

## **Perspetiva analítica do princípio da igualdade e metadireito à igualdade**

*Diana Brígida Correia, Licenciada em Direito. Advogada estagiária.*

**Resumo:** De modo a aplicar a norma geral de igualdade, há que decidir se participa no plano prévio de conflito entre direitos fundamentais, integrando a estatuição das normas que atribuem estes direitos (cuja criação parte de normas atributivas de discricionariedade) ou se é um instrumento controlador da competência das autoridades decisórias aquando da criação discricionária de atos normativos. Uma das soluções possíveis é a determinação da norma de igualdade enquanto norma que regula o exercício da competência e a partir daí estruturar a relação entre essa norma de conduta e os (meta)direitos dos particulares.

**Palavras-chave:** direitos fundamentais; teoria do direito; princípio da igualdade; norma de competência.

**Abstract:** In order to apply the general norm of equality, it is necessary to decide whether it participates in the prior plan of conflict between fundamental rights, integrating the consequent of the laws which attribute these rights (the creation of which is based on discretionary rules) or whether it is a controlling instrument of the competence of decision-making authorities when creating discretionary normative acts. One of the possible solutions is to determine the equality norm as a norm that regulates the exercise of competence and from there to structure the relationship between that norm of conduct and the (meta)rights of individuals.

**Keywords:** fundamental rights; legal theory; principle of equality; norm of competence.

**Sumário:** 1. Noções introdutórias; 2. Os direitos subjetivos públicos; 3. A norma jurídica de direitos fundamentais e os seus destinatários; 4. Direito geral de igualdade; 5. A estrutura da norma de igualdade enquanto norma que regula o exercício da competência; 6. Conclusão: o metadireito à igualdade como elemento concretizador da estrutura da norma de igualdade.

## 1. Noções introdutórias

Numa primeira abordagem, o enunciado normativo correspondente ao princípio da igualdade (previsto no n.º 1 do artigo 13.º da Constituição da República Portuguesa (“CRP”)) é representado por uma formulação com o seguinte teor: [previsão] se se verificar um caso de tratamento desigual arbitrário de condições/situações entre dois ou mais sujeitos; [operador deôntico] é obrigatório; [estatuição] compensar as situações de desigualdade e repor ou criar condições de igualdade.

Entre os operadores deônticos possíveis de integrar a norma jurídica: permissão, imposição e proibição, optamos pelo operador deôntico *obrigação* como abrangendo os dois últimos<sup>1</sup>.

É possível, também, extrair uma norma-princípio<sup>2</sup>, através do critério da genericidade do antecedente (os casos em que se possa verificar um tratamento desigual

---

<sup>1</sup> Cfr. DAVID 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 *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol. 43, n.º 1, Coimbra, 2002, pp. 260 e 261, afirmando que: “a interdefinibilidade entre proibição e imposição, assim sendo, leva à substituição de ambos os modos por um único: o de obrigação que gera idêntico operador deôntico de onde decorrem as normas de obrigação [a O b], que regulam qualquer conduta abrangidas por normas proibitivas e impositivas (...) substitui imposição e a sua negação de proibição”.

<sup>2</sup> Exemplificando as raras divergências neste ponto, cfr. LOTHAR MICHAEL, “Los derechos de igualdad como principios iusfundamentales”, in *Estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*, Jan-R. Sieckmann (ed.) Madrid: Marcial Pons, 2011, p. 148, que considera a norma de igualdade como uma norma-regra, pois se a própria lei é uma expressão da igualdade e se esta obriga a uma execução estrita das leis, a igualdade nunca poderia ser um simples mandato de otimização sujeita a um exercício de ponderação no caso concreto. Parece-nos que esta tese distingue (inadequadamente, a nosso ver) normas-regra e normas-princípio com base no seu grau de obrigatoriedade e exigência, como se a primeira obrigasse a um exercício da competência mais rígido que a segunda. Ora, não pode ser esse o caso. Tanto as normas-regra quanto as normas-princípio podem conter operadores deônticos de imposição e proibição com consequências igualmente gravosas ao se verificar o seu incumprimento.

são indetermináveis, integrando um elemento subjetivo e objetivo indistinto<sup>3</sup>) e abrangendo uma classe indiferenciada de condutas, nas quais se integram condutas mais especificadas. No nosso caso, não são mencionadas de modo determinado as condições de operatividade da norma: a obrigação de tratamento igualitário pode ocorrer no âmbito da atribuição de certa vantagem aos trabalhadores, comparando os trabalhadores do setor público e do setor privado, no âmbito da atribuição de determinada pensão ou subsídio, entre vários outros casos<sup>4</sup>.

Já relativamente ao seu conteúdo, surgem três possibilidades na presente contenda. Podemos considerar: (i) a norma de igualdade apenas como princípio estruturante<sup>5</sup>; (ii) a norma de igualdade como um direito fundamental<sup>6</sup>; ou (iii) a norma de igualdade como princípio estruturante e como atribuindo um metadireito à igualdade<sup>7</sup>.

---

<sup>3</sup> Cfr. PEDRO MONIZ LOPES, *Derrotabilidade normativa e normas administrativas*, vol. I, Lisboa: AAFDL, 2019, p. 185.

<sup>4</sup> Ocorrendo uma disjunção inclusiva de condições (pode ocorrer tanto no caso *x* como no caso *y*, mas não em todos os casos relativos à matéria regulada pela norma – tratamento igualitário), cfr. PEDRO MONIZ LOPES, *Derrotabilidade normativa*, I, cit., pp. 187 e 188.

<sup>5</sup> Defendida por Reis Novais, considerando que a atribuição de um direito subjetivo conduz à banalização do direito subjetivo e ao bloqueio da justiça constitucional. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais (para o autor) teria maior importância, já que é apenas através do incumprimento do dever do poder público de respeitar, proteger e promover o acesso dos cidadãos aos direitos fundamentais que se consegue verificar um caso de inconstitucionalidade, cfr. JORGE REIS NOVAIS, *Limites dos Direitos Fundamentais*, 1ª edição, Almedina, 2021, p. 126. Para além disso, os princípios estruturantes têm sempre força vinculativa absoluta (são garantias jurídicas fortes), sendo sempre observados sob pena de inconstitucionalidade. Em sentido contrário, os direitos fundamentais são garantias sujeitas a ponderação e conseqüente cedência em função das circunstâncias do caso concreto, cfr. JORGE REIS NOVAIS, *Princípios Estruturantes de Estado de Direito*, 2ª edição, Almedina, 2022, pp. 19 e 20. A discussão, para nós, não se baseia no bloqueio da justiça constitucional nem na banalização do direito subjetivo. O argumento da cedência dos direitos fundamentais comparativamente aos princípios estruturantes não parece ser o melhor argumento, já que todas as normas estão sujeitas à cedência e derrotabilidade. Não é porque a igualdade é um direito ou um princípio que significa que é mais ou menos facilmente restringida. Como todas as normas são aptas a conflitar com outras normas, todas elas regulam, quando individualmente consideradas em abstrato, de modo *prima facie* (por oposição a definitivo), cfr. PEDRO MONIZ LOPES, *Derrotabilidade normativa*, I, cit., p. 176. Sobre a capacidade exclusiva dos deveres objetivos (sem comportarem correlativamente nenhum direito) de acionar a possibilidade de verificação de inconstitucionalidade, o assunto será abordado de seguida.

<sup>6</sup> Especialmente defendido na Alemanha e em Espanha, onde é inserido no capítulo dos direitos, liberdades e garantias nas Constituições dos respetivos países (respetivamente, artigo 3.º e artigo 14.º).

<sup>7</sup> Com grande relevo em Itália, sendo a posição de Guastini e Ferrajoli. A igualdade surge como sinónimo do carácter universal dos direitos fundamentais refletindo a idêntica titularidade e garantia dos mesmos direitos fundamentais, cfr. LUIGI FERRAJOLI, *Derechos y garantías, la ley del mas débil*, 4ª edição, Editorial Trotta, 2004, p. 81.

### 2. Os direitos subjetivos públicos

Antes de analisar a norma geral de igualdade na doutrina alemã, é necessário abordar o conceito de direito subjetivo.

A nosso ver, o marco mais relevante para a consagração do conceito de direito subjetivo público é o de George Jellinek, defensor da teoria do status<sup>8</sup>, considerada um misto entre a teoria da vontade e a teoria do interesse: a existência de um direito subjetivo não depende da vontade do sujeito<sup>9</sup> nem é um interesse protegido<sup>10</sup>, mas um tipo de relação entre o particular e o Estado<sup>11</sup>, sendo um poder atribuído à vontade do sujeito para a satisfação dos seus próprios interesses protegidos pelo direito objetivo. Destes status decorrem direitos subjetivos públicos.

Distingue-se o direito subjetivo (em que há competência de invocação própria do e para o interesse concreto do cidadão) do mero reflexo do direito subjetivo. Este último surge quando o particular participa quase que acidentalmente no cumprimento de deveres estatais próprios, em que o Estado é parte (ao mesmo tempo interessada e vinculada) na concretização de determinados objetivos. Sendo, portanto, atuações do Estado enquanto instrumento para a prossecução do interesse público<sup>12</sup>.

