*, 6.ª ed., Cascais, 2013, pp. 21 e ss.). Sobre a influência da história constitucional na Constituição de 1976, P. OTERO, *Direito Constitucional Português*, Vol. I – Identidade Constitucional, Coimbra, 2017 (reimpr.), pp. 253 e ss.

uma concretização do princípio formal de justiça, que é um elemento constitutivo do sistema jurídico⁶¹.

O princípio da igualdade vem previsto no n.º 1 do artigo 13.º, no qual, sob a epígrafe “*Princípio da igualdade*”, se dispõe que “*Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei*”.

A centralidade do princípio, bem como a simplicidade e antiguidade do seu enunciado constitucional, podem levar a intuir uma caracterização normativa relativamente óbvia. Contudo, a verdade é que a caracterização tradicional do seu conteúdo normativo padece de inevitáveis dificuldades de determinabilidade, tal como sucede com o conceito genérico de igualdade⁶².

A primeira observação que cabe fazer é a de que o enunciado da igualdade se apresenta com uma referência direta à dignidade, o que faz com que partilhe uma característica comum com as normas de direitos fundamentais.

Como se sabe, as normas de direitos fundamentais possuem propriedades específicas que as distinguem das demais normas do conjunto normativo, sendo uma dessas propriedades o estabelecimento de condutas com referência à dignidade da pessoa humana⁶³.

⁶¹ Neste sentido, TEIXEIRA DE SOUSA, *Introdução ao Direito*, p.244. Considerando que o princípio da igualdade é “uma decorrência da ideia de justiça”, OTERO, *Direito do Procedimento Administrativo*, Vol. I, p.165.

⁶² Assim, J. REIS NOVAIS afirma que se trata de um princípio “aberto, controverso e de compreensão não tão linear quanto essa evolução apurada ao longo de duzentos anos poderia fazer crer” (*Princípios Estruturantes de Estado de Direito*, p.68). No mesmo sentido, M. NOGUEIRA DE BRITO afirma que “saber o que é o princípio da igualdade” não encontra “resposta unívoca” (“Medida e Intensidade do Controlo da Igualdade na Jurisprudência da Crise do Tribunal Constitucional”, in ALMEIDA RIBEIRO/PEREIRA COUTINHO (org.), *O Tribunal e a Crise – Ensaios Críticos*, p.110). Este não é, de resto, um problema exclusivamente português. Tecendo a mesma consideração em relação ao enunciado clássico do princípio da igualdade – *todos são iguais perante a lei* –, J. CROON-GESTEFELD, *Reconceptualising European Equality Law – a Comparative Institutional Analysis*, Oxford and Portland, Oregon, Hart Publishing, 2017, p.87. Afirmando que está em causa uma “ambiguidade fundamental”, W. SADURSKI, *Equality and Legitimacy*, Oxford, 2008, p.99. Considerando que a hesitação em tornar exequível o princípio da igualdade, tanto interna como internacionalmente, é fundamentalmente jurídica, já que decorre essencialmente da dificuldade em definir *igualdade perante a lei*, K. J. PARTSCH, “Les Principes de Base de Droits de l’Homme: Autodetermination, égalité et la non-discrimination”, in *Les Dimensions Internationales de l’Homme*, Paris, 1970, pp.73 e ss.

⁶³ Cfr. DUARTE, *A Norma de Legalidade Procedimental Administrativa: a Teoria da Norma e a Criação de Normas de Decisão na Discricionariedade Instrutória*, p.732. O critério do estabelecimento de comportamentos com referência à dignidade da pessoa humana como o critério que individualiza as normas de direitos fundamentais é aquele que, tradicionalmente, tem sido utilizado pela doutrina portuguesa (cfr. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p.225; J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 6.ª ed., Coimbra, 2019, pp.98 e ss.; MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, pp. 180 e ss.;). Com D. DUARTE, as

Diga-se, também, que a norma de igualdade é dominada, em abstrato, por uma intensa carga emotiva – tal como as normas de direitos fundamentais – a qual decorre, naturalmente, do que está na base da sua consagração normativa e que se reconduz ao facto de a ideia de igualdade possuir uma ancestral e poderosa tradição retórica, que remonta à Antiguidade Clássica, conforme se referiu *supra* (cfr. 2.1.)⁶⁴.

As compreensões prévias sobre a norma de igualdade podem deturpar o sentido objetivo dessa norma, jogando a favor de uma análise metodologicamente enviesada por conteúdos pré-determinados – anteriores à criação normativa – e que traduzem certas visões políticas ou ideológicas, sem qualquer base normativa que as sustente⁶⁵.

Não obstante, pode considerar-se que a premissa valorativa universal de que todos os homens, na sua diferença, são iguais e que devem, por isso, ser tratados de igual forma e ter as mesmas condições de acesso aos bens económicos e culturais, forma, desde logo, o cerne da dimensão deontica do princípio da igualdade⁶⁶.

É, pois, fundamental, aquilatar do verdadeiro conteúdo normativo subjacente ao princípio da igualdade, deslindando aquilo que realmente resulta do seu enunciado clássico.

Este exercício pressupõe algumas definições, mormente as de *enunciado normativo* e *norma jurídica*.

outras duas propriedades diferenciadoras das normas de direitos fundamentais, consistem (i) no posicionamento hierárquico das mesmas (são normas constitucionais), o que faz com que todos os conflitos passíveis de resolução com a norma de prevalência da norma superior são sempre, pelo menos à primeira vista, desfeitos a seu favor e (ii) no facto de serem normas de conduta, isto é, serem normas primárias, sobre comportamentos, e não normas secundárias, sobre outras normas (cfr. *A Norma de Legalidade Procedimental Administrativa: a Teoria da Norma e a Criação de Normas de Decisão na Discricionariedade Instrutória*, p.732).

⁶⁴ Constatando a carga emotiva relativamente às normas de direitos fundamentais em geral, DUARTE, *A Norma de Legalidade Procedimental Administrativa: a Teoria da Norma e a Criação de Normas de Decisão na Discricionariedade Instrutória*, pp.727 e ss. Criticando o “fascínio dos textos constitucionais, compreensível pelos abusos cometidos na primeira metade do século e pela perfeição conseguida nos articulados das constituições mais desenvolvidas”, considerando que isso tem levado a um “neopositivismo que, pretendendo aproveitar, ao máximo, as potencialidades das leis fundamentais, pode ameaçar o renascer de discursos centrais, com progressões dedutivísticas”, A. MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé no Direito Civil*, Vol. II, Coimbra, 1984, p.1275.

⁶⁵ Assim, relativamente às normas de direitos fundamentais em geral, DUARTE, *A Norma de Legalidade Procedimental Administrativa: a Teoria da Norma e a Criação de Normas de Decisão na Discricionariedade Instrutória*, p.727.

⁶⁶ D. DUARTE, *Procedimentalização, Participação e Fundamentação: para uma Concretização do Princípio da Imparcialidade Administrativa como Parâmetro Decisório*, Coimbra, Almedina, 1996, p.308; J. M. SÉRVULO CORREIA, “Representação dos Juizes Administrativos de Círculo no Conselho Superior dos Tribunais Administrativos e Fiscais. Princípio da Igualdade. Independência e Inamovibilidade dos Juizes”, in *OD*, ano 122, II, 1990, p.438.

Pode definir-se enunciado normativo como a expressão linguística da norma, ou seja, a realidade sintática através da qual se enuncia a norma⁶⁷; norma jurídica, por seu turno, é o significado representado, o sentido deôntico, de dever ser, contido no enunciado⁶⁸.

A demonstração da diferença entre estes dois conceitos basta-se com a aceitação de que a mesma norma jurídica pode ser formulada linguisticamente de diversos modos⁶⁹.

Aprofundando o conceito de norma jurídica, pode dizer-se que esta é constituída por quatro propriedades fundamentais: (i) a qualidade de dever ser; (ii) a ordenação de um determinado sentido jurídico; (iii) a natureza hipotética e (iv) a generalidade⁷⁰.

A qualidade de dever ser das normas significa que estas não são factos ou realidades empíricas, mas, antes, uma indicação ideal relativa ao que *deve ser*, isto é, à ordenação de um estado ideal de coisas independente da realidade⁷¹.

A ordenação de um determinado sentido jurídico decorre precisamente da qualidade deôntica das normas, que faz com que as mesmas determinem sempre determinado sentido⁷².

A natureza hipotética da norma significa que os seus efeitos só se produzem quando os seus pressupostos estão verificados⁷³.

Por fim, a generalidade das normas corresponde à indeterminabilidade dos destinatários, que é o mesmo que dizer que não é possível detetar quem são os sujeitos concretos a quem a norma se dirige, facto que distingue as normas dos sentidos de dever ser individuais⁷⁴.

⁶⁷ Cfr. MONIZ LOPES, *Derrotabilidade Normativa e Normas Administrativas – O Enquadramento das Normas Regulamentares na Teoria dos Conflitos Normativos*, Parte I, p.42.

⁶⁸ Cfr. DUARTE, *A Norma de Legalidade Procedimental Administrativa: a Teoria da Norma e a Criação de Normas de Decisão na Discricionariedade Instrutória*, p.64.

⁶⁹ Cfr. MONIZ LOPES, *Derrotabilidade Normativa e Normas Administrativas – O Enquadramento das Normas Regulamentares na Teoria dos Conflitos Normativos*, Parte I, p.43.

⁷⁰ Cfr. DUARTE, *A Norma de Legalidade Procedimental Administrativa: a Teoria da Norma e a Criação de Normas de Decisão na Discricionariedade Instrutória*, pp. 72-75.

⁷¹ Cfr. DUARTE, *A Norma de Legalidade Procedimental Administrativa: a Teoria da Norma e a Criação de Normas de Decisão na Discricionariedade Instrutória*, p. 72.

⁷² Cfr. DUARTE, *A Norma de Legalidade Procedimental Administrativa: a Teoria da Norma e a Criação de Normas de Decisão na Discricionariedade Instrutória*, p. 73.

⁷³ Cfr. DUARTE, *A Norma de Legalidade Procedimental Administrativa: a Teoria da Norma e a Criação de Normas de Decisão na Discricionariedade Instrutória*, p.74.

⁷⁴ Cfr. DUARTE, *A Norma de Legalidade Procedimental Administrativa: a Teoria da Norma e a Criação de Normas de Decisão na Discricionariedade Instrutória*, p. 75.

Em relação à estrutura das normas jurídicas, as mesmas contêm uma estrutura tripartida, formada pelos três seguintes elementos: (i) previsão; (ii) operador deôntico e (iii) estatuição⁷⁵.

A previsão diz respeito às condições – positivas ou negativas, fácticas ou normativas –, que desencadeiam um determinado efeito jurídico⁷⁶.

O operador deôntico exprime o sentido de dever ser da norma, podendo traduzir (i) o modo deôntico de *imposição*; (ii) o modo deôntico de *permissão* e (iii) o modo deôntico de *proibição*⁷⁷.

A estatuição reporta-se às consequências jurídicas que se verificam quando se preenchem as condições da previsão⁷⁸.

Todas as normas jurídicas possuem esta estrutura, não obstante alguns enunciados serem menos reveladores que outros, sendo certo que isso sempre será um problema de desfasamento entre a norma e a sua expressão linguística⁷⁹.

Posto isto, comece-se por dizer que a expressão enunciativa constante do artigo 13.º, n.º 1, da Constituição – *todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei* – confere à norma geral de igualdade a qualidade de norma geral do conjunto normativo, com um significado extensivo à organização normativa do ordenamento⁸⁰.

⁷⁵ Cfr. DUARTE, *A Norma de Legalidade Procedimental Administrativa: a Teoria da Norma e a Criação de Normas de Decisão na Discricionariedade Instrutória*, p.76. Diferentemente, num sentido tradicional que defende uma estrutura binária das normas, comportando apenas previsão e estatuição, integrando, depois, neste último elemento, o operador deôntico e o objeto, TEIXEIRA DE SOUSA, *Introdução ao Direito*, p.206.

⁷⁶ Cfr. DUARTE, *A Norma de Legalidade Procedimental Administrativa: a Teoria da Norma e a Criação de Normas de Decisão na Discricionariedade Instrutória*, pp.77 e 78.

⁷⁷ Cfr. DUARTE, *A Norma de Legalidade Procedimental Administrativa: a Teoria da Norma e a Criação de Normas de Decisão na Discricionariedade Instrutória*, p. 79; “Os Argumentos da Interdefinibilidade dos Modos Deônticos em Alf Ross: a Crítica, a Inexistência de Permissões Fracas e a Completude do Ordenamento em Matéria de Normas Primárias”, in *RFDUL*, Vol.43, n.º 1, 2002, pp.257 e ss. Falando em “comando”, em vez de imposição, TEIXEIRA DE SOUSA, *Introdução ao Direito*, p.208.

⁷⁸ Cfr. DUARTE, *A Norma de Legalidade Procedimental Administrativa: a Teoria da Norma e a Criação de Normas de Decisão na Discricionariedade Instrutória*, p.81.

⁷⁹ Cfr. DUARTE, *A Norma de Legalidade Procedimental Administrativa: a Teoria da Norma e a Criação de Normas de Decisão na Discricionariedade Instrutória*, p.83.

⁸⁰ Cfr. DUARTE, *A Norma de Legalidade Procedimental Administrativa: a Teoria da Norma e a Criação de Normas de Decisão na Discricionariedade Instrutória*, p.639.

A norma geral de igualdade possui, pois, um domínio normativo particularmente alargado, que denuncia a sua natureza de *norma princípio*, já que a sua previsão remete para a sua aplicação *em todas as situações de qualquer género*⁸¹.

Enquanto norma geral dirigida ao legislador e ao intérprete, impõe a sua estatuição *em todas* as atuações legislativas, administrativas e judiciais, pelo simples facto de nenhum âmbito de atuação ser descrito normativamente. O seu domínio normativo é, assim, relativo a tudo.

Avançando-se na explicitação do conteúdo normativo da igualdade, pode dizer-se, com D. DUARTE, que o enunciado geral do n.º 1 do artigo 13.º é uma forma de expressar, simplesmente, “que os efeitos de direito criados devem ser iguais para todos”⁸².

Num passo subsequente, reconhecendo-se que só se pode ser igual perante a lei se a lei expressar essa igualdade, daí decorre que o enunciado deve ser compreendido como

⁸¹ Refutando a natureza de princípio, REIS NOVAIS, *Princípios Estruturantes de Estado de Direito*, pp. 13-14. O autor considera que todos os princípios que qualifica como estruturantes não têm, sem embargo da própria denominação, verdadeira natureza de *normas princípio*. Com efeito, partindo do critério *dworkiniano* de distinção entre regras e princípios – segundo o qual as regras são razões definitivas para agir enquanto que os princípios são meras razões *prima facie* para a ação –, o autor considera que “os princípios estruturantes de Estado de Direito apresentam uma natureza que não é compatível com a sua consagração através de normas com a natureza de princípio, isto é, a sua prevalência ou cedência não pode ser remetida para ponderações de caso concreto; ao invés, a sua força vinculativa prevalece, sempre”.

Salvo o devido respeito, não se concorda com o autor. Considera-se que a norma de igualdade tem a estrutura de uma *norma princípio* precisamente pela *genericidade* da sua previsão, ou seja, a representação normativa de uma classe genérica e indiferenciada de condutas. No sentido de ser a *genericidade* o critério verdadeiramente distintivo entre regras e princípios, DUARTE, *A Norma de Legalidade Procedimental Administrativa: a Teoria da Norma e a Criação de Normas de Decisão na Discricionariedade Instrutória*, pp. 129 e ss.; MONIZ LOPES, *Derrotabilidade Normativa e Normas Administrativas – O Enquadramento das Normas Regulamentares na Teoria dos Conflitos Normativos*, Parte I, pp.157 e ss.

Sobre a distinção entre regras e princípios, a literatura é vasta. Na doutrina portuguesa, além dos autores citados, GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, pp.1045 e ss; REIS NOVAIS, *As Restrições aos Direitos Fundamentais Não Expressamente Autorizadas pela Constituição*, *As Restrições aos Direitos Fundamentais Não Expressamente Autorizadas pela Constituição*, Coimbra, 2003, p.322; A. SALGADO DE MATOS, *A Fiscalização Administrativa da Constitucionalidade. Contributo para o Estudo das Relações entre Constituição, Lei e Administração Pública no Estado Social de Direito*, Coimbra, 2004, pp. 325 e ss.; J. MELO ALEXANDRINO, *A Estruturação do Sistema de Direitos, Liberdades e Garantias na Constituição Portuguesa*, Vol. II – *A Construção Dogmática*, Coimbra, 2006, pp. 476 e ss.; J. AROSO LINHARES, “Na «Coroa de Fumo» da Teoria dos Princípios: Poderá um Tratamento dos Princípios como Normas Servir-nos de Guia?”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, Vol.III, 2012, pp.395 e ss.

⁸² DUARTE, *A Norma de Legalidade Procedimental Administrativa: a Teoria da Norma e a Criação de Normas de Decisão na Discricionariedade Instrutória*, p.640.

nas condutas de realização do direito devem estabelecer-se efeitos iguais para todos os sujeitos⁸³.

Da determinação de que se deve estabelecer efeitos iguais para todos os sujeitos decorre que a norma geral de igualdade faz depender o seu conteúdo do significado do conceito de igualdade. De facto, a outra conclusão não se pode chegar: estabelecer efeitos iguais na realização do direito é atribuir consequências aos resultados de um juízo de igualdade⁸⁴.

Já se referiu *supra* (cfr. 2.1.) em que é que consiste um juízo de igualdade. Recordando-se, é um juízo prévio alargado, no qual cabe (i) seleccionar termos de comparação, (ii) estabelecer um critério de comparação e (iii) compará-los nas suas semelhanças e diferenças.

Com efeito, a igualdade é (i) uma relação que se obtém entre coisas que (ii) foram comparadas, (iii) apuradas como iguais (iv) tendo como referência um critério comum de comparação que, (v) até ser especificado, pode ser representado como X. Os elementos (i) a (iv) são fixos, sendo o elemento (v) variável. Na noção de desigualdade, apenas se altera o elemento (iii): há um apuramento das coisas como diferentes.

Neste âmbito, conforme já se referiu, revela-se condição *sine qua non* que os termos sejam *comparáveis*, sob pena de ser impossível chegar a um resultado.

Assim, uma avaliação que resulte numa relação de igualdade deve levar à produção de efeitos iguais; uma avaliação que resulte numa relação de desigualdade deve levar à produção de efeitos desiguais⁸⁵.

Dito de outra forma, está em causa a “atribuição de efeitos sob uma avaliação em que se contrapõem termos, na qual o reconhecimento de similaridades aponta para a

⁸³ Cfr. DUARTE, *A Norma de Legalidade Procedimental Administrativa: a Teoria da Norma e a Criação de Normas de Decisão na Discricionariedade Instrutória*, p.641.

⁸⁴ Cfr. DUARTE, *A Norma de Legalidade Procedimental Administrativa: a Teoria da Norma e a Criação de Normas de Decisão na Discricionariedade Instrutória*, p.641.

⁸⁵ Assim, M. GLÓRIA GARCIA, “Princípio da Igualdade: Fórmula Vazia ou Fórmula «Carregada» de Sentido?”, in *Estudos sobre o Princípio da Igualdade*, p.44. A autora considera que no enunciado do princípio da igualdade se intersejam dois planos: “o plano em que se determinam as situações que se devem considerar iguais ou desiguais e o plano do tratamento uniforme ou diferenciado daquelas situações, consoante o juízo qualificativo a que as mesmas conduzam. Na interseção entre estes dois planos estará a criação do direito – entendida quer no momento da elaboração da norma quer no da sua aplicação – e, conseqüentemente, estará a obediência ao princípio da igualdade”.

reprodução de efeitos e, ao invés, o reconhecimento de diferenças para a sua diferenciação”⁸⁶.

Estabelecer efeitos iguais na realização do direito engloba, pois, o estabelecimento de efeitos iguais e o estabelecimento de efeitos desiguais. Com D. DUARTE, “a realização da igualdade normativa passa tanto pela atribuição de efeitos iguais ao que é, nesse sentido, igual, como pela atribuição de efeitos diferentes ao que se apresenta, também nesse sentido, como diferente”⁸⁷.

Assim, o efeito da norma do n.º 1 do artigo 13º, constante da sua estatuição, deve ser desdobrado nestas duas vertentes, dado que a partir da determinação de efeitos iguais para termos apurados como iguais se infere uma imposição de tratamento diferenciado para termos apurados como diferentes. Estas duas vertentes são incidíveis, pelo que o significado que a norma consubstancia como dever ser espelha ambas⁸⁸.

Assim, decompondo a estrutura da norma de igualdade, a mesma pode ser enunciada do seguinte modo: *em todas as situações de qualquer género, e quando haja termos comparáveis* (previsão), *devem* (operador deôntico) *estabelecer-se efeitos idênticos para situações iguais e diferenciados para situações desiguais* (estatuição)⁸⁹.

Em síntese, do enunciado *todos são iguais perante a lei* extrai-se uma igualdade normativa, que, como se vê, se resume à seguinte prescrição: *o que é igual deve ser tratado de forma igual e o que é desigual deve ser tratado de forma desigual*.

Assim sendo, conclui-se que o conteúdo normativo da igualdade se resume à fórmula aristotélica. A fórmula aristotélica é a definição formal mais próxima de um entendimento comum acerca da ideia de igualdade, eternamente sujeita a disputas, sendo também aquela que tem dominado o pensamento ocidental. Corresponde à ideia

⁸⁶ DUARTE, *A Norma de Legalidade Procedimental Administrativa: a Teoria da Norma e a Criação de Normas de Decisão na Discricionariedade Instrutória*, p.642.

⁸⁷ DUARTE, *A Norma de Legalidade Procedimental Administrativa: a Teoria da Norma e a Criação de Normas de Decisão na Discricionariedade Instrutória*, p.644.

⁸⁸ Cfr. DUARTE, *A Norma de Legalidade Procedimental Administrativa: a Teoria da Norma e a Criação de Normas de Decisão na Discricionariedade Instrutória*, p.644.

⁸⁹ Assim, mas relativamente à norma de igualdade administrativa (DUARTE, *A Norma de Legalidade Procedimental Administrativa: a Teoria da Norma e a Criação de Normas de Decisão na Discricionariedade Instrutória*, p.645).

formulada por ARISTÓTELES segundo a qual *o que é igual deve ser tratado de forma igual e o que é desigual deve ser tratado de forma desigual*⁹⁰.

Com P. POLYVIU, “as primeiras tentativas de definir a igualdade começam invariavelmente com o princípio de ARISTÓTELES segundo o qual a igualdade consiste em tratar os iguais igualmente e os desiguais desigualmente”⁹¹.

A fórmula aristotélica é, à superfície, bastante simples. Dela resulta que, por um lado, é exigido um tratamento igual quando se está perante uma relação de igualdade e que, por outro lado, é exigido um tratamento desigual quando se está perante uma relação de desigualdade. *A contrario*, é proibido um tratamento desigual quando se esteja perante uma relação de igualdade, da mesma forma que é proibido um tratamento igual quando se esteja perante uma relação de desigualdade. A lógica aristotélica é teoricamente óbvia⁹².

⁹⁰ Afirmando que a máxima aristotélica constitui a “coluna vertebral” do princípio da igualdade, ALEX, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p.397. Constatando o domínio da fórmula aristotélica na compreensão da igualdade, P. WESTEN, “The Empty Idea of Equality”, in *Harv. L. Rev.*, p.542. No mesmo sentido, S. LAKOFF refere que “formalmente, há uma ideia de igualdade; substantivamente, há muitas” (*Equality in Political Philosophy*, Cambridge, 1964, p.6). ARISTÓTELES não se expressou exatamente do modo que circula, mas esse é o modo que resulta do seu pensamento. Em *Política*, é referido que “há quem considere que a justiça consiste na igualdade. Assim é, com efeito, mas não para todos e apenas para os que são iguais. Outros consideram que é justa a desigualdade; e na verdade assim é, mas unicamente para aqueles que são desiguais e não para todos” (*Política*, Liv. III, 1280a) e que “a opinião geral é a de que a justiça consiste numa certa igualdade. Até certo ponto, esta opinião geral está de acordo com os tratados filosóficos onde nos ocupámos das questões éticas. De facto, dizem que a justiça é relativa a pessoas e que deve existir igualdade para os iguais” (*Política*, Liv. III, 1282b). Há quem considere que a segunda parte da fórmula aristotélica – o que é desigual deve ser tratado de forma desigual – é redundante, na medida em que é uma decorrência lógica da primeira parte – o que é igual deve ser tratado de forma igual (cfr. WESTEN, *Speaking of Equality: an Analysis of the Rhetorical Force of Equality in Moral and Legal Discourse*, p.226; N. GILLESPIE, “On Treating Like Cases Differently”, in *Phil. Q.*, Vol. 25, n.º 99, 1975, pp.151 e ss.).

⁹¹ P. POLYVIU, *The Equal Protection of the Laws*, London 1980, p.7.

⁹² O que leva a que ela seja caracterizada como um “truísmo”, uma “tautologia” ou como sendo “trivial”. Neste sentido, respetivamente, W. VON LEYDEN, *Aristotle on Equality and Justice: His Political Argument*, Basingstoke, 1985, p.5; K. CAUTHEN, *The Passion for Equality*, Totowa, 1987, p.5; D. LOCKE, “The Trivializability of Universalizability”, in *Phil. Rev.*, Vol.77, n.º 1, 1968, p.25. Também neste sentido, J. FEINBERG, “Noncomparative Justice”, in *Phil. Rev.*, Vol.83, n.º 3, 1974, p.319; P. FREUND, “The Philosophy of Equality”, in *Washington U. L. Q.*, n.º 1, 1981, p.14. Assim, a fórmula aristotélica é descrita como representando um “princípio da razão” (FEINBERG, “Noncomparative Justice”, in *Phil. Rev.*, p.319); como sendo uma “premissa do pensamento racional” (FREUND, “The Philosophy of Equality”, in *Washington U. L. Q.*, p.14). No entanto, nas palavras de A. MENNE, “é precisamente porque toda a gente pensa que sabe o que é a igualdade que é tão difícil de explicar exatamente o que é que ela é” (“Identity, Equality, Similarity: A Logico-Philosophical Analysis”, in *Ratio*, p.57).

No fundo, conclui-se que a única diferença entre o conceito de igualdade e o princípio da igualdade reside no sentido prescritivo que é acrescentado pelo último ao primeiro⁹³.

Desta asserção decorre uma outra, que se depreende intuitivamente: os problemas de indeterminabilidade suscitados pelo conceito de igualdade expandem-se para o seu contexto normativo. O sentido deôntico da fórmula aristotélica não se abstrai de um juízo de igualdade; pelo contrário, depende dele.

Ora, não fornecendo a fórmula qualquer orientação ao intérprete, surge a alegação de que se está perante uma *fórmula vazia*. Quanto ao que está em causa nesta alegação, atente-se nas clássicas palavras de H. L. A. HART:

“[E]mbora «tratar da mesma maneira os casos semelhantes e diferentemente os casos diferentes» seja um elemento central na ideia de justiça, ele é em si mesmo incompleto e, até ser complementado, não permite nenhum guia determinado para a conduta. Tal sucede porque, em qualquer conjunto de seres humanos, eles assemelham-se entre si em alguns aspetos e diferem entre si noutros e, até que estejam estabelecidas que semelhanças e que diferenças são relevantes, «tratar da mesma maneira os casos semelhantes» permanecerá uma fórmula vazia. Para a preencher, devemos saber quando, para as finalidades em vista, hão de ser considerados semelhantes os casos e que diferenças são relevantes”⁹⁴.

Nesta linha, a fórmula aristotélica é, à semelhança do conceito de igualdade, geneticamente indeterminada, estando aberta a um universo referencial amplíssimo e dependente de juízos não “intersubjetivamente reconhecíveis de forma indiscutível e comprovada”⁹⁵.

⁹³ Assim, J. WILKINSON, “The Supreme Court, The Equal Protection Clause, and the Three Faces of Constitutional Equality”, in *Va. L. Rev.*, Vol. 61, n.º 5, 1975, p. 946. O autor afirma que o significado substantivo do princípio da igualdade pode ser “proveitosamente abordado através do significado da própria igualdade”. Nas elucidativas palavras de M. GLÓRIA GARCIA, “a igualdade constrói-se juridicamente a partir de um especial conhecimento da realidade, conhecimento esse que não só molda o critério uniformizador como auxilia a análise comparativa dos factos ou situações” (“Princípio da Igualdade: da Uniformidade à Diferenciação ou a Interminável História de Caim e Abel, Dois Irmãos Marcados pela Diferença”, in *Estudos sobre o Princípio da Igualdade*, Coimbra, 2005, p.13). No mesmo sentido, referindo que a igualdade é uma “crença prescritiva”, N. SMITH, “Why do we Speak of Equality?”, in *Otago L. Rev.*, 11, 2005, p.66.

⁹⁴ H. L. A. HART, - *The Concept of Law*, 2.ª ed., Oxford, 1994, pp-173-174.

⁹⁵ REIS NOVAIS, *Princípios Constitucionais Estruturantes de Estado de Direito*, p.76. A propósito da indeterminação do enunciado aristotélico, I. BERLIN refere que “qualquer tipo de comportamento pode ser seguramente subsumido na regra geral de ordenar tratamento igual” (“Equality as an Ideal”, in F.

Neste trabalho, não se contesta esta premissa. No entanto, tal não implica a conclusão segundo a qual a igualdade deve ser “expurgada” do mundo do direito⁹⁶. Os casos de igualdade são abundantes no tráfego e a indeterminabilidade da igualdade não consubstancia um elemento impeditivo da resolução dos mesmos.

O que sucede é que a questão fundamental da igualdade se mantém em contexto normativo: a seleção do critério de comparação. Entende-se, não obstante, que o contexto normativo não oferece mais dificuldades à seleção do critério de comparação, na medida em que a seleção é orientada exatamente pela mesma lógica: a dos efeitos da comparação⁹⁷.

No exemplo que se referiu *supra* – da comparação de um jogo de futebol e de uma receita gastronómica – pretendia-se saber do prazer que cada um dos termos

OLAFSON (coord.), *Justice and Social Policy*, New Jersey, 1961, p.130). Neste sentido, D. COOPER afirma que “a maioria dos debates [sobre igualdade] não são sobre a pergunta básica «devemos ter igualdade», mas sobre qual das várias igualdades concorrentes devemos ter. De facto, todos os debates devem, no fundo, ser desta natureza, já que cada igualdade que se reclame transporta uma desigualdade consigo e vice-versa” (*The Illusions of Equality*, London, 1980, p.14). Era também a isto que R. H. TAWNEY se referia quando considerou que a igualdade possuía uma “variedade de sentidos divergentes” (*Equality*, London, 1964, p.92). Na mesma linha, P. KURLAND afirma que “a retórica da igualdade é objeto de uso, se não de captura, por qualquer um em qualquer lado da questão” (*Politics, the Constitution and the Warren Court*, Chicago, 1970, p.165). No mesmo sentido, K. KARST (cfr. “Equality and Community: Lessons from the Civil Rights Era”, in *Notre Dame L. Rev.*, Vol.56, n.º 2, 1980, p.191). Nas suas palavras, “a realização de uma forma de igualdade implica necessariamente a imposição de desigualdades correspondentes”.

R. ALEXY levanta mesmo a possibilidade de se problematizar se, no limite, os “necessários juízos de valor no âmbito do enunciado de igualdade são passíveis de fundamentação racional” (*Teoria dos Direitos Fundamentais*, p.400). O autor afirma que “o conceito de igualdade relevante é sedutor, porque promete uma delimitação do campo infinito das possibilidades de comparação. O seu inconveniente é a impossibilidade de cumprir essa promessa de forma racional” (p.405).

⁹⁶ Esta posição foi defendida por P. WESTEN no seminal “The Empty Idea of Equality”, in *Harv. L. Rev.*, Vol. 95, n.º 3, 1982, pp.537 e ss. O argumento de P. WESTEN pode ser apresentado silogisticamente:

- (i) Premissa maior: qualquer conceito em direito e em moral que seja, simultaneamente, vazio e confuso deve ser banido enquanto norma explicativa;
- (ii) Premissa menor: o conceito de igualdade é, simultaneamente, vazio e confuso;
- (iii) Conclusão: logo, o conceito de igualdade deve ser banido enquanto norma explicativa.

No mesmo sentido, R. FULLINWIDER, *The Reverse Discrimination Controversy*, New Jersey, 1980, p.223; D. BROWNE, “Nonegalitarian Justice”, in *AJP*, Vol.56, n.º 1, 1978, p.53. Segundo este último autor, a igualdade “é uma implicação integralmente trivial de factos mais básicos, cujo real significado a mesma distorce e torna obscuro”. Refutando esta ideia, K. GREENAWALT, “How Empty Is the Idea of Equality”, in *Colum. L. Rev.*, Vol.83, n.º 5, 1983, p.1184; S. BURTON, “Comment on «Empty Ideas»: Logical Positivist Analyses of Equality and Rules”, in *Yale L. J.*, Vol.91, 1982, p.1151; E. CHEREMINSKY, “In Defense of Equality: a Reply to Professor Westen”, in *Mich. L. Rev.*, Vol.81, n.º 3, 1983, p.576; no panorama nacional, M. GLÓRIA GARCIA, “Princípio da Igualdade: Fórmula Vazia ou Fórmula «Carregada» de Sentido?”, in *Estudos sobre o Princípio da Igualdade*, Coimbra, 2005, pp. 29 e ss. As réplicas de P. WESTEN encontram-se em “On «Confusing Ideas»: Reply”, in *Yale L. J.*, Vol. 91, n.º 6, 1982; “The Meaning of Equality in Law, Science, Math and Morals: a Reply”, in *Mich. L. Rev.*, Vol.81, n.º 3, 1983; “To Lure the Tarantula From Its Hole: a Response”, in *Colum. L. Rev.*, Vol.83, n.º 5, 1983.

⁹⁷ Considerando que a escolha do critério de comparação consubstancia o “ponto nevrálgico do princípio da igualdade” em que “toda a complexidade do princípio da igualdade vem ao de cima”, M. GLÓRIA GARCIA, “Princípio da Igualdade: Fórmula Vazia ou Fórmula «Carregada» de Sentido?”, in *Estudos sobre o Princípio da Igualdade*, p.55.

proporcionava a determinado destinatário, pelo que foi esse o critério de comparação selecionado.

Ora, em contexto normativo, as coisas passam-se exatamente do mesmo modo: a seleção passa, igualmente, pelos efeitos da comparação. Sendo certo que, neste contexto, estes efeitos estarão sempre delimitados pela norma em causa⁹⁸.

Assim, deve proceder-se à descoberta do princípio formal ou material que fundamenta a norma⁹⁹. Adota-se aqui a conceção que compreende os princípios (também) como metanormas explicativas, que servem de argumentos normativos que dão causa a regras, surgindo como *razões para adotar outras razões para agir*¹⁰⁰.

Esta descoberta remete, claro está, para o elemento teleológico da interpretação jurídica¹⁰¹. Como se sabe, o elemento teleológico impõe que o intérprete procure descobrir a *ratio legis*, encontrando-se consagrado na referência constante do artigo 9.º, n.º 1, do Código Civil, às “*condições específicas do tempo em que [a lei] é aplicada*”¹⁰².

Pense-se no seguinte exemplo, ao qual se recorrerá várias vezes ao longo do trabalho: suponha-se que o ordenamento possui a norma “*As pessoas com cães são proibidas de entrar em restaurantes*”.

⁹⁸ Assim, considerando que o critério de comparação é “determinado diretamente pela «*ratio*» do tratamento jurídico que se lhes pretende dar, isto é, funcionalizado pelo fim a atingir com o referido tratamento jurídico” e que “a «*ratio*» do tratamento jurídico é, pois, o ponto de referência último da valoração e da escolha do critério”, M. GLÓRIA GARCIA, “Princípio da Igualdade: Fórmula Vazia ou Fórmula «Carregada» de Sentido?”, in *Estudos sobre o Princípio da Igualdade*, p.51.

⁹⁹ K. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6.ª ed., Berlin, 1991 (tradução portuguesa “*Metodologia da Ciência do Direito*”, de José Lamego, 4.ª ed., Lisboa, 2005, p.468). A lógica subjacente pode ser exemplificada mediante o famoso exemplo dos tocadores de flauta de ARISTÓTELES: “entre tocadores de flautas igualmente hábeis na sua arte, não seriam, de preferência, os bem-nascidos a ser dotados de flautas, pois não é o mais bem-nascido que toca melhor; a quem desempenhar melhor o seu trabalho, deve ser dado o melhor instrumento” (ARISTÓTELES, *Política*, Liv. III, 1282b).

¹⁰⁰ Assim, MONIZ LOPES, *Derrotabilidade Normativa e Normas Administrativas – O Enquadramento das Normas Regulamentares na Teoria dos Conflitos Normativos*, Parte I, pp.197-198. Nas elucidativas palavras de A. V. DICEY, “qualquer regra de conduta deve, quer o seu autor compreenda esse facto ou não, ser suportada por um princípio geral [...] se uma regra falha na consecução do seu propósito, tal dever-se-á ao facto de essa regra não ter ido longe o suficiente, i.e., não ter levado o princípio no qual se funda à totalidade das suas consequências lógicas” (*Lectures on the Relations between Law and Public Opinion in England during the Nineteenth Century*, Londres, 1914, pp.41-42). Sobre as colisões conflituais de princípios subjacentes às regras, P. MONIZ LOPES, *Princípio da Boa Fé e Decisão Administrativa – Estrutura e Operatividade na Discricionariedade Conferida por Normas Habilitantes*, Coimbra, 2011, Parte I, p.84.

¹⁰¹ Sobre a relevância do elemento teleológico, R. ALEXY, “Interpretação Teleológica e Vinculação à Lei”, in *RFDUL*, Vol. 51, n.ºs 1 e 2, 2010, pp. 9 e ss.

¹⁰² Cfr. TEIXEIRA DE SOUSA, *Introdução ao Direito*, p.369; J. BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, 21.ª ed., Coimbra, 2013 (reimpr.), p.183. Neste contexto, destaca-se a compreensão da estatuição da norma, os fatores sistémicos, a avaliação das consequências e as regras da experiência (cfr. TEIXEIRA DE SOUSA, *Introdução ao Direito*, pp. 367-370).

Questione-se, agora, a validade desta norma à luz do princípio da igualdade perante o caso concreto de aferir da entrada de uma pessoa acompanhada de um cão-guia no mesmo local, em virtude de essa pessoa ser invisual.

Neste caso, os termos de comparação são os seguintes: (a) pessoas não invisuais com cães e (b) pessoas invisuais com cães-guia. Por seu turno, a *ratio legis* ou o princípio explicativo da norma consiste em evitar a provocação de distúrbios em restaurantes.

O juízo comparativo logicamente válido será aquele que concluir que não se está perante situações iguais, mormente pelo facto de um cão-guia não provocar – ou ser menos suscetível de provocar – distúrbios, estando treinado para auxiliar o seu dono invisual. Em consequência, à luz do princípio da igualdade, o tratamento deveria ser diferente para as pessoas invisuais com cães-guia, permitindo-se a sua entrada.

Poderá contrapor-se, naturalmente, que a hipótese adiantada consubstancia um *caso fácil*, em que o juízo comparativo não levanta problemas de maior. Concedendo-se a putativa observação, a mesma não prejudica a asserção que se fez, tendente a demonstrar que o conteúdo normativo da igualdade não é invariavelmente inoperativo e assenta na mesma lógica de qualquer juízo comparativo.

Por fim, importa explicar a razão pela qual a norma de igualdade consagrada no artigo 13.º, n.º 1, da Constituição, assume a modalidade de norma geral, sendo que a explicação é, na realidade, muito simples, resumindo-se a dois fatores: (i) à sua imposição em *qualquer* atuação, sem descrição de âmbitos específicos, nos termos explicados e (ii) à sua relação com outras normas que, perante ela, se apresentam como *normas especiais*, na medida em que só há normas gerais quando há normas especiais e vice-versa¹⁰³.

De uma forma genérica, verifica-se uma relação de especialidade quando determinada norma regula uma situação que se insere na categoria da situação prevista numa norma geral, podendo haver especialidade material, subjetiva ou territorial¹⁰⁴.

¹⁰³ Neste sentido, a propósito da norma geral de liberdade e das normas especiais de liberdade, DUARTE, A *Norma de Legalidade Procedimental Administrativa: a Teoria da Norma e a Criação de Normas de Decisão na Discricionariedade Instrutória*, p.764.

¹⁰⁴ Cfr. TEIXEIRA DE SOUSA, *Introdução ao Direito*, pp.225 e ss. O autor refere vários exemplos: a regra sobre a punição do infanticídio (artigo 136.º do Código Penal) é especial perante a regra que pune o homicídio (artigo 131.º do Código Penal); as regras sobre a nulidade da venda de coisas alheias (artigo 892.º a 904.º do Código Civil) são especiais perante as regras relativas à nulidade dos negócios jurídicos (artigo 285.º e 286.º do Código Civil); as regras respeitantes à falta e aos vícios da vontade no casamento

Com efeito, no plano da previsão normativa, a relação de especialidade está numa relação de consumpção, na qual se vislumbram dois círculos sobrepostos de diferente diâmetro – a norma com menos pressupostos equivale ao círculo maior e a que tem mais pressupostos equivale ao círculo mais pequeno.

Em suma, há especialidade quando (i) uma norma – a especial – tenha na sua previsão os pressupostos da previsão de outra norma – a geral –, acrescidos de outros pressupostos específicos; (ii) as normas partilhem o mesmo operador deôntico e (iii) as estatuições das normas sejam diferentes e incompatíveis¹⁰⁵.

De facto, compulsando a Constituição, constata-se que a norma do artigo 13.º, n.º 1, da Constituição, convive com várias normas especiais de igualdade¹⁰⁶.

É o caso, por exemplo, do n.º 1 do artigo 36.º, em que, a propósito do direito de constituir família e de contrair casamento, se prevê o seu exercício “*em condições de plena igualdade*”, ou do n.º 3 da mesma disposição, que determina que “*os cônjuges têm iguais direitos e deveres quanto à capacidade civil e política e à manutenção e educação dos filhos*”.

A relação de especialidade estabelecida não é, no entanto, uma *especialidade constitutiva*, mas meramente *declarativa* ou *enfraquecida*: não existe um conflito de normas, já que elas não estabelecem efeitos incompatíveis – pelo contrário, a estatuição é idêntica –, mas, tão-somente, uma sobreposição de previsões, que gera uma *consumpção* da previsão da norma geral pela previsão da norma especial e tem como consequência a desaplicação da norma geral¹⁰⁷.

(artigos 1634.º a 1638.º do Código Civil) são especiais perante as regras sobre a mesma matéria previstas para a generalidade dos negócios jurídicos (artigo 240.º a 257.º do Código Civil); as regras sobre a interpretação do testamento (artigo 2187.º) são especiais perante as regras relativas à interpretação dos demais negócios jurídicos (artigo 236.º a 238.º do Código Civil).

¹⁰⁵ Cfr. DUARTE, *A Norma de Legalidade Procedimental Administrativa: a Teoria da Norma e a Criação de Normas de Decisão na Discricionariedade Instrutória*, p.89.

¹⁰⁶ O que leva a que se afirme que “a Constituição não se circunscreve a declarar o princípio de igualdade. Aplica-o, desde logo, a zonas mais sensíveis ou mais importantes na perspectiva da sua ideia de Direito” (J. MIRANDA/R. MEDEIROS, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 2.ª ed., Coimbra, 2010, p.122).

