

Universidade Católica Portuguesa

Faculdade de Direito

Escola de Lisboa



Ensaio Sobre o Direito à Igualdade na Ilegalidade

Dissertação Realizada no Âmbito do Mestrado em Direito
Administrativo sob Orientação do Mestre André Salgado de Matos

Pedro Tomás Mendonça Fernandes

31 de julho de 2023

Aos meus pais

PALAVRAS- CHAVE:

Igualdade na Ilegalidade; Princípio da Legalidade; Princípio da Legalidade; Confiança Legítima; Direito de igualdade; Justiciabilidade.

SIGLAS E ABREVIATURAS

AAFDL	Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa
AC.	Acórdão
Al.	Alínea
<i>AöR</i>	<i>Archiv des öffentlichen Rechts</i>
Art/arts.	Artigo/artigos
BverfGE	<i>Bundesverfassungsgerichts</i>
CC	Código Civil
CE	<i>Constitución Española</i>
CJA	Cadernos de Justiça Administrativa
Coord.	Coordenação
Colab.	Colaboração
CPA	Código do Procedimento Administrativo
CPPT	Código do Procedimento e Processo Tributário
CPTA	Código do Processo dos Tribunais Administrativos
CRP	Constituição da República Portuguesa
<i>DöV</i>	<i>Die öffentliche Verwaltung</i>
<i>DVBl</i>	<i>Deutsches Verwaltungsblatt</i>
Ed.	Edição
GG	<i>Grundgesetz</i>
HStR	<i>Handbuch des Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland</i>
HUP	<i>Harvard University Press</i>
JZ	<i>Juristen Zeitung</i>
N.º /n.º s	Número/números
Org.	Organização
OUP	<i>Oxford University Press</i>
Proc.	Processo
RAP	<i>Revista de Administración Pública</i>
RDA	Revista de Direito Administrativo
REDC	<i>Revista Española de Derecho Constitucional</i>
RIDB	Revista do Instituto do direito brasileiro

RRCEE	Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas
STA	Supremo Tribunal Administrativo
T.	Tomo
TC	Tribunal Constitucional
TCA	Tribunal Central Administrativo
UCE	Universidade Católica Editora
UKHL	<i>United Kingdom House of Lords Decision</i>

ÍNDICE

1. INTRODUÇÃO.....	7
2. A IGUALDADE JURÍDICA	9
2.1. EVOLUÇÃO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE.....	9
2.2. ESTRUTURA NORMATIVA DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE	12
2.2.1. PRINCÍPIO GERAL DA IGUALDADE	12
2.2.2. PRINCÍPIO DA IGUAL DIGNIDADE NA HUMANIDADE COMUM	16
3. A FÓRMULA DA “IGUALDADE NA ILEGALIDADE”	17
3.1. TIPIFICAÇÃO.....	17
3.2. A EXISTÊNCIA DE UM DIREITO SUBJETIVO GERAL DE IGUALDADE	20
3.2.1. A CARACTERIZAÇÃO DO DIREITO SUBJETIVO À IGUALDADE	23
4. JUSTICIABILIDADE DO DIREITO À IGUALDADE (NA ILEGALIDADE)?	25
4.1. IGUALDADE POR BAIXO.....	26
4.2. IGUALDADE POR CIMA.....	28
4.2.1. ADMINISTRAÇÃO PRESTACIONAL	29
4.2.2. ADMINISTRAÇÃO AGRESSIVA	31
5. AUSÊNCIA DE JUSTIFICAÇÃO DA DIFERENCIAÇÃO	34
6. RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL DA ADMINISTRAÇÃO	40
7. A PROTEÇÃO DA CONFIANÇA LEGÍTIMA COMO SOLUÇÃO.....	43
8. CONCLUSÃO.....	48
9. BIBLIOGRAFIA	50
10. JURISPRUDÊNCIA	65

1. INTRODUÇÃO

Ao longo desta dissertação, procuramos investigar qual será o alcance jurídico da expressão, “*não há direito à igualdade na ilegalidade*.”