Por exemplo, no Direito Processual Penal, nos casos de denúncia obrigatória, não existe o direito subjetivo do cidadão a que se denunciem crimes, uma vez que a denúncia já é uma obrigação das entidades constantes do n.º 1 do artigo 242.º do Código de

---

<sup>8</sup> Distingue-se o status negativo (ações juridicamente irrelevantes para o Estado e para terceiros, atribuindo o direito ao particular a não ser perturbado na prossecução destas ações, associado ao direito de defesa), o status positivo (reconhecimento ao particular de agir judicialmente perante a violação de um direito, associado ao "direito a algo" de Alexy), e o status passivo (sujeição do particular perante deveres para com o Estado) e o status ativo (participação do indivíduo na atividade política), cfr. ROBERT ALEXY, *Theorie der Grundrecht* (1994) tradução portuguesa de VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, São Paulo, 2008, pp. 255-275.

<sup>9</sup> Teoria defendida por Windscheid, segundo a qual a partir da vontade do sujeito resultaria a extinção ou modificação de direitos, bem como a faculdade de exigir, inclusive judicialmente, os efeitos previstos pela norma objetiva perante terceiros, prevalecendo sobre a vontade de outros sujeitos, cfr. BERNHARD WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, vol. I, Torino: Ed. Torinese, 1925, p. 24.

<sup>10</sup> Teoria defendida por Ihering, para quem o direito subjetivo possui dois elementos: (i) elemento substancial, no qual reside o fim prático e útil do direito (ii) elemento formal, que se consubstancia na concretização deste, que é a ação judicial, cfr., ROBERT ALEXY, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, cit, p. 186.

<sup>11</sup> Cfr. ROBERT ALEXY, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, cit, p. 255.

<sup>12</sup> Cfr. GEORG JELLINEK, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, J. C. B. Mohr, 1892, p. 69.

Processo Penal<sup>13</sup>.

Para o que mais nos interessa na análise da posição jurídica conferida pela norma de igualdade, George Jellinek menciona o problema aquando da explicação do status positivo. Abordando a integração ou não da igualdade no âmbito deste status, defende que esta nunca se pode tornar o conteúdo de uma reivindicação individual. É um direito objetivo (que se concretiza no dever do Estado de reconhecer igualmente os interesses dos particulares, bem como na eventual consideração do interesse individual pelo Estado) e o seu efeito nas esferas jurídicas dos particulares é meramente reflexo de um direito subjetivo<sup>14</sup>.

Uma das teorias também mencionadas a este respeito é a teoria da norma de proteção, que defende que existem três pressupostos para uma norma de direito público dar origem a um direito subjetivo público: a norma jurídica deve favorecer objetivamente o particular, no prosseguimento de um interesse próprio e especial (não sendo uma norma que preveja a prossecução do interesse público apenas)<sup>15</sup>; esta vantagem deve ser prevista pela lei, bem como a aplicabilidade da consequência jurídica para o particular favorecido. Dependendo, assim, exclusivamente da decisão do legislador ordinário, sem possibilidade de intervenção do poder judicial<sup>16</sup>.

Distinguem-se nesta tese as relações jurídicas gerais, que partem da norma jurídica, das relações jurídicas especiais, que surgem quando o Estado incumprir os deveres aos quais está adstrito<sup>17</sup>.

Para Robert Alexy, o carácter de exigibilidade judicial como característica dos direitos subjetivos é meramente contingente e potencialmente tautológica (a judiciabilidade já é garantida para os casos de restrições aos direitos fundamentais no n.º 4 do artigo 19.º da Constituição alemã, nada acrescentando ao já previsto nesta

---

<sup>13</sup> Cfr. GEORG JELLINEK, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, cit, p. 67.

<sup>14</sup> Cfr. GEORG JELLINEK, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, cit, pp. 128 e 129.

<sup>15</sup> Cfr. JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *A Estruturação do Sistema de Direitos, Liberdades e Garantias na Constituição Portuguesa*, vol. II, Coimbra: Almedina, 2006, p. 61.

<sup>16</sup> Cfr. JORGE REIS NOVAIS, *As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição*, AAFDL, 3.ª edição, 2021, pp. 114 e 115.

<sup>17</sup> Cfr. JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *A Estruturação do Sistema de Direitos, Liberdades e Garantias na Constituição Portuguesa*, II, cit, pp. 61 e 62.

norma)<sup>18</sup>. Uma resposta categórica afirmativa à necessidade da exigibilidade judicial seria defender que o conceito de norma jurídica válida implica que o seu incumprimento possa ser sempre objeto de uma sanção<sup>19</sup>, o que não é verdade.

Em Portugal, a discussão acerca dos direitos subjetivos públicos é igualmente marcada por divergências acentuadas. Em especial no nosso ordenamento jurídico, é necessário decidir se o poder de exigir judicialmente o cumprimento de um dever do Estado é ou não característica necessária do conceito de direito subjetivo, visto que não existe recurso de amparo<sup>20</sup> (não existe em Portugal uma norma semelhante ao n.º 4 do artigo 19.º da Constituição alemã).

Temos, por um lado, teses que defendem a judiciabilidade como essencial, através de um conceito restrito de direito subjetivo<sup>21</sup>. Seria necessário, numa perspetiva que de certo modo desenvolve a teoria da norma de proteção, que a norma constitucional de garantia conferisse ao particular a faculdade de exigir o cumprimento de deveres do Estado após a verificação de uma afetação relevante de um direito fundamental, que ultrapassasse a margem de liberdade do Estado na restrição de direitos fundamentais e afetasse a esfera jurídica individual do cidadão, a ser analisada casuisticamente<sup>22</sup>. Combatendo assim as críticas ao imediatismo e automaticidade que poderia levar a defesa da teoria original da norma de proteção, bem como a exclusividade do legislador na decisão de criação de um direito subjetivo público, atribuindo também ao poder

---

<sup>18</sup> Cfr. ROBERT ALEXY, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, cit, p. 190.

<sup>19</sup> Este problema remonta a uma discussão antiga entre Austin e Hart. Para o primeiro, a compreensão da ciência do Direito tem como chave a criação de ordens e comandos aos destinatários da norma. Contudo, como Hart escreveu, em meados do século XX, existe toda uma diversidade de normas jurídicas para além das que normalmente associamos à criação de obrigações, como as normas que conferem poderes (muitas das quais se encontram no Código Civil). Por exemplo, se o particular não respeitar o número de testemunhas previsto na lei como necessárias para a outorga do testamento, este incumprimento não constitui a violação de qualquer dever, apenas se consubstancia num ato nulo, sem produção de efeitos jurídicos, cfr. HERBERT HART, *The Concept of Law* (1961), tradução portuguesa de A. RIBEIRO MENDES, *O Conceito de Direito*, Fundação Calouste Gulbenkian, 3ª edição, 1972, p. 35.

<sup>20</sup> Ou seja, o recurso constitucional para proteção de direitos fundamentais do particular. Sendo uma das críticas ao regime português a irrelevância da distinção entre norma, direito e posição jurídica (e a noção de direito fundamental como decompondo diversas posições jurídicas), cfr. JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, "Sim ou Não ao Recurso de Amparo?", in *Revista Julgar*, n.º 11, 2010, pp. 47 e 48.

<sup>21</sup> Cfr. JORGE REIS NOVAIS, *As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição*, cit, pp. 102 e 103.

<sup>22</sup> Cfr. JORGE REIS NOVAIS, *As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição*, cit, pp. 116 e 117.

judicial competência para aferir da legitimidade constitucional da decisão legislativa<sup>23</sup>.

Já para outro setor doutrinário defende-se que não se pode fazer depender o direito subjetivo público de uma relação concreta, que é mais associada ao domínio infra-constitucional<sup>24</sup> (a denominada relação jurídica administrativa prevista no n.º 3 do artigo 212.º da CRP e cuja proteção judicial vem referida na alínea a) do n.º 1 do artigo 4.º do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais)<sup>25</sup>. A defesa da importação do conceito de direito subjetivo público pressuporia, então, uma *dupla transposição* (sendo o nosso domínio constitucional dissemelhante em vários níveis do domínio constitucional alemão e sendo o domínio constitucional dissemelhante do domínio administrativo<sup>26</sup>, que constrói relações jurídicas concretas)<sup>27</sup>.

Tendo assim alguns autores optado pelo conceito de direito subjetivo fundamental<sup>28</sup>, conceito *sui generis* que se afasta das tentativas de o relacionar com outras áreas do direito e ordenamentos jurídicos. Para se poder enquadrar no domínio constitucional, este direito subjetivo não necessita de ser determinado, nem de ser

---

<sup>23</sup> Recorrendo a critérios como a atualidade da restrição do direito fundamental, a afetação direta ou reflexa e a sua razoabilidade mediante uma avaliação global da sociedade atual. Nos casos em que a restrição é provocada por ato legislativo (à exceção dos atos administrativos sob forma de lei), o carácter geral e desligado do particular em concreto diminui as possibilidades de identificação de um direito subjetivo público, cfr. JORGE REIS NOVAIS, *As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição*, cit, pp 119 e 120.