¹⁰⁷ Cfr., em relação à norma geral de liberdade, DUARTE, *A Norma de Legalidade Procedimental Administrativa: a Teoria da Norma e a Criação de Normas de Decisão na Discricionariedade Instrutória*, p.764. Conforme esclarece o autor, “a especialidade declarativa, tal como é típico da especialidade constitutiva, tem também o efeito, no seu confronto como situação de concorrência de normas, de implicar a desaplicação da norma geral, o que, naturalmente, mais não é do que o efeito da aplicação a essa situação de concorrência da norma de prevalência da norma que consome: esta norma não estabelece qualquer distinção entre espécies de especialidade e, tal como decorre da sua função (a de

Com efeito, tal como sucede com a norma geral de liberdade e as suas diversas normas especiais, constata-se que as normas constitucionais de igualdade estão organizadas numa lógica de generalidade/especialidade, na qual as normas especiais são apenas concretizações detalhadas da norma geral, previstas no ordenamento para enunciar as suas facetas mais representativas¹⁰⁸.

3. DESCRIÇÃO DO MÉTODO DE FISCALIZAÇÃO DA CONSTITUCIONALIDADE DE NORMAS COM BASE NO PRINCÍPIO DA IGUALDADE: O PARÂMETRO VIGENTE NA JURISPRUDÊNCIA PORTUGUESA

3.1. Pressupostos dos casos de igualdade

Os casos de igualdade correspondem a uma espécie do género *casos jurídicos*. Um caso jurídico caracteriza-se por possuir dois elementos: (i) os factos e (ii) a questão que convoca o conjunto normativo, suscitando uma solução determinada¹⁰⁹.

Os factos são manifestações da realidade, sendo sempre elementos do mundo do *ser*, isto é, dados exteriores ao que está contido no conjunto normativo ou ao mundo do *dever ser*.

A questão que convoca o conjunto normativo corresponde ao *problema jurídico* que se coloca no âmbito desses factos¹¹⁰.

privilegiar a norma que mais próximo se encontra da realidade), dela também resulta a desaplicação da norma geral”.

¹⁰⁸ DUARTE, *A Norma de Legalidade Procedimental Administrativa: a Teoria da Norma e a Criação de Normas de Decisão na Discricionariedade Instrutória*, p.765. Neste seguimento, pode argumentar-se no sentido de considerar dispensáveis as normas especiais de igualdade. Refutando esta dispensabilidade relativamente às normas especiais de liberdade, D. DUARTE considera que da mesma forma que a norma geral é relevante para compreender a organização das normas de liberdade, também as normas especiais são relevantes para compreender a norma geral, já que permitem apreender como, dentro do seu ilimitado âmbito, são logo daí retirados os comportamentos descritos no domínio das normas especiais.

¹⁰⁹ Assim, DUARTE, *A Norma de Legalidade Procedimental Administrativa: a Teoria da Norma e a Criação de Normas de Decisão na Discricionariedade Instrutória*, p.163. Definindo o caso jurídico como “uma realidade complexa que conjuga (i) a existência de determinados factos reais do mundo do *Sein*, a que as normas do ordenamento, do mundo do *Solen*, se aplicam e (ii) uma concreta questão de orientação normativa, que convoca a resposta do ordenamento jurídico, através de um *vaivém* entre as propriedades dos factos e as propriedades de relevância dispostas na previsão das normas do ordenamento”, MONIZ LOPES, *Derrotabilidade Normativa e Normas Administrativas – O Enquadramento das Normas Regulamentares na Teoria dos Conflitos Normativos*, Parte I, p.89. Por seu turno, A. CASTANHEIRA NEVES refere que o caso jurídico é “um «caso» porque nele se põe um problema; é «concreto» porque esse problema se põe numa certa situação e para ela; é «jurídico» porque desta emerge um sentido jurídico – o problemático sentido jurídico que o problema lhe refere e que nela ou através dela assume e para o qual ela se individualiza como situação” (*Metodologia Jurídica – Problemas Fundamentais*, p.162).

¹¹⁰ Cfr. DUARTE, *A Norma de Legalidade Procedimental Administrativa: a Teoria da Norma e a Criação de Normas de Decisão na Discricionariedade Instrutória*, pp.163-164.

Pois bem: a especialidade que se denota nos casos de igualdade advém, naturalmente, do facto de o problema jurídico convocado pelas propriedades do caso se reconduzir a um problema de igualdade.

Neste sentido, nos casos de igualdade, o problema jurídico parte, invariavelmente, da identificação de uma relação de igualdade ou de desigualdade em determinado tratamento normativo. Tudo começa, portanto, com a identificação ora de um tratamento normativo desigual – situação que corresponde à esmagadora maioria dos casos –, ora de um tratamento normativo igual.

Com efeito, para se chamar à colação o princípio da igualdade com o intuito de colocar em crise a constitucionalidade de normas, exige-se, tão-somente, a identificação de uma relação de igualdade ou de desigualdade no tratamento normativo conferido a duas ou mais situações.

Esta identificação consubstancia um exercício em tudo idêntico a qualquer juízo comparativo, ou seja, um juízo em que cabe (i) selecionar termos de comparação, (ii) estabelecer um critério de comparação e (iii) compará-los nas suas semelhanças e diferenças.

Num exemplo, suponha-se que o ordenamento possui a norma (N₁) “*As pessoas com cães, e apenas essas pessoas, são proibidas de entrar em restaurantes*”. Desta norma decorre, através de uma inferência lógica válida, que as pessoas que se apresentem num restaurante sem cães podem entrar – norma (N₂) “*As pessoas sem cães podem entrar em restaurantes*”.

Assim, os termos de comparação são N₁ e N₂, sendo o critério de comparação o do *tratamento normativo referente à entrada de pessoas com e sem cães em restaurantes*. Por seu turno, o resultado do juízo comparativo é, obviamente, o de que se está perante um tratamento normativo desigual, já que N₁ consubstancia um comando proibitivo e N₂ um comando permissivo.

Esta comparação não se confunde, naturalmente, com a comparação dos termos para efeitos da *justificação* normativa, isto é, para efeitos de saber se eles *devem ser* tratados igual ou desigualmente.

Em síntese, qualquer caso de igualdade parte de um juízo comparativo relativo a um qualquer tratamento normativo recebido por duas ou mais situações.

Surgirá, depois, a alegação de que o tratamento normativo deveria ser *(i)* desigual ao invés de igual ou *(ii)* igual ao invés de desigual, sendo que se essa alegação não surgir é porque o caso não chegou, na realidade, a ser um caso de igualdade, já que não convocou um problema de igualdade.

Assim sendo, conclui-se que não se exige que estejam em causa direitos fundamentais para se proceder a um escrutínio de constitucionalidade com base no princípio da igualdade, não se acompanhando a ideia segundo a qual o princípio só pode ser convocado pelo caso concreto na eventualidade de se verificar uma restrição a direitos fundamentais¹¹¹.

Conforme se explicou *supra* (cfr. 2.3.), o domínio normativo do princípio da igualdade incide sobre toda a atividade de criação do direito, o que decorre da remissão da sua previsão para a sua aplicação *em todas as situações de qualquer género*.

A asserção que se acaba de enunciar é confirmada pela prática da jurisprudência constitucional.

Com efeito, a independência da convocação do princípio da igualdade relativamente aos casos de direitos fundamentais resulta, de forma implícita, das inúmeras decisões judiciais que fiscalizaram a constitucionalidade, à luz do princípio da igualdade, de normas que não envolviam quaisquer problemas de direitos fundamentais.

Ademais, essa independência é afirmada expressamente pela jurisprudência constitucional. Neste sentido, veja-se o que ficou plasmado no acórdão n.º 367/99 do Tribunal Constitucional:

*“este princípio, com sede no artigo 13.º da Constituição da República Portuguesa, embora sistematicamente integrado na Parte I, Título I, da Constituição (Direitos e Deveres Fundamentais; Princípios Gerais), não está confinado à matéria dos direitos, liberdades e garantias, antes se impõe a toda a atividade legiferante do Estado”*¹¹².

Em sentido idêntico, num caso em que estava em causa a constitucionalidade, ante o princípio da igualdade, de uma norma da Lei do Jogo que vedava a entrada nas salas de jogos aos empregados das concessionárias que prestassem serviço nas mesmas – quando

¹¹¹ Neste sentido, REIS NOVAIS, *Princípios Estruturantes de Estado de Direito*, pp. 18 e ss.

¹¹² Acórdão n.º 367/99, de 16.06.1999, processo n.º 146/98, primeiro parágrafo do ponto 13.

não estivessem em serviço, naturalmente –, o Tribunal Constitucional considerou que “*tendo a ver com um princípio estruturante do Estado de Direito Democrático e do sistema constitucional global, dispensa ajuizar se o direito ao jogo de fortuna ou azar em espaços públicos para os efeitos destinados por lei se recorta como direito fundamental*”¹¹³.

Posto isto, e afastado um putativo pressuposto dos casos de igualdade, proceda-se à enunciação explicação sequencial dos seus pressupostos.

Um primeiro pressuposto diz respeito à seleção dos termos de comparação, sendo que sucede, não raras vezes, que a seleção realizada por quem espoletou o processo de fiscalização da constitucionalidade é feita de forma incompleta ou deficiente.

Quanto a este pressuposto, um bom exemplo pode ser encontrado no acórdão do Tribunal Constitucional n.º 396/2011¹¹⁴.

No pedido feito por um grupo de deputados à Assembleia da República, requereu-se que fosse declarada, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade das normas constantes do Lei do Orçamento do Estado para 2011 que estabeleciam uma redução da remuneração base mensal aos trabalhadores do setor público que auferissem um rendimento de valor superior a € 1.500,00 mensais, variando a redução consoante o rendimento de cada trabalhador. Os requerentes invocavam, entre outros argumentos, que aquelas normas padeciam de inconstitucionalidade por violação do princípio da igualdade.

Como se sabe, este foi um dos acórdãos da designada *jurisprudência da crise*, na qual o princípio da igualdade se viu convocado para avaliar as diferenças que as designadas *medidas de austeridade* criavam entre (a) os trabalhadores do setor público e pensionistas e (b) os trabalhadores do setor privado¹¹⁵.

¹¹³ Acórdão n.º 436/00, de 17.10.2000, processo n.º 309/95, quarto parágrafo do ponto 1.2.

¹¹⁴ Cfr. acórdão n.º 396/2011, de 21.09.2011, processo n.º 72/11.

¹¹⁵ Por jurisprudência da crise entende-se a jurisprudência dos acórdãos proferidos em sede de fiscalização abstrata da constitucionalidade sobre medidas legislativas aprovadas em consequência da crise económico-financeira (cfr. P. MOTA PINTO, “A Proteção da Confiança na Jurisprudência da Crise”, in G. ALMEIDA RIBEIRO/L. PEREIRA COUTINHO (org.), *O Tribunal Constitucional e a Crise*, Coimbra, Almedina, 2014, p.135). Por seu turno, as medidas de austeridade podem ser definidas como aquelas que foram tomadas para fazer frente à crise e que afetavam direitos fundamentais. Neste sentido, M. CANOTILHO/T. VIOLANTE/R. LANCEIRO, “Austerity Measures under Judicial Scrutiny: the Portuguese Constitutional Case Law”, in *ECLR*, Vol. 11, 2015, p.158. Entre as muitas medidas de austeridade adotadas contam-se, por exemplo, a proibição de promoção e progressão no setor público; a proibição de contratar mais funcionários públicos; a redução de funcionários públicos; cortes nas remunerações por

No entanto, facto é que os requerentes não enquadraram assim a questão. No que toca à violação do princípio da igualdade, o par comparativo por si selecionado era composto por (a) trabalhadores do setor público afetados pelas normas orçamentais e (b) trabalhadores do setor público não afetados pelas normas orçamentais¹¹⁶.

De facto, quem acabou por suscitar o termo de comparação *trabalhadores do setor privado* foi o próprio Tribunal Constitucional¹¹⁷.

Um segundo pressuposto diz respeito à qualificação do tratamento normativo dos termos de comparação selecionados – igual ou desigual – questão que, por vezes, assume contornos sensíveis.

A título de exemplo, considere-se o acórdão n.º 597/09 do Tribunal Constitucional. O caso consistia na comparação das duas seguintes situações, que surgiam no processo qualificadas como objeto de um tratamento normativo diferenciado:

- (a) a situação das concessionárias das autoestradas, que se encontravam sujeitas, através de uma previsão normativa específica, a uma presunção de culpa em caso de acidente rodoviário ocorrido na autoestrada e provocado por atravessamento de animais, recaindo, pois, sobre si, o ónus da prova do cumprimento das obrigações de segurança e
- (b) a das restantes concessionárias de infraestruturas – designadamente aeroportos, onde também podem ocorrer acidentes provocados pela presença de animais nas pistas –, e que não encontravam, no seu regime legal, uma norma como a aplicável às concessionárias das autoestradas.

trabalho extraordinário; aumento do horário de trabalho de 35 para 40 horas no setor público; a flexibilização do regime de despedimento de trabalhadores com vínculo público; a convergência de pensões; a introdução da sobretaxa de IRS; a redução de escalões do IRS; a redução de deduções à coleta; a introdução da contribuição extraordinária de solidariedade para os pensionistas; a introdução da contribuição de sustentabilidade também para os pensionistas ou a introdução da contribuição extraordinária para as pensões de doença e desemprego.

¹¹⁶ Na formulação dos requerentes, “na norma objeto deste pedido de fiscalização sucessiva da constitucionalidade ao Tribunal Constitucional, a discriminação negativa dos trabalhadores da Administração Pública é manifesta por terem sido prejudicados com esta redução definitiva de salários, sendo certo que há outras categorias de trabalhadores que são igualmente pagos com dinheiros públicos e que não foram atingidos por uma medida idêntica” (artigo 20 do pedido, acórdão n.º 396/2011, de 21.09.2011, processo n.º 72/11).

¹¹⁷ Lê-se no acórdão que “*subsiste, todavia, uma questão atinente ao princípio da igualdade, tendo a ver com o facto de os destinatários das medidas de redução serem apenas as pessoas que trabalham para o Estado e demais pessoas coletivas públicas, ou para quaisquer das restantes entidades referidas no n.º 9 do artigo 19º da Lei n.º 55-A/2011, de 31 de dezembro. Ficam de fora os trabalhadores com remunerações por prestação de atividade laboral subordinada nos setores privado e ativo, os trabalhadores por conta própria, bem como todos quantos auferem rendimentos de outra proveniência*” (acórdão n.º 396/2011, de 21.09.2011, processo n.º 72/11, sexto parágrafo do ponto 9).

Neste caso, ficou demonstrado, de forma muito clara, que o facto de uma das situações do par comparativo estar abrangida por uma previsão normativa específica, inexistindo tal previsão relativamente à outra situação do par comparativo, não determina que se esteja perante um tratamento normativo diferenciado, na medida em que é possível a aplicação da mesma solução normativa por via interpretativa.

Confira-se a argumentação do Tribunal Constitucional:

*“não se pode acompanhar a recorrente quando afirma que as duas situações são objeto de tratamento jurídico diferenciado em caso de acidente causado pelo atravessamento de um animal. Na verdade, o funcionamento de uma presunção de culpa que recaia sobre a concessionária das infraestruturas aeroportuárias, idêntica à estabelecida na alínea b) do n.º 1 do artigo 12.º, da Lei n.º 24/2007, de 18 de julho, pode ser encontrada, por atividade interpretativa, quer no artigo 799.º, n.º 1, do Código Civil, quer no artigo 493.º, n.º 1 do Código Civil, conforme se entenda que a respetiva responsabilidade tem origem contratual ou extracontratual”*¹¹⁸

O acórdão n.º 634/2015 constitui um outro caso em que o Tribunal Constitucional considerou não se ter demonstrado existir diferenciação normativa¹¹⁹.

Em causa estava uma norma da Lei do Orçamento do Estado para 2013 que suspendia a utilização gratuita dos transportes públicos rodoviários, fluviais e ferroviários por parte dos seus trabalhadores e dos membros dos respetivos agregados familiares.

Os recorrentes – a Comissão de Trabalhadores da CP –, alegavam que tal norma era inconstitucional por violação do princípio da igualdade, já que a mesma os penalizava em relação (a) aos demais cidadãos; (b) aos trabalhadores de outros meios de transporte público, designadamente, o aéreo e o marítimo e (c) aos gestores das empresas de transportes públicos rodoviários, ferroviários e fluviais.

¹¹⁸ Acórdão n.º 597/09, de 18.11.2009, processo n.º 981/08, vigésimo segundo parágrafo e ss. do ponto 2.4. No mesmo sentido, sobre a mesma questão, acórdão n.º 596/09, de 18.11.2009, processo n.º 951/08; acórdão n.º 629/09, de 02.12.2009, processo n.º 585/09; acórdão n.º 98/10, de 03.03.2010, processo n.º 831/09; acórdão n.º 375/10, de 11.10.2010, processo n.º 426/09 e acórdão n.º 224/11, de 03.05.2011, processo n.º 726/10.

¹¹⁹ Cfr. acórdão n.º 634/15, de 09.12.2015, processo n.º 190/15, terceiro parágrafo do ponto 12. Transcrevendo as suas palavras, “nem mesmo se sabe se existe diferenciação, quanto mais se esta, a existir, tem um fundamento sério”.

O Tribunal Constitucional considerou que ficava por demonstrar existir uma diferenciação entre os recorrentes e os grupos identificados:

“Estas comparações fazem pouco ou nenhum sentido. Desde logo, os «demais cidadãos», tanto quanto se sabe, nunca desfrutaram de concessões de viagem na CP (em geral, porque alguns grupos de cidadãos, como os magistrados, beneficiam de vantagens nos transportes, mas por razões de distinta natureza, decorrentes da especificidade das funções que exercem). Qual foi então a «penalização» dos trabalhadores dos transportes públicos rodoviários, ferroviários e fluviais relativamente a esses «demais cidadãos»? Quanto aos trabalhadores de empresas de transporte público aéreo ou marítimo, também se ignora se gozam, ou gozaram, de concessões feitas pelas suas empresas. Como comparar? No que respeita aos gestores das empresas de transportes públicos rodoviários, ferroviários e fluviais, igualmente se ignora se gozam de concessões de viagem”¹²⁰.

Assim, na hipótese de se revelar errada a qualificação do tratamento normativo entre o par comparativo, não existirá, naturalmente, caso de igualdade.

Por fim, a existência de comparabilidade entre os termos selecionados consubstancia também um pressuposto básico dos casos de igualdade.

O acórdão n.º 346/15 constitui um exemplo de um caso em que o Tribunal Constitucional considerou que os termos selecionados padeciam de incomparabilidade ante o critério de comparação selecionado.

Em causa estava a constitucionalidade das normas relativas às ações de reconhecimento judicial da paternidade, previstas nos artigos 1865.º, n.º 5, e 1869.º do Código Civil, na interpretação de que é possível proceder ao reconhecimento judicial da paternidade contra a vontade do pretense progenitor¹²¹.

Sustentava o recorrente no caso *sub iudice* que “*deveria ser assegurado ao pai biológico o direito a rejeitar a paternidade, como decorrência do livre desenvolvimento*

¹²⁰ Acórdão n.º 634/15, de 09.12.2015, processo n.º 190/15, segundo parágrafo e ss. do ponto 11.

¹²¹ No ordenamento português vigora um regime diferenciado de estabelecimento da paternidade. Se a mãe é casada, presume-se que o pai é o marido da mãe (artigo 1826.º, n.º 1, do Código Civil). Fora do casamento, a paternidade estabelece-se por perfilhação (artigo 1849.º do Código Civil) ou em resultado da procedência de ação de investigação de paternidade (artigos 1865.º, n.º 5, e 1869.º do Código Civil), podendo esta ação ser livremente intentada pelo filho ou pelo Ministério Público na sequência da procedência de uma averiguação oficiosa.

da sua personalidade e da reserva da sua vida privada e familiar, tal como se permitiu que a mulher pudesse proceder à interrupção voluntária da gravidez até às dez semanas, em nome do seu direito à autodeterminação, sob pena de se verificar uma desigualdade de tratamento, baseada no género”¹²².

O Tribunal Constitucional rejeitou esta comparação, tendo considerado não ser possível “*identificar um termo de comparação que permita fazer operar o princípio da igualdade*”¹²³.

Neste sentido, lê-se no acórdão que a linha de argumentação do recorrente “*parte de um erro de princípio – a constelação de interesses e valores em jogo na definição da licitude penal do ato de interrupção voluntária da gravidez por parte da mulher é substancialmente diversa daquela que preside aos termos da participação do homem no estabelecimento do vínculo jurídico da paternidade de criança já nascida*”¹²⁴.

A comparabilidade existiria se se comparasse as situações do homem e da mulher sob o critério do estabelecimento da filiação biológica nos casos em que esta é desconhecida.

Sendo certo que, se comparadas as situações sob este critério, chegar-se-ia à conclusão de que o tratamento jurídico que é dispensado a ambas é o mesmo: é possível proceder ao reconhecimento judicial da filiação – a paternidade ou maternidade biológica – contra a vontade do possível progenitor, nos termos dos artigos 1865.º, n.º 5, e 1869.º do Código Civil, em relação ao pretense pai, e dos artigos 1808.º, n.º 4, e 1814.º do mesmo diploma, em relação à pretense mãe¹²⁵.

Um outro caso em que o Tribunal Constitucional não admitiu a comparação foi no acórdão n.º 203/01.

Em causa estava a norma do Código de Processo Civil que determinava que, quando o Tribunal da Relação confirmasse inteiramente e sem qualquer voto de vencido a sentença proferida em primeira instância, quer quanto à decisão, quer quanto aos

¹²² Acórdão n.º 346/15, de 23.06.2015, processo n.º 85/15, quarto parágrafo do ponto 2. Esta posição segue a tese defendida por J. MARTINS RIBEIRO em *O Direito do Homem a Rejeitar a Paternidade de Filho Nascido Contra a Sua Vontade – A Igualdade na Decisão de Procriar*, Coimbra, 2013.

¹²³ Acórdão n.º 346/15, de 23.06.2015, processo n.º 85/15, décimo nono parágrafo do ponto 2.

¹²⁴ Acórdão n.º 346/15, de 23.06.2015, processo n.º 85/15, décimo sétimo parágrafo do ponto 2.

¹²⁵ Neste sentido, P. MACHETE, na sua declaração de voto no acórdão n.º 346/15, de 23.06.2015, processo n.º 85/15.

respetivos fundamentos, podia o acórdão limitar-se a negar provimento ao recurso, remetendo para os fundamentos da decisão impugnada.

Considerava o recorrente no caso *sub iudice* que a possibilidade desta economia de formalidades de que dispunha o tribunal não tinha paralelo na sua posição processual, onerada com a formulação de alegações e de conclusões, pelo que se havia de concluir pela inconstitucionalidade de tal norma por violação do princípio da igualdade.

O Tribunal Constitucional considerou que o facto de a lei processual civil consentir uma forma de decisão simplificada que não é admitida para as alegações das partes “*não permite o estabelecimento de um paralelo que possa fundar o juízo de desigualdade*”, já que “*num caso está em causa uma decisão de um tribunal de recurso, tirada coletivamente e sem divergência após uma anterior decisão jurisdicional; noutro caso está em causa a posição de uma das partes no processo, onerada com as alegações e a formulação de conclusões*”¹²⁶.

¹²⁶ Acórdão n.º 203/01, de 09.05.2001, processo n.º 713/00, quarto parágrafo do ponto 3. No mesmo sentido, sobre a mesma questão, acórdão n.º 465/18, de 03.10.2018, processo n.º 945/17. Muitos outros casos existem. Sem pretensões de exaustividade, cfr. acórdão n.º 99/88, de 28.04.1988, processo n.º 101/85 (caso em que se suscitou a inconstitucionalidade da norma do Código Civil que estabelecia um prazo para serem intentadas as ações de investigação de paternidade de filhos nascidos fora do casamento, por isso discriminar estes últimos em relação aos filhos nascidos do casamento, que beneficiavam de um regime de estabelecimento da filiação diverso. O Tribunal Constitucional considerou que “*é óbvio que não bastará invocar uma pura e simples exigência de «igualdade», tomando como termo de comparação o regime aplicável ao estabelecimento da filiação paterna dos filhos nascidos do casamento, para questionar aspetos (e no caso, concretamente, o da fixação de prazos para esse efeito) da disciplina legal relativa ao estabelecimento de semelhante filiação no que concerne aos filhos nascidos fora do matrimónio*”(quarto parágrafo do ponto 8); acórdão n.º 467/03, de 14.10.2003, processo n.º 125/03 (em causa estava a norma do Decreto-Lei n.º 210/90, de 27 de junho, que estabelecia um prazo para requerer a pensão de aposentação para os antigos funcionários e agentes da ex-administração pública ultramarina que não ingressaram no quadro geral de adidos diferente do previsto no Estatuto da Aposentação para os subscritores da Caixa Geral de Aposentações. O Tribunal Constitucional considerou que “*tratando-se, nestes casos, de uma situação diversa, não é a mesma comparável com as situações dos restantes subscritores ou ex-subscritores da Caixa Geral de Aposentações que têm direito à aposentação de acordo com o regime geral, cujos pressupostos de atribuição são diferentes. Não é, portanto, possível, com esse argumento, fundamentar uma violação do princípio da igualdade*” (quarto parágrafo do ponto 10); acórdão n.º 178/07, de 08.03.2007, processo n.º 1010/06 (normas do revogado Código dos Processos de Recuperação da Empresa e da Falência interpretadas no sentido de o credor hipotecário, tabularmente inscrito, em processo falimentar, relativamente a um bem do ativo da massa falida, não ter de ser citado pessoalmente, contando-se o prazo para a reclamação de créditos ou propositura da ação a partir dos anúncios publicados, mesmo que o credor deles não tenha conhecimento, enquanto que, nos termos do Código de Processo Civil, a citação dos credores que disponham de garantia real, tendo em vista a reclamação dos seus créditos, é obrigatoriamente pessoal. O Tribunal analisou a questão suscitada “*independentemente de não ser possível tomar como correspondendo a um tertium comparationis adequado a exigência em processo civil da citação pessoal dos credores que gozem de garantia real sobre os bens penhorados*”); acórdão n.º 719/04, de 21.12.2004, processo n.º 608/03 (caso em que a secretaria judicial havia tomado, erradamente, porventura por ser ilegível, por correspondente à assinatura de um terceiro a assinatura constante do aviso de receção da carta enviada ao executado para a sua citação, tendo, por isso, enviado carta em que se alargava o prazo para a defesa em cinco dias por esse facto, dando cumprimento ao disposto no Código de Processo Civil. Ora, o recorrente alegava que essa

Em síntese, os pressupostos dos casos de igualdade resumem-se (i) à correta seleção dos termos de comparação; (ii) à correta identificação de um tratamento normativo igual ou desigual entre o par comparativo e (iii) à existência de comparabilidade entre os termos selecionados – sendo que este último pressuposto redundará sempre na correta escolha do correto critério de comparação.

3.2. O paradigma da teoria da proibição do arbítrio

i. A origem da teoria da proibição do arbítrio em G. LEIBHOLZ

A teoria da proibição do arbítrio representa o marco mais importante da evolução histórica do princípio da igualdade. Tendo começado a impor-se no início do século XX, a proibição do arbítrio constitui, até aos dias de hoje, o critério paradigmático do princípio da igualdade enquanto parâmetro de controlo da constitucionalidade.

A teoria da proibição do arbítrio encontra em G. LEIBHOLZ o responsável pelo seu desenvolvimento na Europa, influenciado pela jurisprudência do Supremo Tribunal dos EUA, que interpretava a cláusula de igualdade da Décima Quarta emenda como uma proibição de leis arbitrárias¹²⁷.

A sua posição vingará desde cedo, tendo para tal contribuído o facto de o autor ter desempenhado o cargo de juiz do Tribunal Constitucional Federal no período compreendido entre 1951 e 1971¹²⁸.

dilação conduzia a um tratamento diferente daquele que era dispensado à pessoa citanda que faz a sua assinatura de forma legível. O Tribunal Constitucional considerou que “*não é possível comparar, sob o crivo do princípio da igualdade, as soluções ditadas pela lei relativas às situações em que ocorre erro da secretaria que determine que se tenha assinalado prazo para a defesa superior ao que a lei concede com as respeitantes às situações em que esse erro não ocorre. Na verdade, numa tal situação, falta o termo de comparação – o tertium comparationis. Sendo ontológica e axiologicamente diferentes as situações que se deparam ao legislador como carecidas de regulação, diferentes terão de ser, mesmo numa perspectiva do princípio da igualdade, as soluções a eleger*” (segundo parágrafo do ponto 16).

¹²⁷ Cfr. LEIBHOLZ, *Die Gleichheit vor dem Gesetz. Eine Studie auf rechtvergleichender und rechtsphilosophischer Grundlage*, pp.78-81, *apud* WIEGANDT, “Antiliberal Foundations, Democratic Convictions: the Methodological and Political Position of Gerhard Leibholz in the Weimar Republic”, in P. C. CALDWELL/W. E. SCHEURMAN (org.), *From Liberal Democracy to Fascism: Legal and Political Thought in the Weimar Republic*, p.116. Cfr. VILLACORTA MANCEBO, “Principio de Igualdad y Legislador: Arbitrariedad y Proporcionalidad como Límites (Probablemente Insuficientes)”, in *REP*, p.50; SIMÓN YARZA, “De la Igualdad como Límite a la Igualdad como Tarea del Estado. Evolución Histórica de un Principio”, in *REDC*, p.94; DRAY, *O Princípio da Igualdade no Direito do Trabalho: Sua Aplicabilidade no Domínio Específico da Formação de Contratos Individuais de Trabalho*, p.73.

¹²⁸ Assim, G. DRAY, *O Princípio da Igualdade no Direito do Trabalho: Sua Aplicabilidade no Domínio Específico da Formação de Contratos Individuais de Trabalho*, p.83. VILLACORTA MANCEBO afirma mesmo que G. LEIBHOLZ “impôs a sua tese com facilidade” enquanto membro do Tribunal Constitucional Federal (“Principio de Igualdad y Legislador: Arbitrariedad y Proporcionalidad como Límites (Probablemente Insuficientes)”, in *REP*, p.51). No mesmo sentido, J. CROON-GESTEFELD refere que o

Conforme já se referiu (cfr. 2.2.), a conceptualização de G. LEIBHOLZ parte da premissa de que, na República de Weimar, o Estado de Direito significava algo diferente daquilo que havia significado numa monarquia constitucional.

Em particular, G. LEIBHOLZ alegava que havia ocorrido uma mudança fundamental na relação entre o indivíduo e o Estado, que alterara o significado legal dos direitos civis¹²⁹.

Neste sentido, havia-se assistido a uma “mudança revolucionária das fundações constitucionais e políticas do Estado”, que impunha que se operasse uma alteração da interpretação do princípio da igualdade¹³⁰.

Quanto a esta matéria, conforme já se fez referência *supra* (cfr. 2.2.), G. LEIBHOLZ não se encontrava sozinho. No entanto, se as razões para interpretar o princípio da igualdade como *igualdade na formulação do Direito* já tinham sido esboçadas, faltava explicar em que moldes é que tal deveria ser feito, sendo precisamente neste âmbito que entra o contributo fundamental do autor¹³¹.

Como ponto de partida, G. LEIBHOLZ reconhece que a igualdade é um conceito altamente indeterminado, podendo ser definido como um elemento concretizador do conceito de justiça, que expressa, fundamentalmente, a ideia de “a cada um o seu” (*suum cuique*)¹³².

Admitindo que uma igualdade absoluta nunca se verifica, G. LEIBHOLZ refere que só se pode falar numa igualdade relativa, isto é, em relação a um qualquer aspeto.

autor esteve “significativamente envolvido na formulação da abordagem do Tribunal ao controlo da igualdade” (*Reconceptualising European Equality Law – a Comparative Institutional Analysis*, p.97).

¹²⁹ Cfr. LEIBHOLZ, *Die Gleichheit vor dem Gesetz. Eine Studie auf rechtvergleichender und rechtsphilosophischer Grundlage*, p.34, *apud* “Antiliberal Foundations, Democratic Convictions: the Methodological and Political Position of Gerhard Leibholz in the Weimar Republic”, in P. C. CALDWELL/W. E. SCHEURMAN (org.), *From Liberal Democracy to Fascism: Legal and Political Thought in the Weimar Republic*, p.117.

¹³⁰ LEIBHOLZ, *Die Gleichheit vor dem Gesetz. Eine Studie auf rechtvergleichender und rechtsphilosophischer Grundlage*, p.34, *apud* WIEGANDT, “Antiliberal Foundations, Democratic Convictions: the Methodological and Political Position of Gerhard Leibholz in the Weimar Republic”, in P. C. CALDWELL/W. E. SCHEURMAN (org.), *From Liberal Democracy to Fascism: Legal and Political Thought in the Weimar Republic*, p.117.

¹³¹ Cfr. WIEGANDT, “Antiliberal Foundations, Democratic Convictions: the Methodological and Political Position of Gerhard Leibholz in the Weimar Republic”, in P. C. CALDWELL/W. E. SCHEURMAN (org.), *From Liberal Democracy to Fascism: Legal and Political Thought in the Weimar Republic*, p.115.

¹³² Cfr. LEIBHOLZ, *Die Gleichheit vor dem Gesetz. Eine Studie auf rechtvergleichender und rechtsphilosophischer Grundlage*, pp.7-8, *apud* WIEGANDT, “Antiliberal Foundations, Democratic Convictions: the Methodological and Political Position of Gerhard Leibholz in the Weimar Republic”, in P. C. CALDWELL/W. E. SCHEURMAN (org.), *From Liberal Democracy to Fascism: Legal and Political Thought in the Weimar Republic*, p.115.

Ademais, o autor refere que, caso se encontrem diferenças “relevantes”, é possível, ou até mesmo obrigatório, tratar de modo diferente, sendo, nesse caso, as normas diferenciadoras uma expressão de igualdade¹³³.

Deste modo, verifica-se que o autor acolheu o conceito aristotélico de igualdade, referindo mesmo que ele resulta de vários preceitos constitucionais, não trazendo, porém, mais desenvolvimentos acerca do conteúdo do mesmo¹³⁴.

Na realidade, um tal exercício ficou prejudicado pelo facto de G. LEIBHOLZ considerar que a resposta para a questão de saber o que era igual e justo, embora possível, só era válida para um determinado contexto histórico, que remetia para a “consciência jurídica da comunidade”¹³⁵.

Neste seguimento, G. LEIBHOLZ considerava que, no âmbito de um sistema parlamentar e representativo, a determinação do que é igual e desigual e, consequentemente, daquilo que é justo ou injusto, pertencia, primordialmente, ao domínio do processo legislativo¹³⁶.

O autor reconhecia que a “consciência jurídica da comunidade” não era suficientemente clara e não conseguia ser determinada com a clareza exigível. Noutras

¹³³ Cfr. LEIBHOLZ, *Die Gleichheit vor dem Gesetz. Eine Studie auf rechtvergleichender und rechtsphilosophischer Grundlage*, p.46 apud WIEGANDT, “Antiliberal Foundations, Democratic Convictions: the Methodological and Political Position of Gerhard Leibholz in the Weimar Republic”, in P. C. CALDWELL/W. E. SCHEURMAN (org.), *From Liberal Democracy to Fascism: Legal and Political Thought in the Weimar Republic*, p.115.

¹³⁴ Cfr. WIEGANDT, “Antiliberal Foundations, Democratic Convictions: the Methodological and Political Position of Gerhard Leibholz in the Weimar Republic”, in P. C. CALDWELL/W. E. SCHEURMAN (org.), *From Liberal Democracy to Fascism: Legal and Political Thought in the Weimar Republic*, p.114. Por esta razão, há quem afirme que G. LEIBHOLZ se “recusou, deliberadamente, a fornecer uma definição positiva de igualdade” (CROON-GESTEFELD, *Reconceptualising European Equality Law – a Comparative Institutional Analysis*, p.97).

¹³⁵ Cfr. LEIBHOLZ, *Die Gleichheit vor dem Gesetz. Eine Studie auf rechtvergleichender und rechtsphilosophischer Grundlage*, p.87, apud VILLACORTA MANCEBO, “Principio de Igualdad y Legislador: Arbitrariedad y Proporcionalidad como Límites (Probablemente Insuficientes)”, in *REP*, p.48. O autor rejeitava a conceção de justiça providenciada por uma lei natural, que assumia a existência de valores absolutos, básicos e imutáveis (cfr. LEIBHOLZ, *Die Gleichheit vor dem Gesetz. Eine Studie auf rechtvergleichender und rechtsphilosophischer Grundlage*, pp.58-59, apud WIEGANDT, “Antiliberal Foundations, Democratic Convictions: the Methodological and Political Position of Gerhard Leibholz in the Weimar Republic”, in P. C. CALDWELL/W. E. SCHEURMAN (org.), *From Liberal Democracy to Fascism: Legal and Political Thought in the Weimar Republic*, p.115.

¹³⁶ Cfr. LEIBHOLZ, *Die Gleichheit vor dem Gesetz und das Bonner Grundgesetz*, in *Deutsches Verwaltungsblatt*, n.º 66, 1951, pp.193-195 apud CROON-GESTEFELD, *Reconceptualising European Equality Law – a Comparative Institutional Analysis*, p.97.

palavras, que a “consciência jurídica da comunidade” era, no plano epistémico, quase intangível¹³⁷.

O autor ultrapassou esta questão de uma forma bastante pragmática: se não era possível determinar aquilo que era igual, aquilo que a “consciência jurídica da comunidade” considerava como justo num sentido ideal, demonstrava-se possível determinar aquilo que era “extremamente injusto”¹³⁸.

É aqui que entra a *proibição do arbítrio*: o conceito de “extremamente injusto” é representado pela noção de arbítrio. Neste sentido, arbitrária é toda a norma “sem razões plausíveis”, sem uma qualquer relação com o seu fim, ou com uma relação claramente insuficiente. Por conseguinte, a norma de igualdade podia ser definida como uma provisão que proibia o arbítrio¹³⁹.

Neste sentido, haveria que, por razões fundamentalmente práticas, limitar as exigências de igualdade à proibição do arbítrio. Esta lógica transpunha-se para o

¹³⁷ Cfr. LEIBHOLZ, *Die Gleichheit vor dem Gesetz. Eine Studie auf rechtvergleichender und rechtsphilosophischer Grundlage*, pp.61-77, apud WIEGANDT, “Antiliberal Foundations, Democratic Convictions: the Methodological and Political Position of Gerhard Leibholz in the Weimar Republic”, in P. C. CALDWELL/W. E. SCHEURMAN (org.), *From Liberal Democracy to Fascism: Legal and Political Thought in the Weimar Republic*, p.116. Em sentido concordante, M. NOGUEIRA DE BRITO refere que “a consciência jurídica, se encarada num plano epistémico, é dificilmente identificável especialmente no mundo atual, caracterizado por um forte dissenso de perspetivas normativas” (“Medida e Intensidade do Controlo da Igualdade na Jurisprudência da Crise do Tribunal Constitucional”, in ALMEIDA RIBEIRO/PEREIRA COUTINHO (org.), *O Tribunal e a Crise – Ensaios Críticos*, p.116).

¹³⁸ Cfr. LEIBHOLZ, *Die Gleichheit vor dem Gesetz. Eine Studie auf rechtvergleichender und rechtsphilosophischer Grundlage*, pp.61-77, apud WIEGANDT, “Antiliberal Foundations, Democratic Convictions: the Methodological and Political Position of Gerhard Leibholz in the Weimar Republic”, in P. C. CALDWELL/W. E. SCHEURMAN (org.), *From Liberal Democracy to Fascism: Legal and Political Thought in the Weimar Republic*, p.116. Na explicação adiantada por M. NOGUEIRA DE BRITO, a consciência jurídica da comunidade “manifesta-se com toda a clareza apenas em casos especiais, sobretudo em face de atos arbitrários” (“Medida e Intensidade do Controlo da Igualdade na Jurisprudência da Crise do Tribunal Constitucional”, in ALMEIDA RIBEIRO/PEREIRA COUTINHO (org.), *O Tribunal e a Crise – Ensaios Críticos*, p.116).

¹³⁹ Cfr. LEIBHOLZ, *Die Gleichheit vor dem Gesetz. Eine Studie auf rechtvergleichender und rechtsphilosophischer Grundlage*, p.76, apud WIEGANDT, “Antiliberal Foundations, Democratic Convictions: the Methodological and Political Position of Gerhard Leibholz in the Weimar Republic”, in P. C. CALDWELL/W. E. SCHEURMAN (org.), *From Liberal Democracy to Fascism: Legal and Political Thought in the Weimar Republic*, p.116. Arbitrário também surge definido como tudo aquilo “que se revela decidido com desprezo patente e manifesto pelo Direito e pela justiça” (cfr. LEIBHOLZ, *Die Gleichheit vor dem Gesetz. Eine Studie auf rechtvergleichender und rechtsphilosophischer Grundlage*, p.72, apud OTERO, *Direito do Procedimento Administrativo*, Vol. I, p.240); “que não se baseie num fundamento razoável, objetivo e claro” (LEIBHOLZ, *Die Gleichheit vor dem Gesetz. Eine Studie auf rechtvergleichender und rechtsphilosophischer Grundlage*, p.237, apud VILLACORTA MANCEBO, “Principio de Igualdad y Legislador: Arbitrariedad y Proporcionalidad como Límites (Probablemente Insuficientes)”, in *REP*, p.48); como um “conceito correlativo oposto à justiça e significa a sua negação radical e absoluta” (LEIBHOLZ, *Die Gleichheit vor dem Gesetz. Eine Studie auf rechtvergleichender und rechtsphilosophischer Grundlage*, p.72, apud NOGUEIRA DE BRITO, “Medida e Intensidade do Controlo da Igualdade na Jurisprudência da Crise do Tribunal Constitucional”, in ALMEIDA RIBEIRO/PEREIRA COUTINHO (org.), *O Tribunal e a Crise – Ensaios Críticos*, p.116).

controlo judicial da igualdade: os tribunais deviam limitar-se a verificar se o legislador tinha agido de forma arbitrária quando formulou a lei.

Da tese de G. LEIBHOLZ resulta uma identificação plena da norma de igualdade com a intensidade do seu controlo, sendo que, de facto, a sua tese esteve especialmente pensada para limitar o controlo judicial das escolhas feitas pelo legislador¹⁴⁰.

Assim, profundamente enformadora da construção de G. LEIBHOLZ está a preocupação com a separação de poderes. Pode dizer-se que, com a limitação do sentido do princípio da igualdade à proibição do arbítrio, G. LEIBHOLZ pensava combater os perigos de uma eventual insegurança jurídica e da sobreposição potencial do poder judicial aos poderes legislativo e executivo. O desenvolvimento de uma igualdade redimida apenas no exame do arbítrio assenta “numa ideia de controlo judicial da lei que pretende respeitar a competência decisória do legislador”¹⁴¹.

A jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão assimilou, desde cedo, a teoria da proibição do arbítrio enquanto critério do princípio da igualdade enquanto parâmetro de controlo da constitucionalidade. A primeira vez em que a jurisdição constitucional alemã avaliou a constitucionalidade de uma norma à luz do artigo 3º, n.º 1, da Lei Fundamental – que consagra o princípio da igualdade – foi na decisão *Südweststaat*¹⁴².

A factualidade subjacente ao caso *Südweststaat* remonta ao tempo da reestruturação do território da República Federal Alemã (RFA). Depois do final da II Guerra Mundial, a região sudoeste da Alemanha (*Südweststaat*) foi dividida em três Estados, que ficaram sob controlo francês e americano, no quadro da ocupação aliada da Alemanha.