Esta fórmula, cunhada por GUNTER DÜRIG¹, já apelidada de provérbio², causa por vezes perplexidades, até sendo referida como uma das matérias que maior divergência provoca entre a opinião popular e a opinião dos juristas³.

Numa primeira aproximação, a expressão significa que o princípio da igualdade não pode ser invocado para conseguir um tratamento igual face a casos comparáveis, se este tratamento for ilegal, assim só existiria igualdade de tratamento face a casos decididos conforme à norma legal de conduta do agir administrativo⁴.

Ora, deste modo, visa descrever uma relação de prevalência abstrata entre o princípio da igualdade e o princípio da legalidade⁵. Certo é que a fórmula não se encontra no direito positivo⁶.

Posto isto, e apesar da existência de uma maioria doutrinária⁷, que considera a fórmula como válida e de uma jurisprudência unânime do STA, no mesmo sentido⁸, a questão, além de

¹ DÜRIG, Günter, “Art. 3”, in *Grundgesetz: Kommentar*, vol. I, org: MAUNZ, Theodor/DÜRIG, Günter, Munique, CH. Beck, 1991, p. 89.

² REIMER, Philipp, «“Keine Gleichheit im Unrecht”: dogmatische Rekonstruktion eines Verfassungssprichworts», in *Rechtswissenschaft*, ano 8, n.º1, 2017, p.2. Disponível em: https://www.nomos-elibrary.de/10.5771/1868-8098-2017-1-1.pdf?download_full_pdf=1.

³ BRYDE, Brun-Otto, *Die Effektivität von Recht als Rechtsproblem*, Berlim, De Gruyter, 1993, p.13.

⁴ KÖLBEL, Christoph, «Gleichheit “im Unrecht”», Colónia, 1998, p.8. Disponível em: <https://www.hkrecht.de/resources/Gleichheit-im-Unrecht.pdf>.

⁵ LOPES, Pedro Moniz, *Princípios de boa fé e decisão administrativa: estrutura e operatividade na discricionariadads conferida por normas habilitantes*, Coimbra, Almedina, 2011, p. 92.

⁶ Tão pouco na Alemanha, cfr. ARNDT, Hans-Wolfgang, “Ungleichheit im Unrecht”, in *Rechtsfragen im Spektrum des Öffentlichen: Mainzer Festschrift Armbruster*, org: BURKEI, Franz/ POLTER, Dirk-Meints, & Humblot, 1976, p.234.

⁷ Entre nós, cfr. MIRANDA, Jorge, *Direitos Fundamentais*, 3.ª ed., Coimbra, Almedina, 2020, p.328, ALMEIDA, Mário Aroso de, *Teoria Geral do Direito Administrativo*, 10.ª ed., Coimbra, Almedina, 2022, pp.147 e 152, nota 201, CORREIA, Fernando Alves, *O Plano Urbanístico e o Princípio da Igualdade*, Coimbra, Almedina, 2001, p. 440, CANOTILHO, J.J. Gomes / MOREIRA, VITAL,, “Anotação ao artigo 13º da CRP”, in *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Artigos 1.º a 107.º, vol. I, 4.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p.345.

⁸ Entre outros acórdãos, cfr. ac. do STA de 06-12-2018, proc. n.º 01062/08, ac. do STA de 09-06-2021, proc. n.º 0319/06. Já nas instâncias abaixo, há pontuais aberturas, cfr. ac. do TCA Norte de 15-12-2017, que num caso

interrogações mais especulativas, relativas às tensões entre a segurança jurídica, a positividade e a possibilidade de direitos subjetivos se erguerem através de factos antijurídicos⁹, levanta também problemas bem concretos, relacionados com o direito administrativo e são estes que justificam o presente trabalho.