<sup>24</sup> Cfr. JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *A Estruturação do Sistema de Direitos, Liberdades e Garantias na Constituição Portuguesa*, II, cit, p. 68.

<sup>25</sup> Como aprofundado pela jurisprudência, "A relação jurídica administrativa é (...) em regra, uma relação entre entidades administrativas e sujeitos de direito privado, sendo certo que a parte que ocupa um dos polos de tal relação se encontra numa posição de supremacia relativamente à outra, exercendo poderes públicos ou de autoridade que criam do outro lado da relação, deveres e sujeições, enquanto que a esta parte se reconhecem direitos subjetivos, interesses legítimos e garantias administrativas que visam protegê-la (normalmente os sujeitos privados) de atos abusivos da outra parte (normalmente a Administração Pública, ente público menor ou mesmo particular investido de poderes públicos), a qual se acha onerada quer com o dever de prosseguir contínua e regularmente o interesse público", cfr. Acórdão do Tribunal de Conflitos, de 19.10.2017, relator Fernando Bento, processo n.º 039/16, disponível em: [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>26</sup> Compare-se os meios proporcionados pelo contencioso administrativo, como as ações de intimação para a proteção de direitos, liberdades e garantias, prevista nos artigos 109º a 111.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, que possibilita ao particular o recurso aos tribunais comuns através de uma ação de condenação urgente nos casos em o juiz do processo principal (não urgente) previsivelmente não ditaria atempadamente a justiça que a situação requeria para proteção de um direito, liberdade ou garantia. Apesar da proteção que confere esta possibilidade, o particular é incapaz de requerer a intimação contra atos legislativos ou decisões judiciais, o que retiraria importância a grande parte dos casos em que está a ser discriminado.

<sup>27</sup> Cfr. JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *A Estruturação do Sistema de Direitos, Liberdades e Garantias na Constituição Portuguesa*, II, cit, p. 70, que reforça também a distinção do ponto de vista histórico.

<sup>28</sup> Cfr. JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *A Estruturação do Sistema de Direitos, Liberdades e Garantias na Constituição Portuguesa*, II, cit, pp. 78 e 79.

possível de intentar ação judicial perante a sua restrição, nem é essencial a verificação de uma relação jurídica, focando-se na titularidade do particular de uma esfera de direitos fundamentais relacionados com certos deveres do Estado.

### 3. A norma jurídica de direitos fundamentais e os seus destinatários

Como já se analisou, é bastante discutível que da norma de igualdade se consiga retirar um direito do particular a um comportamento indeterminado das autoridades decisórias através das diversas tentativas de conceber um direito subjetivo público.

Porém, a partir da análise de Wesley Hohfeld, que defende uma tese neutra relativamente à teoria do interesse e da vontade<sup>29</sup>, conseguimos partir da ideia de que cada sujeito ocupa uma posição jurídica de correlação ou oposição relativamente aos demais. Bastando para que se esteja perante o conceito de direito subjetivo que haja o reflexo de uma obrigação num beneficiário que consiga desta retirar uma vantagem (tendo este direito um carácter marcadamente passivo)<sup>30</sup>. O direito e dever incluem-se nas posições jurídicas de primeira ordem, que dizem respeito diretamente ao aproveitamento do bem e às relações entre sujeitos<sup>31</sup>.

Já no que concerne aos direitos de segunda ordem, existe a capacidade de modificar as posições jurídicas de primeira ordem sobre certo objeto, e incide indiretamente nas relações entre sujeitos, aproximando-se do conceito de competência<sup>32</sup>.

Sujeitas à nossa análise estão as posições jurídicas de direito e dever (posições jurídicas correlativas de primeira ordem), imunidade e não-poder (posições jurídicas

---

<sup>29</sup> Cfr. MATTHEW H. KRAMER, "Rights Without Trimmings", in Matthew H. Kramer / N. E. Simmonds / Hillel Steiner, *A Debate Over Rights*, Oxford, 1998, p. 61.

<sup>30</sup> Cfr. MARÍA BEATRIZ ARRIAGADA CÁCERES, "El Concepto Hohfeldiano de Derecho Subjetivo", in *Revista de Ciencias Sociales*, n.º 65, 2014, p. 28.

<sup>31</sup> Cfr. JORGE SILVA SAMPAIO, *Ponderação e Proporcionalidade*, vol. I, Almedina, 2022, p. 371.

<sup>32</sup> O exemplo clássico é: se o particular tem um terreno, tem o poder de o vender. Se o fizer, a transmissão da propriedade faz com que este renuncie ao seu direito-pretensão, passando a existir um direito-pretensão do novo proprietário em relação à propriedade do bem que antes do exercício do poder lhe era alheio, cfr. RÉKA MARKOVICH, "Understanding Hohfeld and Formalizing Legal Rights: The Hohfeldian Conceptions and Their Conditional Consequences", in *Studia Logica*, n.º 108, 2020, p. 131.



correlativas de segunda ordem).

A imunidade é considerada o reflexo do direito num plano superior. Reflete a vantagem de um sujeito de não ser permeável ao poder de outro sujeito de afetar as suas posições jurídicas<sup>33</sup>. Esta posição tem por correlativo o não-poder (reflexo do dever num plano superior), consistindo este na incapacidade de alterar certa posição jurídica num determinado caso<sup>34</sup>.

Podemos estabelecer que as posições jurídicas correlativas respeitam a posições jurídicas necessariamente entre duas pessoas. Mas qual o tratamento analítico completo que tem de ser dado às posições jurídicas conferidas pela norma de igualdade visto que esta pode afetar também posições jurídicas de terceiros (sendo uma norma com carácter comparativo)?

A resposta está (a nosso ver) baseada em dois pontos: (i) na definição dos destinatários diretos e indiretos da norma; e (ii) na distinção entre direitos *in personam* e direitos *in rem*.

No que se refere ao escopo subjetivo da norma (os seus destinatários), entendemos que vêm referidos na estatuição. Não poderão, em bom rigor, estar incluídos na previsão pois nesta não há uma definição de sujeitos subordinados a um efeito jurídico. Como se trata apenas de uma condição normativa (*se se verificar um caso de x*), o campo subjetivo da previsão limita-se a delinear os sujeitos a quem é atribuída a conduta representativa das condições da norma<sup>35</sup>. Já na estatuição, ao explicar a consequência da verificação da condição do antecedente, seleciona os sujeitos vinculados e afetados diretamente àquela consequência jurídica (acionada pela verificação da previsão, logicamente anterior), bem como os sujeitos que obtêm a

---

<sup>33</sup> Criticando a posição jurídica de imunidade, por não se justificar que a falta de competência consiga gerar algo como correlativo, para além de não ter (aparentemente) nenhuma norma como base para estas posições jurídicas, cfr. DAVID DUARTE, "Rights as Formal Combinations of Normative Variables", in *Lisbon Public Law Working Paper Series*, n.º 2023-02, 2023, pp. 5 e 6.

<sup>34</sup> Cfr. WALTER WHEELER COOK, "Hohfeld's Contributions To The Science Of Law", in *Yale Law Journal*, n.º 8, 1919, pp. 726 e 727.

<sup>35</sup> Cfr. DAVID DUARTE, "Structuring Addressees in Fundamental Rights Norms: An Application" in Kenneth Himma / Bojan Spaic, *Fundamental Rights: Justification and Interpretation*, Den Haag: Eleven International Publishing, 2016, p. 84, nota de rodape n.º 6.

posição jurídica inversa (os destinatários indiretos)<sup>36</sup>.

Ora, os destinatários diretos desta norma são as autoridades decisórias competentes para criar efeitos jurídicos (des)iguais dentro do sistema jurídico, portanto, todos os que tenham competência de produção deôntica<sup>37</sup>, incluindo a sua influência sobre casos gerais e abstratos (legislador) e sobre casos individuais e concretos (juiz).

As normas jurídicas de direitos fundamentais também se debruçam sobre os seus destinatários indiretos, por efeito da correlatividade das posições jurídicas, surgindo os cidadãos como os beneficiários correlativos<sup>38</sup>.

Sobre o segundo ponto há que distinguir os direitos *in personam* dos direitos *in rem*. Os primeiros comportam relações jurídicas entre dois ou mais sujeitos determinados (por exemplo, os que resultariam de um contrato de concessão de obras públicas), os segundos são de carácter geral e indeterminado<sup>39</sup>, sendo contra todos os sujeitos que integrem uma certa categoria<sup>40</sup>, correlacionando-se, portanto, com os deveres de uma variedade de sujeitos, o que resulta em possíveis violações múltiplas dos mesmos contra os beneficiários do direito (que podem ser criadas através do tratamento desigual em qualquer ato normativo).

Ora, os direitos fundamentais constituem direitos *in rem*<sup>41</sup>, ao serem conferidos diretamente por uma norma, gerando posições jurídicas de primeira ordem (direitos ou liberdades)<sup>42</sup>, suscetíveis de reação perante violações de entidades públicas e privadas (nos termos do n.º 1 do artigo 18.º da CRP).