Em 1951, foi aprovada uma lei que estabelecia as formalidades de um referendo a realizar na região *Südweststaat*, em ordem a reorganizá-la e unificá-la num só Estado. Com efeito, previa-se uma divisão da região em quatro distritos eleitorais e estabelecia-se que a aprovação da unificação em três deles era suficiente para unificar político-territorialmente os três Estados do sudoeste da Alemanha. O resultado do referendo

¹⁴⁰ Cfr. NOGUEIRA DE BRITO, “Medida e Intensidade do Controlo da Igualdade na Jurisprudência da Crise do Tribunal Constitucional”, in ALMEIDA RIBEIRO/PEREIRA COUTINHO (org.), *O Tribunal e a Crise – Ensaios Críticos*, p.114.

¹⁴¹ NOGUEIRA DE BRITO, “Medida e Intensidade do Controlo da Igualdade na Jurisprudência da Crise do Tribunal Constitucional”, in ALMEIDA RIBEIRO/PEREIRA COUTINHO (org.), *O Tribunal e a Crise – Ensaios Críticos*, p.117.

¹⁴² Cfr. *BVerfGE* 1, 14, apud CROON-GESTEFELD, *Reconceptualising European Equality Law – a Comparative Institutional Analysis*, p.93.

ditou a unificação, em 1952, dos antigos Estados de Baden, Württemberg-Baden e Württemberg-Hohenzollern num único Estado: o Baden-Württemberg.

Ora, o Governo de Baden contestou essa lei junto do Tribunal Constitucional Federal, alegando que a mesma afrontava o princípio da igualdade, na medida em que a Lei Fundamental exigia, em geral, para efeitos de reorganização territorial, a aprovação da maioria da população de cada Estado, sendo que só a região sudoeste era excluída deste regime.

Na sua análise, o Tribunal Constitucional Federal considerou que “*a garantia de igualdade é violada quando um fundamento razoável, decorrente da natureza das coisas ou objetivamente plausível, é insuscetível de ser encontrado para a diferenciação legal ou para o tratamento igual; em síntese, se a provisão for arbitrária*”¹⁴³.

No final, o Tribunal decidiu que o tratamento especial à região sudoeste era justificado, tendo em conta que a sua fragmentação era mais provisória do que a de outras regiões e que existia uma convicção comum de que a situação da região era insustentável¹⁴⁴.

Inaugurava-se, assim, a fórmula arbitrária (*Willkürformel*). Contudo, à medida que se foi multiplicando a sua aplicação, a doutrina foi começando a apontar as suas insuficiências¹⁴⁵.

Não obstante, a teoria implantou-se desde cedo em Portugal, registando-se que a sua importação remonta aos tempos da Comissão Constitucional, nos moldes que, em seguida, se passam a descrever.

ii. A importação da teoria da proibição do arbítrio pela Comissão Constitucional

Os pareceres e acórdãos da Comissão Constitucional são da maior importância para a compreensão da configuração jurisprudencial do princípio da igualdade: neles residem as suas origens¹⁴⁶.

¹⁴³ Cfr. *BVerfGE* 1, 14, 52, *apud* CROON-GESTEFELD, *Reconceptualising European Equality Law – a Comparative Institutional Analysis*, p.93.

¹⁴⁴ Cfr. *BVerfGE* 1, 14, 53, *apud* CROON-GESTEFELD, *Reconceptualising European Equality Law – a Comparative Institutional Analysis*, p.125.

¹⁴⁵ Para algumas decisões que aplicam a fórmula arbitrária, cfr. *BVerfGE* 55, 114; 90, 226; 105, 73; 123, 1\, 125, 1, *apud* CROON-GESTEFELD, *Reconceptualising European Equality Law – a Comparative Institutional Analysis*, p.127.

Relativamente à introdução da teoria da proibição do arbítrio, regista-se que os pareceres n.º 5/77 e 24/77 abrirão caminho, mas será o parecer n.º 3/78 que formulará expressamente a teoria pela primeira vez¹⁴⁷.

Descendo ao caso concreto, o mesmo remete para o decretamento, por parte do Conselho da Revolução, da expulsão das fileiras das Forças Armadas dos autores dos

¹⁴⁶ A Comissão Constitucional foi um órgão auxiliar do Conselho da Revolução especificamente dirigido para o controlo da constitucionalidade. Competia-lhe emitir parecer no âmbito da fiscalização preventiva, da fiscalização abstrata sucessiva e da fiscalização da inconstitucionalidade por omissão. Simultaneamente, a Comissão partilhava a fiscalização concreta com todos os tribunais, cabendo-lhe decidir em última instância, sob a forma de acórdão, dos recursos interpostos das decisões dos tribunais que recusassem a aplicação de normas com fundamento em inconstitucionalidade e, bem assim, das decisões dos tribunais que aplicassem normas anteriormente julgadas inconstitucionais pela Comissão. Merece nota o facto de o Conselho da Revolução ter seguido, na esmagadora maioria dos casos, os pareceres emitidos pela Comissão Constitucional. Dos 213 pareceres exarados pela Comissão, apenas em 13 casos (6,1% do total) o Conselho se afastou da sua orientação (cfr. “Breve História do Tribunal Constitucional”, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/tribunal-historia.html#b6>). O Tribunal Constitucional só começou a funcionar em 1983, na sequência da primeira revisão constitucional, em 1982. Sobre esse período, A. ARAÚJO, “A Construção da Justiça Constitucional Portuguesa: o Nascimento do Tribunal Constitucional”, in *AS*, n.º 134, 1995; M. LOBO ANTUNES, “A Fiscalização da Constitucionalidade das Leis no Primeiro Período Constitucional: a Comissão Constitucional”, in *AS*, n.ºs 81-82, 1984; A. RIBEIRO MENDES, “O Conselho da Revolução e a Comissão Constitucional na Fiscalização da Constitucionalidade das Leis (1976-1983)”, in M. BAPTISTA COELHO (coord.), *Portugal – O Sistema Político e Constitucional 1974-1987*, Lisboa, 1989; J. MIRANDA, *Recordando a Comissão Constitucional*, Lisboa, 2019, pp.9-27.

Notando a importância do contributo da Comissão Constitucional para a configuração do parâmetro da igualdade, ALBUQUERQUE, *Da Igualdade. Introdução à jurisprudência*, p.83. Com a mesma observação, A. VENTURA, “Comissão Constitucional: História, Memória e Atividade Jurídica”, in APDC, n.º 1, 2008, p.22. Também neste sentido, PEREIRA, “Igualdade e Proporcionalidade: um Comentário às Decisões do Tribunal Constitucional de Portugal Sobre Cortes Salariais no Sector Público”, in *REDC*, p.320. O autor refere que o Tribunal Constitucional “acolheu a doutrina elaborada nos pareceres e nos acórdãos da Comissão Constitucional”. O próprio Tribunal Constitucional reconhece a influência da Comissão Constitucional na sua jurisprudência. Assim, veja-se, entre tantos outros, o acórdão n.º 153/12, de 27.03.2012, processo n.º 18/11, segundo parágrafo do ponto 4, aí se lendo que a jurisprudência constitucional sobre o princípio da igualdade “*tem raízes significativas na jurisprudência da Comissão Constitucional*”.

Neste âmbito, registre-se que o primeiro de todos os pareceres da Comissão Constitucional, o parecer n.º 1/76, recorreu logo ao princípio da igualdade na sua análise da constitucionalidade, tendo mesmo sido fundamento para que fosse dado parecer de inconstitucionalidade no caso *sub iudice*. O objeto do parecer n.º 1/76 remetia para um Decreto aprovado pela Assembleia Legislativa da Região Autónoma da Madeira que criava um regime de preferência baseado na origem ou residência na região para efeitos de recondução, colocação ou estágio de professores em estabelecimentos de ensino da região.

¹⁴⁷ Não se concorda, pois, com R. A. PEREIRA quando o autor refere que “a fórmula da proibição do arbítrio surge, pela primeira vez, na declaração de voto do Professor Doutor Figueiredo Dias, no parecer n.º 2/81” (“Igualdade e Proporcionalidade: um Comentário às Decisões do Tribunal Constitucional de Portugal Sobre Cortes Salariais no Sector Público”, in *REDC*, p.320). Aliás, o próprio J. FIGUEIREDO DIAS, nessa declaração de voto, considerou que são “*as tomadas de posição*” anteriores da Comissão Constitucional que fazem resultar a ilação de que “*a proteção material conferida pelo princípio geral da igualdade assume, essencialmente, o carácter de uma «proibição de arbítrio»*”, algo que constitui “*um património doutrinário mínimo*” que resulta “*patente e indiscutivelmente da jurisprudência anterior desta Comissão*” (parecer n.º 2/81, de 13 de janeiro, in *Pareceres da Comissão Constitucional*, Vol. XIV, 2012, pp.81-82).

golpes contrarrevolucionários de 11 de março e de 25 de novembro de 1975 que se tivessem furtado ou se viessem a furtar às suas responsabilidades fugindo do País¹⁴⁸.

Em concreto, a análise da violação do princípio da igualdade suscitou-se a propósito da aplicação imediata da pena de expulsão a 19 oficiais das Forças Armadas, identificados pelos seus nomes numa lista anexa.

Ora, a Comissão Constitucional identificou aqui um problema de igualdade, designadamente entre (a) os militares identificados na lista anexa, que eram punidos sem audiência, sem defesa prévia e sem possibilidade de recurso e (b) os restantes militares que viessem a ser objeto de decisão de expulsão das fileiras das Forças Armadas por parte do Conselho da Revolução, que gozavam das garantias referenciadas.

A Comissão concluiu que tal tratamento normativo era arbitrário e, consequentemente, violador do princípio da igualdade:

“não é imaginável qualquer razão objetiva para discriminação de tratamento entre os revoltosos da lista anexa e os restantes que viessem a cair na alçada do artigo 1.º posteriormente à sua entrada em vigor. É, assim, arbitrária tal discriminação e infringe, portanto, o dito princípio constitucional da igualdade jurídica dos cidadãos perante a lei por não haver qualquer razão objetiva que a justifique”¹⁴⁹.

A Comissão voltou a proibição do arbítrio no parecer n.º 14/78¹⁵⁰. Em causa estava a constitucionalidade de várias normas que estabeleciam a designada “preferência

¹⁴⁸ O artigo 1.º do diploma em causa – Decreto-Lei n.º 147-D/75, de 21 de março – dispunha que “são expulsos das fileiras das Forças Armadas os autores do golpe contrarrevolucionário de 11 de março que se furtaram ou se venham a furtar às responsabilidades fugindo do País”.

¹⁴⁹ Parecer n.º 3/78, de 19 de janeiro, in *Pareceres da Comissão Constitucional*, Vol. IV, 2012, p.167.

¹⁵⁰ Parecer 14/78, de 4 de maio de 1978, in *Pareceres da Comissão Constitucional*, Vol. V, 2012, p.58. A Comissão referirá, a respeito do princípio da igualdade, que “algumas soluções se podem considerar adquiridas, com certa unanimidade”, uma delas sendo a de que “as diferenciações de tratamento de situações aparentemente iguais se não de justificar, no mínimo, por qualquer fundamento material ou razão de ser que se não apresente arbitrária ou desrazoável, por isto ser contrário à justiça e, portanto, à igualdade, de modo que a legislação, não obstante a margem de livre apreciação que lhe fica para além desse mínimo, não se traduza em «impulsos momentâneos ou caprichosos, sem sentido e consequência». A exigência da satisfação de exigências postas pela própria Constituição ou outras razões imporão, por vezes, que a lei não seja aparentemente igual para todos os cidadãos, desde que tais desvios aparentes se não possam apresentar como «expressão de privilégios ou de encargos ligados às pessoas como tais» (v.g. a proteção da maternidade, certas isenções tributárias a favor de rendimentos que não atinjam um certo nível, a reserva de certos empregos ou regalias a favor de inválidos de guerra, etc). São as «desigualdades legislativas de compensação ou de concreta igualização de condições», como se exprime CASTANEHIRA NEVES, harmónicas ainda com o princípio da igualdade, no seu mais exigente e moderno sentido da igualdade social ou de facto, cuja promoção a Constituição (artigo 81.º, alínea c)) incumbe ao Estado, entre as suas tarefas prioritárias”.

conjugal” na colocação de professores efetivos do ensino primário, preparatório e secundário. O que sucedia era que os professores efetivos desses graus de ensino que fossem casados com um funcionário público beneficiavam de preferência na sua colocação em estabelecimento de ensino existente na localidade onde o respetivo cônjuge trabalhasse¹⁵¹.

Neste contexto, identificou-se uma diferenciação relativamente às duas seguintes situações: (a) a situação dos professores casados com outros profissionais e (b) a situação de todos os professores não casados.

A Comissão concluiu que a diferenciação estabelecida não era arbitrária, por três ordens de razões: (i) constituía um “*atrativo da função pública, um benefício inerente a essa função*”; (ii) a “*concessão do benefício a todos os professores casados prestar-se-ia a fraudes*” e (iii) constituía, também, uma “*correção das desigualdades sociais, que existiam sem ela, entre professores com duas residências e os maiores encargos económicos inerentes e professores que, por serem casados com profissionais privados, conseguirão mais facilmente corrigir por si tais dificuldades*”¹⁵².

Depois deste parecer, a proibição do arbítrio só surgirá novamente na bem conhecida declaração de voto de J. FIGUEIREDO DIAS no parecer n.º 2/81.

Constata-se, pois, que a teoria da proibição do arbítrio não dominou o parâmetro da igualdade durante o período da Comissão Constitucional. Na realidade, durante esse período, o critério primordial de controlo consistiu na formulação de juízos comparativos, numa lógica de aplicação pura do conteúdo normativo do princípio da

¹⁵¹ A Comissão começou logo por colocar o problema de igualdade nos termos da proibição do arbítrio: “*temos de examinar se tal discriminação ou desigualdade é arbitrária ou desrazoável, se tem o sentido de um privilégio injustificado ou se, diversamente, se trata de uma discriminação que se apresente com uma justificação objetiva, razoável ou não arbitrária*” (parecer 14/78, de 4 de maio de 1978, in *Pareceres da Comissão Constitucional*, Vol. V, 2012, p.58).

¹⁵² Parecer 14/78, de 4 de maio de 1978, in *Pareceres da Comissão Constitucional*, Vol. V, 2012, pp.58 e ss. A respeito da situação em (b), a Comissão acrescentou ainda um outro argumento: “*o prejuízo inerente a esta diferenciação residual é, aliás, mínimo, pois o que conta, sobretudo, é que não seja prejudicada a graduação em função do mérito para efeitos de ingresso e promoções, não havendo como que um direito à localidade para as colocações em funções públicas*”, isto porque “*a «preferência conjugal» consiste hoje, na verdade, apenas no seguinte: os professores efetivos (ou do quadro) do ensino primário, bem como os professores efetivos dos ensinos preparatório e secundário, já providos num primeiro movimento para lugares do pessoal docente do quadro, poderão pedir, num segundo movimento para lugares deixados vagos ou disponíveis, a sua colocação precária e anual em estabelecimento de ensino na localidade onde o seu cônjuge-funcionário tem a sua residência, sendo graduado à frente de professores de menor categoria e para esse exclusivo efeito*” (parecer 14/78, de 4 de maio de 1978, in *Pareceres da Comissão Constitucional*, Vol.V, 2012, p.60).

igualdade ou, o mesmo é dizer, da fórmula aristotélica. Aliás, foi precisamente este método que foi utilizado pela Comissão no parecer n.º 2/81.

A declaração de voto de J. FIGUEIREDO DIAS no parecer n.º 2/81 é tradicionalmente considerada o marco fundador da teoria da proibição do arbítrio na jurisprudência constitucional portuguesa.

Apesar de, como se viu, a Comissão já ter recorrido à proibição do arbítrio em pareceres anteriores, facto é que foi partir dessa declaração que se assistiu a uma monopolização do parâmetro da igualdade por parte da fórmula arbitrária.

Em causa estavam as normas da Lei do Serviço Militar que determinavam, para efeitos de acesso a cargos públicos por concurso, uma preferência a favor dos indivíduos que tivessem cumprido serviço efetivo nas Forças Armadas¹⁵³.

Esta lei estabelecia, portanto, uma diferença de tratamento entre (a) os indivíduos que haviam prestado serviço militar e (b) aqueles que não o haviam prestado¹⁵⁴.

Contudo, não será esta a diferenciação de tratamento que a Comissão, mas a uma outra, simultaneamente prevista, que definia, dentro da categoria de indivíduos que houvessem prestado serviço militar, uma ordem de prioridade em função de certas circunstâncias¹⁵⁵.

A Comissão Constitucional considerou a norma inconstitucional, tendo, para o efeito, recorrido a um método comparativo. Com efeito, apurou os termos de

¹⁵³ Mais concretamente, cargos do Estado e das demais pessoas coletivas de direito público, bem como das pessoas coletivas de utilidade pública administrativa ou dos organismos de coordenação económica.

¹⁵⁴ Apesar de, naquela altura, a prestação de serviço militar revestir carácter obrigatório para os homens, a Constituição previa – e continua a prever –, no seu artigo 276.º, várias situações que dispensam a prestação de serviço militar, a saber: a dos cidadãos considerados inaptos, a dos objetores de consciência ao serviço militar e a dos cidadãos não sujeitos a deveres militares. Havia, ainda, a situação das mulheres, para quem o serviço militar era de carácter facultativo, o que resultava numa baixa percentagem de mulheres a prestar serviço militar.

¹⁵⁵ O n.º 2 do artigo 52.º previa a seguinte ordem de prioridade entre os concorrentes que houvessem prestado serviço militar: “a) promoção por distinção; b) condecoração por feitos heroicos, de acordo com a respetiva precedência legal; c) prestação de serviço efetivo em forças militares ou militarizadas em operações; d) prestação de serviço efetivo em forças militares ou militarizadas deslocadas de uma para outra parcela do território nacional ou para fora dele ou em comissão militar desempenhada nas mesmas circunstâncias; e) prestação de serviço efetivo nas forças armadas em condições não abrangidas pelas alíneas anteriores”. Já o n.º 3 estabelecia que “Nas mesmas condições de prioridade estabelecidas nas alíneas do n.º 2 preferem os que tenham maior número de períodos trimestrais de serviço efetivo nas forças armadas”. Por último, o n.º 4 dispunha que “Sem prejuízo da concessão de outros benefícios, os que tenham sofrido diminuições físicas em serviço efetivo nas forças armadas ou por motivo do mesmo têm precedência para efeitos do n.º 1 e antes da escala de preferências do n.º 2, desde que a diminuição física seja compatível com o exercício do cargo a que concorram”.

comparação como iguais, o que levou ao parecer de inconstitucionalidade da diferença de tratamento¹⁵⁶.

Foi precisamente contra esta lógica que se insurgiu J. FIGUEIREDO DIAS na sua declaração de voto. As palavras, reproduzidas *ad nauseam* pela jurisprudência constitucional posterior, são as seguintes:

*“a proteção material conferida pelo princípio geral da igualdade assume, essencialmente, o caráter de uma «proibição de arbítrio», isto é, de uma proibição de medidas manifestamente desproporcionadas ou inadequadas, por um lado, à ordem constitucional dos valores e, por outro, à situação fáctica que se pretende regulamentar ou ao problema que se deseja decidir”*¹⁵⁷

Aplicando esta lógica ao caso concreto, J. FIGUEIREDO DIAS considerou que a questão de saber se existia uma violação do princípio geral da igualdade no caso *sub iudice*, por se estar perante uma diferenciação arbitrária, merecia uma “*resposta rotundamente negativa*”¹⁵⁸.

De acordo com J. FIGUEIREDO DIAS, o arbítrio inexistia porque, além da preferência só valer em casos em que existisse igualdade de classificação ou de graduação –

¹⁵⁶ A Comissão começou por chamar à colação o seu parecer n.º 1/76 para reiterar a fórmula aristotélica: “*desde o primeiro parecer discutido e aprovado no seu seio, que esta Comissão definiu (...) o que se deve entender por expressão particular do princípio da igualdade perante a lei. Com efeito, naquele parecer se disse que «a igualdade perante a lei reclama agora, não que todos sejam tratados, em quaisquer circunstâncias, por forma idêntica, mas sim que recebam tratamento semelhante os que se acham em condições semelhantes»* (parecer n.º 2/81, de 13 de janeiro, in *Pareceres da Comissão Constitucional*, Vol. XIV, 2012, p.74). Em seguida, a Comissão concluiu que as pessoas que integram as situações das normas dos n.ºs 2, 3 e 4 do artigo 52.º eram iguais, pelo que não se lhes podia conceder tratamento diferenciado. Com efeito, “*se, em certos casos, será difícil definir o que são «condições semelhantes», já não parece difícil proceder a essa caracterização no caso em apreciação. Isto porque se trata, aqui, de uma categoria de cidadãos claramente identificável: todos aqueles que satisfizeram uma mesma obrigação constitucionalmente decretada, na ocorrência, o exercício do serviço militar obrigatório*”. Assim, se não se invalidassem estas normas, “*contrariamente à doutrina do citado parecer 1/76, cidadãos que se acham, juridicamente, em «condições semelhantes» não receberiam, ainda juridicamente, «tratamento semelhante»*” (parecer n.º 2/81, de 13 de janeiro, in *Pareceres da Comissão Constitucional*, Vol. XIV, 2012, p.74).

¹⁵⁷ Parecer n.º 2/81, de 13 de janeiro, in *Pareceres da Comissão Constitucional*, Vol. XIV, 2012, p.82. Sendo que este excerto vinha precedido da constatação de que tal asserção resultava “*patente e indiscutivelmente da jurisprudência anterior desta Comissão*”.

¹⁵⁸ Parecer n.º 2/81, de 13 de janeiro, in *Pareceres da Comissão Constitucional*, Vol. XIV, 2012, p.83. Nas suas palavras, “*conceder – em igualdade de classificação ou de graduação para provimento, por concurso, em cargos públicos – preferência aos indivíduos que hajam cumprido serviço efetivo nas Forças Armadas; e estabelecer entre os concorrentes com preferência uma ordem de prioridade que entra em conta com critérios como os da promoção por distinção, condecoração por feitos heroicos, intervenção em operações ou deslocação de uma parte para outra do território nacional – tudo isto, a meus olhos, é o mais diferente possível de uma manifestação de arbítrio e, pelo contrário, uma regulamentação proporcional ou adequada, no sentido do princípio da igualdade*”

adequação à situação fáctica –, estava em causa um valor constitucional inequívoco, a saber, a defesa da Pátria e o conseqüente cumprimento do serviço militar efetivo – adequação à ordem constitucional de valores¹⁵⁹.

A Comissão Constitucional acolheu imediatamente este entendimento, tendo o controlo do princípio da igualdade passado a significar controlo do arbítrio. Por conseguinte, a fórmula aristotélica deixou de ser aplicada autonomamente¹⁶⁰.

Tal não implicou, porém, o fim da sua aplicação. Em alternativa, verificou-se a ocorrência de uma consumpção da fórmula aristotélica pela proibição do arbítrio: arbitrária passou a ser, também, toda a norma que trata de forma diferente aquilo é igual ou de forma igual aquilo que é diferente¹⁶¹.

iii. A aplicação da teoria da proibição do arbítrio pelo juiz constitucional

Conforme já se referiu, a teoria da proibição do arbítrio constitui o paradigma da aplicação do princípio da igualdade enquanto parâmetro de controlo da constitucionalidade¹⁶².

¹⁵⁹ Cfr. parecer n.º 2/81, de 13 de janeiro, in *Pareceres da Comissão Constitucional*, Vol. XIV, 2012, p.83. Nas suas palavras, “a Constituição dá seguramente um altíssimo lugar, dentro daquela ordem [a ordem constitucional de valores] às Forças Armadas, ao dever de defesa da Pátria e, conseqüentemente, como meio por excelência de realização daquele dever, ao cumprimento do serviço militar efetivo. Que, a partir de aqui, a lei ordinária dê preferência na ocupação de cargos públicos àqueles de quem exigiu o cumprimento de um dever que tem tanto de honroso como de pesado (e, dentro destes, àqueles que o cumpriram melhor ou em mais difíceis condições), é coisa tão natural e equitativa que dificilmente vejo outra que possa ter mais claro fundamento”.

¹⁶⁰ Como havia sucedido no acórdão n.º 95/78, bem como nos pareceres n.ºs 8/79, 28/79 e 2/81.

¹⁶¹ Cfr. parecer n.º 6/81, de 24 de março, in *Pareceres da Comissão Constitucional*, Vol. XIV, 2012; Parecer n.º 10/81, de 7 de maio, in *Pareceres da Comissão Constitucional*, Vol. XV, 2012; Parecer n.º 28/81, de 6 de outubro, in *Pareceres da Comissão Constitucional*, Vol.17, 2012; parecer n.º 33/81, de 17 de novembro, in *Pareceres da Comissão Constitucional*, Vol. 17, 2012 e parecer n.º 5/82, de 25 de janeiro, in *Pareceres da Comissão Constitucional*, Vol. 18, 2012.

¹⁶² Cfr., entre tantos outros acórdãos que aplicaram a proibição do arbítrio, os seguintes: acórdão n.º 497/96, de 20.03.1996, processo n.º 231/95 (diferentes regimes em processo civil consoante a prova testemunhal se deva produzir em sede de audiência de julgamento ou mediante a expedição de carta rogatória); acórdão n.º 546/11, de 16.11.2011, processo n.º 17/11 (diferentes regimes de recurso em processo penal); acórdão n.º 349/91, de 03.07.1991, processo n.º 297/89; acórdão n.º 411/93, de 29.06.1993, processo n.º 434/91 (diferentes regimes de impenhorabilidade de pensões); acórdão n.º 108/99, de 10.02.1999, processo n.º 469/98; acórdão n.º 606/99, de 09.11.1999, processo n.º 627/97 (confronto da moldura penal de crime tipificado no Código de Justiça Militar com a moldura penal do crime homólogo do Código Penal); acórdão n.º 444/97, de 25.06.1997, processo n.º 784/96 (norma que amnistiava infrações de motivação política cometidas entre 27 de julho de 1976 e 21 de junho de 1991); acórdão n.º 532/17, de 11.09.2017, processo n.º 843/17 (norma que consagra uma situação de inelegibilidade para os órgãos das autarquias locais dos cidadãos insolventes); acórdão n.º 367/99, de 16.06.1999, processo n.º 146/98 (norma que determinava que a acumulação de funções docentes por parte de professores do ensino superior público em regime de tempo integral com o exercício de funções docentes no ensino superior particular e cooperativo ficava condicionada à autorização prévia do órgão de direção da respetiva instituição, assim como a um limite máximo de horas); acórdão n.º 69/08, de 31.01.2008, processo n.º 240/07 (criação de um regime processual experimental, aplicável às ações

declarativas cíveis a que não correspondesse processo especial e às ações para o cumprimento de obrigações pecuniárias emergentes de contratos, mas com um âmbito espacial delimitado, onde se incluíam apenas certas circunscrições judiciais, mantendo-se aplicável às restantes o Código de Processo Civil); acórdão n.º 373/09, de 23.07.2009, processo n.º 607/08 (norma que atribui exclusivamente aos partidos políticos, e não também aos grupos de cidadãos eleitores, o direito de ser ouvidos sobre as propostas dos orçamentos e planos de atividade dos órgãos deliberativos das autarquias locais e que não façam parte dos correspondentes órgãos executivos); acórdão n.º 140/94, de 26.01.1994, processo n.º 332/91 (confronto do prazo de prescrição dos créditos laborais dos trabalhadores por conta de outrem com o prazo de prescrição dos créditos pelos serviços prestados no exercício de profissões liberais e dos créditos emergentes de responsabilidade civil); acórdão n.º 344/93, de 12.05.1993, processo n.º 96/92 (diferentes regimes em processo contraordenacional e em processo penal no que diz respeito aos sujeitos processuais com o direito de interpor recurso); acórdão n.º 336/95, de 22.06.1995, processo n.º 643/92; acórdão n.º 373/99, de 22.06.1999, processo n.º 90/97; acórdão n.º 345/15, de 23.06.2015, processo n.º 1041/14 (confronto das instâncias de recurso previstas no Estatuto dos Magistrados Judiciais e no Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais no que diz respeito às deliberações dos respetivos Conselhos Superiores); acórdão n.º 352/10, de 06.10.2010, processo n.º 1003/09 (norma que exceciona a situação de fornecimento de energia elétrica em alta tensão da regra geral que determina, para o caso de um utente de um serviço público essencial ter pago importância inferior à que corresponde ao consumo efetuado, que o direito do prestador ao recebimento da diferença caduca dentro de seis meses após aquele pagamento); acórdão n.º 241/00, de 11.04.2000, processo n.º 825/96 (norma da antiga Lei de Processo dos Tribunais Administrativos em que se determinava que, em caso de falta ou erro na indicação dos interessados a quem o provimento do recurso de anulação pudesse prejudicar, haveria lugar a um convite de regularização da petição, não havendo lugar a idêntico convite no âmbito de um pedido de suspensão de eficácia do ato administrativo); acórdão n.º 352/10, de 06.10.2010, processo n.º 1003/09 (norma que exceciona a situação de fornecimento de energia elétrica em alta tensão da regra geral que determina, para o caso de um utente de um serviço público essencial ter pago importância inferior à que corresponde ao consumo efetuado, que o direito do prestador ao recebimento da diferença caduca dentro de seis meses após aquele pagamento); acórdão n.º 279/00, de 16.05.2000, processo n.º 343/99 (norma do Código de Processo Civil em que se determinava que, em processo sumário, a revelia era cominada não apenas com a confissão dos factos, mas também com a condenação no pedido – confronto com a norma em que se determinava que, em processo ordinário, a revelia implicava, tão-somente, a confissão dos factos); acórdão n.º 229/99, de 28.04.1999, processo n.º 147/95 (norma do Código Civil que atribuía ao senhorio a faculdade de resolver o contrato de arrendamento urbano para fins habitacionais em caso de falta de residência permanente do arrendatário – confronto com a norma do Código Civil que, no caso de arrendamentos para fins não habitacionais, condicionava a faculdade de resolução do senhorio ao encerramento ou desocupação do prédio arrendado por mais de um ano); acórdão n.º 366/2014, de 06.05.2014, processo n.º 1176/13 (norma do Código do Trabalho em que se determina que a impugnação do despedimento individual comunicado por escrito ao trabalhador deve ser realizada pela apresentação de um requerimento em formulário próprio no prazo de 60 dias, contados a partir da data da receção da comunicação ou da data da cessação do contrato, se posterior – confronto com as normas que estabelecem um prazo de um para a impugnação do despedimento individual não realizado por escrito e um prazo de seis meses para a impugnação do despedimento coletivo); acórdão n.º 153/12, de 27.03.2012, processo n.º 18/11; (diferentes regimes de recurso em processo penal); acórdão n.º 152/93, de 03.02.1993, processo n.º 432/91; acórdão n.º 153/93, de 03.02.1993, processo n.º 151/92 (norma que amnistiava as infrações disciplinares cometidas por trabalhadores de empresas públicas ou de capitais públicos); acórdão n.º 359/11, de 12.07.2011, processo n.º 58/11; acórdão n.º 486/18, de 04.10.2018, processo n.º 589/17 (norma do processo penal interpretada no sentido de determinar a incapacidade para prestar declarações em audiência de julgamento da pessoa que, tendo no processo a condição de ofendido, constituído assistente, está interdita por anomalia psíquica); acórdão n.º 398/17, de 12.07.2017, processo n.º 280/17; acórdão n.º 614/18, de 21.11.2018, processo n.º 543/16 (norma interpretada no sentido de que o “Processo Especial de Revitalização” se destina exclusivamente a pessoas coletivas ou singulares que sejam titulares de empresas, incluindo comerciantes ou empresários em nome individual); acórdão n.º 186/06, de 08.03.2006, processo n.º 842/05 (norma que estabelecia que apenas certos técnicos superiores da Direção-Geral do Tribunal de Contas transitavam para as carreiras de auditor e consultor dos serviços de apoio ao Tribunal de Contas); acórdão n.º 199/09, de 28.04.2009, processo n.º 910/08 (confronto das diferentes regras indemnizatórias previstas no regime especial do praticante desportivo e no Código do Trabalho para o caso de resolução do contrato de trabalho por justa causa por iniciativa do praticante desportivo e do trabalhador); acórdão n.º 594/12, de 06.12.2012, processo n.º 482/12 (norma de regime especial de acesso ao ensino superior interpretada no sentido de excluir do âmbito desse regime certos candidatos);

Uma primeira aproximação ao método inerente ao critério da proibição do arbítrio pode ser realizada chamando-se à colação o acórdão que foi elevado pelo Tribunal Constitucional à categoria de síntese oficial do princípio da igualdade enquanto parâmetro de fiscalização da constitucionalidade – o acórdão n.º 232/03¹⁶³.

O juiz constitucional recorre frequentemente a este aresto para um enquadramento do princípio da igualdade enquanto parâmetro de controlo, podendo dizer-se que o mesmo constitui um autêntico centro gravitacional da jurisprudência a igualdade. Uma passagem em especial é citada *ad nauseam*:

“o Tribunal Constitucional teve já a oportunidade de se pronunciar diversas vezes sobre as exigências do princípio constitucional da igualdade, que, no fundo, se reconduz à proibição do arbítrio, proibição essa que, naturalmente, não anula a liberdade de conformação do legislador onde ele a não infrinja [...] o princípio não impede que, tendo em conta a liberdade de conformação do legislador, se possam (se devam) estabelecer diferenciações de tratamento «razoável, racional e

acórdão n.º 227/15, de 28.04.2015, processo n.º 269/14 (norma interpretada no sentido de impedir a responsabilidade solidária de sociedade com sede fora de território nacional, em relação de participações recíprocas, de domínio ou de grupo, com uma sociedade portuguesa, pelos créditos emergentes de relação de trabalho subordinado estabelecida com esta); acórdão n.º 382/17, de 12.07.2017, processo n.º 874/16 (diferentes regimes no Código Civil e na Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo relativamente ao apoio económico destinado aos jovens maiores de idade para a conclusão da formação profissional ou académica, designadamente diferentes limites de idade para se beneficiar dos apoios); acórdão n.º 611/96, de 17.04.1996, processo n.º 70/85; acórdão n.º 225/97, de 12.03.1997, processo n.º 81/87; acórdão n.º 13/98, de 13.01.1998, processo n.º 527/97 e acórdão n.º 287/99, de 11.05.1999, processo n.º 636/97 (diferentes prazos para a interposição de recurso em processo penal militar e em processo penal comum); acórdão n.º 453/97, de 25.06.1997, processo n.º 300/93; acórdão n.º 286/01, de 26.06.2001, processo n.º 589/95; acórdão n.º 170/03, de 28.03.2003, processo n.º 740/02; acórdão n.º 497/04, de 12.07.2004, processo n.º 154/04 (norma do Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares que determinava como tributáveis como rendimento os juros atribuídos no âmbito de uma indemnização devida por responsabilidade civil extracontratual e na medida em que se destinem a compensar os danos decorrentes da desvalorização monetária ocorrida entre o surgimento da lesão e o efetivo ressarcimento desta – confronto com a norma que isenta de tributação o ressarcimento do mesmo tipo de danos através da correção monetária do capital indemnizatório); acórdão n.º 135/99, de 03.03.1999, processo n.º 846/93; acórdão n.º 324/99, de 26.05.1999, processo n.º 407/98; acórdão n.º 522/99, de 28.09.1999, processo n.º 7/97; acórdão n.º 638/99, de 23.11.1999, processo n.º 260/99 (norma do Código de Justiça Militar que afastava a proibição da *reformatio in pejus* quando o promotor de justiça junto do tribunal superior se pronunciasse, no visto inicial do processo, pela agravação da pena aplicada ao arguido-recorrente – confronto com a norma do Código de Processo Penal que proibia, em absoluto, a *reformatio in pejus*).

¹⁶³ Elevando este acórdão à categoria de síntese oficial do princípio da igualdade, entre tantos outros, os acórdãos n.º 367/03 e 467/03. No primeiro, lê-se que “o Tribunal Constitucional tem tido frequentemente ocasião de se pronunciar sobre o sentido e o alcance do princípio constitucional da igualdade. Ainda recentemente, no Acórdão n.º 232/03, tirado em Plenário, em autos de fiscalização preventiva, se procedeu a uma síntese da abundante jurisprudência constitucional nesta matéria” (acórdão n.º 367/03, de 14.07.2003, processo n.º 172/03, quarto parágrafo do ponto 9.3.). No segundo, é referido que o acórdão n.º 232/03 “inventariou, sintetizou e sistematizou a anterior jurisprudência deste Tribunal” (acórdão n.º 467/03, de 14.10.2003, processo n.º 125/03, segundo parágrafo do ponto 10).

objetivamente fundadas», sob pena de, assim não sucedendo, «estar o legislador a incorrer em arbítrio, por preterição do acatamento de soluções objetivamente justificadas por valores constitucionalmente relevantes», no ponderar do citado acórdão n.º 335/94. Ponto é que haja fundamento material suficiente que neutralize o arbítrio e afaste a discriminação infundada (o que importa é que não se discrimine por discriminar, diz-nos J. C. VIEIRA DE ANDRADE)»¹⁶⁴.

A síntese do acórdão n.º 232/03 cria a aparência de se estar perante um parâmetro de controlo estabilizado e de aplicação relativamente simples, reconduzindo o princípio da igualdade à proibição do arbítrio.

Pois bem: a primeira observação que se impõe fazer neste âmbito é a de que não é possível compreender de forma plena a jurisprudência da igualdade se não se partir do pressuposto de que o critério da proibição do arbítrio incorpora diferentes graus de controlo. Essencialmente, o que se verifica é que o juiz constitucional vai alternando entre juízos de arbítrio *em sentido estrito* e juízos comparativos – que, por sua vez, vão alternando entre juízos mais ou menos comparativos.

Esta prática é tributária da declaração de voto vencido de J. FIGUEIREDO DIAS no parecer n.º 2/81, que fez com que a Comissão Constitucional centralizasse a aplicação do princípio da igualdade na fórmula do arbítrio, com a subsequente consumpção de juízos comparativos, conforme se viu *supra* (cfr. 3.3., *ii.*).

Concede-se que é possível considerar que um tratamento normativo desigual do que é desigual consubstancia um tratamento não arbitrário e que um tratamento normativo desigual do que é igual consubstancia um tratamento arbitrário. Do mesmo modo, pode considerar-se que um tratamento normativo igual do que é igual consubstancia um tratamento não arbitrário e que um tratamento normativo desigual do que é igual consubstancia um tratamento arbitrário.

Esta possibilidade existe porque a proibição do arbítrio é uma fórmula suscetível de ser associada a todo e qualquer raciocínio jurídico cuja conclusão seja a da violação da juridicidade¹⁶⁵.

¹⁶⁴ Acórdão n.º 232/03, de 13.05.2003, processo n.º 306/03, quarto e oitavo parágrafos do ponto 2.

¹⁶⁵ Neste sentido, P. OTERO refere que “em Direito Público, arbitrário é tudo aquilo que se revela decidido com desprezo patente e manifesto pelo Direito e pela justiça: o arbítrio é uma violação radical, absoluta ou grosseira do princípio da juridicidade” (*Direito do Procedimento Administrativo*, Vol. I, pp.240-241).

Contudo, nos casos em que o juiz constitucional realiza juízos verdadeiramente comparativos, a recondução da análise ao critério do arbítrio não passa de uma enunciação formal, já que proceder a um controlo da constitucionalidade através de juízos comparativos implica muito mais do que uma aferição de arbitrariedade¹⁶⁶.

Independentemente disto, constata-se que a existência simultânea de um método de aplicação do princípio da igualdade que abdica da comparação e de outro que lhe dá ênfase não é uma tendência exclusiva do juiz constitucional português¹⁶⁷.

Esta dualidade pode ser reconduzida à distinção que R. ALEXY efetua entre *conceção forte* e *conceção fraca* do enunciado de igualdade, referenciada *supra*.

A *conceção forte* refere-se “à solução ideal, isto é, à solução mais justa e adequada”; a *conceção fraca* tem como objetivo “a manutenção dos limites da liberdade de conformação do legislador, definidos por meio do *conceito de arbítrio*. Ela não diz respeito, portanto, a uma igualdade valorativa num sentido ideal, mas a uma igualdade num sentido restrito”¹⁶⁸.

A leitura da jurisprudência da igualdade permite verificar que a esmagadora maioria dos casos que convoca o parâmetro da igualdade é resolvida pelo juiz constitucional mediante a *conceção fraca* de que fala R. ALEXY.

Neste sentido, o juiz constitucional abstém-se, na esmagadora maioria dos casos, de efetuar juízos comparativos – ou juízos comparativos muito desenvolvidos –, optando, em alternativa, por um controlo de natureza não comparativa, por razões de ordem jurídico-funcional.

As palavras do acórdão n.º 142/85 ilustram bem a lógica do juiz constitucional:

“Averiguar, porém, da existência de um particularismo distinto para justificar uma desigualdade de regime jurídico, e decidir das circunstâncias e fatores a ter como relevantes nessa averiguação, é tarefa que primariamente cabe ao legislador – que detém o primado da concretização dos princípios constitucionais e a correspondente

¹⁶⁶ A explicação para um tal fenómeno consubstanciará sempre um exercício de natureza especulativa, mas poderá dizer-se que tal explicação passa pela necessidade de o juiz constitucional permanecer fiel ao paradigma da teoria da proibição do arbítrio e, desta forma, atenuar putativas críticas de ativismo judicial.

¹⁶⁷ Identificando esta tendência na jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia e, também, na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, CROON-GESTEFELD, *Reconceptualising European Equality Law – a Comparative Institutional Analysis*, pp. 49 e ss.

¹⁶⁸ ALEXY, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p.406.

liberdade de conformação. Por isso, o princípio da igualdade apresenta-se fundamentalmente aos operadores jurídicos, em sede de controlo da constitucionalidade, como um princípio negativo.”¹⁶⁹

Por outro lado, da jurisprudência da igualdade extrai-se, também, que a *proibição do arbítrio* em sentido estrito é um conceito dominado por uma considerável abertura definitiva, verificando-se que não existe uma definição uniformizada, mas, pelo contrário, uma multiplicidade de definições, com diferenças significativas entre si¹⁷⁰.

¹⁶⁹ Acórdão n.º 142/85, de 30.07.1985, processo n.º 75/83, alínea a) do ponto 18). Relevante é ainda a seguinte passagem do acórdão: “*O que cabe, portanto, fazer, na referida sede, não é «substituírem-se» os órgãos de controlo ao legislador, e aferirem da justificação ou racionalidade da solução legislativa pela sua própria ideia do que seria, no caso, a solução «justa» (isto é, procederem a essa aferição por aquele que seria o seu autónomo juízo acerca dos fatores ou circunstâncias relevantes para o caso ter um tratamento igual ou desigual ao de outro); o que cabe a esses órgãos é antes e tão-somente averiguar se a norma que têm diante de si possui uma suficiente justificação objetiva; o que lhes cabe, por outras palavras, é «cassar» unicamente «as soluções legais de todo o ponto insuscetíveis de credenciar-se racionalmente»*” (alínea a) do ponto 18).