As dificuldades abertas por esta questão vão desde a sua configuração como um desvio ao princípio da inderrogabilidade singular dos regulamentos¹⁰, até à incompreensão de como os tribunais, na resolução destes casos podem deixar sem consequências a atuação ilegal da administração, da qual surge a reivindicação¹¹.

Assim, têm surgido soluções diferenciadas, que sem reconhecerem¹², pelo menos necessariamente, um direito à igualdade na ilegalidade, refletem a relevância de certas situações¹³ que procuraremos ilustrar, a fim de verificar da univocidade na citação de que “*não existe direito à igualdade na ilegalidade.*”

respeitante à negação de uma promoção na carreira militar, em que o particular não preenchia as condições para a obter e existindo um terceiro na mesma situação que alcançou a posição requerida, tomou a decisão de anular o indeferimento da promoção pela administração. Até mesmo na Suíça, onde há mais abertura para o reconhecimento deste tipo de situações, só em menos de 5 % das decisões do Tribunal Federal se reconhece um direito à igualdade na ilegalidade, cfr. MOOR, Pierre/FLÜCKIGER, Alexandre/ MARTENET, Vincent, *Droit administratif, vol. I, Les fondements généraux*, 3.^a ed., Berna, Stämpfli, 2012, p.627, nota, 23.

⁹ RADBRUCH, Gustav, *Filosofia do Direito*, 6.^a ed., Coimbra, Arménio Amado, 1997, pp.164 e 165.

¹⁰ GARCÍA, Enrique Alonso, “*El Principio de Igualdad del Articulo 14 de la Constitucion Española*”, in *RAP*, n.º s, 100-102, 1983, p.25.

¹¹ LORA, Alejandro Huergo, “*La Desigualdad Em La Aplicacion de potestades administrativas de gravamen: remedios jurídicos*”, in *RAP*, n.º 137, 1993, p.193.

¹² OSSENBÜHL, Fritz, “*§104, Autonome Rechsetzung der Verwaltung*”, in *HStR, vol. V*, org: ISENSEE, Josef/KIRCHHOF, Paul, 3.^a ed., Heidelberg, C.F. Müller, 2003, p.339.

¹³ SOUSA, Marcelo Rebelo de / MATOS, André Salgado de, *Direito Administrativo Geral, t. I: Introdução e Princípios Fundamentais*, 3.^a ed., Lisboa, Dom Quixote, 2016, p.224, LOPES, Pedro Moniz, *Princípios...*, p. 342, nota 801; OLIVEIRA, Rodrigo Esteves de, “Os princípios gerais da contratação pública”, in, *Estudos de contratação Pública*, vol. I, org: GONÇALVES, Pedro, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, p.94, GARCIA, Maria da Glória Dias / CORTÊS, António, “Anotação ao art. 266º”, in *Constituição Portuguesa Anotada, vol. III, coord. MIRANDA, Jorge/ MEDEIROS, Rui*, , 2.^a ed., Lisboa, UED, 2020, p.502, OTERO, Paulo, *Direito do Procedimento Administrativo vol. I*, Coimbra, Almedina, 2016, p. 172.

2. A IGUALDADE JURÍDICA

2.1. EVOLUÇÃO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE

O ponto de partida para o estudo do princípio da igualdade, como princípio jurídico estruturante entre nós, modernos, é a filosofia iluminista, e, em especial, a obra de ROSSEAU, representando esta uma rutura radical face aos entendimentos anteriores¹⁴, impregnando a passagem da fórmula axiológica-normativa para a jurídico-política¹⁵, ordem de ideias esta concretizada no constitucionalismo, precipitando logo na primeira declaração de direitos, a *Virginia Bill of Rights*¹⁶.

Nesta primeira fase, o princípio é concebido formalmente, identificando-se com a demanda de generalidade e abstração das leis¹⁷ e, por conseguinte, com o princípio da legalidade¹⁸.

Portanto, tinha como destinatários os órgãos aplicadores do direito e não o legislador¹⁹.