A norma de igualdade está no plano superior que confere as posições jurídicas de imunidade contra as autoridades decisórias e um não-poder por parte destas. Integrando-se, mesmo assim, também nas normas que conferem direitos *in rem*, ao

---

<sup>36</sup> Cfr. DAVID DUARTE, "Structuring Addressees in Fundamental Rights Norms: An Application", cit, pp. 84 e 85.

<sup>37</sup> Cfr. JORGE SILVA SAMPAIO, *Ponderação e Proporcionalidade*, II, cit, pp. 658 e 660.

<sup>38</sup> Cfr. JORGE SILVA SAMPAIO, *Ponderação e Proporcionalidade*, I, cit, p. 485.

<sup>39</sup> Cfr. WESLEY NEWCOMB HOHFELD, "Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning", in [The Yale Law Journal](#), vol. 26, n.º. 8, 1917, p. 718.

<sup>40</sup> Cfr. JORGE SILVA SAMPAIO, *Ponderação e Proporcionalidade*, I, cit, p. 383.

<sup>41</sup> Cfr. JORGE SILVA SAMPAIO, *Ponderação e Proporcionalidade*, I, cit, p. 383.

<sup>42</sup> Reservando as posições de segunda ordem às que surgem das normas de competência, cfr. JORGE SILVA SAMPAIO, *Ponderação e Proporcionalidade*, I, cit, p. 397.

obrigarem as autoridades decisórias perante os particulares em geral.

Ao poder afetar a esfera jurídica de qualquer particular inserido no âmbito subjetivo de uma norma, no caso de declaração de inconstitucionalidade por violação do princípio da igualdade, os particulares antes favorecidos pela norma, na hipótese em que a mesma é revogada totalmente, estão numa posição de sujeição (posição jurídica oposta à posição de imunidade dos particulares em situação de desigualdade), correlativa ao poder das autoridades decisórias de declarar a inconstitucionalidade (como dispõe a alínea a) do n.º 1 do artigo 281.º da CRP) perante a violação da norma de igualdade.

Temos, destarte, duas relações jurídicas (*jural relations*<sup>43</sup>) distintas: entre as autoridades decisórias e os particulares em situação de desigualdade por desfavorecimento e entre as autoridades decisórias e os particulares em situação de desigualdade por favorecimento. Sendo que não existe nenhuma relação jurídica entre as duas categorias de particulares, nem o dever de uns perante o direito de outros. A questão só se colocaria no plano da aplicação do princípio da igualdade entre particulares (em que seria tratado como um direito no âmbito do n.º 1 do artigo 18.º da CRP), questão que é distinta à que agora se aborda, que se cinge aos destinatários de uma norma jurídica que lhes favorece perante não-destinatários em desvantagem.

#### 4. Direito geral de igualdade

Já se pode concluir que só porque a norma de igualdade obriga as autoridades decisórias à prática de um certo comportamento como descrito na estatuição, não

---

<sup>43</sup> Este termo tem recebido diversos comentários e variações. Por exemplo, Bierling considera que todas as normas expressam o conteúdo das *jural relations* associadas (a nosso ver, algumas normas terão de o fazer de modo indireto ou implícito, enquanto que outras não bastam para conter qualquer menção, mesmo que indireta, a direitos e deveres, como as normas conceptuais), estando uns destinatários vinculados ao cumprimento de um dever e, correlativamente, beneficiando outros de um direito subjetivo, cfr. ALBERT KOCOUREK, "Various Definitions of Jural Relation", in *Columbia Law Review*, vol. 20, n.º. 4, 1920, p. 403 e 404. Destacamos ainda a definição de Albert Kocourek: "A *jural relation* is a situation of legal and material fact upon which one by his own will may restrict or claim to restrict, presently or contingently, with the aid of the law, freedom of action of another", cfr. ALBERT KOCOUREK, "Various Definitions of Jural Relation", cit., p. 412. Esta visão tem o defeito de ser excessivamente subjetivista ao depender da vontade, no nosso caso, do particular. Assim, para nós, uma *jural relation* será a que surge da coexistência de posições jurídicas distintas provenientes não só de normas jurídicas, mas de vários atos capazes de produzir efeitos jurídicos (incluído os contratos).

significa que os particulares tenham um direito à realização desse comportamento<sup>44</sup>.

Segundo Gerhard Leibholz, os direitos subjetivos decorrentes do enunciado geral da igualdade são direitos de defesa, exigindo uma abstenção das autoridades decisórias em relação a violações da norma de igualdade<sup>45</sup>.

Para Robert Alexy, a própria norma de igualdade consagra um dever material de igualdade<sup>46</sup>, que atribui tanto posições passivas como ativas ao particular (tanto direitos de defesa como direitos a prestações).

É possível distinguir, segundo Robert Alexy, três tipos de direitos que derivam do enunciado geral da igualdade<sup>47</sup>:

- a) os direitos de igualdade *prima facie* abstratos; que concretizam a igualdade jurídica (não realização de um tratamento desigual, relacionado apenas com o ato em si e não com os seus efeitos, como a norma *x* que trata todos os desportistas de modo igual<sup>48</sup>), e fáctica (ação positiva do Estado destinada a compensar determinado grupo de particulares numa situação de desigualdade provocada pelo ato jurídico e necessariamente em colisão com o princípio da igualdade jurídica, como a desigualdade causada pela norma *x* entre desportistas olímpicos e paraolímpicos);

---

<sup>44</sup> Neste capítulo, a referência ao direito geral de igualdade surge em oposição aos direitos conferidos por normas especiais de igualdade, expressamente previstos na CRP como conferindo um direito aos particulares, como o direito de constituir família e contrair casamento em condições de igualdade (previsto no n.º 1 do artigo 36.º da CRP) e o direito de acesso à função pública em condições de igualdade (previsto no n.º 1 do artigo 47.º da CRP). Estas podem ser consideradas como conferido direitos fundamentais de igualdade, concretizando a norma-princípio prevista no n.º 1 do artigo 13.º da CRP. Apesar da clareza dos enunciados normativos em conferir um direito, não pode bastar essa menção para tratar os direitos especiais de modo diferente das posições jurídicas que resultam da norma geral de igualdade. Inclusive, a doutrina vai recorrendo tanto ao conceito de "direito fundamental", quanto de "direito especial", quanto de "proibição especial de discriminação", o que torna as posições jurídicas conferidas pelas normas especiais quase ou tão discutíveis quanto as conferidas pela norma geral. No sentido de conferir direitos especiais, cfr. VITALINO CANAS, *O princípio da proibição do excesso: em especial, na conformação e no controlo de atos legislativos*, Lisboa, 2016, pp. 1199 e 1200. No sentido de conferir direitos fundamentais cfr. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3ª edição, Coimbra, 1993, p. 343.

<sup>45</sup> Cfr. ROBERT ALEXY, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, cit, p. 429.

<sup>46</sup> Cfr. ROBERT ALEXY, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, cit, p. 399.

<sup>47</sup> Cfr. ROBERT ALEXY, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, cit, pp. 429 a 432.

<sup>48</sup> Cfr. ROBERT ALEXY, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, cit, pp. 418 e 419.

- b) os direitos de igualdade definitivos abstratos, que partem da norma geral de obrigatoriedade de tratamento igual perante situações substancialmente iguais e de tratamento desigual perante situações substancialmente desiguais, obrigando o poder público a não interferir nos estados atuais ou futuros de igualdade entre os cidadãos (do qual derivam apenas direitos de defesa)<sup>49</sup>;
- c) os direitos de igualdade definitivos concretos, que concretizam os direitos subjetivos dos particulares no caso concreto, já existentes após a aplicação da norma na alínea anterior (incluindo direitos de defesa e direitos a ações positivas fácticas), como o direito a exigir um tratamento igual na participação política perante a desconsideração do Estado de um certo grupo de cidadãos, que se traduz numa ação positiva.