¹⁷⁰ Não sendo possível efetuar uma compilação exaustiva de definições, elencam-se aqui apenas algumas delas, especialmente demonstrativas da diversidade definitiva que se referiu:

- (i) [a violação da proibição do arbítrio] “*dependerá, em última análise, da ausência de fundamento material suficiente, isto é, de falta de razoabilidade e consonância com o sistema jurídico*” (acórdão n.º 370/07, de 26.06.2007, processo n.º 1132/06, parágrafo décimo do ponto 6);
- (ii) [a proibição do arbítrio como] “*um limite externo da liberdade de conformação ou de decisão dos poderes públicos*”, [que é violada] “*quando os limites externos da discricionariedade legislativa são afrontados por ausência de adequado suporte material para a medida legislativa adotada*” (acórdão n.º 750/95, de 12.12.1995, processo n.º 253/94, décimo primeiro parágrafo do ponto 2);
- (iii) “*Só quando for negativo o teste do «merecimento» – isto é, só quando se concluir que a diferença, ou a igualização, entre pessoas e situações que o regime legal estabeleceu não é justificada por um qualquer motivo que se afigure compreensível face à ratio que o referido regime, em conformidade com os valores constitucionais, pretendeu prosseguir – é que pode o juiz constitucional censurar, por desrazoabilidade, as escolhas do legislador*” (acórdão n.º 546/11, de 16.11.2011, processo n.º 17/11, segundo parágrafo do ponto 12);
- (iv) “*A resposta ao «teste do merecimento» apenas será negativa se for patente ou manifesta a ausência de um qualquer motivo suscetível de credenciar racionalmente, em face da finalidade prosseguida e da sua relação com o quadro valorativo traçado na Constituição, a diferenciação contida ou originada pelo regime*” (acórdão n.º 157/18, de 20.03.2018, processo n.º 76/17, quarto parágrafo do ponto 15);
- (v) “*Só existe violação do princípio da igualdade enquanto proibição do arbítrio, quando os limites externos da discricionariedade legislativa são afrontados por carência de adequado suporte material para a medida legislativa adotada*” (acórdão n.º 80/86, de 11.03.1986, processo n.º 148/84, sétimo parágrafo do ponto 3);
- (vi) “*Do que se trata, desde logo, é de uma proibição do arbítrio legislativo, ou seja, de uma inequívoca falta objetiva de apoio material-constitucional para a diferenciação ou não diferenciação efetuada pela medida legislativa*” (acórdão n.º 12/88, de 12.01.1988, processo n.º 178/85, quinto parágrafo do ponto V);
- (vii) “*Tudo estará em saber se essa desigualdade se revela como «discriminatória» e arbitrária, por desprovido de fundamento racional (ou fundamento material bastante), atenta a natureza e a especificidade da situação e dos efeitos tidos em vista (e, logo, o objetivo do legislador) e, bem assim, o conjunto dos valores e fins constitucionais (i.e., a desigualdade não há-de basear-se num «motivo» constitucionalmente impróprio*” (acórdão n.º 157/88, de 07.07.1988, processo n.º 53/85, alínea d) do ponto 17).

Não obstante, procurando sintetizar-se numa definição a proibição do arbítrio em sentido estrito dir-se-á que se está perante *um critério de controlo judicial do princípio da igualdade que, dominado por limitações decorrentes da norma de separação de poderes, afere da existência de um fundamento racional para o tratamento normativo em apreço no caso.*

Neste sentido concreto, a proibição do arbítrio surge tradicionalmente associada a um escrutínio “*de intensidade necessariamente baixa – ou até mínima*”¹⁷¹ ou de “*evidência*”¹⁷².

Como exemplos muito claros de aplicação desta versão da proibição do arbítrio, podem referir-se os acórdãos n.ºs 396/11, 353/12, 187/13 e 413/14 do Tribunal Constitucional, proferidos no contexto da designada jurisprudência da crise.

O juiz constitucional considerou que a diferenciação criada entre (a) os trabalhadores do setor público e os pensionistas e (b) os trabalhadores do setor privado – consubstanciada nas reduções remuneratórias de que foi alvo a primeira categoria de trabalhadores – tinha como justificação a especial eficácia das reduções remuneratórias impostas a quem recebe por verbas públicas para alcançar o objetivo de consolidação orçamental.

No fundo, a situação económico-financeira atravessada pelo País e a subsequente necessidade de serem adotadas medidas eficazes e de cumprir com os objetivos assumidos no âmbito do Programa de Assistência Económica e Financeira afastavam o arbítrio.

Não interessando, neste ponto do trabalho, desenvolver uma análise crítica relativamente a este critério de controlo, refira-se apenas que a doutrina vem apontando a sua insuficiência em muitos casos¹⁷³.

Verifica-se, igualmente, o recurso muito frequente a duas definições doutrinárias: (i) a definição formulada por J. FIGUEIREDO DIAS no Parecer n.º 2/81, já referida *supra*, e que consiste na observação de que “*a proteção material conferida pelo princípio geral da igualdade assume, essencialmente, o caráter de uma «proibição de arbítrio», isto é, de uma proibição de medidas manifestamente desproporcionadas ou inadequadas, por um lado, à ordem constitucional dos valores e, por outro, à situação fáctica que se pretende regulamentar ou ao problema que se deseja decidir*” e (ii) a definição de J. C. VIEIRA DE ANDRADE, que consiste em referir que “*ponto é que haja fundamento material suficiente que neutralize o arbítrio e afaste a discriminação infundada (o que importa é que não se discrimine por discriminar, diz-nos J. C. VIEIRA DE ANDRADE)*” (cfr., por exemplo, o acórdão n.º 232/03, de 13.05.2003, processo n.º 306/03, oitavo parágrafo do ponto 2).

¹⁷¹ Acórdão n.º 157/18, de 20.03.2018, processo n.º 76/17, quarto parágrafo do ponto 15.

¹⁷² Acórdão n.º 157/18, de 20.03.2018, processo n.º 76/17, quinto parágrafo do ponto 18.

Por outro lado, casos há em que o juiz constitucional decide a questão de constitucionalidade com base em juízos comparativos, na lógica da concepção forte de que fala R. ALEXY.

É no âmbito do método comparativo que o princípio da igualdade se reencontra com o seu conteúdo normativo.

Sendo esse o método de controlo que mais se aproxima do conteúdo normativo do princípio da igualdade, ele é, simultaneamente, aquele que acarreta um maior grau de complexidade para a decisão.

Na realidade, a simplicidade da definição abstrata do conteúdo normativo da igualdade sugere uma facilidade de aplicação do seu comando que é prontamente desmentida pelos casos concretos que surgem no tráfico.

Assim, no âmbito de um juízo comparativo, o juiz constitucional move-se em terrenos movediços, sendo que a principal dificuldade surge na seleção do critério de comparação, como sucede no âmbito de qualquer aferição de igualdade. No fundo, saber qual o critério de comparação adequado constitui a *vexata quaestio* no âmbito do controlo da constitucionalidade com base num juízo comparativo¹⁷⁴.

Um caso ilustrativo da aplicação deste critério de controlo pode ser encontrado no acórdão n.º 486/03 do Tribunal Constitucional. Este é também um caso em que a

¹⁷³ R. ALEXY afirma que o exame de igualdade nos moldes da por ele designada *concepção fraca* deixa de ser o que o seu nome indica: um exame de igualdade (*Teoria dos Direitos Fundamentais*, p.401). Na doutrina nacional, por todos, REIS NOVAIS, *Princípios Constitucionais Estruturantes de Estado de Direito*, p.80; GLÓRIA GARCIA, “Princípio da Igualdade: Fórmula Vazia ou Fórmula «Carregada» de Sentido?”, in *Estudos sobre o Princípio da Igualdade*, p.63. Com efeito, REIS NOVAIS afirma que “aquilo que era uma exigência racional derivada do princípio da dignidade da pessoa humana – o igual não deve ser tratado desigualmente – transforma-se redutoramente em apelo virtuoso: o igual não deve ser *arbitrariamente* tratado como desigual”. Por seu turno, M. GLÓRIA GARCIA refere que se é verdade que através da exigência de critérios razoáveis e suficientes ou da proibição do arbítrio há uma ideia de justiça latente no princípio da igualdade, o facto é que tais teses não retiram do princípio tudo quanto dele se pode e deve retirar, no âmbito da referência última à ideia de justiça [...]. É certo que há uma conexão entre injustiça e arbítrio, mas certo é também que entre injustiça e arbítrio existe uma grande diferença quantitativa: o arbítrio corresponde ao abertamente injusto, ao absolutamente desconexo, ao completamente violador do fim. Se assim é, o princípio da igualdade como corolário da justiça, que inegavelmente é, não cumpre plenamente a sua missão, se ficar por aqui. A crítica fundamental feita ao entendimento do princípio da igualdade como princípio negativo de controlo é a de que ele acredita que a justiça se contém na intenção do próprio tratamento jurídico; tal como os revolucionários acreditaram que ela se continha na generalidade da norma”.

¹⁷⁴ Esta questão, conforme sintetizou R. ALEXY, “torna claro o principal problema do enunciado geral de igualdade. Ele pode ser expressado por meio de duas questões intimamente relacionadas. A primeira: se e em que medida os necessários juízos de valor no âmbito do enunciado de igualdade são passíveis de fundamentação racional; a segunda: no sistema jurídico, a quem compete – ao legislador ou ao juiz constitucional – decidir de forma vinculante em última instância acerca desses juízos de valor” (*Teoria dos Direitos Fundamentais*, p.400).

seleção do critério de controlo foi especialmente problemática, tendo o acórdão registado cinco declarações de voto de vencido, assim como várias críticas da doutrina¹⁷⁵.

O acórdão n.º 486/03 teve por objeto normas da Portaria que regulava a atribuição de prémios pecuniários para os atletas portadores de deficiência que conquistassem medalhas nos Jogos Paraolímpicos, nos Campeonatos do Mundo ou da Europa e na Taça do Mundo de Boccia.

Dessas normas resultava que: (i) o montante dos prémios atribuídos aos atletas portadores de deficiência era muito inferior ao montante dos prémios atribuídos aos atletas não portadores de deficiência¹⁷⁶ e que (ii) se estabelecia um limite à acumulação

¹⁷⁵ Cfr. J. C. VIEIRA DE ANDRADE, “Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 486/03, de 21 de outubro de 2003 (processo n.º 182/2000)”, in *D&D*, A.1, n.º 3, Maio-Agosto, 2004, pp.443 e ss.); T. SERRÃO, “Dignidade e Igualdade no Contexto da Atribuição (Pública) de Prémios Olímpicos e Paraolímpicos – Anotação ao acórdão n.º 486/03, do Tribunal Constitucional”, in J. REIS NOVAIS/T. FIDALGO DE FREITAS (coord.), *A Dignidade da Pessoa Humana na Justiça Constitucional*, Coimbra, 2018, pp.447 e ss. O último autor qualifica o aresto em referência como “uma página infeliz do percurso jurisprudencial percorrido, ao longo das últimas décadas, pelo Tribunal Constitucional” (“Dignidade e Igualdade no Contexto da Atribuição (Pública) de Prémios Olímpicos e Paraolímpicos – Anotação ao acórdão n.º 486/03, do Tribunal Constitucional”, in J. REIS NOVAIS/T. FIDALGO DE FREITAS (coord.), *A Dignidade da Pessoa Humana na Justiça Constitucional*, p.449).

¹⁷⁶ Assim, para os atletas paraolímpicos, os n.ºs 1 e 9 da Portaria n.º 393/97, de 17 de junho, previam a atribuição dos seguintes prémios:

1.º:

- a) *Para praticantes de modalidades desportivas individuais:*
 - 1º lugar no Europeu e na Taça do Mundo de Boccia, 1000 contos, no Mundial, 1500 contos, e nos Jogos Paraolímpicos 2000 contos;
 - 2º lugar no Europeu e na Taça do Mundo de Boccia, 500 contos, no Mundial, 750 contos, e nos Jogos Paraolímpicos, 1000 contos;
 - 3º lugar no Europeu e na Taça do Mundo de Boccia, 250 contos, no Mundial, 500 contos, e nos Jogos Paraolímpicos, 750 contos.
- b) *Para cada praticante (titular ou suplente) das modalidades desportivas colectivas:*
 - 1º lugar no Europeu e na Taça do Mundo de Boccia, 500 contos, no Mundial, 750 contos, e nos Jogos Paraolímpicos 1000 contos;
 - 2º lugar no Europeu e na Taça do Mundo de Boccia, 250 contos, no Mundial, 275 contos, e nos Jogos Paraolímpicos, 500 contos;
 - 3º lugar no Europeu e na Taça do Mundo de Boccia, 125 contos, no Mundial, 250 contos, e nos Jogos Paraolímpicos, 375 contos.

9.º:

A obtenção de recordes alcançados em modalidades e disciplinas incluídas no programa oficial dos jogos paraolímpicos confere ao praticante direito a um prémio de, respetivamente, 1500 contos (Campeonato do Mundo), 1000 contos (Campeonato Europeu e Taça do Mundo de Boccia) e 500 contos (Jogos Paraolímpicos), sendo tais prémios acumuláveis com os prémios referidos no n.º 1.

Já para os atletas olímpicos, os n.ºs 1 e 2 da Portaria n.º 211/98, de 3 de abril, previa a atribuição dos seguintes prémios:

1.º:

- a) *Aos praticantes de modalidades individuais:*
 - Jogos olímpicos: 1º lugar, 6000 contos; 2º lugar, 4500 contos; 3º lugar, 3500 contos;*
 - Campeonatos do Mundo: 1º lugar, 3000 contos; 2º lugar, 2250 contos; 3º lugar, 1750 contos;*
 - Campeonatos da Europa: 1º lugar, 2250 contos; 2º lugar, 1750 contos; 3º lugar, 1250 contos;*

de prémios para os atletas portadores de deficiência, sem paralelo no regime de prémios desportivos dos atletas não portadores de deficiência¹⁷⁷⁻¹⁷⁸.

O Tribunal Constitucional decidiu analisar a constitucionalidade dessas normas à luz de um juízo comparativo. A integração deste juízo no âmbito da proibição do arbítrio é bem patente na seguinte passagem do acórdão:

“[...] A impositação do problema redundará em saber se a distinção [...] se antolha como o estabelecimento de uma distinção arbitrária ou, o que é o mesmo, se tal distinção repousará numa irrazoável justificação. Para tanto, necessário seria concluir que não existem diferenças relevantes no tocante à conquista dos três primeiros lugares nas competições internacionais, consoante estejam em jogo, por um lado, os Jogos Olímpicos, os Campeonatos do Mundo e da Europa e, por outro, os Jogos Paraolímpicos, Campeonatos do Mundo e da Europa para Deficientes e a Taça do Mundo de Boccia”¹⁷⁹

Os termos de comparação do caso foram constituídos, então, (a) pelos atletas portadores de deficiência e (b) pelos atletas não portadores de deficiência.

Por seu turno, o critério de comparação selecionado foi o do contributo para a projeção internacional do País – *ratio legis* que o juiz constitucional inferiu das normas *sub iudice*. Assim, lê-se no acórdão o seguinte:

“Aliás, é certamente a pensar no contributo para a projeção internacional do País que o legislador veio erigir uma norma como a ínsita no artigo 33.º do Decreto-Lei n.º 125/95, muito embora esse fundamento para a estipulação de prémios não esteja

b) *A cada praticante (titular ou suplente) das modalidades colectivas:
50% dos valores previstos na alínea anterior.*

2.º:

A obtenção de recordes do mundo ou da Europa alcançados em modalidades e disciplinas olímpicas confere ao praticante direito a um prémio de, respetivamente, 3000 e 2250 contos, acumulável com os prémios referidos no n.º 1. O mesmo se aplica aos praticantes que obtenham recordes olímpicos, sendo que, neste caso, o valor considerado será igual ao definido pela obtenção de recordes da Europa”

¹⁷⁷ Com efeito, dispunha o n.º 2 da Portaria n.º 393/97, de 17 de junho, que “os prémios são cumulativos até ao máximo de três medalhas – correspondentes aos três primeiros lugares obtidos pelo praticante. No caso de este conquistar mais de uma medalha no mesmo quadro competitivo, será atribuído por inteiro o prémio correspondente à melhor classificação, 50% do prémio relativo à segunda e 25% do prémio relativo à terceira”.

¹⁷⁸ Entretanto, o legislador terminou com esta diferenciação, o que fez mediante a Lei n.º 42/2016, de 28 de dezembro (Lei do Orçamento do Estado para 2017), tendo determinado, no artigo 95.º desse diploma, a “Equiparação dos prémios de mérito desportivo na provas paraolímpicas aos atribuídos nas provas olímpicas”.

¹⁷⁹ Acórdão n.º 486/03, de 21.10.2003, processo n.º 182/2000, segundo e terceiro parágrafos do ponto 4.2.

referido expressamente naquele normativo, o qual só alude ao valor e mérito dos êxitos desportivos.”¹⁸⁰

Ato contínuo, o Tribunal procedeu à comparação, tendo concluído que a conquista de medalhas por parte dos atletas não portadores de deficiência – em especial, nos Jogos Olímpicos –, contribuía mais para a projeção do País do que a conquista de medalhas por parte dos atletas portadores de deficiência¹⁸¹.

Com efeito, concluiu o Tribunal que “*a notoriedade da diferença é patente*”, tendo rejeitado, por conseguinte, a inconstitucionalidade das normas¹⁸².

Não se pretendendo discutir o mérito da não declaração de inconstitucionalidade das normas deste caso, registre-se apenas que a fonte da controvérsia residiu na inadequada seleção do critério de comparação.

De facto, a *ratio legis* das normas que determinavam a atribuição de prémios era óbvia e, de resto, expressamente mencionada pelo legislador, consistindo na retribuição do mérito e do êxito desportivo. Caso a comparação tivesse sido efetuada sob este critério, a decisão teria sido, com elevado grau de probabilidade, a inversa¹⁸³.

Por fim, reitera-se que se entende que, em casos como este – ou seja, nos quais o juiz constitucional realiza juízos verdadeiramente comparativos – a recondução da

¹⁸⁰ Acórdão n.º 486/03, de 21.10.2003, processo n.º 182/2000, oitavo parágrafo do ponto 4.2.

¹⁸¹ Pelas duas seguintes ordens de razões: (i) a importância atribuída pela opinião pública e pelos meios de comunicação social, nacionais e internacionais, à classificação num dos três primeiros lugares nos Jogos Olímpicos é superior à importância conferida às conquistas homólogas nos Jogos Paraolímpicos e (ii) os campeonatos do Mundo e da Europa em que participam atletas não portadores de deficiência são acontecimentos internacionalmente muito mais participados, também lhes sendo dado um muito maior relevo em comparação com os campeonatos do Mundo e da Europa (cfr. quinto e sexto parágrafo do ponto 4.2.).

¹⁸² Acórdão n.º 486/03, de 21.10.2003, processo n.º 182/2000, quarto parágrafo do ponto 4.2. Lê-se no acórdão que “*A justificação da diferenciação radicar-se-á, antes, na diversa relevância nos campos social e cultural da obtenção das mais altas classificações em uns e outros jogos e campeonatos, relevância à qual, devido à já mencionada projeção que essa circunstância dá ao País, o Estado não pode ser alheio. Desta sorte, bem se pode sustentar a existência de uma diferença de monta entre as situações contempladas na Portaria n.º 211/98 e na Portaria n.º 393/97, diferença essa que, razoavelmente, é justificativa de um não idêntico tratamento entre umas e outras. E, por isso, se não divisa violação do princípio da igualdade*” (décimo segundo e décimo terceiro parágrafos do ponto 4.2.).

Relativamente à norma que determinava um limite à acumulação de prémios para os atletas portadores de deficiência – sem paralelo no regime de prémios desportivos dos atletas não portadores de deficiência –, o Tribunal acrescentou ainda uma outra ordem de razões (cfr. ponto 4.3.), relacionada com o facto de os atletas portadores de deficiência terem um maior grau de probabilidade de alcançar os três primeiros lugares nas competições.

¹⁸³ Assim, declarações de voto de Maria Fernanda Palma, Rui Manuel Moura Ramos e Mário Araújo Torres. No mesmo sentido, SERRÃO, “Dignidade e Igualdade no Contexto da Atribuição (Pública) de Prémios Olímpicos e Paraolímpicos – Anotação ao acórdão n.º 486/03, do Tribunal Constitucional”, in J. REIS NOVAIS/T. FIDALGO DE FREITAS (coord.), *A Dignidade da Pessoa Humana na Justiça Constitucional*, Coimbra, 2018, p.457.

análise ao critério do arbítrio carece de sentido, na medida em que a análise extravasa largamente uma aferição da arbitrariedade.

3.3. A igualdade proporcional

Afirmou-se, na introdução da presente dissertação, que o princípio da igualdade enquanto parâmetro de controlo da constitucionalidade não tem merecido a devida atenção por parte da doutrina. Ressalvou-se, no entanto, que a única exceção a esta ausência de contributos doutrinários se verifica no âmbito da temática da “*igualdade proporcional*”.

Assim é: impulsionada pela designada *jurisprudência da crise*, constata-se que a doutrina foi pródiga na análise deste específico critério de controlo do princípio em estudo¹⁸⁴.

¹⁸⁴ Veja-se, designadamente, M. NOGUEIRA DE BRITO, “Comentário ao Acórdão n.º 353/2012 do Tribunal Constitucional”, in *D&P*, n.º 1, Outubro-Dezembro, 2012, pp. 108 e ss.; L. PEREIRA COUTINHO, “Os Direitos Sociais e a Crise: Breve Reflexão”, in *D&P*, n.º 1, Outubro-Dezembro, 2012, pp. 74 e ss.; R. BRANCO, “«Ou Sofrem Todos, ou Há Moralidade»: Breves Notas sobre a Fundamentação do Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 353/2012 de 5 de julho”, in *Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Teles*, Vol. I, 2012, pp.329 e ss.; A. CARLOS DOS SANTOS, “O acórdão n.º 353/2012 do Tribunal Constitucional – a Prevalência da Razão Jurídica sobre a Razão Económica” in *RFPDF*, n.º 2, V, 2012, pp.31 e ss.; R. A. PEREIRA, “Igualdade e Proporcionalidade: um Comentário às Decisões do Tribunal Constitucional de Portugal Sobre Cortes Salariais no Sector Público”, in *REDC*, pp. 317 e ss.; M. NOGUEIRA DE BRITO/L. PEREIRA COUTINHO, “A «Igualdade Proporcional», Novo Modelo no Controlo do Princípio da Igualdade? Comentário ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 187/2013”, in *D&P*, n.º 4, Julho-Outubro, 2013, pp. 182 e ss.; L. MENEZES LEITÃO, “Anotação ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 187/2013”, in *ROA*, ano 73, Vol. IV, 2013, pp.1777 e ss.; R. CISOTTA/D. GALLO, “Il Tribunale Costituzionale Portoghese, i Risvoti Sociali delle Misure di Austerità ed il Rispetto dei Voncoli Internazionali ed Europei”, in *DUDI*, Vol. 7, n.º 2, 2013; C. BLANCO DE MORAIS, “As Mutações Constitucionais Implícitas e os Seus Limites: Autópsia de um Acórdão Controverso”, in *Jurismat*, n.º 3, 2013, pp. 55 e ss.; *Curso de Direito Constitucional*, Tomo II, Coimbra, 2014, pp.727 e ss.; A. MONTEIRO FERNANDES, “L’austerità e L’uguglianza Proporzionale”. Una Sentenza della Corte Costituzionale Portoghese”, in *LeD*, ano XXVII, n.º 3, 2013, pp.339 e ss.; V. CANAS, “Constituição *Prima Facie*: Igualdade, Proporcionalidade, Confiança (Aplicados ao «Corte das Pensões»”, in *e-Pública*, Vol. I, n.º 1, Janeiro, 2014, pp.1 e ss.; J. REIS NOVAIS, “O Direito Fundamental à Pensão de Reforma em Situação de Emergência Financeira”, in *e-Pública*, Vol.I, n.º 1, Janeiro, 2014, pp.69 e ss.; NOGUEIRA DE BRITO, “Medida e Intensidade do Controlo da Igualdade na Jurisprudência da Crise do Tribunal Constitucional”, in ALMEIDA RIBEIRO/PEREIRA COUTINHO (org.), *O Tribunal e a Crise – Ensaios Críticos*, pp. 107 e ss.; J. MELO ALEXANDRINO, “Jurisprudência da Crise: das Questões Prévias às Perplexidades”, in G. ALMEIDA RIBEIRO /L. PEREIRA COUTINHO (org.), *O Tribunal Constitucional e a Crise*, Coimbra, 2014, pp.49 e ss.; L. PEREIRA COUTINHO, “Formular e Prescrever: a Constituição do Tribunal Constitucional”, in G. ALMEIDA RIBEIRO/L. PEREIRA COUTINHO (org.), *O Tribunal Constitucional e a Crise*, Coimbra, 2014, pp. 243 e ss.; J. REIS NOVAIS, *Em Defesa do Tribunal Constitucional – Resposta aos Críticos*, Coimbra, 2014; A. MARTINS, *A Jurisprudência Constitucional sobre as Leis do Orçamento do Estado e (in)constitucionalidade do OE2014*, Coimbra, 2014, pp.43 e ss.; LACERDA/TEIXEIRA, “Do Princípio da Igualdade Proporcional: Autonomia, Sentido e Alcance na Recente Jurisprudência do Tribunal Constitucional”, in *RJAADF*, pp. 179 e ss.; MACHETE, “O Controlo do Princípio da Igualdade segundo a Fórmula da «Igualdade Proporcional»”, in *Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Rui Moura Ramos*, pp.447 e ss.; V. CANAS, *O Princípio da Proibição do Excesso na Conformação e no Controlo de Atos Legislativos*, pp. 1085 e ss;

O pano de fundo da jurisprudência da crise corporizou-se, conforme afluído *supra*, nas designadas *medidas de austeridade* e, para o que interessa no presente ponto, na diferenciação criada entre (a) os trabalhadores do setor público e os pensionistas e (b) os trabalhadores do setor privado.

Foram quatro os acórdãos que se debruçaram sobre a ideia de igualdade proporcional: os acórdãos n.ºs 396/11, 353/12, 187/13 e 413/14, nos quais se vislumbra uma “unidade de sentido”¹⁸⁵.

Em causa estavam as normas das Leis do Orçamento do Estado para 2011, 2012, 2013 e 2014 que determinaram – para aquilo que interessa no âmbito do presente ponto – (i) a redução da remuneração base mensal dos trabalhadores do setor público e (ii) a suspensão do pagamento dos subsídios de férias e de Natal aos trabalhadores do setor público e aos pensionistas¹⁸⁶.

Ora, recorrendo às palavras do Tribunal Constitucional, estas medidas implicavam um “*esforço adicional, em prol da comunidade*”, por parte de uma categoria específica de cidadãos, a saber, os trabalhadores do setor público e os pensionistas¹⁸⁷.

¹⁸⁵ Neste sentido, R. A. PEREIRA, “Igualdade e Proporcionalidade: um Comentário às Decisões do Tribunal Constitucional de Portugal Sobre Cortes Salariais no Sector Público”, in *REDC*, p.358. Notando a “preocupação de uniformidade e consistência” demonstrada pelo Tribunal Constitucional, A. M. GUERRA MARTINS, “Constitutional Judge, Social Rights and Public Debt Crisis: the Portuguese Constitutional Case Law”, in *Maastricht Journal*, 22, 2015, p.688. A referência dos acórdãos é a seguinte: acórdão n.º 396/11, de 21.09.2011, processo n.º 72/11; acórdão n.º 353/12, de 05.07.2012, processo n.º 40/12; acórdão n.º 187/13, de 05.04.2013, processo n.º 2/13; acórdão n.º 413/14, de 30.05.2014, processo n.º 14/14.

¹⁸⁶ Em concreto: a Lei do Orçamento do Estado para 2011 (Lei n.º 55-A/2010, de 31 de dezembro) estabeleceu uma redução da remuneração base mensal aos trabalhadores do setor público que auferissem um rendimento de valor superior a €1.500,00 mensais, variando a redução consoante o valor do rendimento de cada trabalhador; a Lei do Orçamento do Estado para 2012 (Lei n.º 64-B/2011, de 30 de dezembro) manteve a redução da remuneração base mensal aos trabalhadores do setor público e suspendeu o pagamento dos subsídios de férias e de Natal a estes e aos pensionistas, recaindo a suspensão sobre aqueles que auferissem remunerações superiores a €1.100,00 mensais; a Lei do Orçamento do Estado para 2013 (Lei n.º 66-B/2012, de 31 de dezembro) manteve as reduções remuneratórias impostas em 2011 e suspendeu somente o pagamento do subsídio de férias aos trabalhadores do setor público e aos pensionistas, sendo que esta suspensão era total para os primeiros e ia até 90% do valor do subsídio para os segundos; a Lei do Orçamento do Estado para 2014 (Lei n.º 83-C/2013, de 31 de dezembro) procedeu a (i) uma ampliação do universo de trabalhadores públicos afetados pela redução da remuneração base mensal, passando a integrar os titulares de retribuições salariais superiores a €675,00 mensais e iguais ou inferiores a €1.500,00 mensais, até então isentas, (ii) a um aumento dos limites mínimo e máximo da taxa de redução, que passava dos 3,5% e 10% previstos nas Leis do Orçamento do Estado de 2011, 2012 e 2013 para os 2,5% e 12% e (iii) uma ampliação do escalão remuneratório sujeito à aplicação do coeficiente máximo, que deixava de se cingir aos titulares de retribuições mensais a partir dos €4.165,00 para passar a abranger todos os titulares de remunerações iguais ou superiores a €2.000,00.

¹⁸⁷ Era, assim, “*indiscutível que, com as medidas constantes das normas impugnadas, a repartição de sacrifícios, visando a redução do défice público, não se faz de igual forma entre todos os cidadãos, na proporção das suas capacidades financeiras, uma vez que elas não têm um cariz universal, recaindo*

Os acórdãos n.ºs 353/12, 187/13 e 413/14 declararam certas normas inconstitucionais à luz da dimensão da igualdade proporcional¹⁸⁸.

Antes de se analisar o que vai ínsito neste critério de controlo, cabe aquilatar das suas origens, interessando saber, designadamente, se a introdução de juízos de proporcionalidade no âmbito do princípio da igualdade constituiu, verdadeiramente, um novo entendimento do princípio da igualdade.

A resposta é negativa. Compulsando o arquivo jurisprudencial do Tribunal Constitucional, constata-se que o recurso à proporcionalidade no âmbito da aplicação da norma de igualdade já havia ocorrido no passado.

O próprio Tribunal Constitucional nunca reconheceu qualquer novidade metodológica. Com efeito, o primeiro dos acórdãos da jurisprudência da crise que recorreu à igualdade proporcional – o acórdão n.º 353/12 – chamou à colação, como forma de fundamentar a utilização do critério, os acórdãos n.ºs 39/88 e 96/05:

*“Como se pode ler nos acórdãos n.º 39/88 e 96/05 deste Tribunal, «a igualdade não é, porém, igualitarismo. É antes igualdade proporcional. Exige que se tratem por igual as situações substancialmente iguais e que, a situações substancialmente desiguais se dê tratamento desigual, mas proporcionado”*¹⁸⁹.

No entanto, nos acórdãos citados – acórdãos n.ºs 39/88 e 96/05 –, a igualdade proporcional não foi além de mero *obiter dictum*, sem qualquer influência na fundamentação da decisão, pelo que a verdade é que o Tribunal Constitucional foi incapaz de seleccionar, dentro da sua própria jurisprudência, os acórdãos em que havia

exclusivamente sobre as pessoas que auferem remunerações e pensões por verbas públicas” (cfr. acórdão n.º 353/12, de 05.07.2012, processo n.º 40/12, terceiro parágrafo do ponto 5).

¹⁸⁸ O acórdão n.º 353/12 declarou inconstitucionais, por violação do princípio da igualdade, as normas que suspendiam o pagamento dos subsídios de férias e de Natal aos trabalhadores do setor público e aos pensionistas, tendo, porém, restringido os efeitos da declaração de inconstitucionalidade ao abrigo do n.º 4 do artigo 282.º da Constituição. O acórdão n.º 187/13 declarou a inconstitucionalidade, por violação do princípio da igualdade, das normas que suspendiam o pagamento do subsídio de férias aos trabalhadores do setor público e aos pensionistas. O acórdão n.º 413/14 declarou inconstitucionais, por violação do princípio da igualdade, as normas que ampliavam a redução da remuneração base mensal dos trabalhadores do setor público, tendo, porém, restringido os efeitos da declaração de inconstitucionalidade ao abrigo do n.º 4 do artigo 282.º da Constituição.

¹⁸⁹ Acórdão n.º 353/12, de 05.07.2012, processo n.º 40/12, parágrafo décimo sétimo do ponto 5. O Tribunal citou, no acórdão n.º 39/88, R. ALARCÃO, *Introdução ao Estudo de Direito*, Coimbra, 1972, obra em que se lê, adicionalmente, que a justiça como princípio objetivo, “reconduz-se, na sua essência, a uma ideia de igualdade, no sentido de proporcionalidade”. Em 1953, M. ANDRADE falava de uma “igualdade no sentido de proporcionalidade”, para definir o conceito de justiça (cfr. “Sentido e Valor da Jurisprudência”, in *BFDUC*, Vol. XLVIII, 1972, p.14). O acórdão n.º 96/05, por sua vez, limitou-se a citar o acórdão n.º 39/88.

recorrido, verdadeiramente, a um critério de conjugação da igualdade com a proporcionalidade¹⁹⁰.

Em bom rigor, a verdadeira antecâmara da igualdade proporcional encontra-se no conjunto de casos plurinormativos que confrontou normas da lei penal militar com normas da lei penal civil¹⁹¹.

¹⁹⁰ No acórdão n.º 39/88, questionaram-se as normas que diferenciavam as condições do pagamento das indemnizações devidas pelas nacionalizações, que variavam em função do montante das indemnizações a pagar – fixavam-se, designadamente, prazos de amortização e de diferimento diferentes e taxas de juro também diferenciadas em função do montante global a pagar (prazos maiores e taxas de juro mais baixas, para as indemnizações de valor global mais elevado; prazos mais curtos e taxas de juro mais elevadas, para as indemnizações de menor montante). O fundamento da decisão de não inconstitucionalidade por violação do princípio da igualdade acabou por recair, tão-somente, no facto de as diferenciações de tratamento no pagamento das indemnizações se apresentarem “*com fundamento material bastante*” (cfr. acórdão n.º 39/88, de 09.02.1988, processo n.º 136/85, pontos 5.3 a 5.5). Por seu turno, o acórdão n.º 96/05 analisou, à luz do princípio da igualdade, o regime do Estatuto dos Eleitos Locais que fixava a identidade de remunerações entre um eleito local em regime de permanência, mas que auferia remunerações pelo exercício de outras funções, e um eleito local em regime de meio tempo. Acabou por concluir, tão-somente, que não se podia efetuar uma comparação entre as duas situações “*apenas na ótica do vencimento, para concluir, tão-só com base neste aspeto específico, pela existência de uma equiparação em ofensa ao princípio da igualdade. É, pois, de rejeitar a tese da inconstitucionalidade material, em resultado da violação do princípio da igualdade*” (cfr. acórdão n.º 96/05, de 23.02.2005, processo n.º 682/02, último parágrafo do ponto 8).

Também a doutrina foi incapaz de identificar devidamente os antecedentes da igualdade proporcional, remetendo tais antecedentes para os acórdãos referidos pelo Tribunal Constitucional (acórdãos n.º 39/88 e 96/05). Assim, NOGUEIRA DE BRITO/PEREIRA COUTINHO, “A «Igualdade Proporcional», Novo Modelo no Controlo do Princípio da Igualdade? Comentário ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 187/2013”, in *D&P*, p.183; CANAS, *O Princípio da Proibição do Excesso na Conformação e no Controlo de Atos Legislativos*, p.245; REIS NOVAIS, “O Direito Fundamental à Pensão de Reforma em Situação de Emergência Financeira”, in *e-Pública*, p.85; *Princípios Constitucionais Estruturantes de Estado de Direito* p.91.

¹⁹¹ Em sentido diferente, considerando que “o antecedente mais direto da fórmula da igualdade proporcional se encontra no acórdão n.º 187/01”, NOGUEIRA DE BRITO, “Medida e Intensidade do Controlo da Igualdade na Jurisprudência da Crise do Tribunal Constitucional”, in ALMEIDA RIBEIRO/PEREIRA COUTINHO (org.), *O Tribunal e a Crise – Ensaio Crítico*, p.124. Nesse acórdão, apreciou-se a reserva da propriedade das farmácias para os farmacêuticos. No entanto, e salvo o devido respeito, não se concorda com a referência do autor, já que o aresto referido não procedeu a uma verdadeira conjugação dos princípios da igualdade e da proporcionalidade, tendo-se limitado a referir o seguinte:

“Na verdade, quer a legitimação da diferenciação se baste – como se tem dito na jurisprudência deste Tribunal – com o reconhecimento de um fundamento razoável, constitucionalmente relevante, para ela, quer, indo mais além, se julgue necessário verificar se a diferenciação é adequada, necessária e proporcionada – como, aparentemente, se sustenta no pedido e num dos votos de vencido apostos ao Acórdão n.º 76/85 (sendo certo, porém, que neste se não considerava violado o direito de propriedade), como que transpondo para o contexto do princípio da igualdade as exigências de proporcionalidade formuladas para a restrição a direitos, liberdades e garantias –, pode já dar-se uma resposta negativa à questão referida. Vimos já que as normas em causa, ao preverem um regime de reserva da propriedade da farmácia para os farmacêuticos (e, ligado a este, a indivisibilidade da propriedade e da direção técnica), não podem ser consideradas violadoras do princípio da proporcionalidade, ou «proibição do excesso», tal como vale mesmo para restrições a direitos, liberdades e garantias – isto é, que não podem ser consideradas desadequadas, desnecessárias, ou desproporcionadas na sua medida, em relação às finalidades de interesse público prosseguidas pelo legislador”

Neste conjunto de casos que ora se identifica, foram confrontadas as molduras penais de vários crimes tipificados no Código de Justiça Militar com as molduras penais dos crimes homólogos do Código Penal, designadamente:

- (i) Crime de abuso de confiança¹⁹²;
- (ii) Crime de burla¹⁹³;
- (iii) Crimes de falsificação e de peculato¹⁹⁴;
- (iv) Crime de furto¹⁹⁵;

Em todos estes casos, exceto no do crime de falsificação, o Tribunal Constitucional julgou inconstitucionais as molduras penais mais agravadas do Código de Justiça Militar, por violação dos princípios da igualdade e da proporcionalidade “*lidos conjugadamente*”¹⁹⁶, “*em articulação*”¹⁹⁷ ou “*interpretados conjugadamente*”^{198 199}.

Detalhando o método utilizado pelo Tribunal Constitucional, o mesmo consistiu em encetar um passo metodológico subsequente à proibição do arbítrio, trazendo à colação, nas suas palavras, “*uma outra perspetiva e que tem a ver com o princípio da proporcionalidade, conjugado este com o princípio da igualdade*”.

Neste sentido, o Tribunal começou sempre por considerar que as molduras penais mais agravadas do Código de Justiça Militar não eram arbitrárias, invocando, para o efeito, que os cargos e funções militares, cujo exercício implicava um conjunto de deveres e bens jurídicos especiais, justificavam a distinção relativamente às molduras penais aplicáveis à comunidade civil²⁰⁰.

¹⁹² Cfr. acórdão n.º 370/94, de 11.05.1994, processo n.º 82/92.

¹⁹³ Cfr. acórdão n.º 958/96, de 10.07.1996, processo n.º 109/95.

¹⁹⁴ Cfr. acórdão n.º 329/97, de 17.04.1997, processo n.º 230/96.

¹⁹⁵ Cfr. acórdão n.º 334/98, de 06.05.1998, processo n.º 640/97; acórdão n.º 392/99, de 23.06.1999, processo n.º 74/98.

¹⁹⁶ Cfr. acórdão n.º 370/94, de 11.05.1994, processo n.º 82/92, ponto 10.

¹⁹⁷ Cfr. acórdão n.º 958/96, de 10.07.1996, processo n.º 109/95, ponto 8.

¹⁹⁸ Cfr. acórdão n.º 329/97, de 17.04.1997, processo n.º 230/96, ponto 11.

¹⁹⁹ No acórdão n.º 334/98, de 06.05.1998, processo n.º 640/97 e no acórdão n.º 392/99, de 23.06.1999, processo n.º 74/98, julgaram-se as normas *sub iudice* inconstitucionais “*por violação dos princípios conjugados da igualdade e da proporcionalidade*”.

²⁰⁰ Cfr. acórdão n.º 370/94, de 11.05.1994, processo n.º 82/92, parágrafos décimo primeiro e seguintes do ponto 8; acórdão n.º 958/96, de 10.07.1996, processo n.º 109/95, quarto parágrafo do ponto 6; acórdão n.º 329/97, de 17.04.1997, processo n.º 230/96, terceiro parágrafo do ponto 3; acórdão n.º 118/99, de 02.03.1999, processo n.º 655/96, terceiro parágrafo e seguintes do ponto 4; acórdão n.º 287/99, de 11.05.1999, processo n.º 636/97, ponto 10. Veja-se, também, R. PEREIRA, “O Princípio da Igualdade em Direito Penal”, in *OD*, A. 120, n.ºs 1-2, 1988, pp.153-154. O autor refere que existem “inúmeras situações em que a existência ou agravamento de responsabilidade penal decorre do exercício de certos cargos ou funções (é o caso dos funcionários e agentes da Administração Pública, dos militares, dos advogados e solicitadores, dos médicos e profissionais da medicina em geral, dos profissionais do comércio e indústria

Após esta concessão, o Tribunal aferiu da proporcionalidade da medida da diferença das molduras penais, aí surgindo as pronúncias pela inconstitucionalidade das normas do Código de Justiça Militar.

Assim, relativamente ao crime de abuso de confiança, o Tribunal considerou que o facto de a norma incriminadora do Código de Justiça Militar prever uma pena entre doze a dezasseis anos de prisão, ao passo que o Código Penal previa, para o mesmo tipo de ilícito, uma pena entre um a dez anos, “*mostra que aquele dá um tratamento desproporcionalmente diferente à mesma ilicitude material, substancialmente idêntica, com o que pode ver-se aí uma violação dos princípios da igualdade e da proporcionalidade, lidos conjugadamente, procedendo, assim, o recurso*”²⁰¹.

Por seu turno, em relação ao crime de burla, a norma do Código de Justiça Militar que previa uma pena de dois a oito anos de prisão foi considerada, quando comparada com a pena de prisão até três anos ou multa até trezentos e sessenta dias prevista no Código Penal, inconstitucional, já que “*é reconhecível uma desproporcionalidade efetiva entre as penalidades previstas para a burla nos dois Códigos*”, sendo que “[u]ma tal desproporcionalidade constitui ainda, sem dúvida, uma violação da igualdade, na medida de uma comparação entre realidades, eventualmente diferentes, através de um critério comum”²⁰².

Do mesmo modo, no que concerne ao crime de peculato, para o qual o Código de Justiça Militar previa uma pena entre oito a doze anos de prisão e o Código de Penal uma pena entre um a oito anos, constatou-se que “*o limite máximo da penalidade*

e dos profissionais da construção civil). Em todos estes casos, a criação ou agravamento da responsabilidade criminal só podem encontrar a sua razão de ser na circunstância de o crime ser praticado no exercício (ou a coberto) daqueles cargos ou funções. De tal modo, a sua prática documentará um maior grau de ilicitude do facto ou de culpa do agente, sendo respeitada a proporcionalidade entre o crime e a pena e não se vislumbrando qualquer discriminação (que ofenda o princípio da igualdade)”.

²⁰¹ Acórdão n.º 370/94, de 11.05.1994, processo n.º 82/92, sexto parágrafo do ponto 9. Considerando que “o que o TC fez foi construir o princípio da igualdade como um direito de liberdade – a que aparentemente seria de aplicar o regime dos direitos, liberdades e garantias – com um âmbito de proteção normativa constitucionalmente determinado (ou determinável por interpretação), portanto, e suscetível de sofrer uma restrição por parte do legislador, em observância dos limites constitucionalmente estabelecidos para a restrição legislativa dessa categoria de direitos (artigo 18.º, n.ºs 2 e 3 da CRP), entre os quais se inclui o princípio da proporcionalidade”, PEREIRA, “Igualdade e Proporcionalidade: um Comentário às Decisões do Tribunal Constitucional de Portugal Sobre Cortes Salariais no Sector Público”, in *REDC*, p.326.