Deste modo, a igualdade era alcançada nos termos da lei²⁰, ainda não, se necessário contra a lei²¹.

¹⁴ DAHN, Otto “*Gleichheit*”, in *Geschichtliche Grundbegriffe Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland, Band 2 E-G*, org: BRUNNER, Otto / CONZE, Werner / KOSELLECK, Reinhart, Estugarda, Klett-Cotta, 1975, p.1015.

¹⁵ GARCIA, Maria da Glória Dias, «Princípio da igualdade: fórmula vazia ou fórmula "carregada" de sentido?», in *Estudos sobre o princípio da igualdade*, Coimbra, Almedina, 2005, p.44.

¹⁶ ALBUQUERQUE, Martim de, colab. CRUZ, Eduardo Vera *Da igualdade: introdução à jurisprudência*, Coimbra, Almedina, 1993, p.46.

¹⁷ Esta distinção nem sempre se concentrou no binómio generalidade/abstração, sendo originalmente entendida por referência à conformação de relações externas/internas à entidade, cfr., AMARAL, Maria Lúcia *Responsabilidade do Estado e dever de indemnizar do legislador*, Coimbra, Coimbra Editora, 1998, pp.249 e ss..

¹⁸ KELSEN, Hans, “*What is Justice?*”, in *What is Justice? Justice, Law, and Politics in the Mirror of Science*, Berkeley, University of California Press, 1971, p.15.

¹⁹ Devendo estes aplicar a lei *secundum legem*, cfr. LLORENTE, Rubio, “*El principio de la Igualdad en la jurisprudencia del tribunal constitucional*”, in RDEC, n.º 31, 1991, p.26.

²⁰ Para este paradigma foi fundamental a solidariedade das concepções de ROSSEAU e MONTESQUIEU quanto a uma primazia da lei, cfr. SÁNCHEZ, Pedro Fernández, *Lei e Sentença, vol. I, Separação dos poderes legislativos e judiciais na constituição portuguesa*, Lisboa, AAFDL Editora, 2017, p.130.

²¹ A passagem para este segundo modelo fica então dependente da fiscalização da constitucionalidade, que só desponta com o conceito de constituição paramétrica, cfr. MATOS, André Salgado de, *A fiscalização*

Destarte, através do conceito material de lei, o Estado assume a proteção de um sistema de direitos, o que permite distinguir a sua forma liberal dos anteriores modelos estaduais²².

O segundo momento da evolução do princípio da igualdade compreende a passagem para a igualdade na lei²³, entendendo-se que a lei não é de *per se* uma sua garante suficiente, podendo introduzir diferenciações inadmissíveis, surgindo a correlata necessidade de controlar o respeito da lei pelo princípio da igualdade, entendido materialmente.

Esta mudança de perspetiva surge durante a vigência da Constituição de Weimar,²⁴ afirmando-se, na senda da doutrina de LEIBHOLZ²⁵. Batizada como proibição do arbítrio,²⁶ é funcionalizada à separação de poderes²⁷, procurando limitar esse controlo²⁸, operando através de padrões objetivos²⁹ admitindo até certa injustiça nas decisões³⁰, apenas não convivendo com a sua negação absoluta³¹.

Outro tipo de controlo, fruto das críticas dirigidas à insuficiência da proibição do arbítrio³², emerge com a denominada “Nova Fórmula”, elaborada pela jurisprudência alemã³³, que procura aferir se a diferença existente tem peso e seja de natureza tal, que justifique a

Administrativa da Constitucionalidade: contributo para o estudo das relações entre Constituição, Lei e Administração Pública no Estado Social de Direito, Coimbra, Almedina, 2004, p.100.

²² NOVAIS, Jorge Reis, *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito*, Coimbra, Almedina, 2013, p.103.

²³ MIRANDA, Jorge / MEDEIROS, Rui, “Anotação ao artigo 13º da CRP”, in *Constituição Portuguesa Anotada*, 2ª. ed., vol. I, org. MIRANDA, Jorge / MEDEIROS, Rui, UED, Lisboa, 2017, p.164.