Para distinguir os direitos abstratos de igualdade entre *prima facie* e definitivos (alíneas a) e b)), é preciso densificar a doutrina de Robert Alexy conhecida como a teoria dos princípios. Como as normas de direitos fundamentais são entendidas como normas-princípio (necessitando de um processo de otimização que se concretiza através da “fórmula do peso”), estes são, numa fase inicial, direitos *prima facie*. A passagem para o

---

<sup>49</sup> Citando expressamente este direito de acordo com a doutrina de Alexy, no âmbito da análise de constitucionalidade do artigo 23.º, n.º 4 do Código das Expropriações de 1999 sobre a redução da justa indemnização nos casos de expropriação por utilidade pública a ser aplicada apenas ao expropriado e não a todos os particulares que tenham transmitido onerosamente bens imóveis, cfr. o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 422/2004, processo n.º 462/03, disponível em [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt), a declaração de voto de Rui Manuel Moura Ramos, divergindo da conclusão pelo Tribunal Constitucional da não violação da enunciado geral de igualdade: “a posição do expropriado deve ser equacionada, no que diz respeito à sujeição a encargos públicos que acresçam à própria ablação do direito de propriedade, dentro de uma lógica exigente, que pode ser configurada como um verdadeiro direito à “omissão de um tratamento desigual”. Com efeito, como sugestivamente refere Robert Alexy, “(...) frequentemente, a violação do direito de igualdade definitivo abstracto é evitável de várias formas”, sendo disso exemplo “a alternativa: não realização da intervenção que viola a máxima de igualdade ou a sua extensão a todos os sujeitos jurídicos essencialmente iguais”. Neste caso, o Tribunal Constitucional decidiu pela constitucionalidade da norma, ao se verificar que esta estabelecia uma diferenciação de tratamento fundamentada e adequada entre a tributação (contribuição autárquica) da alienação onerosa de imóveis (correspondente ao valor patrimonial real e corrente do bem) e a tributação dos expropriados (correspondente à diferença do valor indemnizatório, na qual se baseia um cálculo resultante da diferença entre as quantias efetivamente pagas a título de contribuição autárquica e aquelas que o expropriado teria pago com base na avaliação efetuada para efeitos de expropriação, nos últimos cinco anos, que não reporta à avaliação atual do bem ao se presumir - de modo inilidível - um valor menor - inscrito na respetiva matriz - relativamente ao valor patrimonial do bem).

direito definitivo depende de uma relação de preferência entre princípios em conflito<sup>50</sup>. Se após a ponderação entre princípios contrapostos se optar pelo princípio *x* em relação a *y*, o que inicialmente era um mero direito *prima facie* passa a direito definitivo, proporcionado pela ponderação do caso concreto no sentido da atribuição de um maior peso ao princípio *x*<sup>51</sup>.

Ora, enquanto que o direito de igualdade *prima facie* abstrato apenas atribui uma potencialidade de defesa perante o tratamento desigual (pois pode dar-se o caso da norma jurídica ser considerada constitucional e, nesse caso, ser dada preferência à igualdade jurídica em relação à igualdade fáctica), já o direito de igualdade definitivo abstrato atribui o direito subjetivo de cariz negativo à reação contra os atos do poder público (que é indiferenciado para todas as situações de desigualdade), transformando-se de seguida num direito definitivo e concreto de tratamento igual como é aplicado na situação específica.

É interessante refletir sobre o conteúdo deste direito subjetivo como permitindo a exigência do particular de uma escolha a ser feita pelo poder público: ou altera a esfera jurídica do particular afetado, através da eliminação da sua situação desigual ou mantém intacta a sua esfera jurídica e interfere na esfera de terceiros (colocando-os em igualdade com o particular afetado).

Assemelhando o direito de igualdade à exigência de uma conduta que pode ser não meramente modificativa da posição jurídica do particular, mas (como também referimos no ponto anterior) extintiva da posição jurídica de outros particulares<sup>52</sup>. Este

---

<sup>50</sup> Cfr. ROBERT ALEXY, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, cit, p. 108.

<sup>51</sup> Cfr. JORGE REIS NOVAIS, *Limites dos Direitos Fundamentais*, cit, p. 40.

<sup>52</sup> Repare-se numa das decisões citadas na obra de Alexy que temos vindo a mencionar. Tinha entrado em vigor uma lei que regulava o subsídio de habitação para despesas de arrendamento (lei de habitação), excluindo a possibilidade de beneficiar do mesmo se o particular já recebesse outro tipo de prestações de finalidades análogas (se já fosse beneficiário de assistência social através da lei de assistência social, que auxiliava o pagamento das rendas). O fundamento para restringir era sobretudo evitar pagamentos duplos do setor público. Contudo, o Tribunal concluiu pela inconstitucionalidade e conseqüente nulidade parcial da norma que excluía uma determinada categoria de cidadãos, sendo que as duas leis manifestavam diferentes objetivos: a lei de assistência social remediava uma emergência atual e a lei de habitação prevenia emergências futuras, para além dos regimes serem substancialmente diferentes em termos de obrigação de reembolso, por exemplo. Ainda foi mencionado que os efeitos da decisão não violam o princípio da separação de poderes porque não se está a criar nem extinguir nenhum regime, mas apenas a alargar o círculo de titulares beneficiados pela norma. Cfr. BVerfGE 27, 220 (230), disponível em: <http://www.hartzkampagne.de/urteile/89.htm>.

ponto é alvo de crítica das teses opostas à igualdade como direito ao poder conferir posições jurídicas subjetivas inviáveis<sup>53</sup>.

Sobre este tópico, o tribunal federal alemão, nos casos de inconstitucionalidade por violação da norma de igualdade, tem por regra optado pela declaração de incompatibilidade (que obriga o legislador a aprovar nova legislação conforme com a norma de igualdade, bloqueando-se a aplicação da lei até que entre em vigor uma nova regulamentação), alargando o âmbito normativo favorável, sendo a declaração de nulidade total a exceção (pois não concede nenhuma vantagem aos particulares afetados nem mantém as pretensões adquiridas pelos beneficiados)<sup>54</sup>. Apenas em último recurso se opta pela decisão modificativa, adequando a norma pré-existente sem suspender o processo<sup>55</sup>.

No que concerne às posições que rejeitam a igualdade como direito subjetivo (pelo menos autónomo), há quem inicie a discussão comparando a norma que atribui o direito de liberdade ("Norma 1") com a norma de igualdade ("Norma 2").

O parâmetro protetor seria o mesmo: a individualização da personalidade e orientação das necessidades básicas do particular. A distinção estaria na perspetiva da ação do Estado: na Norma 1, o direito do particular (enquanto direito de defesa) é o interesse prioritário e o Estado é obrigado a não interferir. Enquanto que, na Norma 2, a prioridade é a ação do Estado, intervindo necessariamente, e é nesta *ratio* que se baseia a norma jurídica, apenas reflexamente conferindo um direito subjetivo. O direito do particular só surge perante a violação dos deveres do Estado<sup>56</sup>.

Sendo por este motivo que se possa defender, contra Robert Alexy (que autonomizaria a Norma 2), que em oposição a flexibilizar as possibilidades de defesa dos

---

<sup>53</sup> Cfr. VITALINO CANAS, *O princípio da proibição do excesso: em especial, na conformação e no controlo de atos legislativos*, cit, p. 1235, defendendo que: "Não parece, por exemplo, que se possa conceber um direito dos indivíduos a que os demais sejam tratados de forma desigual ou de forma igual pela lei: os trabalhadores do setor público não veem inscrito na sua esfera jurídica individual o direito a que os trabalhadores do setor privado sejam tratados da mesma forma ou a que sofram reduções salariais ou perdas de rendimento equivalentes".

<sup>54</sup> Cfr. RUI MEDEIROS, *A Decisão de Inconstitucionalidade - Os Autores, o Conteúdo e os Efeitos da Decisão de Inconstitucionalidade da Lei*, UCP Editora, 1999, pp. 466 e 467.

<sup>55</sup> Cfr. RUI MEDEIROS, *A Decisão de Inconstitucionalidade*, cit, p. 473.

<sup>56</sup> Cfr. NIKLAS LUHMANN, *Grundrechte als Institution*, Duncker & Humblot, 1974, p.163.

direitos subjetivos do particular atribuídos diretamente (os direitos fundamentais), encontrando um fundamento de inconstitucionalidade na Norma 2, é mais adequado considerá-la como uma característica geral e intrínseca destes direitos<sup>57</sup>, sob pena de esvaziar o conteúdo garantístico dos direitos fundamentais e de conferir uma duplicação de direitos que, ao separar ambos os planos (supostamente, o direito subjetivo direto da Norma 1 e o direito subjetivo reflexo da Norma 2) faz depender do legislador (ou do juiz) a atribuição da possibilidade reivindicativa (Norma 2) perante uma restrição inconstitucional<sup>58</sup>.

Já na doutrina portuguesa, parte-se da alínea d) do artigo 9.º da CRP, que poderia concretizar um dever de proteção genérico dos direitos fundamentais<sup>59</sup> (em que se inclui a proibição de tratamento desigual arbitrário), para refletir sobre se tem (ou não) por correlativo um direito (ou um metadireito) à igualdade.

No sentido da não correlatividade<sup>60</sup>, em geral, os diversos critérios podem consolidar-se nos seguintes: (i) critério relacional<sup>61</sup>: através da distinção entre a proximidade relacional entre direito e dever, admitindo apenas a correlatividade no que diz respeito às *tight correlations* (como as que originam direitos de crédito, sendo necessariamente relacionadas com sujeitos determinados), e se cingem a direitos de natureza passiva (de exigir algo a quem tem o dever)<sup>62</sup> das relações em que esta proximidade não se verifica, como no caso do direito à liberdade de expressão, que é conferido pela CRP e proíbe a criação de leis ou decisões judiciais que violem este direito fundamental (está em causa um não-poder das autoridades decisórias em vez de um dever e uma imunidade dos particulares em vez de um direito)<sup>63</sup>; (ii) critério subjetivo:

---

<sup>57</sup> Cfr. NIKLAS LUHMANN, *Grundrechte als Institution*, cit, p. 167.

<sup>58</sup> Com um comentário semelhante, afirmando como ilógico que se tenham dois direitos subjetivos independentes, defendendo o carácter constante da igualdade nas normas de direitos fundamentais como reforço desta como sendo um verdadeiro valor, cfr. NIKLAS LUHMANN, *Grundrechte als Institution*, cit, p. 167.