²⁰² Acórdão n.º 958/96, de 10.07.1996, processo n.º 109/95, ponto 7. Considerando que neste acórdão o Tribunal Constitucional tratou o princípio da igualdade “nos termos da dogmática geral dos direitos fundamentais, admitindo-se a sua restrição pelo legislador dentro dos limites constitucionalmente impostos para a restrição legislativa de direitos”, PEREIRA, “Igualdade e Proporcionalidade: um Comentário às Decisões do Tribunal Constitucional de Portugal Sobre Cortes Salariais no Sector Público”, in *REDC*, pp.326-327.

estatuída pela lei penal comum corresponde ao limite mínimo da penalidade da lei penal militar”, pelo que “há forçosamente que concluir que afirmar a existência de uma desproporcionalidade incompatível com os princípios consagrados nos artigos 13.º e 18.º da Constituição, quando lidos articuladamente”²⁰³.

Por fim, relativamente ao crime de furto, confrontado com a previsão de uma pena de prisão de oito a doze anos no Código de Justiça Militar, para furtos de objetos que não excedessem os mil contos, e uma pena de prisão de dois a oito anos no Código Penal, para furtos qualificados, o Tribunal Constitucional considerou que “[r]esulta, por consequência, claro, da comparação entre os dois regimes punitivos que, ao menos nos limites mínimos, o CJM dá um tratamento desproporcionalmente diferente a uma ilicitude material paralela, o que permite afirmar a existência de uma violação dos princípios conjugados da igualdade e da proporcionalidade”²⁰⁴.

Utilizando precisamente o mesmo método, mas afastando a inconstitucionalidade, o Tribunal Constitucional considerou que, relativamente à comparação da norma do Código de Justiça Militar que fixava uma pena de prisão entre um a cinco anos pelo crime de falsificação e a norma homóloga do Código Penal, que estabelecia uma pena entre dois a oito anos, “*um a cinco anos e dois a oito anos de prisão são limites que comportam um espaço de coincidência [...] nestas duas penalidades existe ainda uma zona de sobreposição suficientemente ampla que impede a quebra de identidade entre o núcleo fundamental das valorações subjacentes*”²⁰⁵.

A este conjunto de casos acresce ainda um outro, que não teve por base a fiscalização da diferença de determinadas molduras penais, mas a exclusão da aplicabilidade, ao direito penal militar, de um regime especial de direito penal comum – o regime para jovens adultos, previsto em lei especial²⁰⁶.

Também neste caso se assistiu a uma conjugação do princípio da igualdade com o princípio da proporcionalidade, depois de se ter ultrapassado a proibição do arbítrio.

²⁰³ Acórdão n.º 329/97, de 17.04.1997, processo n.º 230/96, ponto 10.

²⁰⁴ Acórdão n.º 334/98, de 06.05.1998, processo n.º 640/97, nono parágrafo do ponto 4. O acórdão n.º 392/99, de 23.06.1999, processo n.º 74/98, limitou-se a remeter para a fundamentação do acórdão n.º 334/98.

²⁰⁵ Acórdão n.º 329/97, de 17.04.1997, processo n.º 230/96, ponto 8.

²⁰⁶ Cfr. acórdão n.º 118/99, de 02.03.1999, processo n.º 655/96; acórdão n.º 287/99, de 11.05.1999, processo n.º 636/97.

Com efeito, o Tribunal Constitucional considerou que, embora se pudesse interpretar o princípio da igualdade no sentido de permitir uma diferenciação entre os regimes militar e civil, essa interpretação “há de, no entanto, casar-se com o princípio da proporcionalidade – o que, na sua precipitação casuística, implica que se não possa ter como aceitável a exclusão em absoluto do regime previsto no Decreto-Lei n.º 401/82, devendo ficar sempre aberta a possibilidade de os tribunais militares o considerarem sempre que o mesmo se lhes mostre adequado”²⁰⁷.

Deste modo, o Tribunal julgou inconstitucional “por violação conjugada dos princípios da igualdade e da proporcionalidade, a norma do n.º 4 do Código de Justiça Militar, interpretada no sentido de excluir em absoluto a aplicabilidade ao direito penal militar do regime penal especial para jovens, estabelecido no Decreto-Lei n.º 401/82, de 23 de setembro”²⁰⁸.

Pois bem: retornando à jurisprudência da crise, constata-se que, comparativamente à jurisprudência que se acabou de descrever, a única diferença a registar consubstancia uma diferença de grau no plano da densidade da fundamentação, mormente da explanação do método de controlo.

De facto, na jurisprudência da crise, o Tribunal Constitucional decidiu formular, de modo inédito, um método abstrato de controlo da constitucionalidade com base no princípio da igualdade, revelando especificamente os seus termos.

De resto, os conjuntos de acórdãos sob confronto partilham a mesma lógica: ambos procedem a uma divisão do controlo da constitucionalidade em dois planos, sendo o primeiro o da proibição do arbítrio e o segundo o da análise da *medida da diferença* – plano em que se desenvolve depois o juízo de proporcionalidade.

Assim, confirmam-se os termos do método formulado pelo Tribunal Constitucional no âmbito da jurisprudência da crise:

“Tal critério [de controlo da constitucionalidade com base no princípio da igualdade] diz respeito, num primeiro momento, à existência de um fundamento

²⁰⁷ Acórdão n.º 118/99, de 02.03.1999, processo n.º 655/96 (ponto 3); acórdão n.º 287/99, de 11.05.1999, processo n.º 636/97, ponto 12.

²⁰⁸ Acórdão n.º 118/99, de 02.03.1999, processo n.º 655/96; acórdão n.º 287/99, de 11.05.1999, processo n.º 636/97.

*para a própria opção de diferenciar e, num segundo momento, à medida em que foi decidido concretizar tal diferenciação*²⁰⁹.

Nos acórdãos n.ºs 396/11, 353/12, 187/13 e 413/14, o plano da proibição do arbítrio foi sempre ultrapassado, tendo para tal sido utilizado, sucessivamente, o argumento da especial eficácia das reduções remuneratórias impostas a quem recebe por verbas públicas para alcançar a consolidação orçamental.

No fundo, a situação económico-financeira atravessada pelo País e a subsequente necessidade de serem adotadas medidas eficazes e de cumprir com os objetivos assumidos no âmbito do Programa de Assistência Económica e Financeira afastavam o arbítrio²¹⁰.

²⁰⁹ Acórdão n.º 187/13, de 05.04.2013, processo n.º 2/13, segundo parágrafo do ponto 34. No mesmo sentido, veja-se a seguinte passagem:

“[...] o princípio da igualdade exige que, a par da existência de um fundamento material para a opção de diferenciar, o tratamento diferenciado imposto seja proporcionado. Se o princípio da igualdade permite (ou até requer, em certos termos) que o desigual seja desigualmente tratado, simultaneamente impõe que não seja desrespeitada a medida da diferença. Ainda que o critério subjacente à diferenciação introduzida seja, em si mesmo, constitucionalmente credenciado e racionalmente não infundado, a desigualdade introduzida pela diferenciação de situações nem por isso se tornará «imune a um juízo de proporcionalidade» (acórdão n.º 353/12)” (segundo parágrafo do ponto 36).

Na mesma linha, lê-se no acórdão n.º 413/14 o seguinte:

“Em consonância com a fórmula em que pode assim sintetizar-se o princípio da igualdade, o Tribunal vem estruturando o problema da constitucionalidade suscitado pela confrontação com esse princípio das normas orçamentais que determinam a ablação parcial das contrapartidas remuneratórias devidas no âmbito da relação de emprego público, através da identificação de dois planos de análise distintos mas interligados, respeitando o primeiro à averiguação da razão de ser da diferenciação produzida por tais medidas – isto é, à «existência de um fundamento para a própria opção de diferenciar» (acórdão n.º 187/13) – e o segundo à avaliação da medida em que, considerada aquela razão, a diferenciação surge em concreto determinada” (segundo parágrafo do ponto 24).

O mesmo método resulta do acórdão n.º 353/12, embora de modo implícito. O mesmo já não se pode dizer do acórdão n.º 396/11. Neste sentido, CANAS, “Constituição *Prima Facie*: Igualdade, Proporcionalidade, Confiança (Aplicados ao «Corte das Pensões»)”, in *e-Pública*, p.25.

²¹⁰ No resumo de CANOTILHO/VIOLANTE/LANCEIRO: “Entre 2008 e 2013, a dívida pública subiu a dívida pública subiu de 71,7% para 129% do PIB. Durante o mesmo período, o investimento desceu quase 40% em termos nominais. Num país com aproximadamente 10 milhões de pessoas, entre 2010 e 2013 quase 500,000 postos de trabalho foram destruídos. O desemprego cresceu de 7,6% em 2008 para 16,2% em 2013. A percentagem de desemprego jovem (15 a 24 anos) cresceu de 16,7% em 2008 para 38,1% em 2013. Mais de 100,000 pessoas (48% entre 20 a 40 anos) deixou o país, definitiva ou temporariamente, em 2011, e acima de 120,00 (57% entre 20 e 40 anos) em 2012. Depois de importantes alterações nas regras de atribuição do subsídio de desemprego, o número de desempregados a receber ajuda pública desceu de 60% para sensivelmente acima de 40% entre 2010 e 2013. Estes números podem ser encontrados em www.ine.pt e www.pordata.pt.” (“Austerity Measures under Judicial Scrutiny: the Portuguese Constitutional Case Law”, in *ECLR*, p.156.).

Entre o Governo e o Fundo Monetário Internacional foi celebrado um *Memorando técnico de entendimento* e um *Memorando de políticas económicas e financeiras*, os quais estabeleceram as condições da ajuda financeira a Portugal por parte do Fundo. Entre o Governo e a União Europeia foi assinado o *Memorando de entendimento relativo às condicionalidades específicas de política económica*, adotado com referência ao Regulamento do Conselho n.º 407/2010, de 11 de maio de 2010, que

Atente-se, agora, na análise do segmento da medida da diferença, no âmbito da qual o Tribunal Constitucional elaborou e exteriorizou um novo método.

O raciocínio resumiu-se a dois juízos: (i) ponderar se a extensão da desigualdade do tratamento era proporcional ao fundamento material do mesmo e (ii) ponderar se a extensão da desigualdade do tratamento era proporcional à medida da diferença verificada existir entre o par comparativo.

Confirmam-se as palavras do Tribunal Constitucional:

“Este segundo nível de escrutínio, tendo por objeto a valoração, com acolhimento das exigências de proporcionalidade, da extensão da diferenciação, desenvolve-se em torno da ideia segundo a qual a «desigualdade do tratamento deverá, quanto à medida em que surge imposta, ser proporcional, quer às razões que justificam o tratamento desigual – não poderá ser excessiva, do ponto de vista do desígnio prosseguido –, quer à medida da diferença verificada existir entre o grupo dos destinatários da norma diferenciadora e o grupo daqueles que são excluídos dos seus efeitos ou âmbito de aplicação» (acórdão n.º 187/2013)”²¹¹.

estabelece o Mecanismo Europeu de Estabilização Financeira, em especial o artigo 3.º, n.º 5, do mesmo, que descreve as condições gerais da política económica tal como contidas na Decisão de Execução do Conselho n.º 2011/344/EU, de 17/5/2011, sobre a concessão de assistência financeira a Portugal. Sobre a natureza jurídica destes memorandos, F. PEREIRA COUTINHO, “A Natureza Jurídica dos Memorandos da Troika”, in *Themis*, 13, n.º 24/25, 2013; E. CORREIA BAPTISTA, “Natureza Jurídica dos Memorandos com o FMI e com a União Europeia”, in *ROA*, 71, n.º 2, 2011. Entendendo que este Programa transformou a República Portuguesa num “protetorado internacional”, P. OTERO, “A crise: um novo Direito Administrativo?” in *A Crise e o Direito*, Coimbra, 2013, p.207.

²¹¹ Acórdão n.º 413/14, de 30.05.2014, processo n.º 14/14, terceiro parágrafo do ponto 33, citando o acórdão n.º 187/13. Neste último, lê-se ainda o seguinte:

“Os dois níveis de comparação em que, do ponto de vista operativo, se desdobra o princípio da igualdade (acórdão n.º 114/2005) introduzem no tema da repartição dos encargos públicos uma nova dimensão problemática, ela própria multidirecional: a igualdade proporcional implica a consideração do grau de diferenciação imposto, quer na sua relação com as finalidades prosseguidas – o que pressupõe que as medidas diferenciadoras sejam impostas em grau necessário, adequado e não excessivo do ponto de vista do interesse que se pretende acautelar (cfr. acórdãos n.º 634/93 e 187/2001) –, quer no âmbito da comparação a estabelecer entre os sujeitos afetados pela medida e os sujeitos que o não são e, do ponto de vista daquela finalidade, entre uns e outros e o Estado. Estão em causa limites do sacrifício adicional imposto àqueles sujeitos: para além de certa medida, esse acréscimo de sacrifício traduz um tratamento inequitativo e desproporcionado, não podendo ser justificado pelas vantagens comparativas que esse modo de consolidação orçamental possa apresentar quando comparado com alternativas disponíveis” (ponto 37).

Esta formulação abstrata apenas decorre dos acórdãos n.ºs 187/13 e 414/14. Os acórdãos n.ºs 396/11 e 353/12 estão ambos muito longe da elaboração exposta. Não obstante, é referido pelo Tribunal Constitucional, no acórdão n.º 187/13, que já em tais acórdãos é possível vislumbrar uma tal formulação: “[d]e forma mais ou menos expressa, esta ordem de considerações [referente à medida da diferença] – através da qual se realiza a aproximação ao conceito de «justa medida» – encontra-se subjacente aos juízos que, ainda que com consequências opostas, foram formulados no âmbito dos acórdãos n.ºs 396/11

No contexto da aplicação desta fórmula, verificou-se que o primeiro juízo que lhe está subjacente – o de ponderar se a extensão da desigualdade do tratamento é proporcional ao fundamento material do mesmo – conduziu sempre o Tribunal Constitucional a invalidar as normas em apreço²¹².

Com efeito, o Tribunal considerou, nos acórdãos n.ºs 353/12, 187/13 e 413/14, que a extensão da desigualdade de tratamento imposta era desproporcional ao fim de consolidação orçamental almejado²¹³.

e 351/12” (acórdão n.º 187/13, de 05.04.2013, processo n.º 2/13, primeiro parágrafo do ponto 38). No mesmo sentido, a declaração de voto conjunta de V. GOMES, P. MACHETE, M. J. ANTUNES, J. CUNHA BARBOSA, M. L. AMARAL no acórdão n.º 187/13, em que se refere que “[t]anto no Acórdão n.º 396/11 quanto no Acórdão n.º 353/12 foi o princípio densificado através de um duplo teste, que incidiu em especial sobre o modo de aferição da «medida da diferença»”. Também R. A. PEREIRA considera que o juízo em causa estava já subjacente à fundamentação do acórdão n.º 353/12, “ainda que nele não tivesse sido articulado com tamanha clareza” (“Igualdade e Proporcionalidade: um Comentário às Decisões do Tribunal Constitucional de Portugal Sobre Cortes Salariais no Sector Público”, in *REDC*, p.353).

²¹² Considerando, a propósito do acórdão n.º 187/13, que resulta da fundamentação do Tribunal Constitucional que esta conclusão colocou em crise a “conclusão anteriormente atingida em sede de teste do arbítrio, duvidando-se afinal que o interesse público traduzido na consolidação orçamental através da adoção de medidas com eficácia imediata nesse contexto pudesse justificar uma distinção de tratamento entre trabalhadores dos setores público e privado”, NOGUEIRA DE BRITO/PEREIRA COUTINHO, “A «Igualdade Proporcional», Novo Modelo no Controlo do Princípio da Igualdade? Comentário ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 187/2013”, in *D&P*, p.187.

²¹³ Com efeito, no acórdão n.º 353/12, o Tribunal Constitucional declarou a inconstitucionalidade das normas que previam a suspensão do pagamento dos subsídios de férias e de Natal aos trabalhadores do setor público e aos pensionistas, nos seguintes termos:

“A diferença é de tal modo acentuada e significativa que as razões de eficácia da medida adotada na prossecução do objetivo da redução do défice público para os valores apontados nos memorandos de entendimento não têm uma valia suficiente para justificar a dimensão de tal diferença, tanto mais que poderia configurar-se o recurso a soluções alternativas para a diminuição do défice, quer pelo lado da despesa (v.g as medidas que constam dos referidos memorandos de entendimento), quer pelo lado da receita (v.g. através de medidas de carácter mais abrangente e efeito equivalente à redução de rendimentos). As referidas soluções, podendo revelar-se suficientemente eficientes do ponto de vista da realização do interesse público, permitiriam um desagramento da situação daqueles outros contribuintes que auferem remunerações ou prestações sociais pagas por verbas públicas. Daí que seja evidente que o diferente tratamento imposto a quem auferem remunerações e pensões por verbas públicas ultrapassa os limites da proibição do excesso em termos de igualdade proporcional. Apesar de se reconhecer que estamos numa gravíssima situação económico-financeira, em que o cumprimento das metas do défice público estabelecidos nos referidos memorandos de entendimento é importante para garantir a manutenção do financiamento do Estado, tais objetivos devem ser alcançados através de medidas de diminuição de despesa e/ou aumento da receita que não se traduzam numa repartição de sacrifícios excessivamente diferenciada. Aliás, quanto maior é o grau de sacrifício imposto aos cidadãos para a satisfação de interesses públicos, maiores são as exigências de equidade e justiça na repartição desses sacrifícios” (parágrafos vigésimo quinto e seguintes do ponto 5).

No acórdão n.º 187/13, o Tribunal Constitucional declarou inconstitucionais as normas que suspendiam os subsídios de férias aos trabalhadores públicos e aos pensionistas, reiterando a lógica que assistiu o juízo proferido no acórdão n.º 353/12:

“Na última dessas decisões [acórdão n.º 353/12], o Tribunal considerou, porém, que os efeitos cumulativos e continuados dos sacrifícios impostos às pessoas com remunerações do setor público, sem equivalente para a generalidade dos outros cidadãos que auferem de rendimentos provenientes de outras fontes, corresponde a uma diferença de tratamento que não encontra já

Deste modo, verifica-se que aquilo que o Tribunal Constitucional considerou inconstitucional não foi o tratamento diferenciado que o legislador instituiu entre os dois grupos em causa, mas a concreta medida em que o fez²¹⁴.

Não interessando, neste ponto do trabalho, fazer uma avaliação crítica deste critério de controlo, note-se apenas que a doutrina se debruçou sobre os concretos termos em que devem ser conjugados os princípios da proporcionalidade e da igualdade, observando-se que as conclusões quanto à mais correta conjugação dos dois princípios não são unânimes²¹⁵.

fundamento bastante no objetivo da redução do défice público. E implica por isso uma violação do princípio da igualdade proporcional, assente na ideia de que a desigualdade justificada pela diferença de situações não está imune a um juízo de proporcionalidade e não pode revelar-se excessiva. Não há motivo agora para alterar este juízo” (nono parágrafo e seguintes do ponto 44).

Por seu turno, no acórdão n.º 413/14 declararam-se inconstitucionais as normas que ampliavam as reduções da remuneração base mensal impostas aos trabalhadores do setor público desde 2011, no mesmo quadro de fundamentação a que se havia recorrido nos acórdãos n.º 353/12 e 187/13:

“Não se verificando, no plano normativo, a concorrência de quaisquer fatores de desagravamento da situação remuneratória dos trabalhadores do setor público relativamente aos verificados no contexto da Lei n.º 66-B/2012, aquela alteração apenas poderia relacionar-se com as acrescidas exigências da consolidação orçamental resultantes do mais baixo limite fixado para o défice. Ainda que a tais exigências fosse reconhecida consistência valorativa suficiente para, no quarto ano de execução orçamental, restabelecer a relação de equitativa adequação da medida da diferenciação ao interesse público visado, não se regista a superveniência de quaisquer dados suscetíveis de justificar a solução no sentido oposto ao que ali [no acórdão n.º 187/13] foi encontrado para a questão da igualdade externa, isto é, daquela que apesar de tudo subsiste entre os sujeitos afetados e os sujeitos não afetados pela opção legislativa e à qual o módulo da diferenciação não poderá ser por isso insensível. Sendo de manter os critérios definidos pelo acórdão n.º 187/2013, a medida de diferenciação que diretamente resulta dos novos valores das taxas de redução e da alteração da sua base de incidência, ainda que desacompanhada de qualquer afetação dos subsídios, não poderá deixar de se considerar excessiva, e por isso constitucionalmente ilícita, perante o princípio da justa repartição dos encargos públicos” (ponto 47).

²¹⁴ Considerando que nos acórdãos n.ºs 396/11 e 187/13 o Tribunal Constitucional não teve em conta a medida da diferença, mas apenas o sacrifício imposto aos trabalhadores do setor público, medido em termos absolutos, e que, por isso, incorreu numa “traição” aos seus próprios termos, efetuando um juízo clássico de proporcionalidade, PEREIRA, “Igualdade e Proporcionalidade: um Comentário às Decisões do Tribunal Constitucional de Portugal Sobre Cortes Salariais no Sector Público”, in *REDC*, pp.364-365.

²¹⁵ Assim, V. CANAS sintetiza quatro correntes principais: (i) corrente totalmente integradora da proporcionalidade; (ii) corrente limitadamente integradora da proporcionalidade; (iii) corrente integradora da proporcionalidade em termos modificados e (iv) corrente negacionista da integração (*O Princípio*, pp.1106 e ss.; *e-Pública*, 18 e ss.). O autor admite depois “a ideia de princípio da igualdade como proibição da desproporção, na medida em que sublinhe simplesmente o momento ponderativo que a versão forte envolve. Mas são escassos os argumentos que sustentam o conceito de *igualdade proporcional* entendido como versão mesclada do princípio da igualdade que incorpora o princípio da proibição do excesso ou a maior parte dos traços estruturais desta” (*O Princípio da Proibição do Excesso na Formação e no Controlo de Atos Legislativos*, pp.1106 e ss.; “*Constituição Prima Facie: Igualdade, Proporcionalidade, Confiança (Aplicados ao «Corte das Pensões»*”, in *e-Pública*, 18 e ss.). M. NOGUEIRA DE Brito defende que “a integração dos três segmentos da proporcionalidade na estrutura da igualdade apresenta resultados diversos”. Assim, o autor admite a integração do subprincípio da adequação e da proporcionalidade em sentido estrito, mas já não o subprincípio da necessidade. Não obstante, o autor defende, simultaneamente, a possibilidade de “mesmo sem integrar na estrutura da

3.4. O parâmetro vigente como uma construção jurisprudencial inconsistente

O presente subtítulo, indiciando a conclusão que nele se pretende fazer relativamente à descrição exposta no ponto anterior, decompõe-se em duas asserções: (i) o parâmetro de igualdade vigente consubstancia uma criação jurisprudencial que não se identifica totalmente com o seu conteúdo normativo e (ii) essa criação jurisprudencial revela-se inconsistente.

igualdade as várias dimensões do princípio da proporcionalidade, adotar uma versão mais intensa do controlo do princípio da igualdade, em que este surge concebido como princípio e já não como regra” (“Medida e Intensidade do Controlo da Igualdade na Jurisprudência da Crise do Tribunal Constitucional”, in ALMEIDA RIBEIRO/ PEREIRA COUTINHO (org.), *O Tribunal e a Crise – Ensaios Críticos*, p.127). R. A. PEREIRA defende que não é “dogmaticamente possível transpor para o princípio da igualdade os testes decorrentes do princípio da proporcionalidade”, admitindo, simultaneamente, que tal não significa que “com as devidas adaptações à especificidade da sua estrutura, o princípio da proporcionalidade não possa ser incorporado na valoração requerida pelo princípio da igualdade” (“Igualdade e Proporcionalidade: um Comentário às Decisões do Tribunal Constitucional de Portugal Sobre Cortes Salariais no Sector Público”, in *REDC*, pp.362-363). P. MACHETE refere que “a propósito das dificuldades suscitadas – ou mesmo verdadeiras objeções, de natureza dogmática ou metódica – à consideração de exigências de proporcionalidade no âmbito do escrutínio de soluções jurídicas à luz do princípio da igualdade, cumpre ter presente alguns aspetos nem sempre devidamente considerados”, que se podem resumir à seguinte ordem de ideias: (i) o exame da proporcionalidade em sentido estrito é especialmente relevante no âmbito das diferenciações cujas razões justificativas se consubstanciam nos *finis externos* por si visados; (ii) na medida em que as desigualdades de tratamento correspondem a “intervenções legislativas de carácter restritivo” na igualdade enquanto bem jurídico, “não é de estranhara pertinência da convocação do princípio da proporcionalidade enquanto parâmetro limitador de interferências legislativas com bens jurídicos” e (iii) não se deve perder de vista a unidade do princípio da proporcionalidade, no quadro de um Estado de Direito que é sempre um “Estado proporcional”, razão pela qual os testes em que se desdobra este princípio são meramente instrumentais (cfr. MACHETE, “O Controlo do Princípio da Igualdade segundo a Fórmula da «Igualdade Proporcional»”, in *Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Rui Moura Ramos*, pp.483 e ss.). Ademais, registam-se, também, críticas ao Tribunal Constitucional pelo modo como configurou e utilizou, em concreto, a igualdade proporcional no âmbito da jurisprudência da crise. Assim, J. REIS NOVAIS considerou que “a clareza e o rigor na utilização dos princípios constitucionais estruturantes por parte do Tribunal Constitucional não têm sido exemplares. A falta de rigor assoma, sobretudo na *invenção* desse suposto princípio constitucional da *igualdade proporcional* (como se houvesse uma igualdade desproporcional) onde os comandos, diferentes, dos dois princípios da igualdade e da proporcionalidade surgem combinados e confundidos sem qualquer ganho de clareza e, sobretudo, com a desvantagem de impedir a identificação rigorosa do vício de constitucionalidade que carece de ser superado em futura legislação [...] invenção, a nosso ver, falhada, mas que se converteu desafortunadamente em moda na jurisprudência constitucional da crise” (“O Direito Fundamental à Pensão de Reforma em Situação de Emergência Financeira”, in *e-Pública*, p.85). Por seu turno, R. A. PEREIRA referiu que a fórmula da “igualdade proporcional” é “insatisfatória no que respeita às exigências de adaptação do princípio da proporcionalidade à especificidade da estrutura do princípio da igualdade”, na medida em que tal fórmula, em vez de ponderar a extensão da desigualdade de tratamento com a extensão da razão para a diferenciação, pondera a extensão da desigualdade de tratamento com a finalidade de interesse público prosseguida pelas normas diferenciadoras (cfr. “Igualdade e Proporcionalidade: um Comentário às Decisões do Tribunal Constitucional de Portugal Sobre Cortes Salariais no Sector Público”, in *REDC*, pp.364-365). O autor refere que a fórmula do Tribunal Constitucional acaba por redundar na “estrutura bipolar em que opera o princípio da proporcionalidade, funcionalizada à resolução de um conflito entre liberdade individual e bens jurídicos comunitários”, defendendo que “aquilo com que deve ser ponderada a extensão da desigualdade de tratamento é antes a extensão da diferença entre as características objetivas de cada grupo como razão para uma diferenciação”. Afirmando que a “igualdade proporcional” necessita de ser “refinada”, M. G. PASCUAL, “Constitutional Courts before Euro-Crisis Law in Portugal and Spain: a Comparative Prospect”, in *e-Pública*, Vol.4, n.º 1, Maio, 2017, p.126.

Quanto à primeira asserção, a mesma interliga-se com a descrição do conteúdo normativo do princípio da igualdade que se fez no ponto 2.3. do presente trabalho.

Esta asserção consiste, desde logo, na rejeição da ideia que associa a proibição do arbítrio a um sentido normativo extraído do princípio da igualdade.

Esta associação remete para uma distinção clássica no âmbito da análise dos princípios constitucionais que servem de parâmetros de controlo da constitucionalidade de normas: a distinção entre *norma de ação* e *norma de controlo*²¹⁶.

Assim, de acordo com a doutrina que defende esta conceção, a norma de ação ínsita ao princípio da igualdade impõe comandos que o juiz constitucional não tem competência para fiscalizar, ou não tem competência para fiscalizar em toda a extensão, por falta de alcance da norma de controlo²¹⁷.

Na síntese de J. J. GOMES CANOTILHO, “o princípio da igualdade é uma norma de ação que impõe ao legislador uma decisão justa através de igual tratamento de situações materialmente iguais; como norma de controlo face ao legislador, ele apenas permite ao Tribunal Constitucional a consideração como inconstitucional de uma lei consagradora

²¹⁶ Assim, P. MACHETE, “O Controlo do Princípio da Igualdade segundo a Fórmula da «Igualdade Proporcional»”, in *Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Rui Moura Ramos*, Vol. I, Coimbra, 2016, pp.451-456. A distinção entre norma de ação e norma de controlo é de origem germânica, remontando a GOLDSCHMIDT e a FORSTHOFF, conforme refere J. J. GOMES CANOTILHO (“A Concretização da Constituição pelo Legislador e pelo Tribunal Constitucional”, in J. MIRANDA (org.), in *Nos Dez Anos da Constituição*, p.353). Cfr., também, G. ALMEIDA RIBEIRO, “O Constitucionalismo dos Princípios”, in G. ALMEIDA RIBEIRO /L. PEREIRA COUTINHO (org.), *O Tribunal Constitucional e a Crise*, Coimbra, 2014, p.97. E. FORSTHOFF considerava que a “vinculação do órgão que atua vai além da função do órgão que controla, uma vez que, numa certa extensão, o controlo está necessariamente afastado [...] Isto vale em maior medida para as sociedades modernas, não homogêneas de um ponto de vista espiritual, que conhecem poucos padrões com base nos quais igualdade, desigualdade, justiça e injustiça sejam suscetíveis de ser separados convincentemente em cada caso. No vasto domínio em que uma opinião de opõe a outra, não pode ser tarefa do tribunal fazer valer vinculativamente a sua opinião subjetiva” (“Über Maßnahme- Gesetze», in E. FORSTHOFF, *Rechtsstaat im Wandel. Verfassungsrechtliche Abhandlungen 1950-1964*, Estugarda, Kohlhammer, 1964, pp.93-94, *apud* NOGUEIRA DE BRITO, “Medida e Intensidade do Controlo da Igualdade na Jurisprudência da Crise do Tribunal Constitucional”).

²¹⁷ Neste sentido, G. ALMEIDA RIBEIRO afirma que “os princípios constitucionais consubstanciam a título principal *normas de ação* política dirigidas ao legislador – o dever de proteger a confiança legítima dos destinatários das normas, *etc* – e a título secundário *normas de controlo* judicial que se esgotam na proibição de desigualdades, ponderações, lesões da confiança e outras decisões de princípio *arbitrárias*” (“O Constitucionalismo dos Princípios”, in ALMEIDA RIBEIRO/PEREIRA COUTINHO (org.), *O Tribunal Constitucional e a Crise*, p.97). No mesmo sentido, J. J. GOMES CANOTILHO refere que “a mesma norma da Constituição pode ser objeto de atividade concretizadora a dois níveis funcionais: concretização pelo legislador na qualidade de norma de ação, e concretização pelo Tribunal Constitucional, com a natureza de norma de controlo” (“A Concretização da Constituição pelo Legislador e pelo Tribunal Constitucional”, in J. MIRANDA (org.), in *Nos Dez Anos da Constituição*, p.353)

de soluções desiguais se e na medida em que não se descortinar qualquer fundamento material para a distinção”²¹⁸.

Esta dualidade também encontra expressão na referida distinção que R. ALEXY efetua entre *conceção forte* e *conceção fraca* do enunciado de igualdade.

A fundamentação tradicional desta posição assenta em argumentos estritamente jurídico-funcionais, sem qualquer referência de base normativa²¹⁹.

Entende-se que esta distinção deve ser rejeitada. É certo que qualquer princípio é suscetível de servir de parâmetro decisório no plano da ação – legislativa ou administrativa – e no plano do controlo judicial. No entanto, daí não se pode extrair a coexistência de dois sentidos normativos nesta modalidade de normas²²⁰.

Os sentidos deônticos que se extraem dos enunciados normativos não são condicionados à posição jurídico-funcional dos intérpretes, mas apenas às regras da interpretação jurídica²²¹.

²¹⁸ GOMES CANOTILHO, “A Concretização da Constituição pelo Legislador e pelo Tribunal Constitucional”, in J. MIRANDA (org.), in *Nos Dez Anos da Constituição*, p.354.

²¹⁹ Cfr., por exemplo, os argumentos esboçados por P. MACHETE, que defende a necessidade de adoção de uma perspetiva jurídico-funcional na concretização do princípio da igualdade: “tal deve-se, como mencionado, não apenas ao tipo de função exercida por cada poder, nomeadamente a proximidade relativamente às situações a apreciar e a racionalidade própria das apreciações em causa, como também a considerações de natureza organizatória, como a colegialidade e a possibilidade de um confronto de opiniões, e, sobretudo, à intensidade e imediatividade da legitimação democrática das escolhas a realizar por cada poder: num Estado de direito democrático, desde que respeitados os limites constitucionais, devem prevalecer as opções mais próximas das escolhas dos eleitores. No domínio do mérito legislativo ou administrativo em que «uma opinião se opõe a outra», devem prevalecer as valorações próprias de cada função tal como constitucionalmente configurada, não se justificando substituir a avaliação própria (e, nessa medida, subjetiva) de quem exerce uma função primária (mesmo que de cunho executivo) pela avaliação própria do órgão de controlo” (“O Controlo do Princípio da Igualdade segundo a Fórmula da «Igualdade Proporcional»”, in *Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Rui Moura Ramos*, p.452).

²²⁰ Admitindo este caráter dual dos princípios, no âmbito da temática do controlo jurisdicional da discricionariedade, D. DUARTE refere que “em qualquer técnica normativa de atribuição de discricionariedade, verifica-se que qualquer princípio não deixa de comportar esta dupla faceta, servindo simultaneamente como parâmetro decisório, tanto de ação, como de controlo” (*Procedimentalização, Participação e Fundamentação: para uma Concretização do Princípio da Imparcialidade Administrativa como Parâmetro Decisório*, p.446).

²²¹ Acompanha-se integralmente a crítica que J. REIS NOVAIS tece relativamente a esta distinção (cfr. *Princípios Constitucionais Estruturantes de Estado de Direito*, pp.16-17). Conforme refere o autor, não existe qualquer desdobramento em duas normas – uma dirigida ao legislador e outra ao aplicador. É um problema colocado pela norma de separação de poderes, que obriga o juiz constitucional “quando desempenha as suas funções de fiscalização e controlo, a ter em conta a margem de avaliação, de ação e de decisão que cabe aos restantes poderes”. O autor faz o mesmo ponto quando trata especificamente do princípio da igualdade, referindo que não existem “duas normas de igualdade (uma suposta norma de ação e uma outra, diferente, norma de controlo), mas de um problema de densidade ou de intensidade do controlo jurisdicional de eventuais violações do comando constitucional de igualdade por parte dos poderes públicos” (*Princípios Constitucionais Estruturantes de Estado de Direito*, pp.68-69).

Neste sentido, entende-se que a conceção da igualdade enquanto proibição do arbítrio não encontra qualquer expressão no conteúdo normativo do princípio. Conforme se procurou demonstrar *supra* (cfr. 2.3.), este conteúdo resume-se ao seguinte sentido de dever ser: *em todas as situações de qualquer género, e quando haja termos comparáveis* (previsão), *devem* (operador deôntico) *estabelecer-se efeitos idênticos para situações iguais e diferenciados para situações desiguais* (estatuição)²²².

Em bom rigor, a aplicação do princípio da igualdade enquanto proibição do arbítrio é uma consequência da interferência da norma de separação de poderes no caso, não mais do que isso.

Ademais, os casos da jurisprudência da igualdade em que o juiz constitucional recorre a um método comparativo – como no referido caso dos prémios monetários aos atletas medalhados – também colocam em causa a teoria da norma de controlo, na medida em que, nesses casos, há uma recondução do juízo à aplicação do conteúdo normativo da igualdade – ou, na terminologia da distinção que se contesta, à norma de ação.

Entende-se, em conclusão, que a proibição do arbítrio consubstancia um princípio autónomo, que não integra o conteúdo normativo do princípio da igualdade²²³.

Concedendo-se que a proibição do arbítrio é suscetível de ser convocada no contexto de casos de igualdade, considera-se que tal sucede por força da interferência da norma de separação de poderes e da consequente impossibilidade de aplicação do conteúdo normativo do princípio da igualdade²²⁴.

²²² Neste âmbito, constata-se que o Tribunal Constitucional já recusou a recondução do conteúdo normativo da igualdade à conceção da proibição do arbítrio. Neste sentido, confirmam-se as elucidativas palavras do do acórdão n.º 187/90: “a «teoria da proibição do arbítrio» não é um critério definidor do conteúdo do princípio da igualdade, antes expressa e limita a competência de controlo jurisdicional. Trata-se de um critério de controlabilidade judicial do princípio da igualdade que não põe em causa a liberdade de conformação do legislador ou da discricionariedade legislativa” (acórdão n.º 187/90, de 06.06.1990, processo n.º 251/88, décimo parágrafo do ponto 8). No mesmo sentido, referindo que “a fórmula da proibição do arbítrio não a concebe o TC como um critério definidor do conteúdo do princípio da igualdade, mas antes como um critério de densidade de controlo judicial a que o Tribunal se autovincula face à legitimidade de que goza o legislador democrático”, PEREIRA, “Igualdade e Proporcionalidade: um Comentário às Decisões do Tribunal Constitucional de Portugal Sobre Cortes Salariais no Sector Público”, in *REDC*, n.º 98, 2013, p.320.

²²³ Elencando o princípio da “interdição do arbítrio” num conjunto de princípios constitucionais sem expressa formulação constitucional, OTERO, *Direito do Procedimento Administrativo*, Vol. I, pp.240 e ss.

²²⁴ Entende-se, de resto, que o princípio da proibição do arbítrio é suscetível de ser convocado em todos os casos em que a norma de separação de poderes impossibilite a aplicação do conteúdo normativo dos demais parâmetros de constitucionalidade.

Por outro lado, partindo-se da premissa que rejeita a conceção da igualdade proporcional, conclui-se que a aplicação, por parte do juiz constitucional, deste critério de controlo configura mais um argumento no sentido de o parâmetro da igualdade não coincidir com a norma de igualdade.

Aquilatar da admissibilidade da medida da diferença de determinada solução pressupõe, invariavelmente, a avaliação de uma relação de *meio-fim*, em que o meio é a medida da diferença instituída e o fim é o bem que o tratamento diferenciado visa proteger ou alcançar²²⁵.

Ora, entende-se que a norma de igualdade nada tem a dizer sobre um juízo desta natureza, que pertence, antes, ao domínio da norma de proporcionalidade²²⁶.

Deste modo, na esteira de outros autores que se pronunciaram expressamente contra o método formulado pelo Tribunal Constitucional no âmbito da jurisprudência da crise, considera-se que a igualdade proporcional consiste, verdadeiramente, num juízo puro de proporcionalidade, totalmente alheio ao conteúdo normativo da igualdade²²⁷.

²²⁵ Neste sentido, R. A. PEREIRA refere que “a fórmula da «igualdade proporcional» tem por objeto uma relação triangular que envolve o grau de diferenciação imposto, quer na sua relação com as finalidades prosseguidas (relação meio-fim) quer no âmbito da comparação a estabelecer entre os sujeitos afetados pela medida e os sujeitos que o não são (relação x-y) e, portanto, do ponto de vista daquela finalidade, entre uns e outros e o Estado (relação triangular x-y-fim)” (“Igualdade e Proporcionalidade: um Comentário às Decisões do Tribunal Constitucional de Portugal Sobre Cortes Salariais no Sector Público”, in *REDC*, p.353).

²²⁶ Neste sentido, DUARTE, *A Norma de Legalidade Procedimental Administrativa: a Teoria da Norma e a Criação de Normas de Decisão na Discricionariedade Instrutória*, p.644. Confirmam-se as palavras do autor: “[...] não obstante a relação entre a diferença e a igualdade entre os termos poder induzir ao apuramento da medida dessa diferença nos efeitos a criar, parece claro que essa medida já não é um conteúdo específico da igualdade: como pressupõe a avaliação de uma relação de meio fim (entre o ponto de partida da diferença e o objetivo do tratamento diferenciado, e não a comparação de propriedades entre os termos, a medida da diferenciação de efeitos quando os termos são distintos já é, rigorosamente, um resultado produzido exclusivamente pela interferência que aqui é realizada pela norma de proporcionalidade”.

²²⁷ Cfr. BRANCO, “«Ou Sofrem Todos, ou Há Moralidade»: Breves Notas sobre a Fundamentação do Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 353/2012 de 5 de julho”, in *Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Teles*, p.353. O autor defendeu que “este modo de ver o problema não se mostra, porém, correto à luz da Constituição. Além de lugares de consagração diversos – num caso, a implicitude nos termos do princípio constitucional do Estado de Direito (artigo 2.º da Constituição) e no outro o artigo 13.º –, os princípios da proporcionalidade e da igualdade têm conteúdos prescritivos diferentes entre si e à luz de cuja diferença: ou o TC declara a inconstitucionalidade mediante um juízo sobre a razoabilidade das discriminações de tratamento em causa [...] ou o faz preocupando-se em verificar se o sacrifício de certos bens ou interesses é adequado, necessário e tolerável”. Considerando que a “igualdade proporcional” é uma fórmula abstrata, à qual o Tribunal Constitucional se devia ter absterido de recorrer, MELO ALEXANDRINO, *Jurisprudência da Crise: das Questões Prévias às Perplexidades*, in ALMEIDA RIBEIRO/PEREIRA COUTINHO (org.), *O Tribunal Constitucional e a Crise*, p.68.

Em sentido contrário, a maioria dos autores que se pronunciou sobre a igualdade proporcional tende a concordar com a formulação de um juízo de proporcionalidade no âmbito do princípio da igualdade, no quadro da avaliação da medida da diferença²²⁸.

No entanto, a fundamentação dessa concordância remete apenas para razões de ordem estritamente funcional, isto é, relacionadas com a necessidade de uma “intensificação do escrutínio” do princípio da igualdade²²⁹.

Com efeito, constata-se que a doutrina se basta com o fundamento da necessidade de intensificação do controlo jurisdicional da igualdade em determinados casos, ficando por explicar o método interpretativo através do qual se retira do enunciado normativo da igualdade um sentido de proporcionalidade.

Enfim, sem prejuízo da importância da primeira asserção, aquela que se enunciou em segundo lugar e que denota a inconsistência do parâmetro é, na realidade, a mais importante para os efeitos do presente trabalho.

De facto, entende-se que o parâmetro vigente na jurisprudência da igualdade não constitui um parâmetro “*consistente*”²³⁰.

²²⁸ Assim, REIS NOVAIS, *Princípios Constitucionais Estruturantes de Estado de Direito*, pp. 82-83. O autor refere que “há no controlo de igualdade uma ineliminável e intrínseca dimensão de relatividade, de proporcionalidade ou de equilíbrio associados àquela ideia de *justa medida*”. O autor aduz, ainda, a “impossibilidade de incomunicação ou separação estrita e absoluta dos dois tipos de controlo (igualdade e proporcionalidade), dado que, na origem, na motivação, no próprio desenvolvimento estão sempre as mesmas motivações de correspondência dos princípios estruturantes de Estado de Direito às exigências da dignidade humana que, por sua vez, se fundam no sentido de justiça da comunidade. É necessário, para efeitos de racionalização, de objetivização e de imparcialidade desenvolver com autonomia os diferentes tipos de controlo, mas não se pode pretender construir categorias ou classificações incontaminadas, estanques e incomunicáveis entre si”. Também em sentido concordante, LACERDA/TEIXEIRA, “Do Princípio da Igualdade Proporcional: Autonomia, Sentido e Alcance na Recente Jurisprudência do Tribunal Constitucional”, in *RJAADF*, pp. 179 e ss.