²⁴ Importante na confrontação destas duas perspetivas foi a terceira conferência da associação de professores alemães de direito público em Münster, no ano de 1926, sob o tópico da igualdade, cfr. STOLLEIS, Michael, *A History of Public Law in Germany*, Oxford, OUP, 2008, p.182

²⁵ Cfr. *Die Gleichheit vor dem Gesetz*, 2.ª ed., C. H. Beck, München und Berlin, 1959.

²⁶ Em Portugal aparece ainda antes do TC, no parecer da comissão constitucional n.º 2/81.

²⁷ HECKEL, Martin, *Gleichheit oder Privilegien*, Tubinga, Mohr Siebeck, 1993, p.20.

²⁸ CANOTILHO, J.J., Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª. ed., Coimbra, Almedina, p.428.

²⁹ Por todos, BVerfGE, 55, 72, (88).

³⁰ BRITO, Miguel Nogueira de, “Medida e intensidade do controlo da igualdade na jurisprudência da crise do Tribunal Constitucional”, in *O Tribunal Constitucional e a crise: ensaios críticos*, org: RIBEIRO, Gonçalo de Almeida/ COUTINHO, Luís Pereira, Coimbra, Almedina, 2014, p.118.

³¹ LEIBHOLZ, Gerhard, *Die Gleichheit...*, p.72. Neste sentido, cfr. Ac. do TC de 06-06-1990, proc. n.º 88/0533, “são censurados apenas os casos de flagrante e intolerável desigualdade”.

³² HECKEL, Martin, *Gleichheit...*, p.21.

³³ Por todos, BVerfGE 55, 72, 88.

distinção de tratamento³⁴. Assim, procura preencher o princípio da igualdade com a metódica de ponderação própria do princípio da proporcionalidade³⁵, visando uma razoabilidade da diferenciação³⁶.

Esta solução conheceu uma célebre aplicação em Portugal, aquando da “jurisprudência da crise”, justificando um amplo debate doutrinário³⁷, que abordou, nomeadamente, a problemática da adaptabilidade dos segmentos da proporcionalidade à estrutura do princípio da igualdade, assim como qual seria a relação desta igualdade proporcional³⁸, com a proibição do arbítrio.

Voltaremos ao tema, mas por agora, resta deixar assente que o princípio da igualdade perante a lei permanece, muda, isso sim o seu significado³⁹, integrando a prevalência da lei com a igualdade na lei, ganhando uma intencionalidade superior e impondo-se a todas as funções do Estado, o que releva ao nosso tema, pois fica demonstrada a crescente dissociação entre o princípio da igualdade e da legalidade.

³⁴ 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, pp.322 e ss..

³⁵ Sobre as várias formas de configurar esta integração, cfr. CANAS, Vitalino, Constituição, «*Prima Facie*: igualdade, proporcionalidade, confiança (aplicados ao “corte” de pensões) », in *E-Publica*, n.º.1, 2014, pp.18 e ss., disponível em: <https://e-publica.pt/article/34588-constituicao-prima-facie-igualdade-proporcionalidade-confianca>

³⁶ MIRANDA, JORGE / MEDEIROS, Rui, “Anotação...”, p.174.

³⁷ Entre outros, cfr. MACHETE, Pedro “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, Almedina, 2016.

³⁸ Ac. do TC n.º. 187/2013.

³⁹ AMARAL, Maria Lúcia, “O princípio da igualdade na Constituição portuguesa”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Armando M. Marques Guedes*, org: MIRANDA, Jorge, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p.38.

2.2. ESTRUTURA NORMATIVA DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE

2.2. 1. PRINCÍPIO GERAL DA IGUALDADE

A igualdade é um princípio jurídico⁴⁰, sendo, portanto, tal como as regras, uma norma⁴¹.