<sup>59</sup> Cfr. JORGE SILVA SAMPAIO, *Ponderação e Proporcionalidade*, I, cit, p. 399, nota de rodapé n.º 1531.

<sup>60</sup> Neste sentido, comparando a norma que atribui o direito à liberdade com a norma de igualdade, à semelhança de Niklas Luhmann, Cfr. JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *Direitos Fundamentais: Introdução Geral*, 2ª edição, Principia, 2007, pp. 81 e 82.

<sup>61</sup> A denominação atribuída aos critérios é nossa e não é, portanto, oficial.

<sup>62</sup> Explicando esta teoria, mas crítico da mesma, cfr. MARCUS G. SINGER, "The basis of rights and duties", in *Philosophical Studies, An International Journal for Philosophy in the Analytic Tradition*, vol. 23 p. 48.

<sup>63</sup> Cfr. DAVID LYONS, "The Correlativity of Rights and Duties", in *Noûs*, vol. 4, 1970, pp. 50 e 51.



existem casos em que a atribuição de um direito só pela existência de um dever (de conservação, cuidado no tratamento, etc.) carece de sentido: o caso dos animais, coisas ou cadáveres terem um direito a algo<sup>64</sup>. (iii) critério da vontade: mediante o qual os direitos não são apenas uma vantagem normativa, mas também algo que confere aos seus titulares o controlo dos deveres que lhes são devidos (implicando a transferência de direitos para terceiros e, claro, a possibilidade de ação judicial)<sup>65</sup>.

Destes três critérios poder-se-ia retirar que a norma de igualdade não respeita o critério relacional (uma vez que reporta à relação entre as autoridades decisórias e os particulares, conferindo posições jurídicas de segunda ordem); respeita o critério subjetivo, uma vez que este apenas exige a capacidade, em abstrato, de suportar um direito; e não respeita o critério da vontade dada a inexistência do recurso de amparo.

Outros autores, mais preocupados com uma perspetiva prática, parecem optar pela rejeição deste tópico como uma verdadeira discussão<sup>66</sup>, argumentando a semelhança dos efeitos jurídicos do princípio da igualdade e do direito à igualdade. Semelhança esta que, para nós, não existe, visto que pode afetar, sobretudo, a relação entre o princípio da igualdade e da proporcionalidade e a aplicação desta norma entre particulares.

Neste sentido, distinguir-se-ia a visão tradicional do tratamento da igualdade (enquanto princípio), aplicando-se apenas a casos de desigualdade arbitrária casuística

---

<sup>64</sup> Cfr. ALAN R. WHITE, *Rights*, Oxford: Clarendon Press, 1984, p. 64, *apud* Matthew H. Kramer, *Rights Without Trimmings*, cit, p. 29.

<sup>65</sup> Referindo-se à tese defendida por Hart, cfr. ELIAS MOSER, "The Will Theory of Rights and Criminal Law - A normative account on rules and restrictions that protect individual entitlements", in *SSRN*, 2018, pp. 2 e 3, disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3170940](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3170940). Para além dos apontamentos já feitos sobre o Direito Constitucional, estas perspetivas também são muito problemáticas do ponto de vista do Direito Penal, que consiste sobretudo numa relação entre os particulares e o Estado. Mas mesmo assim, pode defender-se, através da distinção entre *plain duties* (em que não se identifica um titular de um direito *prima facie*, como o dever de pagar impostos e as sanções punitivas baseadas em medidas políticas ambientais, sem ser possível identificar quais os titulares concretos do direito) e *directed duties* (que protegem bens jurídicos, como o homicídio protege o bem jurídico "vida") que apenas as últimas têm direitos como correlativos.

<sup>66</sup> Cita-se Reis Novais, que, apesar de acabar por aderir à discussão através da crítica da posição de Alexy, também perspetiva o seguinte: "controvérsia que, por enquanto, entre nós, só tem algum sentido útil quando, na prática, se identifique redutoramente o princípio da igualdade com o princípio da proibição do arbítrio, já que só então a dedução de um verdadeiro direito fundamental à igualdade produziria consequências não proporcionadas também pelo princípio da igualdade", cfr. JORGE REIS NOVAIS, *Princípios Estruturantes de Estado de Direito*, cit, p. 94.

(aplicabilidade mediata, dependente de concretização legislativa, para além da prevista no artigo 13.º da CRP) ou também a casos gerais e abstratos (aplicabilidade imediata, bastando a previsão constitucional para proteger os particulares contra violações ao “direito fundamental” de igualdade)<sup>67</sup>. Esta última é considerada a visão progressista do princípio da igualdade, impondo este dever não só ao Estado, mas a pessoas singulares e coletivas titulares de poder social (como empresas e associações profissionais) e nas relações com particulares que prossigam serviços de interesse público direto, como táxis e restaurantes<sup>68</sup>.

### 5. A estrutura da norma de igualdade enquanto norma que regula o exercício da competência

Aproximando-se da nossa visão final sobre este problema, importa pensar na norma de igualdade enquanto norma regulativa da discricionariedade atribuída às autoridades decisórias<sup>69</sup>. Restringindo normas atributivas de competência e obrigando os órgãos competentes a respeitar critérios de igualdade<sup>70</sup> (sendo também denominada de norma regulativa do exercício das competências de produção normativa).

Através desta análise e da separação ou união entre a norma que confere competência e a norma que regula o exercício dessa competência conseguimos avançar na defesa (ou não) de um metadireito à igualdade.

Para se defender a existência de um metadireito à igualdade<sup>71</sup>, há que entender a norma de competência apenas como constitutiva da titularidade da competência<sup>72</sup>. Por norma constitutiva, entende-se que é a que vem criar uma ação ou estado de coisas que não existiria se não fosse essa norma<sup>73</sup>. Em concreto, a norma em análise institui os

---

<sup>67</sup> Com este raciocínio, no qual nos baseamos neste parágrafo, cfr. CRISTINA M. M. QUEIROZ, *Direitos fundamentais: teoria geral*, Coimbra Editora, 2002, pp. 107 e 108.

<sup>68</sup> Cfr. CRISTINA M. M. QUEIROZ, *Direitos fundamentais: teoria geral*, cit, p. 108.

<sup>69</sup> Cfr. JORGE SILVA SAMPAIO, *Ponderação e Proporcionalidade*, II, cit, p. 566.

<sup>70</sup> Cfr. JORGE SILVA SAMPAIO, *Ponderação e Proporcionalidade*, II, cit, p. 544.

<sup>71</sup> Com o raciocínio que se segue, mas relativamente ao princípio da proporcionalidade, cfr. JORGE SILVA SAMPAIO, *Ponderação e Proporcionalidade*, II, cit, p. 998, nota de rodapé n.º 3710.

<sup>72</sup> Cfr. PEDRO MONIZ LOPES, *Derrotabilidade normativa e normas administrativas*, I, cit, p. 131.

<sup>73</sup> Cfr. DAVID DUARTE, “Conceptual Norms. Contrasting Theories”, in *Isonomia*, 2023, n.º 58, p. 36, disponível

destinatários na aptidão de afetar posições jurídicas. Norma esta que não inclui as condições de afetação de posições jurídicas nem o seu procedimento (o escopo material da competência)<sup>74</sup>, o que significa também que não contém qualquer operador deôntico<sup>75</sup> e que, portanto, se separa da norma que regula o exercício da competência. Ao não incidirem sobre o modo de agir do órgão competente, as normas de competência são uma condição necessária, mas insuficiente, para a validade do ato jurídico<sup>76</sup>. A consequência do ato normativo produzido sem a atribuição de competência seria a invalidade e não, no sentido contrário de algumas posições, a inexistência jurídica (os defensores desta última posição consideram que a ação do órgão incompetente não constitui um ato jurídico em absoluto, não preenchendo os pressupostos para a sua existência)<sup>77</sup>. Resumindo, se o órgão for competente o ato não é necessariamente válido, já se for incompetente é necessariamente inválido.

No que concerne à norma que regula o exercício de competência (e proíbe as autoridades *prima facie* competentes de criar ou manter normas jurídicas que coloquem os particulares em desigualdade), esta constitui um dever (fazendo parte da sua estrutura operadores deônticos impositivos) de observar determinados critérios para a prática do ato. É, assim, uma norma de conduta dirigida ao órgão competente<sup>78</sup>. Esta

---

em: [https://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S1405-02182023000100002&script=sci\\_arttext](https://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S1405-02182023000100002&script=sci_arttext). O autor faz referência às normas conceptuais, que são as que estabelecem uma equivalência entre dois termos e não integram qualquer operador deôntico. Por exemplo, a equivalência entre ter “menos de 18 anos” e ser “menor de idade”. Todas as normas conceptuais seriam também normas constitutivas, pois ao se estabelecer (como neste exemplo) que todos os indivíduos com menos de 18 anos são menores de idade, está-se a criar um estado de coisas associado a esse grupo com as suas consequências jurídicas (atribuídas pelas normas regulativas). No que concerne à hipótese inversa, que todas as normas constitutivas sejam também normas conceptuais, já não é assim. O exemplo é o caso das normas de competência, pois apesar de serem constitutivas, não criam qualquer equivalência entre termos. A atribuição de um poder a uma entidade para afetar posições jurídicas vem possibilitar a criação normativa, sem a intenção de alocar qualquer grupo a uma séria de consequências jurídicas.