²²⁹ Neste sentido, por todos, MACHETE, “O Controlo do Princípio da Igualdade segundo a Fórmula da «Igualdade Proporcional»”, in *Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Rui Moura Ramos*, p.479. Confirmam-se as palavras do autor: “a fórmula da «igualdade proporcional» visa justamente acomodar a necessidade de integrar no escrutínio da igualdade dimensões próprias do princípio da proporcionalidade, em ordem a reforçar a intensidade do escrutínio da igualdade, passando da proibição do arbítrio à *proibição do desequilíbrio* ou da razoabilidade da diferenciação como fundamento material bastante à *razoabilidade como equilíbrio*: quanto maior e mais intensa e extensa for a desigualdade de tratamento, mais fortes e ponderosas terão de ser as razões que a justificam”. Também R. A. PEREIRA se pronunciou no mesmo sentido, referindo que “aquilo que com a fórmula da «igualdade proporcional» é pretendido outra coisa não é do que um acréscimo da intensidade de escrutínio por parte da justiça constitucional, que tem como efeito uma redução da livre margem de conformação do legislador” (“Igualdade e Proporcionalidade: um Comentário às Decisões do Tribunal Constitucional de Portugal Sobre Cortes Salariais no Sector Público”, in *REDC*, p.367).

²³⁰ Considerando que a jurisprudência da igualdade forma um acervo “*consistente*”, acórdão n.º 622/13, de 26.09.2013, processo n.º 143/13, último parágrafo do ponto 8.

O principal argumento no sentido de colocar em causa essa consistência assenta na variabilidade do critério de controlo. Conforme se referiu *supra* (cfr. 3.2., *iii.*), denota-se uma alternância entre juízos de “*evidência*” – ou de proibição do arbítrio em sentido estrito – e juízos comparativos, sem que seja avançada qualquer explicação para tal.

Neste âmbito, refira-se que uma das dificuldades que ressaltam da leitura da jurisprudência da igualdade é a de compreender qual o critério de controlo que é utilizado pelo juiz constitucional nos casos concretos.

No entanto, a consequência mais grave da variabilidade aduzida diz respeito à impossibilidade factual de proceder a uma identificação das categorias de casos em que a jurisprudência recorre aos diferentes critérios de análise – juízo de evidência, método comparativo e igualdade proporcional.

Existindo muitas outras manifestações de inconsistência do parâmetro da igualdade, esta é aquela que interessa para o objeto do presente trabalho²³¹.

A variabilidade do critério de controlo no âmbito do parâmetro da igualdade é apenas uma consequência da omissão, no panorama jurisprudencial português, de uma categorização casos de igualdade.

Considera-se que é a categorização dos casos que surgem no tráfego que permite desenvolver a aplicação dos parâmetros e ultrapassar – ou, pelo menos, atenuar, a inconsistência denotada.

²³¹ Além da já referida variabilidade do critério de controlo utilizado pelo juiz constitucional, detetam-se inconsistências noutras fases do processo de fiscalização, designadamente: (*i*) na decisão de proceder ou não a uma fiscalização com base no princípio e (*ii*) na decisão final de inconstitucionalidade ou não inconstitucionalidade. Relativamente à inconsistência que se revela no plano da decisão de proceder ou não a uma fiscalização com base no princípio, confronte-se, por exemplo, o acórdão n.º 509/02, de 19.12.2002, processo n.º 768/02, com o acórdão n.º 141/15, de 25.02.2015, processo n.º 136/14 (normas que diferenciavam certas pessoas para efeitos de atribuição do Rendimento Social de Inserção, deixando-as sem acesso a prestações sociais em caso de necessidade, sendo que a única diferença residia no critério da diferenciação: no caso do acórdão n.º 509/02, o critério era o da idade; no caso do acórdão n.º 141/15, o da residência no País). Para situações análogas recorreu o juiz constitucional a soluções de controlo diversas: no acórdão n.º 509/02, dispensou o princípio da igualdade e recorreu ao direito a um mínimo de existência condigna inerente ao princípio do respeito da dignidade da pessoa humana; no acórdão n.º 141/15, recorreu ao princípio da igualdade, sem uma única referência ao mínimo de existência condigna. Relativamente à inconsistência no plano da decisão final, confronte-se o acórdão n.º 546/11, de 16.11.2011, processo n.º 17/11, com o acórdão n.º 153/12, de 27.03.2012, processo n.º 18/11. Ambos os acórdãos foram proferidos em sede de fiscalização sucessiva concreta e tiveram por objeto precisamente as mesmas normas. O primeiro acórdão gerou uma decisão de não inconstitucionalidade e o segundo uma decisão de inconstitucionalidade, o que levou o Ministério Público, identificando a contradição de julgados, a interpor recurso para o plenário, ao abrigo do n.º 1 do artigo 79º-D da Lei do Tribunal Constitucional. Outro dos problemas consiste na referida indeterminação definitiva da proibição do arbítrio, constatando-se que o juiz constitucional vai fazendo uso de conceitos de arbítrio que possuem as mais variadas propriedades e consequências.

Sendo certo que a doutrina – e a jurisprudência, a espaços –, têm vindo a conceptualizar a aplicação do parâmetro da igualdade de um modo gradativo, a verdade é que os critérios dessa conceptualização, remetem, invariavelmente, para critérios substantivos, mormente para a circunstância de o caso envolver um direito fundamental ou uma categoria suspeita, o que deixa inúmeros casos de fora.

Sem prejuízo dessa conceptualização, pensa-se que um ponto de partida que não tem sido explorado neste âmbito diz respeito às propriedades normativas dos casos concretos poderem configurar *prima facie* o parâmetro de controlo²³².

4. A CONFIGURAÇÃO DO PARÂMETRO DE CONTROLO PELOS CASOS DE IGUALDADE

4.1. Os casos de igualdade: uma categorização à luz da jurisprudência portuguesa

i. Casos uninormativos e plurinormativos

A identificação de um tratamento normativo igual ou desigual tanto pode decorrer de uma só norma como de duas normas contrapostas. Existem, pois, duas grandes categorias de casos na jurisprudência constitucional da igualdade, que se designarão por (a) casos *uninormativos* e (b) casos *plurinormativos*²³³.

A terminologia adotada é sugestiva quanto à distinção entre as duas categorias de casos, que é passível de ser exposta de um modo bastante simples: os casos uninormativos circunscrevem a questão de constitucionalidade a uma só norma; os casos plurinormativos surgem quando se questiona a constitucionalidade de uma norma por confronto com uma outra norma.

Assim, nos casos uninormativos não existe contraposição de normas para efeitos de invocação do problema de igualdade. Nesta categoria de casos, o problema coloca-se no âmbito de uma única norma.

O caso do casamento entre pessoas do mesmo sexo é ilustrativo. A questão de constitucionalidade centrava-se na norma do Código Civil que definia o casamento

²³² Cfr., neste âmbito, SOUSA RIBEIRO, “A Justiça Constitucional em Sociedade Democrática”, in *Julgar*, n.º 34, jan.-abr. 2018, p. 108. O autor refere que “enunciados normativos algo indeterminados abrem a porta a níveis distintos de escrutínio e a densidades de controlo graduáveis. A incerteza inerente deve ser combatida e minorada pela explicitação dos critérios optativos e da fundamentação do adotado, consoante o quadrante normativo e o tipo de questão em juízo”.

²³³ A terminologia *plurinormativo* e *uninormativo* é utilizada no âmbito dos conflitos normativos por J. A. VELOSO em “Concurso e Conflito de Normas”, in *DeJ*, XVII, 2003, pp.220-227). Pensa-se, no entanto, que poderá ser utilizada para os efeitos pretendidos no presente trabalho sem que daí advenha uma confusão terminológica.

como “o contrato celebrado entre duas pessoas de sexo diferente que pretendem constituir família mediante uma plena comunhão de vida, nos termos das disposições deste Código”²³⁴.

Nesta situação, a questão da violação do princípio da igualdade não resultava de qualquer norma contraposta, gravitando apenas e só em torno do anterior artigo 1577.º do Código Civil.

Inversamente, os casos plurinormativos pressupõem a contraposição de normas, sendo que é daí que emerge a questão de constitucionalidade. Exemplificando, o caso em que se suscitou – e julgou – a inconstitucionalidade, por violação do princípio da igualdade, da (controversa) norma que tipificava o crime “*Atos homossexuais com adolescentes*” é um caso plurinormativo: a inconstitucionalidade só existia por causa da contraposição da norma *sub iudice* com uma outra norma, a saber, a norma que tipificava o crime “*Atos sexuais com adolescentes*”²³⁵.

²³⁴ Cfr. acórdão n.º 359/09, de 09.07.2009, processo n.º 779/07 (em sede de fiscalização concreta); acórdão n.º 121/10, de 08.04.2010, processo n.º 192/10 (em sede de fiscalização preventiva). Cfr., entre tantos outros casos uninormativos, acórdão n.º 152/93, de 03.02.1993, processo n.º 432/91; acórdão n.º 153/93, de 03.02.1993, processo n.º 151/92 (norma que amnistiava as infrações disciplinares cometidas por trabalhadores de empresas públicas ou de capitais públicos); acórdão n.º 444/97, de 25.06.1997, processo n.º 784/96 (norma que amnistiava infrações de motivação política cometidas entre 27 de julho de 1976 e 21 de junho de 1991); acórdão n.º 398/17, de 12.07.2017, processo n.º 280/17; acórdão n.º 614/18, de 21.11.2018, processo n.º 543/16 (norma interpretada no sentido de que o “Processo Especial de Revitalização” se destina exclusivamente a pessoas coletivas ou singulares que sejam titulares de empresas, incluindo comerciantes ou empresários em nome individual); acórdão n.º 367/99, de 16.06.1999, processo n.º 146/98 (norma que determinava que a acumulação de funções docentes por parte de professores do ensino superior público em regime de tempo integral com o exercício de funções docentes no ensino superior particular e cooperativo ficava condicionada à autorização prévia do órgão de direção da respetiva instituição, assim como a um limite máximo de horas); acórdão n.º 186/06, de 08.03.2006, processo n.º 842/05 (norma que estabelecia que apenas certos técnicos superiores da Direção-Geral do Tribunal de Contas transitavam para as carreiras de auditor e consultor dos serviços de apoio ao Tribunal de Contas); acórdão n.º 373/09, de 23.07.2009, processo n.º 607/08 (norma que atribui exclusivamente aos partidos políticos, e não também aos grupos de cidadãos eleitores, o direito de ser ouvidos sobre as propostas dos orçamentos e planos de atividade dos órgãos deliberativos das autarquias locais e que não façam parte dos correspondentes órgãos executivos); acórdão n.º 594/12, de 06.12.2012, processo n.º 482/12 (norma de regime especial de acesso ao ensino superior interpretada no sentido de excluir do âmbito desse regime certos candidatos); acórdão n.º 227/15, de 28.04.2015, processo n.º 269/14 (norma interpretada no sentido de impedir a responsabilidade solidária de sociedade com sede fora de território nacional, em relação de participações recíprocas, de domínio ou de grupo, com uma sociedade portuguesa, pelos créditos emergentes de relação de trabalho subordinado estabelecida com esta); acórdão n.º 241/00, de 11.04.2000, processo n.º 825/96 (norma da Lei de Processo dos Tribunais Administrativos em que se determinava que, em caso de falta ou erro na indicação dos interessados a quem o provimento do recurso de anulação pudesse prejudicar, haveria lugar a um convite de regularização da petição, sendo que não havia lugar a idêntico convite no âmbito de um pedido de suspensão de eficácia do ato administrativo); acórdão n.º 279/00, de 16.05.2000, processo n.º 343/99 (norma do Código de Processo Civil que determinava os efeitos da revelia das pessoas coletivas interpretada no sentido de não ser aplicável às pessoas coletivas de natureza mutualista).

²³⁵ A incriminação do artigo 175.º do Código Penal foi alvo de várias críticas na doutrina, que a questionava do ponto de vista jurídico-constitucional e, em concreto, do ponto de vista do princípio da

Não interessa, no âmbito do presente ponto, entrar no mérito da questão de constitucionalidade, mas, tão-somente, nas propriedades do caso.

Para o efeito, atente-se nos enunciados normativos do Código Penal em vigor à época, referentes aos dois tipos de crime:

Artigo 174.º

Atos sexuais com adolescentes

Quem, sendo maior, tiver cópula, coito anal ou coito oral com menor entre 14 e 16 anos, abusando da sua inexperiência, é punido com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 240 dias.

Artigo 175.º

Atos homossexuais com adolescentes

Quem, sendo maior, praticar atos homossexuais de relevo com menor entre 14 e 16 anos, ou levar a que eles sejam praticados com outrem, é punido com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 240 dias.

A diferença da incriminação do artigo 174.º e do artigo 175.º do Código Penal é patente em três planos:

- (i) Previsão, nos dois tipos legais, de um distinto conteúdo da ação: nas relações heterossexuais, punem-se (apenas) a cópula, o coito anal e o coito oral, enquanto nas relações homossexuais se punem os atos sexuais de relevo;
- (ii) Previsão da modalidade de ação: enquanto no artigo 175.º se incrimina o comportamento daquele que praticar atos homossexuais de relevo com menor entre os 14 e 16 anos, bem como daquele que levar a que eles sejam praticados com outrem, no artigo 174.º pune-se quem tiver cópula, coito anal ou coito oral com menor da mesma faixa etária;

igualdade. Sobre esta matéria, R. PEREIRA, “Liberdade Sexual: a sua Tutela da Reforma do Código Penal”, in *SJJS*, n.º 11, Jan-Jun, 1996, p.46; J. MOURAZ LOPES, *Os Crimes contra a Liberdade e Autodeterminação Sexual no Código Penal*, Coimbra, 2008, p.67; T. PIZARRO BELEZA, “A Revisão da Parte Especial da Reforma do Código Penal: Legitimação, Reequilíbrio, Privatização, Individualismo”, in M. FERNANDA PALMA/T. PIZARRO Beleza (org.), *Jornadas sobre a Revisão do Código Penal*, Lisboa, 1998, pp. 91 e ss.; “Sem Sobra de Pecado. O Repensar dos Crimes Sexuais na Revisão do Código Penal”, in *Jornadas de Direito Criminal. Revisão do Código Penal I*, Lisboa, 1996, p.181 e J. DIAS DUARTE, “Homossexualidade com Menores: artigo 175.º do Código Penal”, in *RMP*, Ano 20, n.º 78, 1999, pp. 106 e ss. Esta norma foi objeto de dois julgamentos de inconstitucionalidade por parte do Tribunal Constitucional (cfr. acórdão n.º 247/05, de 10.05.2005, processo n.º 891/03; acórdão n.º 351/05, de 05.07.2005, processo n.º 372/05). A norma acabaria por ser revogada posteriormente.

- (iii) A punição dos atos homossexuais com adolescentes exige abuso da sua inexperiência enquanto que a punição dos atos homossexuais não depende da verificação desse requisito.

Foram precisamente estas diferenças nos dois tipos de crime que levaram os arguidos condenados pelo crime de atos homossexuais com adolescentes a alegar a violação do princípio da igualdade.

A plurinormatividade do caso assenta, pois, no facto de o problema de igualdade emergir da coexistência de duas normas, cujo conteúdo e efeitos são contrapostos²³⁶.

²³⁶ O Tribunal Constitucional foi bastante claro em relação a isto. Lê-se no acórdão que “*não deixa, por último, de se acentuar que o juízo de inconstitucionalidade assenta exclusivamente na análise comparativa do tratamento diferenciado que é dado, em termos de incriminação, às práticas homossexuais com menores de 14 a 16 anos de idade face ao que merecem, nos mesmos termos, as práticas homossexuais com adolescentes de idêntico escalão etário. Nesta perspetiva, ele não tem implícito – e não poderia ter – qualquer juízo sobre a conformidade ou desconformidade constitucional do disposto no artigo 175.º isoladamente considerado; o que significa que dos estritos limites do juízo agora feito não decorrerá, necessariamente, a eventual inconstitucionalidade de uma solução legislativa que viesse igualar o tratamento jurídico-criminal das situações confrontadas ao nível do que agora é dado à prática de atos homossexuais, questão esta que, no caso, está fora dos poderes cognitivos do Tribunal*” (acórdão n.º 247/05, de 10.05.2005, processo n.º 891/03, parágrafo terceiro do ponto sete). Cfr., entre tantos outros casos plurinormativos, acórdão n.º 497/96, de 20.03.1996, processo n.º 231/95 (regime da prova testemunhal em processo civil quando a mesma se deva produzir mediante a expedição de carta rogatória – confronto com o regime aplicável quando a prova testemunhal se deva produzir em sede de audiência de julgamento); acórdão n.º 546/11, de 16.11.2011, processo n.º 17/11; acórdão n.º 153/12, de 27.03.2012, processo n.º 18/11; acórdão n.º 540/12, de 15.11.2012, processo n.º 18/11 (confronto entre diferentes regimes de recurso em processo penal); acórdão n.º 370/94, de 11.05.1994, processo n.º 82/92; acórdão n.º 958/96, de 10.07.1996, processo n.º 109/95; acórdão n.º 329/97, de 17.04.1997, processo n.º 230/96; acórdão n.º 334/98, de 06.05.1998 processo n.º 640/97; acórdão n.º 392/99, de 23.06.1999, processo n.º 74/98; acórdão n.º 108/99, de 10.02.1999 processo n.º 469/98; acórdão n.º 606/99, de 09.11.1999, processo n.º 627/97; acórdão n.º 479/03, de 15.10.2003, processo n.º 20/03 (molduras penais de vários crimes tipificados no Código de Justiça Militar – confronto com as molduras penais dos crimes homólogos do Código Penal); acórdão n.º 118/99, de 02.03.1999, processo n.º 655/96; acórdão n.º 287/99, de 11.05.1999, processo n.º 636/97 (exclusão da aplicabilidade, ao direito penal militar, de um regime especial de direito penal comum – o regime para jovens adultos); acórdão n.º 308/18, de 07.06.2018, proferido no processo n.º 411/17 (norma que determina um prazo de caducidade do direito de ação do marido da mãe para impugnar a paternidade – confronto com a norma que permite a impugnação, a todo o tempo, da perfilhação); acórdão n.º 69/08, de 31.01.2008, processo n.º 240/07 (criação de um regime processual experimental, aplicável às ações declarativas cíveis a que não correspondesse processo especial e às ações para o cumprimento de obrigações pecuniárias emergentes de contratos, mas com um âmbito espacial delimitado, onde se incluíam apenas certas circunscrições judiciais, mantendo-se aplicável às restantes o Código de Processo Civil); acórdão n.º 199/09, de 28.04.2009, processo n.º 910/08 (regras indemnizatórias previstas no regime especial do praticante desportivo para o caso de resolução do contrato de trabalho por justa causa por iniciativa do praticante desportivo – confronto com as regras indemnizatórias previstas no Código do Trabalho para o caso de resolução do contrato de trabalho por justa causa por iniciativa do trabalhador); acórdão n.º 382/17, de 12.07.2017, processo n.º 874/16 (norma do regime da Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo que determina um certo limite de idade para se beneficiar do apoio económico destinado aos jovens maiores de idade para a conclusão da formação profissional ou académica – confronto com a norma homóloga prevista no regime do Código Civil, que determina um limite de idade superior); acórdão n.º 140/94, de 26.01.1994, processo n.º 332/91 (prazo de prescrição dos créditos laborais dos trabalhadores por conta de outrem – confronto com o prazo de prescrição dos créditos pelos serviços prestados no exercício de profissões liberais e dos créditos emergentes de responsabilidade civil); acórdão n.º 344/93, de 12.05.1993, processo n.º 96/92

Estas categorias gerais indiciam a proposição que se pretende avançar, no sentido de considerar que os casos plurinormativos remeterão, *prima facie*, para uma interferência maior da norma de separação de poderes no caso, em derrogação da norma de igualdade, na medida em que se não se deteta, nestes casos, uma situação de indeterminação normativa.

ii. Subcategorias de casos uninormativos: casos sub-inclusivos e sobre-inclusivos

(regime de processo contraordenacional no que diz respeito aos sujeitos processuais com direito de interpor recurso – confronto com o regime homólogo do processo penal); acórdão n.º 611/96, de 17.04.1996, processo n.º 70/85; acórdão n.º 225/97, de 12.03.1997, processo n.º 81/87; acórdão n.º 13/98, de 13.01.1998, processo n.º 527/97 e acórdão n.º 287/99, de 11.05.1999, processo n.º 636/97 (prazo para a interposição de recurso em processo penal militar – confronto com o prazo em processo penal comum); acórdão n.º 336/95, de 22.06.1995, processo n.º 643/92; acórdão n.º 373/99, de 22.06.1999, processo n.º 90/97; acórdão n.º 345/15, de 23.06.2015, processo n.º 1041/14 (instâncias de recurso previstas no Estatuto dos Magistrados Judiciais no âmbito das deliberações do respetivo Conselho Superior – confronto com as instâncias de recurso previstas no Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais no âmbito das deliberações do respetivo Conselho Superior); acórdão n.º 352/10, de 06.10.2010, processo n.º 1003/09 (norma que exceciona a situação de fornecimento de energia elétrica em alta tensão da regra geral que determina, para o caso de um utente de um serviço público essencial ter pago importância inferior à que corresponde ao consumo efetuada, que o direito do prestador ao recebimento da diferença caduca dentro de seis meses após aquele pagamento); acórdão n.º 279/00, de 16.05.2000, processo n.º 343/99 (norma do Código de Processo Civil em que se determinava que, em processo sumário, a revelia era cominada não apenas com a confissão dos factos, mas também com a condenação no pedido – confronto com a norma em que se determinava que, em processo ordinário, a revelia implicava, tão-somente, a confissão dos factos); acórdão n.º 229/99, de 28.04.1999, processo n.º 147/95 (norma do Código Civil que atribuía ao senhorio a faculdade de resolver o contrato de arrendamento urbano para fins habitacionais em caso de falta de residência permanente do arrendatário – confronto com a norma do Código Civil que, no caso de arrendamentos para fins não habitacionais, condicionava a faculdade de resolução do senhorio ao encerramento ou desocupação do prédio arrendado por mais de um ano); acórdão n.º 366/2014, de 06.05.2014, processo n.º 1176/13 (norma do Código do Trabalho em que se determina que a impugnação do despedimento individual comunicado por escrito ao trabalhador deve ser realizada pela apresentação de um requerimento em formulário próprio no prazo de 60 dias, contados a partir da data da receção da comunicação ou da data da cessação do contrato, se posterior – confronto com as normas que estabelecem um prazo de um para a impugnação do despedimento individual não realizado por escrito e um prazo de seis meses para a impugnação do despedimento coletivo); acórdão n.º 453/97, de 25.06.1997, processo n.º 300/93; acórdão n.º 286/01, de 26.06.2001, processo n.º 589/95; acórdão n.º 170/03, de 28.03.2003, processo n.º 740/02; acórdão n.º 497/04, de 12.07.2004, processo n.º 154/04 (norma do Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares que determinava como tributáveis como rendimento os juros atribuídos no âmbito de uma indemnização devida por responsabilidade civil extracontratual e na medida em que se destinem a compensar os danos decorrentes da desvalorização monetária ocorrida entre o surgimento da lesão e o efetivo ressarcimento desta – confronto com a norma que isenta de tributação o ressarcimento do mesmo tipo de danos através da correção monetária do capital indemnizatório); acórdão n.º 135/99, de 03.03.1999, processo n.º 846/93; acórdão n.º 324/99, de 26.05.1999, processo n.º 407/98; acórdão n.º 522/99, de 28.09.1999, processo n.º 7/97; acórdão n.º 638/99, de 23.11.1999, processo n.º 260/99 (norma do Código de Justiça Militar que afastava a proibição da *reformatio in pejus* quando o promotor de justiça junto do tribunal superior se pronunciasse, no visto inicial do processo, pela agravamento da pena aplicada ao arguido-recorrente – confronto com a norma do Código de Processo Penal que proibia, em absoluto, a *reformatio in pejus*).

É consensual afirmar-se que, aquando da elaboração de uma norma, o legislador não consegue prever todos os casos jurídicos futuros, nem todas as particularidades suscetíveis de acionar as condições da norma²³⁷.

A expressão linguística da norma em termos de *tipos*, *categorias* ou *classes* constitui uma fatalidade, decorrendo de um défice epistémico da autoridade normativa²³⁸.

A criação de normas nestes termos consubstancia uma operação de *generalização*. Generalizar é formular um conjunto agregado de propriedades definitórias segundo um critério previamente selecionado²³⁹.

No fundo, este exercício assenta num juízo de igualdade, pelo que o seu ponto fulcral é a seleção de um critério comparativo adequado ao fim que se pretende alcançar com a formulação da categoria²⁴⁰.

De uma perspetiva prática, o exercício parte de *casos modelo*, através dos quais a autoridade normativa propõe um determinado sentido deôntico, que depois sofre um processo de generalização: vale *para todos os casos da categoria dos casos modelo*²⁴¹.

²³⁷ Sobre o assunto, H. L. A. HART, *The Concept of Law*, p.128. A possibilidade de erro decorrente do défice epistémico pode ser sintetizado nos dois “handicaps” hartianos: (i) ignorância factual, relacionada com as combinações infinitas que a realidade pode trazer e (ii) indeterminação do fim, que produz incerteza quanto ao dever ser jurídico de factos não concebidos pela autoridade normativa. A. MENEZES CORDEIRO refere que é impossível para o legislador “descer a cada situação possível, de modo individualizado” (*Da Boa Fé no Direito Civil*, Vol. I., p.95). Sobre a impossibilidade de prever e regular todas as situações a que as normas se aplicam, mas no contexto das normas constitucionais de direitos fundamentais, J. REIS NOVAIS, *As Restrições aos Direitos Fundamentais Não Expressamente Autorizadas pela Constituição*, p.369. Para ilustrar a margem de erro das normas, é tradicional fazer-se referência ao famoso caso *Riggs v. Palmer* (115 N.Y. 506 (1889)). O caso consistiu numa ação de anulação do testamento de Francis B. Palmer. De acordo com os factos do caso, o testamento atribuía a parte significativa da herança a Elmer E. Palmer, neto Francis B. Palmer, e apenas reduzidas partes à Sr.^a Riggs e à Sr.^a Preston – filhas de Francis B. Palmer e autoras da ação. Temendo que Francis B. Palmer alterasse o testamento, Elmer E. Palmer assassinou-o por envenenamento. As autoras alegaram que permitir a Elmer E. Palmer receber a herança significaria permitir-lhe beneficiar de um ato ilícito e ser recompensado pelo seu ato. Por outro lado, conforme referido pelo juiz John C. Gray, a punição legalmente prevista para a conduta de Elmer E. Palmer encontrava-se prevista na lei criminal e que, caso o Tribunal decidisse proibir o benefício da herança por Elmer E. Palmer, estaria a aplicar uma punição complementar sem lei habilitante, mais referindo que o tribunal não poderia, simplesmente, criar ou imaginar normas legais apenas para “*obter um resultado moralmente satisfatório*”. A maioria dos juízes deu razão às autoras. A sentença ficou famosa pela mão do juiz-relator Robert Earl, que considerou que “*não é razoável esperar que os órgãos legiferantes concebam todas as contingências factuais aquando da criação de leis e que, tivessem esses órgãos motivo para suspeitar que alguém agiria como Elmer, certamente que teriam proibido a solução geralmente aplicável*”.

²³⁸ Cfr. MONIZ LOPES, *Derrotabilidade Normativa e Normas Administrativas – O Enquadramento das Normas Regulamentares na Teoria dos Conflitos Normativos*, Parte I, p.95. No mesmo sentido, C. ALCHOURRÓN/E. BULYGIN, *Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales*, Buenos Aires, 2006 (reimpr.), p.61.

²³⁹ Cfr. MONIZ LOPES, *Derrotabilidade Normativa e Normas Administrativas – O Enquadramento das Normas Regulamentares na Teoria dos Conflitos Normativos*, Parte I, p.96.

²⁴⁰ Cfr. MONIZ LOPES, *Derrotabilidade Normativa e Normas Administrativas – O Enquadramento das Normas Regulamentares na Teoria dos Conflitos Normativos*, Parte I, p.96.

O exercício a que se está a proceder neste ponto do trabalho é um exercício de categorização em tudo idêntico àquele que a autoridade normativa efetua quando legisla.

Num exemplo, quando o proprietário de um restaurante proíbe a entrada de cães na sequência de um distúrbio provocado por um *Scottish Terrier* preto, a proibição valerá para todos os cães e não só para aquele concreto cão ou *Scottish Terriers* pretos, porque se entende que todos os cães são suscetíveis de provocar distúrbios – a justificação causalmente relevante²⁴².

Consistindo a previsão normativa num exercício de generalização, a mesma está, naturalmente, sujeita ao erro, sendo aí que surgem os problemas de igualdade nesta categoria de casos.

Nesta sequência, considera-se, na esteira de J. TUSSMAN e J. TENBROEK, que surgem duas subcategorias de casos: (a) os casos *sub-inclusivos* e (b) os casos *sobre-inclusivos*²⁴³.

Na construção original destes autores, é imaginada uma norma que determina esterilizar criminosos, com o fim de impedir a transmissão hereditária da criminalidade, que se pressupõe existir para efeitos de exemplificação.

Os autores supõem, em seguida, que, na previsão desta norma, a autoridade normativa considera que os transmitentes de criminalidade hereditária são todos aqueles que tenham sido condenados por, pelo menos, três crimes.

Com base nestes dados, os autores elaboram um esquema de possibilidades relativamente à categorização efetuada pela norma. Traduzindo o esquema dos autores para a língua portuguesa, representem-se os sujeitos abrangidos pela previsão da norma – ou seja, todos aqueles que tenham sido condenados por, pelo menos, três crimes – por “*P*” e os sujeitos abrangidos pela justificação da norma – ou seja, os transmitentes de criminalidade hereditária – por “*J*”.

²⁴¹ Cfr. MONIZ LOPES, *Derrotabilidade Normativa e Normas Administrativas – O Enquadramento das Normas Regulamentares na Teoria dos Conflitos Normativos*, Parte I, p.96.

²⁴² Exemplo referido por F. SCHAUER, *Playing by the Rules: a Philosophical Examination of Rule-based Decision-making in Law and in Life*, Oxford, 1991, p.25.

²⁴³ A sub- e sobre-inclusividade surgem no trabalho seminal dos autores no âmbito da doutrina sobre o princípio da igualdade nos Estados Unidos da América: “The Equal Protection of the Laws”, in *Cal. L. Rev.*, Vol. 37, n.º 3, 1949, pp. 347 e ss. Cfr., também, “Developments in the Law”, in *Harv. L. Rev.*, Vol. 82, n.º 5, 1969, pp. 1082-1087.

Assim, surge a seguinte constelação de hipóteses:

- (a) Todos os *P*'s são *J*'s e todos os *J*'s são *P*'s;
- (b) Nenhum *P* é *J*;
- (c) Todos os *P*'s são *J*'s, mas alguns *J*'s não são *P*'s;
- (d) Todos os *J*'s são *P*'s, mas alguns *P*'s não são *J*'s;
- (e) Alguns *P*'s são *J*'s; alguns *P*'s não são *J*'s; alguns *J*'s não são *P*'s²⁴⁴.

Conforme se infere, esta subcategorização tem pressuposta a descoberta da justificação normativa. Conforme já se adiantou *supra*, esta descoberta remete para o elemento teleológico da interpretação jurídica (cfr. 2.3.).

Retomando-se o esquema exposto, é patente que as duas primeiras situações não levantam problemas de maior: em (a), a categorização efetuada na previsão da norma coincide totalmente com os sujeitos abrangidos pela sua justificação; em (b), a conclusão é a oposta, isto é, a categorização normativa não coincide minimamente com a justificação da norma.

A situação (c) corresponde à subcategoria que se designa por *sub-inclusiva*: todos os sujeitos incluídos na previsão da norma estão abrangidos pela justificação da mesma, mas há sujeitos não incluídos na previsão que são igualmente abrangidos pela justificação da norma²⁴⁵.

Por seu turno, a situação (d) corresponde à subcategoria que é a inversa da anterior e que se designa por *sobre-inclusiva*: todos os sujeitos abrangidos pela justificação da norma são sujeitos incluídos na previsão da mesma, mas nem todos os sujeitos incluídos na previsão da norma estão abrangidos pela sua justificação.

Por fim, a situação (e) representa os casos em que se denota, simultaneamente, sub- e sobre-inclusividade.

²⁴⁴ Cfr. TUSSMAN /TENBROEK, “The Equal Protection of the Laws”, in *Cal. L. Rev.*, p.347.

²⁴⁵ Cfr. TUSSMAN /TENBROEK, “The Equal Protection of the Laws”, in *Cal. L. Rev.*, p.348. Em “Developments in the Law”, *Harv. L. Rev.*, p. 1086, a sub-inclusividade é definida como a não inclusão de certos sujeitos numa categorização à qual pertencem. Como exemplo, é referido o caso *Rinaldi v. Yeager*, 384 U.S. 305 (1966), em que estava em causa a regra que obrigava que os arguidos que recorressem de uma condenação em pena de prisão e que fossem vencidos tivessem de pagar o custo das transcrições requeridas para efeitos de defesa, assim se reembolsando o Estado da despesa em que havia incorrido com as respetivas transcrições. Esta regra deixava de fora todos aqueles recorrentes vencidos que fossem condenados em penas que não de prisão. O Supremo Tribunal viria a considerar que, ante a justificação da regra, não havia razão para a não inclusão de todos os recorrentes vencidos na regra.

Avançada esta caracterização sumária de cada uma das hipóteses do esquema de J. TUSSMAN e J. TENBROEK, proceda-se a uma definição e exemplificação das hipóteses (c), (d) e (e), que são aquelas que suscitam problemas de igualdade.

Para tal, pode recorrer-se ao desenvolvimento conceptual que a doutrina normativista emprestou aos conceitos de sub- e sobre-inclusividade²⁴⁶.

No que diz respeito aos casos sub-inclusivos, trata-se de *casos que suscitam a justificação de uma determinada regra, mas não a previsão dessa mesma regra*²⁴⁷.

Assim, adotando a definição elaborada por P. MONIZ LOPES, diz-se que uma norma é sub-inclusiva quando (i) determinados casos jurídicos não se subsumem nas condições da previsão de uma norma, (ii) a qual regula casos semelhantes ao caso a decidir e (iii) aqueles casos jurídicos, pese embora não subsumíveis na previsão, suscitam a justificação subjacente a essa mesma norma²⁴⁸.

²⁴⁶ Os conceitos de sub-inclusividade e sobre-inclusividade surgem, com grande desenvolvimento, no âmbito do pensamento normativo geral. P. MONIZ LOPES refere que são conceitos “totalmente revolucionadores” nesse âmbito, atribuindo a sua introdução a F. SCHAUER, *Playing by the Rules: a Philosophical Examination of Rule-based Decision-making in Law and in Life*, pp.31 e ss., desenvolvidos depois em “The Generality of Law”, in *W. Va. L. Rev.*, 2004, n.º 107, pp. 218 e ss. O autor assinala ainda que esta conceptualização já havia sido usada, ainda que sem grande desenvolvimento dogmático, em C. DIVER, “The Optimal Precision of Administrative Rules”, in *Yale L. J.*, 1983, n.º 93, p.73, referindo que a mesma foi particularmente inspiradora de vários trabalhos, designadamente: J. L. RODRÍGUEZ, “Against Defeasibility of Rules”, in J. FERRER BELTRÁN/G. BATTISTA RATTI (eds.), *The Logic of Legal Requirments – Essays on Defeasibility*, Oxford, 2012, pp. 91-93; J. HAGE, *Studies in Legal Logic*, Dordrecht, 2005, pp.21 e ss.; J. C. BAYÓN, “Why is Legal Reasoning Defeasible?”, in A. SOETEMAN (ed.), *Pluralism and Law*, Northampton, 2010, p.340; E. CHERWIN, “Judges as Rulemakers”, in *U. Chi. L. Rev.*, 2006, n.º 73, n.º 3, pp. 921 e ss.; J. STEIN, “The Necessary Language of Exceptions: a Response to Frederick Schauer’s «Exceptions»”, in *New York University Annual Survey of American Law*, 2007, n.º 63, pp. 104 e ss. (cfr. *Derrotabilidade Normativa e Normas Administrativas – O Enquadramento das Normas Regulamentares na Teoria dos Conflitos Normativos*, Parte I, p.251).

²⁴⁷ Cfr. MONIZ LOPES, *Derrotabilidade Normativa e Normas Administrativas – O Enquadramento das Normas Regulamentares na Teoria dos Conflitos Normativos*, Parte I, p.251.

²⁴⁸ Assim, MONIZ LOPES, *Derrotabilidade Normativa e Normas Administrativas – O Enquadramento das Normas Regulamentares na Teoria dos Conflitos Normativos*, Parte I, p.256. Sem prejuízo desta definição, o autor desconstrói, depois, a autonomia do conceito de sub-inclusividade, defendendo que o mesmo não tem valia autónoma, na medida em que a sub-inclusividade de uma norma por referência ao princípio que a justifica equivale a afirmar a sobre-inclusividade de uma norma logicamente equivalente por referência a esse mesmo princípio (cfr. *Derrotabilidade Normativa e Normas Administrativas – O Enquadramento das Normas Regulamentares na Teoria dos Conflitos Normativos*, Parte I, p.285). Esta questão será desenvolvida *infra*. Sem embargo, adiante-se, desde já, que não se concorda com o autor, na medida em que se pensa que só é possível inferir uma norma logicamente equivalente em certos casos, que são aqueles em que se denota *bicondicionalidade normativa*.

O que se verifica nestes casos é, pois, um *défice de generalização* e um *excesso de particularismo*: a autoridade normativa introduziu demasiadas propriedades na previsão, afunilando-a em grau superior ao que a justificação da norma impunha²⁴⁹.

O caso de escola de uma regra sub-inclusiva é o da proibição de entrada de pessoas com cães num restaurante perante o caso concreto de aferir da entrada de pessoas com ursos no mesmo local²⁵⁰.

No âmbito da jurisprudência da igualdade, um exemplo de um caso sub-inclusivo pode ser encontrado no acórdão n.º 241/00 do Tribunal Constitucional, no qual se suscitou a inconstitucionalidade da norma da antiga Lei de Processo dos Tribunais Administrativos que, no âmbito do anterior recurso de anulação, determinava que, em caso de falta ou erro na indicação dos contrainteressados, o juiz convidasse a parte a suprir a exceção dilatória, regularizando a sua petição²⁵¹.

A questão de constitucionalidade suscitou-se porquanto a parte que havia requerido uma providência cautelar de suspensão de eficácia de um ato administrativo não chamou a juízo os respetivos contrainteressados, tendo, em consequência, o tribunal, sem ter proferido um despacho a convidar a parte para suprir a exceção, absolvido a entidade demandada da instância.

Assim, a parte que suscitou a fiscalização da constitucionalidade, pretendia que se lhe aplicasse a norma aplicável aos recursos de anulação para efeitos de suprimento da exceção²⁵².

A doutrina nacional, apesar de não falar em sub-inclusividade no contexto do princípio da igualdade, identifica esta subcategoria de casos.

Com efeito, verifica-se que a doutrina nacional localiza estes casos no universo das omissões legislativas, reconduzindo-os, depois, à tipologia de omissões que designa como *omissões relativas*, que é contraposta à de *omissões absolutas*²⁵³.

²⁴⁹ Cfr. MONIZ LOPES, *Derrotabilidade Normativa e Normas Administrativas – O Enquadramento das Normas Regulamentares na Teoria dos Conflitos Normativos*, Parte I, p.256.

²⁵⁰ Assim, MONIZ LOPES, *Derrotabilidade Normativa e Normas Administrativas – O Enquadramento das Normas Regulamentares na Teoria dos Conflitos Normativos*, Parte I, p.257.

²⁵¹ Cfr. acórdão n.º 241/00, de 11.04.2000, processo n.º 825/96.

²⁵² O Tribunal Constitucional negou provimento ao recurso, tendo considerado que as diferenças processuais entre o recurso de anulação e o processo cautelar de suspensão de eficácia do ato justificavam o tratamento diferenciado.

Na definição de C. BLANCO DE Moraes, omissões relativas são aquelas que ocorrem “sempre que o legislador, ao aprovar uma disposição legal que regula uma dada *facti-species*, estabelece direitos, benefícios, deveres ou obrigações para uma dada categoria ou grupo de pessoas, abstendo-se, contudo, de aplicar o mesmo regime a outra categoria ou grupo de destinatários que se posicione numa situação igual ou dotada de uma identidade juridicamente relevante”²⁵⁴.

A doutrina nacional adota a nomenclatura de omissões relativas num contexto que não o do princípio da igualdade, designadamente o contexto das designadas *sentenças intermédias*. De resto, a doutrina nacional não contrapõe esta classe de casos à classe simetricamente oposta – que se designa aqui por sobre-inclusiva –, pelo que a adoção da terminologia tradicional implicaria a adoção de uma designação diferente – simétrica – também para a sobre-inclusividade, designação essa que não é adiantada pela doutrina.

Assim, no contexto da categorização dos casos de igualdade aqui efetuada, prefere-se a terminologia adotada, na esteira de J. TUSSMAN e J. TENBROEK e da posterior doutrina normativista.

²⁵³ De acordo com a definição adiantada por C. BLANCO DE MORAIS, omissões absolutas são aquelas em que “o legislador não produz, na totalidade ou em parte, um ato legislativo a cuja emissão se encontra obrigado para dar concretização a uma norma constitucional não exequível por si própria” (*Justiça Constitucional*, Tomo II – *O Direito do Contencioso Constitucional*, 2.^a ed., Coimbra, 2011, p.498). Como exemplo hipotético de uma omissão absoluta pode referir-se o caso de o Estado não proceder à criação de um serviço nacional de saúde, universal, geral e tendencialmente gratuito, conforme impõe o artigo 64.º, n.º 2, alínea a), da CRP. Neste âmbito, J. J. GOMES CANOTILHO sublinha a necessidade de separar omissões legislativas resultantes da violação de preceitos constitucionais concretamente impositivos e as resultantes do incumprimento de “normas-fim” ou “normas-tarefa”, abstratamente impositivas. Como exemplos de preceitos constitucionais que, de forma permanente e concreta preveem imposições constitucionais legiferantes, o autor refere: o estabelecimento e atualização do salário mínimo nacional (artigo 59.º, n.º 2, alínea a), da CRP); a organização coordenação e financiamento de um sistema de segurança social unificado e descentralizado (artigo 63.º, n.º 2, da CRP); a criação e desenvolvimento de reservas e parques naturais e de recreio (artigo 66.º, n.º 2, alínea c), da CRP); a promoção e criação de uma rede nacional de assistência materno-infantil e de uma rede nacional de creches (artigo 67.º, n.º 2, alínea b), da CRP); a garantia de um ensino básico universal, obrigatório e gratuito (artigo 74.º, n.º 2, alínea a), da CRP). Como exemplos de “normas-fim” ou “normas-tarefa”, o autor refere o artigo 9.º e 81.º da CRP (cfr. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p.1034).

²⁵⁴ BLANCO DE MORAIS, *Justiça Constitucional*, Tomo II – *O Direito do Contencioso Constitucional*, p.499. De acordo com J. PEREIRA DA SILVA, o critério distintivo entre os dois tipos de omissão reside na entrada em cena do princípio da igualdade. Com efeito, o autor refere que as omissões absolutas “*são aquelas em que não se colocam problemas de desrespeito pelos princípios da igualdade (ou da universalidade)*” (*Dever de Legislar e Proteção Jurisdicional contra Omissões Legislativas*, Lisboa, 2003, p.90). Diferentemente da generalidade da doutrina, que fala em omissões parciais ou totais dentro da tipologia de omissões absolutas, J. J. GOMES CANOTILHO utiliza a terminologia de omissões parciais para se referir também às omissões relativas, que define como “omissões derivadas de os atos legislativos concretizadores de normas constitucionais favorecerem certos grupos ou situações, esquecendo outros grupos e outras situações que preenchem os mesmos pressupostos de facto” (cfr. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, pp. 1035-1036).