<sup>74</sup> Cfr. PEDRO MONIZ LOPES, *Derrotabilidade normativa e normas administrativas*, I, cit, p. 134.

<sup>75</sup> Cfr. PEDRO MONIZ LOPES, *Derrotabilidade normativa e normas administrativas*, I, cit, p. 137.

<sup>76</sup> Neste sentido, cfr. TORBEN SPAAK, Norms that Confer Competence, in *Ratio Juris*, vol. 16, n.º 1, 2003, p. 92.

<sup>77</sup> Cfr. JORDI FERRER BELTRÁN, *Las normas de competencia. Un aspecto de la dinámica jurídica*, El Derecho y la Justicia, Madrid, 2000, pp. 157 e 158.

<sup>78</sup> Cfr. JORDI FERRER BELTRÁN, *Las normas de competencia. Un aspecto de la dinámica jurídica*, cit, p. 157. Não é por ser uma norma de conduta que deixa de ser uma norma secundária, conferindo apenas posições de segunda ordem. No sentido discordante da dicotomia Hartiana (normas de conduta vs normas de competência) como apenas as segundas podendo considerar-se normas secundárias, Ferrer Beltrán defende que estas são todas as normas que conferem poderes e que têm por referência outras regras (tanto normas primárias como secundárias), incluindo

tese vem criticar uma vertente das denominadas teses reducionistas, que reduz as normas de competência a condutas permissivas que habilitam à prática de ações deônticas<sup>79</sup>, incluindo tanto os conceitos de titularidade como de exercício da competência<sup>80</sup>.

Desta norma conseguimos, através da primeira tese apresentada, extrair uma metadever de criar ou repor a igualdade tendo por correlativo um metadireito à igualdade. Pode-se conceber que do incumprimento deste metadever surge um caso de invalidade regulativa (por oposição à invalidade constitutiva causada pelas normas de competência)<sup>81</sup>.

E é um metadireito e não um direito porque nos encontramos no âmbito das posições de segunda ordem, ao afetar as posições jurídicas de primeira ordem.

Desenredo diferente decorre das teses que defendem a norma de competência como tendo carácter permissivo. Para estas, as normas de competência são normas de conduta que estabelecem a permissão de criar certos atos (*quanto a matéria x, é permitido criar normas e decisões*<sup>82</sup>), incluindo na própria norma os pressupostos e delimitações da competência pessoal, procedimental e material. Não gerando, à partida, nenhum dever, mas uma habilitação<sup>83</sup>.

---

regras que se possam considerar como normas de conduta, cfr. JORDI FERRER BELTRÁN, *Las normas de competencia. Un aspecto de la dinámica jurídica* cit. pp. 80 a 82.

<sup>79</sup> Cfr. PEDRO MONIZ LOPES, *Derrotabilidade normativa e normas administrativas*, I, cit, p. 122.

<sup>80</sup> Cfr. PEDRO MONIZ LOPES, *Derrotabilidade normativa e normas administrativas*, I, cit, p. 124.

<sup>81</sup> Cfr. JORGE SILVA SAMPAIO, *Ponderação e Proporcionalidade*, I, cit, p. 389.

<sup>82</sup> Cfr. PEDRO MONIZ LOPES, *Derrotabilidade normativa e normas administrativas*, I, cit, p. 124.

<sup>83</sup> Podemos apontar, para além da defesa da norma de competência como tendo carácter permissivo, uma outra vertente desta posição doutrinária que conclui que as normas de competência são normas regulativas (a *supramencionada* tese reducionista). Torben Spaak, igualmente correligionário da tese reducionista, distingue as normas que conferem competência (que têm uma modalidade deôntica impositiva, sendo deveres dirigidos aos operadores do direito (ex. juízes) para reconhecerem como válidas as alterações às posições jurídicas proporcionadas pelo titular da competência) das normas de competência (que são um fragmento das normas que conferem competência, surgindo indiretamente através dos deveres criados para as entidades relacionadas). Para Spaak, é essencial que as normas de competência (que habilitam os órgãos a agir) estejam integradas numa norma com carácter deôntico impositivo, pois apenas esta é uma norma "completa", no sentido de fornecer razões justificativas para a ação suficientes. Assim é porque o autor concebe a definição de norma, na esteira de Von Wright, como uma prescrição emitida com a intenção de guiar o comportamento humano, atribuído razões justificativas para a ação (ou seja, é essencial que a norma tenha carácter deôntico). Conseguindo extrair da norma considerações a favor ou contra a realização de certa ação. Como as normas de competência conferem apenas a capacidade de agir a certos sujeitos, não têm carácter deôntico, aproximando-se das normas técnicas (ex. "Se desejar tornar a cabana habitável, deve aquecê-la") em alguns aspetos (ao indicar os meios para alcançar um fim).

Ora, o problema desta tese é que a introdução de uma norma que proíba exercer a competência seria contraditória (sendo essa norma simultaneamente proibitiva e permissiva)<sup>84</sup>. Inclusive se defende que no caso de coexistir uma norma permissiva de competência e proibitiva de competência (norma de incompetência) ambas são válidas e dependentes da resolução de um conflito normativo que dê preferência a uma delas. Para além desse problema prático (e mesmo admitindo que é natural a existência de conflitos normativos), ao reconduzir a atribuição de competência (pressuposto pessoal) a um poder-permissão, une-se a habilitação normativa à permissão normativa, como se da mesma permissão se tratasse<sup>85</sup> (quando o correto é considerar que o órgão *x* tem a permissão de atuar sobre o controlo de normas de competência, no nosso caso, porque está habilitado, através de uma construção lógica de várias normas, sendo que a verificação da competência pessoal tem de ser anterior à permissão de agir).

### **6. Conclusão: o metadireito à igualdade como elemento concretizador da estrutura da norma de igualdade**

Procede-se à tentativa de colaborar na clarificação deste tema atualmente imbuído numa manta de retalhos. Desvela-se, nos próximos parágrafos, o nosso raciocínio.

A norma geral de igualdade tem carácter comparativo, dependendo sempre de

---

Relativamente a estas, as razões para agir dependem única e exclusivamente das considerações do sujeito que as pratica, não integrando estas normas qualquer motivação autónoma para agir, cfr. TORBEN SPAAK, Norms that Confer Competence, cit., pp. 92 a 100. Para Von Wright, as normas técnicas *per se* não são nem prescritivas nem descritivas, sem embargo de se poderem facilmente reestruturar numa norma descritiva, que defina as condições necessárias para alcançar certo fim (ex. "Para a cabana ser habitável, deve ser aquecida"). Mesmo assim, não têm força normativa, não dando razões justificativas para ação, sendo apenas proposições relativas às condições necessárias para que algo se torne categórico e imperativo para certo agente (é inevitável que, ao aquecer a cabana, esta se torne habitável), cfr. GEORG HENRIK VON WRIGHT, *Norm and Action. A Logical Enquiry*, London, Routledge & Kegan Paul 1963, p. 10 e p. 171. Repare-se que, apesar de Spaak retirar da tese de Von Wright várias referências a propósito das normas técnicas ao estabelecer comparações com as normas de competência, este último defende outra vertente da tese reducionista, reconduzindo as normas de competência a normas permissivas, cfr. GEORG HENRIK VON WRIGHT, *Norm and Action. A Logical Enquiry*, cit., p. 192. Analisando as teorias em discussão, cfr. PEDRO MONIZ LOPES, The Nature of Competence Norms, in *Encyclopedia of Philosophy of Law and Social Philosophy*, Mortimer Sellers, Stephan Kirste (eds.), Springer, 2017, pp. 3 e 4.

<sup>84</sup> Cfr. JORDI FERRER BELTRÁN, *Las normas de competencia. Un aspecto de la dinámica jurídica* cit. p. 65.

<sup>85</sup> Cfr. PEDRO MONIZ LOPES, *Derrotabilidade normativa e normas administrativas*, I, cit, p. 125.

um direito fundamental intimamente relacionado (que em muitos dos casos se reflete num direito fundamental social) e de uma categoria de sujeitos como destinatários de uma certa norma. Assim, é diferente de outras normas, como o direito fundamental de liberdade, que é um direito fundamental por si e não depende de considerações sobre outros sujeitos, atribuindo direitos a um particular independentemente de outros particulares beneficiarem ou não, de facto, de qualquer direito.

Portanto, a norma geral de igualdade constitui um metadireito (imunidade) ao controlo sobre a manutenção e reposição de igualdade por parte das autoridades decisórias, tendo por correlativo uma metadever (não-poder) por parte destas<sup>86</sup>. Esta caracterização é imprescindível do ponto de vista analítico ao ser necessária para completar a estrutura da norma sobre o exercício da competência. Se a noção de metadireito for retirada, questiona-se a noção de imunidade, que está na base da incapacidade do Estado para criar normas desiguais. O que faria com que, no máximo, a atuação do Estado fosse baseada na mera permissão de criação de atos jurídicos iguais, ao estar desligada de qualquer direito e, correlativamente, desligada de qualquer dever. Esta tese tornaria inexplicável, a nosso ver, o fundamento da inconstitucionalidade nos casos de violação do princípio da igualdade. Não vislumbramos outros fundamentos (necessariamente cumulativos com o dever objetivo do Estado em questão) que poderiam estar na base da inconstitucionalidade material que não um metadireito do particular, que vincula as autoridades decisórias à proteção da sua posição jurídica subjetiva através da criação, modificação ou extinção de normas jurídicas. O interesse último é o do particular em desvantagem relativamente a outros, e é sobre este que reside a preocupação última aquando da atuação do princípio da igualdade<sup>87</sup>.

---

<sup>86</sup> Ao sustentar que certa norma confere um metadireito não significa necessariamente defender que se trata de uma metanorma. As metanormas como defendidas no sentido mais restrito são normas cuja previsão versa diretamente sobre outras normas (como as normas de conflitos normativos). No caso da norma de igualdade, não estão em causa relações entre normas (como acontece no caso da *lex specialis derogat generali*), mas uma comparação entre categorias de sujeitos e o seu estatuto de destinatários (ou não) de certas normas. Neste sentido mais restrito, Cfr. JORGE SILVA SAMPAIO, *Ponderação e Proporcionalidade*, II, cit., p. 982.

<sup>87</sup> Temos consciência do quão discutível é esta conclusão. Para Jellinek, por exemplo, o interesse individual enquanto tal é apenas de natureza factual. O indivíduo não tem qualquer direito à ação do Estado. Apenas pode pedir que os seus interesses factuais sejam tidos em conta, mas deve ser deixado ao critério do Estado se

Poder-se-ia defender, alinhando-se com parte da doutrina alemã, a falta de necessidade de invocar aqui a noção de metadireito, sendo um direito subjetivo do particular que tem por correlativo um dever material do Estado. Nesta linha, não pareceria ser um obstáculo a impossibilidade de o particular agir judicialmente<sup>88</sup>, pois esta possibilidade de invocação da pretensão por iniciativa própria é meramente contingente em relação à noção de direito (não sendo necessária para o preenchimento dos seus pressupostos), pelo que, a haver possibilidade de ação judicial, esta teria de ser conferida por outras normas<sup>89</sup>.

Defender-se que é um direito (pela nossa interpretação), é defender que nos casos de inconstitucionalidade por violação do princípio da igualdade é o Estado que age em representação dos interesses do particular, como seu representante ou fiduciário, não estando a exercer com base numa norma de competência, mas em nome e para os interesses do destinatário indireto de uma norma primária que confere a posição de direito ou de liberdade<sup>90</sup>. Ora, esta visão parece muito problemática, pois o Estado age geralmente após habilitado por uma norma de competência. Por mais que se possa dizer que é como mero representante do direito do particular, essa é apenas uma outra maneira de explicar como age com base numa norma secundária (com a mera especificação de esta ter o fim de proteger o direito do particular).

Para além dessa crítica, é necessário ter presente que no ordenamento jurídico com o qual temos vindo a estabelecer comparações (o alemão), no qual é mais uniforme

---

consideram o interesse privado no caso concreto necessário ou compatível com o interesse público, cfr. GEORG JELLINEK, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, cit, p. 109.

<sup>88</sup> No mesmo sentido, Gomes Canotilho, referindo-se aos direitos, liberdades e garantias, defende que a indissociabilidade entre o direito e a justiciabilidade seria empobrecedora do ponto de vista da caracterização do direito. Dando o exemplo do direito de asilo (previsto no artigo 33.º da CRP, que garante ao indivíduo perseguido pelo seu país de origem, proteção jurídica num outro Estado). Ora, este direito não possibilita nem faria sentido que possibilitasse uma ação judicial. No caso, recorrer aos tribunais do país de origem não tem qualquer lógica e recorrer aos tribunais do Estado protetor pressuporia a eliminação de uma tendencial discricionariedade política na concessão do direito de asilo, cfr. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 6.ª Edição, Almedina, 2002, p. 402.

<sup>89</sup> Cfr. JORGE SILVA SAMPAIO, *Ponderação e Proporcionalidade*, I, cit, p. 399, nota de rodapé n.º 1531.

<sup>90</sup> Cita-se MATTHEW H. KRAMER: "So long as a claim is duly enforceable, its status as a genuine Hohfeldian claim is unaffected by the precise location of the power to seek enforcement; that power may be held by the claim-holder, or it may be held by someone acting as a fiduciary on behalf of the claim-holder, or it may be held by a governmental agency", cfr. *Rights Without Trimmings*, cit, p. 9.

a conceção de um direito à igualdade, são extremamente raras as normas que expressam direitos fundamentais sociais, tendo sido criados direitos (como o direito a um mínimo existencial de onde decorrem vários direitos sociais como os que temos expressos na nossa CRP) através de interpretações sociais dos direitos de liberdade e igualdade<sup>91</sup> Ou seja, a igualdade é um instrumento necessário para suprir uma eventual lacuna legislativa a este respeito. Sem ela, não se conseguiria extrair um direito à habitação (por exemplo) conflituante com um direito à propriedade privada. No caso alemão referido *supra*, a igualdade é referida *a latere* do direito a receber um subsídio de habitação como fundamento da existência deste subsídio enquanto direito proporcionado por um direito fundamental e, neste caso, a igualdade não surge como norma que vem controlar a discricionariedade do legislador aquando da regulação de direitos fundamentais (pois o direito à habitação não existe enquanto direito fundamental), mas enquanto norma protetora e que consolida o ideal de "mínimo existencial" tornando-o suscetível de proteção jurídica por meio da interpretação.

Em Portugal, pelo contrário, tal equiparação não faria sentido. Como temos um direito à habitação na CRP, a norma de igualdade surge apenas *a posteriori*, noutros termos, após o legislador (através da norma atributiva de competência) criar a "Norma A" que atribui o direito fundamental à habitação a determinada categoria de cidadãos.

Sobre a diversidade conceptual dos metadireitos, repare-se como têm vindo a ser considerados como proteções constitucionais estruturais destinadas a facilitar a invocação de direitos, ou como direitos que protegem outros direitos<sup>92</sup>. Podendo as normas que conferem metadireitos dividir-se em dois subtipos:

- a) normas que preveem a obrigação de notificar o particular com o fim de o informar sobre os seus direitos no caso concreto; e
- b) normas que preveem a obrigação de dar assistência ao particular nos casos em que não seja possível que este os consiga exercer por si, mas só através dos

---

<sup>91</sup> Cfr. ROBERT ALEXY, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, cit, p. 499.

<sup>92</sup> Cfr. CHARLOTTE GARDEN, "Meta Rights", in *Fordham Law Review*, vol. 83, 2014, p. 855.



mecanismos específicos atribuídos às autoridades decisórias para tomar decisões no que concerne ao controlo normativo<sup>93</sup>.

Como exemplo do primeiro subtipo, poderíamos retirar da alínea d) do n.º 4 do artigo 141.º do Código de Processo Penal o metadireito do arguido a ser informado pelo juiz de instrução dos seus direitos enquanto tal durante o primeiro interrogatório judicial do arguido detido<sup>94</sup>. Apesar dos direitos e metadireitos partirem da mesma fonte, são distintos. Um dos direitos, neste exemplo, poderia ser o direito ao silêncio, enquanto o metadireito seria a notificação dada ao particular pelo juiz de instrução que elimina as barreiras do exercício desse direito.

No nosso caso, pertencente ao segundo subtipo, o direito do particular é variável. Pode ser qualquer direito fundamental, enquanto liberdade conferida por uma norma primária. Se o particular se vê desfavorecido por uma norma que o exclui de ter o mesmo benefício que determinado grupo e que se reconduz a uma restrição ao direito fundamental à habitação, o que vem desbloquear o exercício de desse direito é a sua inclusão no âmbito subjetivo da norma, potenciada pela norma de competência. Esta inclusão só se justifica se existir uma exigência de igualdade entre situações iguais, que conserva e facilita o exercício dos direitos fundamentais. Neste momento surge o metadireito à reposição ou manutenção da igualdade, com o fim de proteger o direito fundamental associado (e não como uma mera extensão do direito, ao contrário do defendido por alguns autores, ao ter um escopo axiológico completamente distinto e autonomizável)<sup>95</sup>.

Constata-se que considerar a igualdade como um direito seria uma dupla proteção inútil, para além de (como já explicado) pouco rigorosa do ponto de vista analítico.

---

<sup>93</sup> Cfr. CHARLOTTE GARDEN, "Meta Rights", cit., p. 857 e 887.

<sup>94</sup> Cfr. no ordenamento jurídico estadunidense, CHARLOTTE GARDEN, "Meta Rights", cit., p. 859.

<sup>95</sup> Cfr. CHARLOTTE GARDEN, "Meta Rights", cit., p. 861.