Atente-se, agora, nos casos que se designam por *sobre-inclusivos* e que surgem na hipótese (d) do esquema de J. TUSSMAN e J. TENBROEK.

Neste âmbito, fornecendo um exemplo diferente do qual partem, os autores recorrem aos famosos casos *Hirabayashi*²⁵⁵ e *Korematsu*²⁵⁶, em que se discriminaram cidadãos americanos com ascendência japonesa, restringindo as atividades que tais pessoas poderiam praticar, por perigo de sabotagem e espionagem no contexto da II Guerra Mundial e na sequência de *Pearl Harbour*²⁵⁷.

Naturalmente, nem todos os cidadãos americanos com ascendência japonesa representavam um perigo para os Estados Unidos, pelo que a previsão da norma incluía mais sujeitos do que aqueles que visava a sua justificação.

Trata-se, agora, de *casos que suscitam a previsão da regra, mas não a justificação normativa subjacente*²⁵⁸.

Numa definição, que consubstanciará, logicamente, o reverso da definição de sub-inclusividade, diz-se que uma norma é sobre-inclusiva quando (i) determinados casos jurídicos se subsumem nas condições da previsão de uma norma, (ii) a qual regula casos semelhantes ao caso a decidir e (iii) aqueles casos jurídicos, pese embora subsumíveis na previsão, não suscitam a justificação subjacente a essa mesma norma.

O que se verifica nestes casos é, pois, um *défice de particularismo* e um *excesso de generalização*: a autoridade normativa generalizou mais do que se impunha à luz do padrão justificativo²⁵⁹.

O caso de escola de uma regra sobre-inclusiva é o da proibição de entrada de pessoas com cães num restaurante perante o caso concreto de aferir da entrada de pessoas com cães-guia no mesmo local, em acompanhamento de uma pessoa invisual²⁶⁰.

²⁵⁵ *Hirabayashi v. United States*, 320 U.S. 81 (1943).

²⁵⁶ *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214 (1944).

²⁵⁷ Cfr. TUSSMAN /TENBROEK, “The Equal Protection of the Laws”, in *Cal. L. Rev.*, p.351. Em “Developments in the Law”, *Harv. L. Rev.*, p. 1086, a sobre-inclusividade é definida como a inclusão não só dos sujeitos que estão relacionados com a justificação normativa, mas também daqueles que não estão.

²⁵⁸ Cfr. MONIZ LOPES, *Derrotabilidade Normativa e Normas Administrativas – O Enquadramento das Normas Regulamentares na Teoria dos Conflitos Normativos*, Parte I, p.250.

²⁵⁹ Cfr. MONIZ LOPES, *Derrotabilidade Normativa e Normas Administrativas – O Enquadramento das Normas Regulamentares na Teoria dos Conflitos Normativos*, Parte I, p.256.

²⁶⁰ Cfr. MONIZ LOPES, *Derrotabilidade Normativa e Normas Administrativas – O Enquadramento das Normas Regulamentares na Teoria dos Conflitos Normativos*, Parte I, p.253. O autor fornece ainda exemplo do “barbeiro de Bolonha”, também ele conhecido: uma regra que proíbe o derramamento de

No âmbito da jurisprudência constitucional, pode referir-se o caso relativo à norma do Código de Processo Penal que determinava a incapacidade para prestar declarações em audiência de julgamento de pessoa interdita por anomalia psíquica²⁶¹.

Os tribunais comuns decidiram desaplicar esta norma aos casos concretos que julgaram, tendo entendido que a aplicação da mesma não se justificava, pelo facto de os envolvidos, interditos por anomalia psíquica, ainda que padecendo dessa maleita, possuírem capacidade para prestar declarações em audiência.

No fundo, os sujeitos em causa acionavam a previsão da regra, mas não o princípio subjacente à mesma.

Nas elucidativas palavras do Tribunal Constitucional:

“A solução normativa em análise trata de modo radical e de igual forma todos os interditos por anomalia psíquica, independentemente do específico e concreto grau da respetiva afetação da capacidade para testemunhar [...]

Sucedem, porém, que, em muitas situações, o quadro de saúde mental do sujeito, e o respetivo grau de afetação da cognição ou da volição, tidos em atenção na avaliação dos pressupostos da interdição judicial, não se projetam relevantemente sobre a capacidade do interdito por anomalia psíquica para apreender e responder com verdade às questões que lhe sejam colocadas, com vista à obtenção de relato fidedigno de factos por si observados ou experienciados”²⁶².

sangue nas ruas de Bolonha perante o caso jurídico concreto de um barbeiro que, acidentalmente, corta uma veia a um cliente que, subsequentemente, cai nas ruas de Bolonha.

²⁶¹ Caso que deu origem a dois acórdãos do Tribunal Constitucional, em sede de fiscalização concreta: acórdão n.º 359/11, de 12.07.2011, processo n.º 58/11; acórdão n.º 486/18, de 04.10.2018, processo n.º 589/17.

²⁶² Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 486/18, de 04.10.2018, processo n.º 589/17, primeiro e segundo parágrafos do ponto 7. Veja-se, também, o que ficou dito no acórdão n.º 359/11, de 12.07.2011, processo n.º 58/11:

“a declaração de interdição pressupõe apenas uma constatação judicial da incapacidade do interdito governar a sua pessoa e os seus bens, devido a uma anomalia psíquica, reportando-se esse juízo sobretudo a uma incapacidade daquele atuar com autonomia no mundo dos negócios jurídicos. Ora, a (in)capacidade para relatar determinada realidade com a qual se contactou, não só é frequentemente casuística, dependendo de múltiplos fatores, como a sua complexidade, o tipo e as circunstâncias do contacto ou o tempo entretanto decorrido, sendo, no mínimo, problemática a emissão de um juízo genérico de incapacidade para testemunhar, como, sobretudo, o juízo que presidiu à prolação de uma sentença de interdição é inaproveitável para se determinar a aptidão do interdito para prestar um depoimento credível em processo penal. Estaremos perante um domínio das capacidades humanas que não assume qualquer relevância nos pressupostos da declaração de interdição, pelo esta pouco ou nada revelará sobre a capacidade do interdito depor em tribunal [...] As razões para as discriminações admissíveis neste domínio devem residir numa incapacidade efetiva para o exercício concreto dos direitos em causa, e não numa incapacidade ficcionada a partir de um

Existe uma outra constelação de casos sobre-inclusivos, que são aqueles em que a sobre-inclusão é denotada através de uma inferência *a contrario* de uma norma *prima facie* sub-inclusiva. No entanto, para não prejudicar a clareza da categorização a que se está a proceder, far-se-á referência a tais casos *infra*.

Por fim, atente-se na última hipótese do esquema de J. TUSSMAN e J. TENBROEK, que representa os casos em que se denota, simultaneamente, sub- e sobre-inclusividade.

Exemplificando, os autores referem que os casos *Hirabayashi* e *Korematsu* – que se classificaram como sobre-inclusivos – podem ser, também, sub-inclusivos, se se pensar que os cidadãos americanos de ascendência alemã ou italiana não foram visados pelas mesmas medidas²⁶³.

De facto, assim é. Qualquer norma pode, *prima facie*, ser contestada pela sua sub-inclusividade e pela sua sobre-inclusividade.

De uma perspetiva prática, a alegação simultânea de sub- e sobre-inclusividade surgirá apenas em sede de fiscalização preventiva e sucessiva abstrata, na medida em que aí se fiscaliza a constitucionalidade de normas desligadas de um caso concreto.

Contrariamente, em sede de fiscalização sucessiva concreta, a parte afetada pela inconstitucionalidade de determinada norma nunca pode estar, ao mesmo tempo, numa situação de sub- e sobre-inclusividade.

Da definição e exemplificação das hipóteses de sub- e sobre-inclusividade resulta que não se está perante um exercício interpretativo, na medida em que se está perante proposições normativas que não se reconduzem à formulação dos enunciados linguísticos.

Pois bem: feita esta subcategorização, verificar-se-á que a proposição que se indiciou no ponto anterior deve ser objeto de precisão. Se os casos uninormativos são, *prima facie*, mais aptos a fazer operar o parâmetro da igualdade no seu critério de controlo

juízo que apura da capacidade geral da pessoa para reger a sua pessoa e os seus bens, com a finalidade de facilitar uma definição de quem tem capacidade para depor. Daí que tratar toda e qualquer pessoa que esteja interdita por anomalia psíquica como sendo inábil para depor em audiência de julgamento seja discriminá-la, sem fundamento bastante, dos demais cidadãos, pelo que esse tratamento viola o princípio constitucional da igualdade” (parágrafos décimo sexto e seguintes do ponto 2.3.).

²⁶³ Cfr. TUSSMAN /TENBROEK, “The Equal Protection of the Laws”, in *Cal. L. Rev.*, p.352.

mais próximo do seu conteúdo normativo, há que distinguir consoante se esteja perante casos sub- ou sobre-inclusivos.

Com efeito, é no âmbito dos casos subsumíveis na primeira subcategoria que se denota uma maior propensão à não interferência da norma de separação de poderes, ante a propriedade de indeterminação normativa do caso concreto.

É também no âmbito destes casos que se verificam grande parte dos *casos difíceis* de um ponto de vista resolutório, que a doutrina nacional identifica no contexto das já referidas omissões relativas.

Desenvolva-se o ponto partindo-se da seguinte hipótese: o ordenamento possui o enunciado normativo: “*As pessoas com cães são proibidas de entrar em restaurantes*”.

Deste enunciado resulta uma norma (N_1) cujo conteúdo é precisamente aquele que decorre da sua formulação linguística: “*As pessoas com cães são proibidas de entrar em restaurantes*”.

Suponha-se, agora, que se suscitava a violação do princípio da igualdade, por se entender que a norma também deveria proibir a entrada de pessoas com ursos em restaurantes²⁶⁴.

Repare-se bem: o que está em causa é a aplicação da proibição a uma situação não contida na previsão da norma.

O problema é intuitivo: por um lado, considera-se que a norma é inconstitucional por violação do princípio da igualdade; por outro lado, não se visa a desaplicação, o julgamento ou a declaração de inconstitucionalidade da norma em causa, mas, ao invés, a sua aplicação.

Uma solução defendida por parte considerável da doutrina repousa na teoria da *norma implícita*²⁶⁵ ou da *subnorma*²⁶⁶, através da qual se defende que a não inclusão ou omissão equivale a uma norma de sentido contrário, ou seja, a uma exclusão.

²⁶⁴ Não se pense que esta hipótese é meramente académica: é possível encontrar no acervo jurisprudencial do Tribunal Constitucional dois acórdãos em que se fiscalizou a constitucionalidade, com base no princípio da igualdade, da seguinte norma (que se pode considerar análoga à da hipótese do texto): “*É expressamente proibida a estabulação ou pernoita de gado lanígero ou caprino, dentro de povoações*”. A inconstitucionalidade da referida norma foi suscitada precisamente porque a norma não proibia, igualmente, a estabulação ou pernoita de gado ovino, bovino, cavalar, muar, asinino e suíno (cfr. o acórdão n.º 196/94, de 01.03.1994, processo n.º 492/92 e acórdão n.º 243/94, de 22.03.1994, processo n.º 597/92).

De acordo com esta teoria, é possível formular, a partir de N_1 , várias proposições normativas, desde logo a seguinte (PN_1): o ordenamento possui a norma (N_2) “*Pessoas com ursos são permitidas nos restaurantes*”.

Ora, este segmento normativo já é suscetível de ser objeto de uma desaplicação, julgamento ou declaração de inconstitucionalidade, pelo que o caso ficaria resolvido.

Do ponto de vista da sinéptica, diga-se que esta solução facilita, em grande medida, a resolução deste tipo de casos, mormente em sede de fiscalização sucessiva abstrata da constitucionalidade²⁶⁷.

Ora, sendo a ciência jurídica uma ciência fundamentalmente ligada à razão prática, em que o propósito máximo é a resolução de casos jurídicos através de normas jurídicas, a solução referida cumpre plenamente esse propósito.

No entanto, considera-se que esta teoria se depara com óbices dogmáticos inultrapassáveis, que impedem a sua procedência em todo e qualquer caso²⁶⁸.

A demonstração desta asserção pressupõe compreender de que forma é que se chega à designada *norma implícita* ou *subnorma*. Pois bem: esta teoria assenta numa inferência que é realizada através do recurso ao argumento *a contrario*²⁶⁹.

O argumento *a contrario* pode ser definido como aquele que permite concluir que uma norma negativa é a norma de sentido contrário ao da norma positiva²⁷⁰.

²⁶⁵ Cfr., entre vários, C. BLANCO DE MORAIS, *Justiça Constitucional*, Tomo II – *O Direito do Contencioso Constitucional*.

²⁶⁶ Cfr. J. TORNADA, *A Modificação da Lei Inconstitucional – Estudo sobre as Decisões de Inconstitucionalidade Parcial*, Coimbra, 2021, p.57.

²⁶⁷ O pensamento sinepeico ou a sinéptica baseia-se numa ponderação ou julgamento *por conseqüências* (cfr. A. CASTANHEIRA NEVES, *Lições de Introdução ao Estudo do Direito, Ano Letivo de 1971-1972*, Coimbra, 1972, pp.232 e ss.; MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé no Direito Civil*, Vol. I, p.39).

²⁶⁸ Considerando que esta solução consubstancia uma “estratégia de compensação artificiosa e extrema das insuficiências reais do nosso sistema de fiscalização”, J. REIS NOVAIS, *Sistema Português de Fiscalização da Constitucionalidade – Avaliação Crítica*, 2.ª ed., Lisboa, 2019, p.110.

²⁶⁹ Um argumento pode ser definido como um meio de fundamentação da relação entre uma premissa e uma conclusão. No âmbito da argumentação relativa à matéria de direito, destacam-se os argumentos *a simile*, *a contrario* e *a fortiori* (cfr. TEIXEIRA DE SOUSA, *Introdução ao Direito*, pp.434 e 435). O argumento *a fortiori*, por seu turno, pode revestir as modalidades de argumento *a minori ad maius* e de argumento *a maiori ad minus*.

²⁷⁰ Assim, TEIXEIRA DE SOUSA, *Introdução ao Direito*, p.439. Recorrendo às palavras do autor, o argumento *a contrario* assenta no seguinte princípio: “se a regra (positiva) só abrange um determinado caso, então pode concluir-se que todos os casos que não sejam análogos ao caso regulado são abrangidos pela regra (negativa) de sentido contrário. Assim, se a regra se aplica ao caso C_1 , pode concluir-se que o caso C_2 é regulado por uma regra de sentido contrário”.

Ora, de acordo com o entendimento que se contesta, seria possível formular, com base no argumento *a contrario*, infinitas proposições normativas além da referida PN_1 ²⁷¹.

Antes de se prosseguir para a aferição da validade de PN_1 , esclareça-se um ponto importante: a ser possível inferir N_2 , está-se perante um estatuto deontico que integra N_1 e não perante uma nova norma²⁷².

Este esclarecimento é importante, já que o contrário colocaria em causa a integração destas hipóteses na categoria de casos uninormativos.

O cenário da nova norma só seria admissível se o ordenamento contivesse uma norma que permitisse a criação de novas normas a partir de outras, como por exemplo: “*condições não previstas têm consequências normativas contrárias*”²⁷³.

No ordenamento jurídico português não existe uma tal norma – que é, de resto, bastante improvável –, pelo que todas as inferências lógicas válidas provindas de um argumento *a contrario* integram a norma positiva.

Retomando-se a proposição normativa, afira-se da sua validade. Pois bem: pensa-se que PN_1 não constitui uma inferência lógica válida. Logo, considera-se que N_2 não é um estatuto deontico integrado em N_1 .

O mesmo é dizer que a proibição de entrada de pessoas com cães em restaurantes nada diz sobre a entrada de pessoas com ursos em restaurantes.

A fundamentação desta conclusão remete para a questão de saber quando é que o argumento *a contrario* é suscetível de ser suportado por uma inferência lógica válida.

Seguindo-se aqui D. DUARTE, a resposta passa pela seguinte asserção: se a previsão da norma remeter para condições que, além de suficientes, são necessárias – para

²⁷¹ Neste sentido, J. TORNADA, *A Modificação da Lei Inconstitucional – Estudo sobre as Decisões de Inconstitucionalidade Parcial*, p.57. Nas palavras do próprio: “se representarmos uma dada norma jurídica pela *norma principal* (ou norma-tipo) (“ N ”), esta divide-se num número infundável de *subnormas* (“ n ”), que a pormenorizam e concretizam enquanto critério de decisão”. Exemplificando, o autor supõe a norma “*aos trabalhadores do sector x atribui o direito a um subsídio de 500 €*”, referindo que essa norma pode originar as seguintes subnormas – num elenco não taxativo:

- a norma “*aos trabalhadores do setor y não atribui o direito a um subsídio de 500 €*”;
- a norma “*aos trabalhadores do setor x com contrato a prazo atribui o direito a um subsídio de 500 €*”;
- a norma “*aos trabalhadores do setor x não atribui o direito a um subsídio de 800 €*”;
- a norma “*aos trabalhadores do setor x não atribui o direito a uma pensão de invalidez*”.

²⁷² Assim, D. DUARTE, “On the A Contrario Argument: Much Ado About Nothing”, in *RFDUL*, Vol. 54, n.ºs 1-2, 2013, p.44.

²⁷³ Cfr. Duarte, “On the A Contrario Argument: Much Ado About Nothing”, *RFDUL*, p.44.

acionar a estatuição, entenda-se –, estar-se-á perante uma norma *bicondicional* e, logo, suscetível de fazer operar um argumento *a contrario*; caso não seja detetável *bicondicionalidade* na norma, o argumento *a contrario* é insuscetível de contribuir para a definição do estatuto deôntico de uma situação não abrangida pela previsão normativa²⁷⁴.

Esta resposta remete para uma questão subsequente, que consiste em saber quando é que uma norma é bicondicional, ou seja, quando é que a sua previsão remete para condições *suficientes e necessárias*.

Diferentemente do que sugere alguma doutrina, entende-se que a admissibilidade do argumento *a contrario* – ou a procura de bicondicionalidade –, não se verifica através da intenção do legislador²⁷⁵.

Há que utilizar parâmetros puramente objetivos, que, no fundo, se resumem a dois: (a) a formulação normativa – *bicondicionalidade direta* – ou (b) análise conjunta de todas as outras normas do ordenamento – *bicondicionalidade indireta*²⁷⁶.

A bicondicionalidade direta tem lugar quando o enunciado de uma norma utiliza palavras ou formulações sintáticas que expressam que a condição prevista na norma é suficiente e necessária para acionar os seus efeitos.

Tal sucederá, por exemplo, quando uma norma surja linguisticamente formulada nos seguintes termos “*Apenas no caso de [...]*” ou “*Só na específica situação de [...]*”.

Por seu turno, a bicondicionalidade indireta surge quando a análise do conjunto normativo conduza à conclusão de que não existe nenhuma outra norma que ligue os mesmos efeitos a outras condições que não aquelas que estão previstas na norma em apreço. Por outras palavras, há que aferir se do ordenamento resulta ou não que há *condições alternativas* às condições prevista na norma em análise²⁷⁷.

Aquilatar da bicondicionalidade normativa é um exercício interpretativo, ou seja, remete para a formulação linguística dos enunciados normativos²⁷⁸.

²⁷⁴ Cfr. Duarte, “On the A Contrario Argument: Much Ado About Nothing”, *RFDUL*, p.44.

²⁷⁵ Assim, TEIXEIRA DE SOUSA, *Introdução ao Direito*, p.439.

²⁷⁶ Neste sentido, Duarte, “On the A Contrario Argument: Much Ado About Nothing”, *RFDUL*, p.45.

²⁷⁷ Cfr. Duarte, “On the A Contrario Argument: Much Ado About Nothing”, *RFDUL*, p.47.

²⁷⁸ Cfr. Duarte, “On the A Contrario Argument: Much Ado About Nothing”, *RFDUL*, p.43.

De modo a reiterar o argumento, pense-se numa outra proposição normativa (PN₂), porventura mais verosímil que PN₁: o ordenamento possui a norma N₃ “*Pessoas sem cães podem entrar em restaurantes*”.

Considera-se que também PN₂ constitui uma inferência lógica inválida, pelo que N₃ não é um estatuto deôntico integrado em N₁.

O mesmo é dizer que a proibição de entrada de pessoas com cães em restaurantes nada diz sobre a entrada de pessoas sem cães em restaurantes.

Basta pensar, por exemplo, que nada impede a existência de outra norma no ordenamento que determine “*As pessoas sem camisa são proibidas de entrar em restaurantes*”, sendo que as *pessoas sem camisa* podem ser, naturalmente, *pessoas sem cães*.

A posição que se adota neste âmbito serve, também, para proceder à réplica da tese segundo a qual o conceito de sub-inclusividade carece de valia autónoma.

No fundo, há quem alegue que a sub-inclusividade de uma norma é suscetível de, em qualquer caso, ser reconduzida à sobre-inclusividade de uma norma logicamente equivalente, sendo consumida por esta última.

É o que defende P. MONIZ LOPES. Para ilustrar a sua proposição, o autor recorre à seguinte norma: “*o início de procedimentos administrativos oficiosos, e apenas o início de procedimentos administrativos oficiosos, deve ser comunicado aos interessados e contrainteressados nominalmente identificáveis*”²⁷⁹.

Como esta norma não engloba a obrigação de comunicação do início de procedimentos administrativos de iniciativa particular, o autor qualifica-a, *prima facie*, como sub-inclusiva, por referência ao princípio da participação dos administrados – princípio que a justifica.

Contudo, num passo subsequente, o autor infere a equivalência desta norma com a seguinte: “*o início de procedimentos administrativos não oficiosos pode não ser comunicado aos interessados e contrainteressados nominalmente identificáveis*”.

²⁷⁹ Cfr. *Derrotabilidade Normativa e Normas Administrativas – O Enquadramento das Normas Regulamentares na Teoria dos Conflitos Normativos*, Parte I, pp.284 e ss.

Ora, esta norma, logicamente equivalente à primeira, seria já sobre-inclusiva relativamente ao princípio que a justifica, assim se provando a falta de autonomia da sub-inclusividade.

Na hipótese utilizada pelo autor para ilustrar a sua proposição, a bicondicionalidade (direta) da norma decorre, muito claramente, do segmento “*apenas o início de procedimentos administrativos oficiosos*”, pelo que a conclusão de que é possível inferir uma norma sobre-inclusiva, de sentido contrário, é plenamente válida.

Sucedem que o que não é válido é proceder, através desta hipótese, à extrapolação de que a sub-inclusividade é um conceito que não tem valia autónoma, na medida em que tal só é verdade para os casos em que se denote bicondicionalidade normativa.

A posição do autor percebe-se, no entanto, quando o mesmo defende que “quando se interpreta um enunciado de uma norma sub-inclusiva a propriedade da sub-inclusividade decorre necessariamente da própria determinação de um bicondicional normativo, equivalente à estatuição de um *ius singulare*”²⁸⁰.

Ou seja: de acordo com o autor, a bicondicionalidade é um elemento intrínseco a qualquer norma que se tome por sub-inclusiva, o que faz com que seja sempre admissível a *interdefinibilidade dos modos deônticos*²⁸¹.

A perspetiva que aqui se adota relativamente à sub-inclusividade é diferente, entendendo-se que só se estará perante uma norma sub-inclusiva precisamente quando não se denote bicondicionalidade normativa.

Em síntese de tudo quanto ficou exposto até aqui, considera-se que a solução para os casos uninormativos sub-inclusivos não pode passar pela teoria da *norma implícita* ou da *subnorma*, nem pela convolução dos casos em sobre-inclusivos.

²⁸⁰ Cfr. *Derrotabilidade Normativa e Normas Administrativas – O Enquadramento das Normas Regulamentares na Teoria dos Conflitos Normativos*, Parte I, p.285. Partindo desta premissa, o autor afirma que a decorrência lógica da determinação do *ius singulare* é a determinação complementar de uma permissão normativa generalizada para todos os casos que não se reconduzam à previsão daquele *ius singulare* estatuído.

²⁸¹ Ou seja: se o bicondicional normativo inclui o modo impositivo (se, e apenas se X, é imposto Y), os casos não reconduzidos a X merecerão o *status* deôntico de permissão, na medida em que o que não é imposto é permitido. Caso o bicondicional normativo inclua o modo proibitivo (se, e apenas se X, é proibido Y), os casos não reconduzidos a X merecerão o *status* deôntico da permissão, na medida em que o que não é proibido é permitido (cfr. MONIZ LOPES, *Derrotabilidade Normativa e Normas Administrativas – O Enquadramento das Normas Regulamentares na Teoria dos Conflitos Normativos*, Parte I, p.286). Sobre a interdefinibilidade dos modos deônticos, D. DUARTE, “Os Argumentos da Interdefinibilidade dos Modos Deônticos em Alf Ross: a Crítica, a Inexistência de Permissões Fracas e a Completude do Ordenamento em Matéria de Normas Primárias”, in *RFDUL*, pp.257 e ss.

Aliás, as proposições defendidas neste ponto do trabalho permitem concluir que se entende que todas as normas que possibilitem o argumento *a contrario* – ou seja, que possibilitem a inferência de *normas implícitas* ou *subnormas* de sentido contrário – não são, na realidade, normas sub-inclusivas.

Tais normas serão, pelo contrário, sobre-inclusivas e integrar-se-ão, em consequência, na categoria de casos homóloga.

Concluída a refutação, pode agora avançar-se com a proposição de que a sub-inclusividade é consequência de um argumento *a simile* e que se entende que é através deste argumento que se resolvem os casos sub-inclusivos.

O argumento *a simile* consiste num raciocínio por analogia: se o caso C_1 é análogo ao caso C_2 , então o que vale para o caso C_1 tem de valer igualmente para o caso C_2 ²⁸².

A validade de um argumento *a simile* pressupõe a existência de uma lacuna, o que implica, logicamente, que o argumento *a contrario* não seja admissível no caso. Na hipótese de o argumento *a contrario* ser admissível, não existirá, naturalmente, lacuna, na medida em que se infere um sentido deôntico para o caso²⁸³.

²⁸² Cfr. TEIXEIRA DE SOUSA, *Introdução ao Direito*, p.437. Dito de outro modo, trata-se de assimilar um padrão não qualificado normativamente a outro que o esteja e que tenha com ele em comum determinadas propriedades relevantes (cfr. J. FREITAS DA ROCHA, *Constituição, Ordenamento e Conflitos Normativos – Esboço de uma Teoria Analítica da Ordenação Normativa*, Coimbra, 2008, p340).

²⁸³ De uma forma concisa, pode dizer-se que existe uma lacuna quando há caso, mas não há norma (Cfr. ALCHOURRÓN/ BULYGIN, *Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales*, p.23). A existência de lacunas pressupõe a aceitação da incompletude no sistema jurídico, naturalmente. No entanto, esta é uma proposição que está longe de ser pacífica. KELSEN defendeu a completude no sistema com base no argumento de que, quando a ordem jurídica não estatui nenhum dever de um indivíduo de realizar determinada conduta, permite essa conduta (*Reine Rechtslehre*, Wien: Deuticke, 1960 (tradução portuguesa “*Teoria Pura do Direito*”, de João Baptista Machado, 7.ª ed., Coimbra, 2019, p.275). Sem que importe, no âmbito deste trabalho, fundamentar aprofundadamente a posição nesta matéria, refira-se apenas que se toma a incompletude no sistema como uma fatalidade, só se aceitando a sua completude no caso da positivação de uma norma que o fechasse ou completasse (neste sentido, TEIXEIRA DE SOUSA, *Introdução ao Direito*, pp.387 e ss.), o que não pode ser o caso do ordenamento português ante o artigo 10.º do Código Civil. Partindo-se deste pressuposto, ressalve-se que quando se fala em incompletude no sistema jurídico tem-se em mente a incompletude no plano das fontes, já que o sistema é sempre completo no plano das normas para resolver os casos jurídicos a partir do momento em que admite critérios de integração de lacunas extraídos dele próprio – o que, no ordenamento jurídico português, sucede por via do artigo 10.º do Código Civil (Cfr. TEIXEIRA DE SOUSA, *Introdução ao Direito*, p.389). Assim, o autor refere que se pode falar de uma incompletude *no* sistema, mas não de uma incompletude *do* sistema.

Partindo-se deste pressuposto²⁸⁴, ressalve-se que quando se fala em incompletude no sistema jurídico tem-se em mente a incompletude no plano das fontes, já que o sistema é

Sendo certo que o argumento *a simile* pressupõe a existência de uma lacuna, a verdade é que, do ponto de vista lógico, é através de tal argumento que se deteta a incompletude no sistema²⁸⁵.

Ante a proibição de *non-liquet* que vigora no nosso ordenamento²⁸⁶, o mesmo faculta os meios necessários para a integração de lacunas, sendo que o primeiro deles é precisamente a analogia jurídica, nos termos do artigo 10.º, n.º 1, do Código Civil²⁸⁷.

iii. Subcategorias de casos plurinormativos: com ou sem relação de especialidade ou excecionalidade entre normas

Dentro da categoria dos casos plurinormativos é possível identificar duas subcategorias de casos: (a) aqueles em que existe uma relação de especialidade ou excecionalidade entre normas e (b) aqueles em que uma tal relação não existe.

Já se procedeu *supra* a uma definição da relação de especialidade (cfr. 2.3.). Recordando: há especialidade quando (i) uma norma – a especial – tenha na sua previsão os pressupostos da previsão de outra norma – a geral –, acrescidos de outros pressupostos específicos; (ii) as normas partilhem o mesmo operador deôntico e (iii) as estatuições das normas sejam diferentes e incompatíveis.

Esta é a noção de especialidade *constitutiva*, que se distingue da especialidade *declarativa*, nos termos já explicados. Recordando: na especialidade *declarativa* – ou *enfraquecida* –, as normas não estabelecem efeitos incompatíveis – pelo contrário, a estatuição é idêntica –, pelo que não existe um conflito de normas, mas, tão-somente, uma sobreposição de previsões, que gera uma consumpção da previsão da norma geral

²⁸⁴ Sem que importe, no âmbito deste trabalho, fundamentar aprofundadamente esta posição, refira-se apenas que se toma a incompletude no sistema como uma fatalidade, só se aceitando a sua completude no caso da positivação de uma norma que o fechasse ou completasse (neste sentido, TEIXEIRA DE SOUSA, *Introdução ao Direito*, pp.387 e ss.), o que não pode ser o caso do ordenamento português ante o artigo 10.º do Código Civil.

²⁸⁵ Sem embargo, o argumento *a simile* não constitui o único método de deteção de lacunas. O artigo 10.º, n.º 3, do Código Civil, demonstra que há lacunas que têm de ser detetadas sem que exista um caso análogo regulado na lei (cfr. TEIXEIRA DE SOUSA, *Introdução ao Direito*, p.392).

²⁸⁶ Nos termos do artigo 8.º, n.º 1, do Código Civil, e do artigo 3.º, n.º 3, do Estatuto dos Magistrados Judiciais.

²⁸⁷ Sendo o segundo a formulação de uma regra hipotética, nos termos do artigo 10.º, n.º 3, do Código Civil.

pela previsão da norma especial e tem como consequência a desaplicação da norma geral.

Reutilizando o exemplo da entrada de pessoas com cães em restaurantes, pense-se no caso de o ordenamento possuir a norma que permite a entrada de pessoas com cães em restaurantes e, simultaneamente, a norma que permite a entrada de pessoas com cães da raça *Pitbull Terrier* em restaurantes, desde que estes últimos estejam devidamente munidos de açaimo e não se encontrem quaisquer outros cães no restaurante.

No âmbito da jurisprudência da igualdade, um exemplo de uma hipótese plurinormativa em que existia uma relação de especialidade entre normas pode ser encontrado no já referido caso do crime de atos homossexuais e do crime de atos sexuais com adolescentes: a norma que punia os atos homossexuais com adolescentes era especial relativamente à norma que punia os atos sexuais com adolescentes.

Por seu turno, a relação de excecionalidade ocorre quando determinadas normas definem um regime contrário àquele que consta da regra geral²⁸⁸.

Esta relação pressupõe que (i) uma norma – a excecional – tenha no seu âmbito de aplicação todos os pressupostos da previsão de outra norma – geral –, acrescidos de outros pressupostos específicos; (ii) as normas tenham diferentes operadores deonticos e (iii) as estatuições sejam incompatíveis entre si²⁸⁹.

Assim, a distinção entre regras especiais e regras excecionais reside no regime que definem para os casos a que se aplicam: enquanto as primeiras adaptam o regime geral, as segundas contrariam-no²⁹⁰.

²⁸⁸ Cfr. TEIXEIRA DE SOUSA, *Introdução ao Direito*, p.226. O autor fornece vários exemplos: o artigo 219.º do Código Civil admite, com fundamento num princípio da eficiência, a prática da generalidade dos atos jurídicos sem a exigência de uma forma específica; os artigos 875.º e 1143.º do Código Civil exigem, por razões de confiança, uma forma própria na compra e venda de imóveis e no contrato de mútuo de valor superior a € 20.000,00, respetivamente. As decisões dos tribunais, quando não possam ser impugnadas, adquirem o valor de caso julgado e tornam-se indiscutíveis; esta regra, ditada por razões de confiança, pode ser afastada, com base num princípio de justiça, nos casos que permitem a revisão da decisão (artigos 771.º do Código de Processo Civil; artigo 449.º do Código de Processo Penal; artigo 154.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos). O artigo 3.º n.º 2, do Código de Processo Civil, admite, com base em razões de eficiência, que certas decisões sejam tomadas antes de a parte ser ouvida – necessidade do efeito de surpresa.

²⁸⁹ Cfr. DUARTE, *A Norma de Legalidade Procedimental Administrativa: a Teoria da Norma e a Criação de Normas de Decisão na Discricionariedade Instrutória*, pp.246-247.

²⁹⁰ Assim, TEIXEIRA DE SOUSA, *Introdução ao Direito*, p.226.

A título exemplificativo, suponha-se que o ordenamento possuía a norma que proibia a entrada de pessoas com cães em restaurante e, simultaneamente, a norma que permitia a entrada de pessoas invisuais com cães-guia em restaurantes.

No âmbito da jurisprudência da igualdade, um exemplo de uma hipótese plurinormativa em que se verificava uma relação de excecionalidade entre normas pode ser encontrado no caso que deu origem ao acórdão do Tribunal Constitucional n.º 352/10²⁹¹.

Em causa estava a Lei n.º 23/96, de 26 de julho, que consagra as regras a que deve obedecer a prestação de serviços públicos essenciais, mais concretamente as normas que resultavam do seu artigo 10.º, referente à prescrição e caducidade dos direitos do fornecedor.

A norma geral em causa determinava que, em caso de erro na contabilização de consumos imputável ao fornecedor, o direito deste ao recebimento da diferença de preço – casos em que o preço faturado e pago fosse inferior ao valor verdadeiramente devido – caducava no prazo de seis meses.

Esta regra geral conhecia, por via do mesmo artigo 10.º, uma exceção, que consistia em não aplicar o prazo de caducidade de seis meses ao fornecimento de energia elétrica em alta tensão.

O problema do caso reconduziu-se à invocação, por parte de um fornecedor de energia elétrica, da inconstitucionalidade da norma excecional, por não se aplicar, também, ao fornecimento de energia elétrica em média tensão – que se subsumia à regra geral e, por isso, inviabilizava a pretensão do fornecedor no caso, na medida em que operava a exceção perentória extintiva de caducidade do seu direito.

A subcategoria referida em *(b)* abrange todos os casos que não se reconduzam a uma relação de especialidade ou excecionalidade entre normas.

Voltando ao exemplo da entrada de pessoas com cães, suponha-se que o ordenamento possuía, simultaneamente, a norma que proibia a entrada de pessoas com cães em restaurantes e a norma que permitia a entrada de pessoas com cães em barbearias.

²⁹¹ Cfr. acórdão do Tribunal Constitucional n.º 352/10, de 06.10.2010, processo n.º 1003/09.

Um exemplo de uma hipótese plurinormativa sem relação de especialidade/excepcionalidade entre normas, no âmbito da jurisprudência da igualdade, pode ser encontrado no caso que procedeu à contraposição (a) da norma que determina um prazo de caducidade do direito de ação do marido da mãe para impugnar a paternidade com (b) a norma que permite a impugnação, a todo o tempo, da perfilhação²⁹².

Por fim, no âmbito destas subcategorias, que, *prima facie*, implicam uma maior interferência das normas de separação de poderes no caso, em detrimento da norma de igualdade, a proposição que se defenderá é também previsível: a de que essa interferência será maior nos casos em que se denote uma relação de especialidade ou excepcionalidade entre as normas.

²⁹² Cfr. acórdão do Tribunal Constitucional n.º 308/18, de 07.06.2018, processo n.º 411/07.

5. CONCLUSÕES

1. A definição estipulativa de igualdade, de uma perspectiva que se abstrai de concepções axiológicas e pré-compreensões, procurando ser neutral relativamente a um significado operativo em contexto normativo, pode ser feita do seguinte modo: *é (i) uma relação que se obtém entre termos que (ii) foram comparados, (iii) apurados como iguais (iv) tendo como referência um critério comum de comparação que, (v) até ser especificado, pode ser representado como X*. Os elementos (i) a (iv) são fixos, sendo o elemento (v) variável. Através da definição de igualdade pode elaborar-se a definição de desigualdade, na medida em que esta última consubstanciará, logicamente, o reverso da primeira. Com efeito, na definição de desigualdade apenas se altera o elemento (iii) da definição de igualdade enunciada, ou seja, há um apuramento das coisas como diferentes.
2. A igualdade consiste num juízo em que cabe (i) seleccionar termos de comparação, (ii) estabelecer um critério de comparação e (iii) compará-los nas suas semelhanças e diferenças. Em bom rigor, tudo é comparável. A existência ou inexistência de comparabilidade entre termos reside no concreto critério de comparação seleccionado. Com efeito, se um dos termos não tem as propriedades que o critério exige, cai por terra a comparabilidade.
3. Apesar da simplicidade definitória, falar em igualdade é recorrer a linguagem que é, invariavelmente, ambígua. Quando se fala em igualdade pode estar a falar-se sobre muita coisa, tudo dependendo do critério de comparação que se utilize. No fundo, o que é igual num plano é desigual noutra, numa lógica de infinitas possibilidades de comparação.
4. A narrativa histórica em redor da constitucionalização de um princípio da igualdade é consensual e a sua descrição é feita em moldes uniformizados pela doutrina. A evolução histórica do princípio da igualdade é suscetível de ser resumida a uma espécie de teoria reta de evolução: de *igualdade formal* ou *na aplicação do direito*, o princípio evoluiu para uma *igualdade material* ou *na criação do direito*, e, por fim, para uma *igualdade social ou através da lei*.

5. Constata-se que a narrativa histórica do princípio da igualdade influi no exercício de deslindar o seu conteúdo normativo, o que acaba por gerar descrições pouco rigorosas. Compulsando a doutrina, verifica-se que, a caracterização tradicional do conteúdo do princípio resume-o aos três estágios históricos identificados: (i) *igualdade formal ou na aplicação do direito*; (ii) *igualdade material ou na criação do direito* e (iii) *igualdade social ou através da lei*.
6. A caracterização do conteúdo normativo da igualdade não se confunde com a compreensão da sua evolução histórica. A única interpretação possível do enunciado geral da igualdade é aquela que dele extrai o seguinte sentido de dever ser: *em todas as situações de qualquer género, e quando haja termos comparáveis, devem estabelecer-se efeitos idênticos para situações iguais e diferenciados para situações desiguais*.
7. A expressão enunciativa constante do artigo 13.º, n.º 1, da Constituição – *todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei* – confere à norma geral de igualdade a qualidade de norma geral do conjunto normativo, com um significado extensivo à organização normativa do ordenamento. A norma geral de igualdade possui, pois, um domínio normativo particularmente alargado, que denuncia a sua natureza de *norma princípio*, já que a sua previsão remete para a sua aplicação *em todas as situações de qualquer género*.
8. Da determinação de que se deve estabelecer efeitos iguais para todos os sujeitos decorre que a norma geral de igualdade faz depender o seu conteúdo do significado do conceito de igualdade. Estabelecer efeitos iguais na realização do direito é atribuir consequências aos resultados de um juízo de igualdade.
9. Decompondo a estrutura da norma de igualdade, a mesma pode ser enunciada do seguinte modo: *em todas as situações de qualquer género, e quando haja termos comparáveis* (previsão), *devem* (operador deôntico) *estabelecer-se efeitos idênticos para situações iguais e diferenciados para situações desiguais* (estatuição).

10. Em síntese, do enunciado *todos são iguais perante a lei* extrai-se uma igualdade normativa, que se resume à seguinte prescrição: *o que é igual deve ser tratado de forma igual e o que é desigual deve ser tratado de forma desigual*. Assim sendo, o conteúdo normativo da igualdade resume-se à fórmula aristotélica.
11. A única diferença entre o conceito de igualdade e o princípio da igualdade reside no sentido prescritivo que é acrescentado pelo último ao primeiro. Desta asserção decorre uma outra: os problemas de indeterminabilidade suscitados pelo conceito de igualdade expandem-se para o seu contexto normativo. O sentido deôntico da fórmula aristotélica não se abstrai de um juízo de igualdade; pelo contrário, depende dele.
12. A questão fundamental da igualdade mantém-se em contexto normativo: a seleção do critério de comparação. Não obstante, o contexto normativo não oferece mais dificuldades à seleção do critério de comparação, na medida em que a seleção é orientada exatamente pela mesma lógica: a dos efeitos da comparação. Com efeito, deve proceder-se à descoberta do princípio formal ou material que fundamenta a norma. Os princípios são, também, metanormas explicativas, que servem de argumentos normativos que dão causa a regras, surgindo como *razões para adotar outras razões para agir*. Esta descoberta remete para o elemento teleológico da interpretação jurídica, que impõe ao intérprete a descoberta da *ratio legis*.
13. A razão pela qual a norma de igualdade consagrada no artigo 13.º, n.º 1, da Constituição, assume a modalidade de norma geral, resume-se a dois fatores: (i) à sua imposição em *qualquer* atuação, sem descrição de âmbitos específicos, nos termos explicados e (ii) à sua relação com outras normas que, perante ela, se apresentam como *normas especiais*, na medida em que só há normas gerais quando há normas especiais e vice-versa.
14. A relação de especialidade estabelecida não é, no entanto, uma *especialidade constitutiva*, mas meramente *declarativa* ou *enfraquecida*: não existe um conflito de normas, já que elas não estabelecem efeitos incompatíveis – pelo contrário, a estatuição é idêntica –, mas, tão-somente, uma sobreposição de

previsões, que gera uma *consumpção* da previsão da norma geral pela previsão da norma especial e tem como consequência a desaplicação da norma geral.

15. Os casos de igualdade correspondem a uma espécie do género *casos jurídicos*, sendo que a especialidade que se denota advém do facto de o problema jurídico convocado pelas propriedades do caso se reconduzir a um problema de igualdade.
16. Qualquer caso de igualdade parte de um juízo comparativo relativo a um qualquer tratamento normativo recebido por duas ou mais situações, surgindo, depois, a alegação de que o tratamento normativo deveria ser (i) desigual ao invés de igual ou (ii) igual ao invés de desigual, sendo que se essa alegação não surgir é porque o caso não chegou, na realidade, a ser um caso de igualdade, já que não convocou um problema de igualdade.
17. Os pressupostos dos casos de igualdade resumem-se (i) à correta seleção dos termos de comparação; (ii) à correta identificação de um tratamento normativo igual ou desigual entre o par comparativo e (iii) à existência de comparabilidade entre os termos selecionados – sendo que este último pressuposto redundará sempre na correta escolha do correto critério de comparação.
18. A teoria da proibição do arbítrio constitui, até aos dias de hoje, o critério paradigmático do princípio da igualdade enquanto parâmetro de controlo da constitucionalidade. A teoria da proibição do arbítrio encontra em G. LEIBHOLZ o responsável pelo seu desenvolvimento na Europa.
19. Os pareceres e acórdãos da Comissão Constitucional são da maior importância para a compreensão da configuração jurisprudencial do princípio da igualdade: neles residem as suas origens. É durante esse período que surge a importação da teoria da proibição do arbítrio.
20. Não é possível compreender de forma plena a jurisprudência da igualdade se não se partir do pressuposto de que o critério da proibição do arbítrio incorpora diferentes graus de controlo. Essencialmente, o que se verifica é que o juiz constitucional vai alternando entre juízos de arbítrio *em sentido estrito* e juízos

comparativos – que, por sua vez, vão alternando entre juízos mais ou menos comparativos.

21. A leitura da jurisprudência da igualdade permite verificar que a esmagadora maioria dos casos que convoca o parâmetro da igualdade é resolvida pelo juiz constitucional mediante a uma conceção fraca do princípio da igualdade. O juiz constitucional abstém-se, na esmagadora maioria dos casos, de efetuar juízos comparativos – ou juízos comparativos muito desenvolvidos –, optando, em alternativa, por um controlo de natureza não comparativa, por razões de ordem jurídico-funcional.
22. Sintetizando-se numa definição a proibição do arbítrio em sentido estrito dir-se-á que se está perante *um critério de controlo judicial do princípio da igualdade que, dominado por limitações decorrentes da norma de separação de poderes, afere da existência de um fundamento racional para o tratamento normativo em apreço no caso*. Neste sentido concreto, a proibição do arbítrio surge tradicionalmente associada a um escrutínio “*de intensidade necessariamente baixa – ou até mínima*” ou de “*evidência*”.
23. Por outro lado, casos há em que o juiz constitucional decide a questão de constitucionalidade com base em juízos comparativos. É no âmbito do método comparativo que o princípio da igualdade se reencontra com o seu conteúdo normativo. No entanto, este método é, simultaneamente, aquele que acarreta um maior grau de complexidade para a decisão.
24. A igualdade proporcional constitui um outro critério de controlo judicial. A introdução de juízos de proporcionalidade não constitui uma originalidade da designada *jurisprudência da crise*. Compulsando o arquivo jurisprudencial do Tribunal Constitucional, verifica-se que, em bom rigor, a verdadeira antecâmara da igualdade proporcional encontra-se no conjunto de casos que confrontou normas da lei penal militar com normas da lei penal civil.
25. Nos termos do método formulado pelo Tribunal Constitucional, o critério da igualdade proporcional diz respeito, num primeiro momento, à existência de um

fundamento para a própria opção de diferenciar e, num segundo momento, à medida em que foi decidido concretizar tal diferenciação.

26. Aquilatar da admissibilidade da medida da diferença de determinada solução pressupõe, invariavelmente, a avaliação de uma relação de *meio-fim*, em que o meio é a medida da diferença instituída e o fim é o bem que o tratamento diferenciado visa proteger ou alcançar. A norma de igualdade nada tem a dizer sobre um juízo desta natureza, que pertence, antes, ao domínio da norma de proporcionalidade. A doutrina e a jurisprudência bastam-se com o fundamento da necessidade de intensificação do controlo jurisdicional da igualdade em determinados casos, ficando por explicar o método interpretativo através do qual se retira do enunciado normativo da igualdade um sentido de proporcionalidade.
27. A partir da descrição do parâmetro vigente, fazem-se duas asserções: (i) o parâmetro de igualdade vigente consubstancia uma criação jurisprudencial que não se identifica totalmente com o seu conteúdo normativo e (ii) essa criação jurisprudencial revela-se inconsistente.
28. Quanto à asserção em (i), rejeita-se a ideia que associa a proibição do arbítrio a um sentido normativo extraído do princípio da igualdade e a inerente distinção clássica, no âmbito dos princípios constitucionais, entre *norma de ação* e *norma de controlo*. Os sentidos deônticos que se extraem dos enunciados normativos não são condicionados à posição jurídico-funcional dos intérpretes, mas apenas às regras da interpretação jurídica.
29. Relativamente à asserção em (ii), o principal argumento que demonstra a inconsistência reside na constatação da variabilidade do critério de controlo utilizado pelo juiz constitucional. Denota-se uma alternância entre juízos de “*evidência*” – ou de proibição do arbítrio em sentido estrito –, juízos comparativos, e juízos de igualdade proporcional, sem que seja avançada qualquer explicação para tal, constatando-se, também, uma impossibilidade factual de proceder a uma identificação das categorias de casos em que a jurisprudência recorre aos diferentes critérios de análise – juízo de evidência, método comparativo e igualdade proporcional.

- 30.** É a categorização dos casos que surgem no tráfego que permite desenvolver a aplicação dos parâmetros e ultrapassar – ou, pelo menos, atenuar – a inconsistência denotada. A doutrina – e a jurisprudência, a espaços –, têm vindo a conceptualizar a aplicação do parâmetro da igualdade de um modo gradativo. No entanto, os critérios dessa conceptualização, remetem, invariavelmente, para critérios substantivos, mormente para a circunstância de o caso envolver um direito fundamental ou uma categoria suspeita, o que deixa inúmeros casos de fora. Sem prejuízo dessa conceptualização, pensa-se que um ponto de partida que não tem sido explorado neste âmbito diz respeito às propriedades normativas dos casos concretos poderem configurar *prima facie* o parâmetro de controlo.
- 31.** A primeira categorização que cabe fazer parte da constatação de que a identificação de um tratamento normativo igual ou desigual tanto pode decorrer de uma só norma como de duas normas contrapostas. Existem, pois, duas grandes categorias de casos na jurisprudência constitucional da igualdade, que se designam por (a) casos *uninormativos* e (b) casos *plurinormativos*.
- 32.** Estas categorias gerais indiciam a proposição que se pretende avançar, no sentido de considerar que os casos *plurinormativos* remeterão, *prima facie*, para uma interferência maior da norma de separação de poderes no caso, em derrogação da norma de igualdade, na medida em que se não se deteta, nestes casos, uma situação de indeterminação normativa.
- 33.** Dentro da categoria dos casos *uninormativos*, considera-se que surgem duas subcategorias de casos: (a) os casos *sub-inclusivos* e (b) os casos *sobre-inclusivos*.
- 34.** Diz-se que uma norma é *sub-inclusiva* quando (i) determinados casos jurídicos não se subsumem nas condições da previsão de uma norma, (ii) a qual regula casos semelhantes ao caso a decidir e (iii) aqueles casos jurídicos, pese embora não subsumíveis na previsão, suscitam a justificação subjacente a essa mesma norma.

- 35.** Numa definição, que consubstanciará, logicamente, o reverso da definição de sub-inclusividade, diz-se que uma norma é sobre-inclusiva quando (i) determinados casos jurídicos se subsumem nas condições da previsão de uma norma, (ii) a qual regula casos semelhantes ao caso a decidir e (iii) aqueles casos jurídicos, pese embora subsumíveis na previsão, não suscitam a justificação subjacente a essa mesma norma.
- 36.** Feita esta subcategorização, verificar-se-á que a proposição que se indicou no ponto anterior deve ser objeto de precisão. Se os casos uninormativos são, *prima facie*, mais aptos a fazer operar o parâmetro da igualdade no seu critério de controlo mais próximo do seu conteúdo normativo, há que distinguir consoante se esteja perante casos sub- ou sobre-inclusivos. Com efeito, é no âmbito dos casos subsumíveis na primeira subcategoria que se denota uma maior propensão à não interferência da norma de separação de poderes, ante a propriedade de indeterminação normativa do caso concreto.
- 37.** Dentro da categoria dos casos plurinormativos é possível identificar duas subcategorias de casos: (a) aqueles em que existe uma relação de especialidade ou excecionalidade entre normas e (b) aqueles em que uma tal relação não existe.
- 38.** Por fim, no âmbito destas subcategorias, que, *prima facie*, implicam uma maior interferência da normas de separação de poderes no caso, em detrimento da norma de igualdade, a proposição que se defenderá é também previsível: a de que essa interferência será maior nos casos em que se denote uma relação de especialidade ou excecionalidade entre as normas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALARCÃO, RUI

- *Introdução ao Estudo de Direito*, Coimbra, 1972

ALBUQUERQUE, MARTIM DE

- *Da Igualdade. Introdução à jurisprudência*, Coimbra, 1993

ALCHOURRÓN, CARLOS/BULYGIN, EUGENIO

- *Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales*, Buenos Aires, 2006 (reimpr.)

ALEXANDRINO, JOSÉ MELO

- *A Estruturação do Sistema de Direitos, Liberdades e Garantias na Constituição Portuguesa*, Vol. II – *A Construção Dogmática*, Coimbra, 2006

- *Direitos Fundamentais: Introdução Geral*, 2.^a ed., Estoril, 2011

- “Jurisprudência da Crise: das Questões Prévias às Perplexidades”, in G. ALMEIDA RIBEIRO/L. PEREIRA COUTINHO (org.), *O Tribunal Constitucional e a Crise*, Coimbra, Almedina, 2014

- *Lições de Direito Constitucional*, Vol. II, Lisboa, 2015

ALEXY, ROBERT

- *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt, 2006 (tradução para português “*Teoria dos Direitos Fundamentais*”, de Virgílio Afonso da Silva, 2.^a ed., São Paulo, 2015

- “Interpretação Teleológica e Vinculação à Lei”, in *RFDUL*, Vol. 51, n.º 1 e 2, 2010

AMARAL, MARIA LÚCIA

- “O Princípio da Igualdade na Constituição Portuguesa”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Armando Marques Guedes*, Lisboa, 2004

ANDRADE, JOSÉ CARLOS VIERA DE

- “Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 486/03, de 21 de outubro de 2003 (processo n.º 182/2000)”, in *D&D*, A.1, n.º 3, Maio-Agosto, 2004

- *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 6.ª ed., Coimbra, 2019

ANTUNES, MIGUEL LOBO

“A Fiscalização da Constitucionalidade das Leis no Primeiro Período Constitucional: a Comissão Constitucional”, in *AS*, n.º 81-82, 1984

ARAÚJO, ANTÓNIO

- “A Construção da Justiça Constitucional Portuguesa: o Nascimento do Tribunal Constitucional”, in *AS*, n.º 134, 1995

BAPTISTA, EDUARDO CORREIA

- “Natureza Jurídica dos Memorandos com o FMI e com a União Europeia”, in *ROA*, 71, n.º 2, 2011

BELEZA, TERESA PIZARRO

- “Sem Sobra de Pecado. O Repensar dos Crimes Sexuais na Revisão do Código Penal”, in *Jornadas de Direito Criminal. Revisão do Código Penal*, I, Lisboa, 1996

- “A Revisão da Parte Especial da Reforma do Código Penal: Legitimação, Reequilíbrio, Privatização, Individualismo”, in M. FERNANDA PALMA/T. PIZARRO Beleza (org.), *Jornadas sobre a Revisão do Código Penal*, Lisboa, 1998

ANDRADE, MANUEL DE

- “Sentido e Valor da Jurisprudência”, in *BFDUC*, Vol. XLVIII, 1972

ARISTÓTELES

- *Política*, tradução portuguesa de António Campelo e Carlos Carvalho de Gomes, Lisboa, 1998

BEDAU, HUGO

- “Egalitarianism and the Idea of Equality”, in J. ROLAND PENNOCK e J. CHAPMAN (coord.), *Equality*, New York, 1967

BENN, STANLEY

- “Egalitarianism and the Equal Consideration of Interests”, in R. PENNOCK e J. CHAPMAN (coord.), *Equality*, New York, 1967

BERLIN, ISAIAH

- “Equality as an Ideal”, in F. OLAFSON (coord.), *Justice and Social Policy*, New Jersey, 1961

BRANCO, RICARDO

- “«Ou Sofrem Todos, ou Há Moralidade»: Breves Notas sobre a Fundamentação do Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 353/2012 de 5 de julho”, in *Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Teles*, Vol. I, 2012

BRITO, MIGUEL NOGUEIRA DE

- “Comentário ao Acórdão n.º 353/2012 do Tribunal Constitucional”, in *D&P*, n.º 1, Outubro-Dezembro, 2012

- “Medida e Intensidade do Controlo da Igualdade na Jurisprudência da Crise do Tribunal Constitucional”, in G. ALMEIDA RIBEIRO/L. PEREIRA COUTINHO (org.), *O Tribunal e a Crise – Ensaios Críticos*, Coimbra, 2014

BRITO, MIGUEL NOGUEIRA DE/COUTINHO, LUÍS PEREIRA

- “A «Igualdade Proporcional», Novo Modelo no Controlo do Princípio da Igualdade? Comentário ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 187/2013”, in *D&P*, n.º 4, Julho-Outubro, 2013

BROWNE, DEREK

“Nonegalitarian Justice”, in *AJP*, Vol.56, n.º 1, 1978

BURTON, STEVEN

“Comment on «Empty Ideas”: Logical Positivist Analyses of Equality and Rules”, in *Yale L. J.*, Vol.91, 1982

CANAS, VITALINO

- “Constituição *Prima Facie*: Igualdade, Proporcionalidade, Confiança (Aplicados ao «Corte das Pensões)”, in *e-Pública*, Vol. I, n.º 1, Janeiro, 2014

- *O Princípio da Proibição do Excesso na Conformação e no Controlo de Atos Legislativos*, Coimbra, 2017

CANOTILHO, JOSÉ JOAQUIM GOMES

- “A Concretização da Constituição pelo Legislador e pelo Tribunal Constitucional”, in J. MIRANDA (org.), in *Nos Dez Anos da Constituição*, Lisboa, 1986

- *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.^a ed., Coimbra, 2003 (reimpr.)

CANOTILHO, MARIANA/VIOLANTE, TERESA/LANCEIRO, RUI

- “Austerity Measures under Judicial Scrutiny: the Portuguese Constitutional Case Law”, in *ECLR*, Vol. 11, 2015

CAUTHEN, KENNETH

- *The Passion for Equality*, Totowa, 1987

CHEMERINSKY, ERWIN

“In Defense of Equality: a Reply to Professor WESTEN”, in *Mich. L. Rev.*, Vol.81, n.º 3, 1983

CISOTTA, ROBERTO/GALLO, DANIELE

- “Il Tribunale Costituzionale Portoghese, i Risvoti Sociali delle Misure di Austerità ed il Rispetto dei Voncoli Internazionali ed Europei”, in *DUDI*, Vol. 7, n.º 2, 2013

CLARO, JOÃO MARTINS

- “O Princípio da Igualdade”, in J. MIRANDA (org.), *Nos Dez Anos da Constituição*, Lisboa, 1987

COOPER, DAVID

- *The Illusions of Equality*, London, 1980

CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES

- *Da Boa Fé no Direito Civil*, Coimbra, 1984

CORREIA, FERNANDO ALVES

- *O Plano Urbanístico e o Princípio da Igualdade*, Coimbra, 1989

CORREIA, JOSÉ MANUEL SÉRVULO

- “Representação dos Juízes Administrativos de Círculo no Conselho Superior dos Tribunais Administrativos e Fiscais. Princípio da Igualdade. Independência e Inamovibilidade dos Juízes”, in *OD*, ano 122, II, 1990

COUTINHO, FRANCISCO PEREIRA

- “A Natureza Jurídica dos Memorandos da Troika”, in *Themis*, 13, n.º 24/25, 2013

COUTINHO, LUÍS PEREIRA

- “Os Direitos Sociais e a Crise: Breve Reflexão”, in *D&P*, n.º 1, Outubro-Dezembro, 2012

- “Formular e Prescrever: a Constituição do Tribunal Constitucional”, in G. ALMEIDA RIBEIRO/L. PEREIRA COUTINHO (org.), *O Tribunal Constitucional e a Crise*, Coimbra, Almedina, 2014

CROON-GESTEFELD, JOHANNA

- *Reconceptualising European Equality Law – a Comparative Institutional Analysis*, Oxford and Portland, Oregon, 2017

CUNHA, PAULO FERREIRA DA

- “A Igualdade e as suas Irmãs Valorativas”, in *SJ*, Tomo LXII, n.º 334, 2014

DICEY, ALBERT VENN

- *Lectures on the Relations between Law and Public Opinion in England during the Nineteenth Century*, Londres, 1914

DRAY, GUILHERME

- *O Princípio da Igualdade no Direito do Trabalho: Sua Aplicabilidade no Domínio Específico da Formação de Contratos Individuais de Trabalho*, Coimbra, 1999

DUARTE, BERNARDINO

- *A Vinculação das Entidades Privadas ao Princípio da Igualdade*, Braga, 2020

DUARTE, DAVID

- *Procedimentalização, Participação e Fundamentação: para uma Concretização do Princípio da Imparcialidade Administrativa como Parâmetro Decisório*, Coimbra, 1996

- “Os Argumentos da Interdefinibilidade dos Modos Deônticos em Alf Ross: a Crítica, a Inexistência de Permissões Fracas e a Completude do Ordenamento em Matéria de Normas Primárias”, in *RFDUL*, Vol.43, n.º 1, 2002

- *A Norma de Legalidade Procedimental Administrativa: a Teoria da Norma e a Criação de Normas de Decisão na Discricionariedade Instrutória*, Coimbra, 2006

- “On the A Contrario Argument: Much Ado About Nothing”, in *RFDUL*, Vol. 54, n.ºs 1-2, 2013

DUARTE, JORGE DIAS

- “Homossexualidade com Menores: artigo 175.º do Código Penal”, in *RMP*, Ano 20, n.º 78, 1999

EVANS, BETTE

- “Equality, Ambiguity and Public Choice”, in *Creighton L. Rev.*, Vol.14, n.º 4, 1981

FEINBERG, JOEL

- “Noncomparative Justice”, in *Phil. Rev.*, Vol.83, n.º 3, 1974

FERNANDES, ANTÓNIO MONTEIRO

- “L’austerità e L’uguglianza Proporzionale”. Una Sentenza della Corte Costituzionale Portoghese”, in *LeD*, ano XXVII, n.º 3, 2013

FREUND, PAUL

- “The Philosophy of Equality”, in *Washington U. L. Q.*, n.º 1, 1981

FULLINWIDER, ROBERT

- *The Reverse Discrimination Controversy*, New Jersey, 1980

GARCIA, MARIA DA GLÓRIA

- “Princípio da Igualdade: Fórmula Vazia ou Fórmula «Carregada» de Sentido?”, in *Estudos sobre o Princípio da Igualdade*, Coimbra, 2005

- “Princípio da Igualdade: da Uniformidade à Diferenciação ou a Interminável História de Caim e Abel, Dois Irmãos Marcados pela Diferença”, in *Estudos sobre o Princípio da Igualdade*, Coimbra, 2005

GILLESPIE, NORMAN

- “On Treating Like Cases Differently”, in *Phil. Q.*, Vol. 25, n.º 99, 1975

GREENAWALT, KENT

“How Empty Is the Idea of Equality”, in *Colum. L. Rev.*, Vol.83, n.º 5, 1983

HARE, RICHARD MERVYN

- “Liberty and Equality: How Politics Masquerades as Philosophy”, in *Social Philosophy and Policy*, Vol.2, n.º 1, 1984

HARRIS, ROBERT

- *The Quest for Equality: the Constitution, Congress and the Supreme Court*, Baton Rouge, 1960

HART, HERBERT LIONEL ADOLPHUS

- *The Concept of Law*, 2.^a ed., Oxford, 1994

HOLMES, OLIVER WENDELL

- “The Path of the Law”, in *Harv. L. Rev.*, Vol. X, n.º 8, 1897

- “*The Common Law*”, in S. NOVICK (ed.), *The Collected Works of Justice Holmes: Complete Public Writings and Selected Judicial Opinions of Oliver Wendell Holmes*, Chicago, 1995

JOUANJAN, OLIVIER

- “Réflexions sur l'égalité devant la loi”, in *DRFTJ*, n.º 16, 1992

KARST, KENNETH

- “Equality and Community: Lessons from the Civil Rights Era”, in *Notre Dame L. Rev.*, Vol.56, n.º 2, 1980
- “Why Equality Matters”, in *Ga. L. Rev.*, Vol.17, n.º 2, 1983

KELSEN, HANS

- *Reine Rechtslehre*, Wien: Deuticke, 1960 (tradução portuguesa “*Teoria Pura do Direito*”, de João Baptista Machado, 7.ª ed., Coimbra, 2019)

KRISTOL, IRVING

- “Equality as an Ideal”, in *International Encyclopedia of the Social Sciences*, Vol. 5, Nova Iorque, 1968

KURLAND, PHILLIP

- *Politics, the Constitution and the Warren Court*, Chicago, 1970
- “Ruminations on the Quality of Equality”, in *BYU L. Rev.*, Vol.1979, n.º 1

LACERDA, DUARTE/TEIXEIRA, GUILHERME

- “Do Princípio da Igualdade Proporcional: Autonomia, Sentido e Alcance na Recente Jurisprudência do Tribunal Constitucional”, in *RJAADF*, n.º 30, 2016

LAKOFF, SANFORD

- *Equality in Political Philosophy*, Cambridge, 1964

LARENZ, KARL

- *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6.ª ed., Berlin, 1991 (tradução portuguesa “*Metodologia da Ciência do Direito*”, de José Lamago, 4.ª ed., Lisboa, 2005)

LEITÃO, LUÍS MENEZES

- “Anotação ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 187/2013”, in *ROA*, ano 73, Vol. IV, 2013

LEYDEN, WOLFGANG VON

- *Aristotle on Equality and Justice: His Political Argument*, Basingstoke, 1985

LINHARES, JOSÉ AROSO

- “Na «Coroa de Fumo» da Teoria dos Princípios: Poderá um Tratamento dos Princípios como Normas Servir-nos de Guia?”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, Vol.III, 2012

LLORENTE, FRANCISCO RUBIO

- “La Igualdad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Introducción”, in *REDC*, n.º 31, Enero-Abril, 1991

LOCKE, DON

- “The Trivializability of Universalizability”, in *Phil. Rev.*, Vol.77, n.º 1, 1968

LOPES, JOSÉ MOURAZ

- *Os Crimes contra a Liberdade e Autodeterminação Sexual no Código Penal*, Coimbra, 2008

LOPES, PEDRO MONIZ

- *Princípio da Boa Fé e Decisão Administrativa – Estrutura e Operatividade na Discricionariedade Conferida por Normas Habilitantes*, Coimbra, 2011

- *Derrotabilidade Normativa e Normas Administrativas – O Enquadramento das Normas Regulamentares na Teoria dos Conflitos Normativos*, Parte I, Lisboa, 2019

MACHADO, JOÃO BAPTISTA

- *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, 21.ª ed., Coimbra, 2013 (reimpr.)

MACHETE, PEDRO

- “O Controlo do Princípio da Igualdade segundo a Fórmula da «Igualdade Proporcional»”, in *Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Rui Moura Ramos*, Coimbra, 2016

MANCEBO, LUIS VILLACORTA

- “Principio de Igualdad y Legislador: Arbitrariedad y Proporcionalidad como Límites (Probablemente Insuficientes)”, in *REP*, n.º 130, Octubre-Diciembre, 2005

MARTINS, ANA MARIA GUERRA

- *A Igualdade e a Não Discriminação dos Nacionais de Estados Terceiros Legalmente Residentes na União Europeia: da Origem na Integração Económica ao Fundamento na Dignidade do Ser Humano*, Coimbra, 2010

- “Constitutional Judge, Social Rights and Public Debt Crisis: the Portuguese Constitutional Case Law”, in *MJ*, 22, 2015

MARTINS, ANTÓNIO

- *A Jurisprudência Constitucional sobre as Leis do Orçamento do Estado e (in)constitucionalidade do OE2014*, Coimbra, 2014

MATOS, ANDRÉ SALGADO DE

- *A Fiscalização Administrativa da Constitucionalidade. Contributo para o Estudo das Relações entre Constituição, Lei e Administração Pública no Estado Social de Direito*, Coimbra, 2004

MCCLOSKEY, HENRY

- “Egalitarianism, Equality and Justice”, in *AJP*, Vol.44, n.º 1, 1966

MCCRUDDEN, CHRISTOPHER/PRECHAL, SACHA

- “The concepts of Equality and Non-Discrimination in Europe: a Practical Approach”, in *European Network of Legal Experts in the Field of Gender Equality*, I, 2009

MEDEIROS, RUI

- *A Decisão de Inconstitucionalidade: os Autores, o Conteúdo e os Efeitos da Decisão de Inconstitucionalidade da Lei*, Lisboa, 1999

MENDES, ARMINDO RIBEIRO

- “O Conselho da Revolução e a Comissão Constitucional na Fiscalização da Constitucionalidade das Leis (1976-1983)”, in M. BAPTISTA COELHO (coord.), *Portugal – O Sistema Político e Constitucional 1974-1987*, Lisboa, 1989.

MENNE, ALBERT

- “Identity, Equality, Similarity: A Logico-Philosophical Analysis”, in *Ratio*, Vol. 4, n.º 1, 1961

MIRANDA, JORGE

- “Contributo para uma Teoria da Inconstitucionalidade”, in *RFDUL*, Suplemento Dissertações de alunos, VII, 1968
- *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, 5.^a ed., Coimbra, 2012
- *As Constituições Portuguesas*, 6.^a ed., Cascais, 2013
- *Direitos Fundamentais*, Coimbra, 2016
- *Fiscalização da Constitucionalidade*, Coimbra, 2017
- *Recordando a Comissão Constitucional*, Lisboa, 2019

MIRANDA, JORGE/MEDEIROS, RUI

- *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 2.^a ed., Coimbra, 2010

MORAIS, CARLOS BLANCO DE

- *Justiça Constitucional*, Tomo II – *O Direito do Contencioso Constitucional*, 2.^a ed., Coimbra, 2011
- “As Mutações Constitucionais Implícitas e os Seus Limites: Autópsia de um Acórdão Controverso”, in *Jurismat*, n.º 3, 2013
- *Curso de Direito Constitucional – Teoria da Constituição*, Tomo II, Coimbra, 2018

NABAIS, JOSÉ CASALTA

- “Os Direitos Fundamentais na Jurisprudência do Tribunal Constitucional”, in *BFDUC*, Vol. 65, 1989

NEVES, ANTÓNIO CASTANHEIRA

- *Metodologia Jurídica – Problemas Fundamentais*, Coimbra, 1993
- *Lições de Introdução ao Estudo do Direito, Ano Letivo de 1971-1972*, Coimbra, 1972
- *O Instituto dos “Assentos” e a Função Jurídica dos Supremos Tribunais*, Coimbra, 2014 (reimpr.)

NOVAIS, JORGE REIS

- *As Restrições aos Direitos Fundamentais Não Expressamente Autorizadas pela Constituição*, Coimbra, 2003
- “O Direito Fundamental à Pensão de Reforma em Situação de Emergência Financeira”, in *e-Pública*, Vol.I, n.º 1 (Janeiro 2014)
- *Em Defesa do Tribunal Constitucional – Resposta aos Críticos*, Coimbra, 2014
- *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional*, Lisboa, 2017
- *Princípios Estruturantes de Estado de Direito*, Coimbra, 2021

OTERO, PAULO

- “Sumários de um Curso de Direitos Fundamentais”, in *RFDUL*, Vol.41, n.º 1, 2000
- *Instituições Políticas e Constitucionais*, Vol. I, Coimbra, 2007 (reimpr.)
- Parecer”, in *RDES*, Ano LII (XXV da 2.ª Série), n.ºs 1-2, Janeiro-Junho, 2011
- “A crise: um novo Direito Administrativo?” in *A Crise e o Direito*, Coimbra, 2013
- *Direito do Procedimento Administrativo*, Vol. I, Coimbra, 2016
- *Direito Constitucional Português*, Vol. I – Identidade Constitucional, Coimbra, 2017 (reimpr.)

PARTSCH, KARL JOSEPH.

- “Les Principes de Base de Droits de l’Homme: Autodetermination, égalité et la non-discrimination”, in *Les Dimensions Internationales de l’Homme*, Paris, 1970

PASCUAL, MARIBEL GONZÁLEZ

- “Constitutional Courts before Euro-Crisis Law in Portugal and Spain: a Comparative Prospect”, in *e-Pública*, Vol.4, n.º 1, Maio, 2017

PEREIRA, RAVI AFONSO

- “Igualdade e Proporcionalidade: um Comentário às Decisões do Tribunal Constitucional de Portugal Sobre Cortes Salariais no Sector Público”, in *REDC*, n.º 98, 2013

PEREIRA, RUI

- “Liberdade Sexual: a sua Tutela da Reforma do Código Penal”, in *Sub Judice: Justiça e Sociedade*, n.º 11, Jan-Jun, 1996

PINTO, PAULO MOTA

- “A Proteção da Confiança na Jurisprudência da Crise”, in G. ALMEIDA RIBEIRO/L. PEREIRA COUTINHO (org.), *O Tribunal Constitucional e a Crise*, Coimbra, Almedina, 2014

POLYVIU, POLYVIOS

- *The Equal Protection of the Laws*, London, 1980

RAPOSO, VERA LÚCIA

- “Os Limites da Igualdade: um Enigma por Desvendar (a Questão da Promoção da Igualdade Laboral entre os Sexos)”, in *QL*, Ano 11, n.º 23, 2004

- *O Poder de Eva: o Princípio da Igualdade no âmbito dos Direitos Políticos: Problemas Suscitados Pela Discriminação Positiva*, Coimbra, 2004

RIBEIRO, GONÇALO DE ALMEIDA

- “O Constitucionalismo dos Princípios”, in G. ALMEIDA RIBEIRO/L. PEREIRA COUTINHO (org.), *O Tribunal Constitucional e a Crise*, Coimbra, 2014

RIBEIRO, JOÃO MARTINS

- *O Direito do Homem a Rejeitar a Paternidade de Filho Nascido Contra a Sua Vontade – A Igualdade na Decisão de Procriar*, Coimbra, 2013

ROBINSON, RICHARD

- *Definition*, Oxford, 1954

ROCHA, JOAQUIM FREITAS DA

Constituição, Ordenamento e Conflitos Normativos – Esboço de uma Teoria Analítica da Ordenação Normativa, Coimbra, 2008

SADURSKI, WOJCIECH

- *Equality and Legitimacy*, Oxford, 2008

SANTOS, ANTÓNIO CARLOS DOS

- “O acórdão n.º 353/2012 do Tribunal Constitucional – a Prevalência da Razão Jurídica sobre a Razão Económica” in *RFPDF*, n.º 2, V, 2012

SCHAUER, FREDERICK

- “Equality and Identity”, in *N. Y. L. Sch. Rev.*, 33, 1988

- *Playing by the Rules: a Philosophical Examination of Rule-based Decision-making in Law and in Life*, Oxford, 1991

SCHIEK, DAGMAR/CHEGE, VICTORIA

- *European Union Non-Discrimination Law: Comparative Perspectives on Multidimensional Equality Law*, London, 2009

SERRÃO, TIAGO

- “Dignidade e Igualdade no Contexto da Atribuição (Pública) de Prémios Olímpicos e Paraolímpicos – Anotação ao acórdão n.º 486/03, do Tribunal Constitucional”, in J. REIS NOVAIS/T. FIDALGO DE FREITAS (coord.), *A Dignidade da Pessoa Humana na Justiça Constitucional*, Coimbra, 2018

SILVA, JOANA AGUIAR E

- “Igualdade ou Equilíbrio Hermenêutico da Diferença”, in *SJ*, Tomo LXII, n.º 333

SILVA, JORGE PEREIRA DA

- *Dever de Legislar e Proteção Jurisdicional contra Omissões Legislativas*, Lisboa, 2003

- *Direitos Fundamentais – Teoria Geral*, Lisboa, 2018

SMITH, NICHOLAS

- “Why do we Speak of Equality?”, in *Otago L. Rev.*, 11, 2005

SOUSA, ANTÓNIO FRANCISCO DE

- “O Princípio da Igualdade no Estado de Direito”, in *Polis*, n.ºs 13/16, 2007

SOUSA, MIGUEL TEIXEIRA DE

- *Introdução ao Direito*, Coimbra, 2019 (reimpr.)

TAWNEY, RICHARD HENRY

- *Equality*, Londres, 1964

TEMKIN, LARRY

- “Inequality”, in *Phil. & Pub. Aff.*, Vol.15, n.º 2, 1986

TORNADA, JOÃO

- *A Modificação da Lei Inconstitucional – Estudo sobre as Decisões de Inconstitucionalidade Parcial*, Coimbra, 2021

TUSSMAN, JOSEPH/TENBROEK, JACOBUS

- “The Equal Protection of the Laws”, in *Cal. L. Rev.*, Vol. 37, n.º 3, 1949

VELOSO, JOSÉ ANTÓNIO

- “Concurso e Conflito de Normas”, in *DeJ*, XVII, 2003

VENTURA, ANDRÉ

- “Comissão Constitucional: História, Memória e Actividade Jurídica”, in APDC, n.º 1, 2008

VILLALLÓN, PEDRO CRUZ

- *La Formación del Sistema Europeo de Control de Constitucionalidad (1918-1939)*, Madrid, 1987

WESTEN, PETER

- “The Empty Idea of Equality”, in *Harv. L. Rev.*, Vol. 95, n.º 3, 1982

- “On «Confusing Ideas»: Reply”, in *Yale L. J.*, Vol. 91, n.º 6, 1982

- “The Meaning of Equality in Law, Science, Math and Morals: a Reply”, in *Mich. L. Rev.*, Vol.81, n.º 3, 1983

- “To Lure the Tarantula from its Hole: a Response”, in *Colum. L. Rev.*, Vol.83, n.º 5, 1983

- *Speaking of Equality: an Analysis of the Rhetorical Force of Equality in Moral and Legal Discourse*, Princeton, 1990

WIEGANDT, MANFRED

- “Antiliberal Foundations, Democratic Convictions: the Methodological and Political Position of Gerhard Leibholz in the Weimar Republic”, in P. C. CALDWELL/W. E. SCHEURMAN (org.), *From Liberal Democracy to Fascism: Legal and Political Thought in the Weimar Republic*, Boston, 2000

WILKINSON, JAMES

- “The Supreme Court, The Equal Protection Clause, and the Three Faces of Constitutional Equality”, in *Va. L. Rev.*, Vol. 61, n.º 5, 1975

YARZA, FERNANDO SIMÓN

- “De la Igualdad como Límite a la Igualdad como Tarea del Estado. Evolución Histórica de un Principio”, in *REDC*, n.º 97, Enero-Abril, 2013

REFERÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS

Pareceres e acórdãos da Comissão Constitucional

- Parecer n.º 1/76, de 14 de dezembro, in *Pareceres da Comissão Constitucional*, Vol.1, 2012

- Parecer n.º 3/78, de 19 de janeiro, in *Pareceres da Comissão Constitucional*, Vol.IV, 2012

- Parecer 14/78, de 4 de maio de 1978, in *Pareceres da Comissão Constitucional*, Vol.V, 2012

- Parecer n.º 28/79, de 19 de setembro, in *Pareceres da Comissão Constitucional*, Vol.IX, 2012
- Acórdão n.º 95/78, de 6.04.1978, in *Acórdãos da Comissão Constitucional*, Vol.1, 2016
- Parecer n.º 2/81, de 13.11.1981, in *Pareceres da Comissão Constitucional*, Vol.14, 2012
- Parecer n.º 6/81, de 24 de março, in *Pareceres da Comissão Constitucional*, Vol. XIV, 2012
- Parecer n.º 10/81, de 7 de maio, in *Pareceres da Comissão Constitucional*, Vol. XV, 2012
- Parecer n.º 28/81, de 6 de outubro, in *Pareceres da Comissão Constitucional*, Vol.17, 2012
- Parecer n.º 33/81, de 17 de novembro, in *Pareceres da Comissão Constitucional*, Vol. 17, 2012
- Parecer n.º 5/82, de 25 de janeiro, in *Pareceres da Comissão Constitucional*, Vol. 18, 2012

Acórdãos do Tribunal Constitucional

- Acórdão n.º 142/85, de 30.07.1985, processo n.º 75/83
- Acórdão n.º 80/86, de 11.03.1986, processo n.º 148/84
- Acórdão n.º 12/88, de 12.01.1988, processo n.º 178/85
- Acórdão n.º 39/88, de 09.02.1988, processo n.º 136/85
- Acórdão n.º 99/88, de 28.04.1988, processo n.º 101/85
- Acórdão n.º 157/88, de 07.07.1988, processo n.º 53/85
- Acórdão n.º 187/90, de 06.06.1990, processo n.º 251/88
- Acórdão n.º 349/91, de 03.07.1991, processo n.º 297/89
- Acórdão n.º 152/93, de 03.02.1993, processo n.º 432/91
- Acórdão n.º 153/93, de 03.02.1993, processo n.º 151/92

- Acórdão n.º 344/93, de 12.05.1993, processo n.º 96/92
- Acórdão n.º 411/93, de 29.06.1993, processo n.º 434/91
- Acórdão n.º 140/94, de 26.01.1994, processo n.º 332/91
- Acórdão n.º 196/94, de 01.03.1994, processo n.º 492/92
- Acórdão n.º 243/94, de 22.03.1994, processo n.º 597/92
- Acórdão n.º 370/94, de 11.05.1994, processo n.º 82/92
- Acórdão n.º 336/95, de 22.06.1995, processo n.º 643/92
- Acórdão n.º 750/95, de 12.12.1995, processo n.º 253/94
- Acórdão n.º 497/96, de 20.03.1996, processo n.º 231/95
- Acórdão n.º 611/96, de 17.04.1996, processo n.º 70/85
- Acórdão n.º 958/96, de 10.07.1996, processo n.º 109/95
- Acórdão n.º 225/97, de 12.03.1997, processo n.º 81/87
- Acórdão n.º 329/97, de 17.04.1997, processo n.º 230/96
- Acórdão n.º 444/97, de 25.06.1997, processo n.º 784/96
- Acórdão n.º 453/97, de 25.06.1997, processo n.º 300/93
- Acórdão n.º 13/98, de 13.01.1998, processo n.º 527/97
- Acórdão n.º 334/98, de 06.05.1998, processo n.º 640/97
- Acórdão n.º 108/99, de 10.02.1999, processo n.º 469/98
- Acórdão n.º 118/99, de 02.03.1999, processo n.º 655/96
- Acórdão n.º 229/99, de 28.04.1999, processo n.º 147/95
- Acórdão n.º 135/99, de 03.03.1999, processo n.º 846/93
- Acórdão n.º 287/99, de 11.05.1999, processo n.º 636/97
- Acórdão n.º 324/99, de 26.05.1999, processo n.º 407/98
- Acórdão n.º 367/99, de 16.06.1999, processo n.º 146/98

- Acórdão n.º 373/99, de 22.06.1999, processo n.º 90/97
- Acórdão n.º 392/99, de 23.06.1999, processo n.º 74/98
- Acórdão n.º 522/99, de 28.09.1999, processo n.º 7/97
- Acórdão n.º 606/99, de 09.11.1999, processo n.º 627/97
- Acórdão n.º 638/99, de 23.11.1999, processo n.º 260/99
- Acórdão n.º 241/00, de 11.04.2000, processo n.º 825/96
- Acórdão n.º 279/00, de 16.05.2000, processo n.º 343/99
- Acórdão n.º 436/00, de 17.10.2000, processo n.º 309/95
- Acórdão n.º 203/01, de 09.05.2001, processo n.º 713/00
- Acórdão n.º 286/01, de 26.06.2001, processo n.º 589/95
- Acórdão n.º 509/02, de 19.12.2002, processo n.º 768/02
- Acórdão n.º 170/03, de 28.03.2003, processo n.º 740/02
- Acórdão n.º 232/03, de 13.05.2003, processo n.º 306/03
- Acórdão n.º 367/03, de 14.07.2003, processo n.º 172/03
- Acórdão n.º 467/03, de 14.10.2003, processo n.º 125/03
- Acórdão n.º 479/03, de 15.10.2003, processo n.º 20/03
- Acórdão n.º 486/03, de 21.10.2003, processo n.º 182/2000
- Acórdão n.º 497/04, de 12.07.2004, processo n.º 154/04
- Acórdão n.º 719/04, de 21.12.2004, processo n.º 608/03
- Acórdão n.º 96/05, de 23.02.2005, processo n.º 682/02
- Acórdão n.º 247/05, de 10.05.2005, processo n.º 891/03
- Acórdão n.º 351/05, de 05.07.2005, processo n.º 372/05
- Acórdão n.º 186/06, de 08.03.2006, processo n.º 842/05
- Acórdão n.º 178/07, de 08.03.2007, processo n.º 1010/06

- Acórdão n.º 370/07, de 26.06.2007, processo n.º 1132/06
- Acórdão n.º 69/08, de 31.01.2008, processo n.º 240/07
- Acórdão n.º 199/09, de 28.04.2009, processo n.º 910/08
- Acórdão n.º 359/09, de 09.07.2009, processo n.º 779/07
- Acórdão n.º 373/09, de 23.07.2009, processo n.º 607/08
- Acórdão n.º 596/09, de 18.11.2009, processo n.º 951/08
- Acórdão n.º 597/09, de 18.11.2009, processo n.º 981/08
- Acórdão n.º 629/09, de 02.12.2009, processo n.º 585/09
- Acórdão n.º 98/10, de 03.03.2010, processo n.º 831/09
- Acórdão n.º 121/10, de 08.04.2010, processo n.º 192/10
- Acórdão n.º 375/10, de 11.10.2010, processo n.º 426/09
- Acórdão n.º 352/10, de 06.10.2010, processo n.º 1003/09
- Acórdão n.º 224/11, de 03.05.2011, processo n.º 726/10
- Acórdão n.º 359/11, de 12.07.2011, processo n.º 58/11
- Acórdão n.º 396/11, de 21.09.2011, processo n.º 72/11
- Acórdão n.º 546/11, de 16.11.2011, processo n.º 17/11
- Acórdão n.º 153/12, de 27.03.2012, processo n.º 18/11
- Acórdão n.º 353/12, de 05.07.2012, processo n.º 40/12
- Acórdão n.º 540/12, de 15.11.2012, processo n.º 18/11
- Acórdão n.º 594/12, de 06.12.2012, processo n.º 482/12
- Acórdão n.º 187/13, de 05.04.2013, processo n.º 2/13
- Acórdão n.º 622/13, de 26.09.2013, processo n.º 143/13
- Acórdão n.º 366/14, de 06.05.2014, processo n.º 1176/13
- Acórdão n.º 413/14, de 30.05.2014, processo n.º 14/14

- Acórdão n.º 141/15, de 25.02.2015, processo n.º 136/14
- Acórdão n.º 227/15, de 28.04.2015, processo n.º 269/14
- Acórdão n.º 345/15, de 23.06.2015, processo n.º 1041/14
- Acórdão n.º 346/15, de 23.06.2015, processo n.º 85/15
- Acórdão n.º 634/15, de 09.12.2015, processo n.º 190/15
- Acórdão n.º 382/17, de 12.07.2017, processo n.º 874/16
- Acórdão n.º 398/17, de 12.07.2017, processo n.º 280/17
- Acórdão n.º 532/17, de 11.09.2017, processo n.º 843/17
- Acórdão n.º 157/18, de 20.03.2018, processo n.º 76/17
- Acórdão n.º 308/18, de 07.06.2018, processo n.º 411/07
- Acórdão n.º 465/18, de 03.10.2018, processo n.º 945/17
- Acórdão n.º 486/18, de 04.10.2018, processo n.º 589/17
- Acórdão n.º 614/18, de 21.11.2018, processo n.º 543/16