A diferença passa pelo facto de as normas de princípios, além dos pressupostos determinantes da previsão terem um pressuposto implícito de aplicação, “*em todas as situações de qualquer género*”⁴². Assim, identificam-se estruturalmente, ao nível da lógica das normas⁴³.

Após a constitucionalização dos princípios, a principal distinção entre normas constitucionais torna-se a que os discerne das regras⁴⁴.

Estes princípios gerais⁴⁵ são depois concretizados especificamente, nos particulares ramos de Direito⁴⁶.

Tendo afirmado que é uma norma, possui, então, uma previsão e uma estatuição. Desta maneira, passamos a descrever a estrutura normativa do art. 13.º, n.º 1, da CRP, enquanto princípio geral da igualdade.

⁴⁰ É ainda um direito fundamental, V. 3.2.

⁴¹ ALEXY, Robert., “*The Construction of Constitutional Rights*”, in *Law & Ethics of Human Rights*, n.º 4, 2010, p.21.

⁴² V. DUARTE, David, *A norma da legalidade procedimental administrativa: a teoria da norma e a criação de normas de decisão na discricionariedade instrutória*, Coimbra, Almedina, 2006, pp.138 e 139.

⁴³ RIBEIRO, Gonçalo de Almeida, *The decline of private law: a philosophical history of legal liberalism*, Oxford, Hart, 2020, p.246.

⁴⁴ AMARAL, Maria Lúcia, *A forma da República: Uma Introdução ao Direito Constitucional*, 2.ª ed, Gestlegal, Coimbra, 2021, pp. 103 e 104.

⁴⁵ A expressão “princípios gerais de direito” foi cunhada no século XIX pelo positivismo jurídico, cfr. GOTTYSOLO, Juan Vallet, de, *Metodología de detrrminación del derecho*, vol.II, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1996, p.92.

⁴⁶ V.g., comparando a maior vinculação do direito administrativo a princípios face ao direito civil, FORSTHOFF, Ernst, *Tratado de Derecho Administrativo*, Madrid, Instituto de Estudios Politicos, 1958, pp.233 e ss..

Possui uma previsão ampla⁴⁷, criando uma obrigação oponível a uma determinada entidade, consistindo numa vinculação a dispensar tratamento igual aos diferentes titulares de um direito de igualdade⁴⁸ com os quais esta se relaciona.

Esta previsão depende de três pressupostos⁴⁹ que elencamos:

- 1- Relação multipolar, composta por três ou mais sujeitos.
- 2- Tratamento diferenciado desvantajoso de um dos sujeitos, face ao sujeito da comparação, dispensado pelo sujeito obrigado a tratar igualmente ou desigualmente⁵⁰.
- 3- Ausência de uma justificação para esse tratamento diferenciado⁵¹.

No primeiro passo é indagada a comparabilidade, da qual depende a formulação de um juízo de igualdade⁵².

O segundo pressuposto, pode ser descrito da seguinte forma: temos uma omissão ou ação da entidade A face a B e comportamento diverso perante C. Ou seja, o comportamento D ou não D perante B e perante C respetivamente não D ou D⁵³.

⁴⁷ BOROWSKI, Martin, *La estructura de los derechos fundamentales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, p.209., sobre o conceito de previsão ampla, cfr. EGÍDIO, Mariana Melo, “Análise da estrutura das normas atributivas de direitos fundamentais: a ponderação e a tese ampla da previsão”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Manuel Sérvulo Correia*, coord. MIRANDA, Jorge, Lisboa, Coimbra Editora, 2010., p.634.

⁴⁸ Estas serão as pessoas naturais e pessoas coletivas de direito privado, já não as pessoas coletivas de direito público, cfr. JARASS, Hans D., “Art. 3”, in *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland: Kommentar*, JARASS, Hans D./ PIEROTH, Bodo, 15.^a ed., Munique, C.H. Beck, 2018, p.119. Assim, “Os sujeitos só podem ser os sujeitos não entidades publicas”, V. Ac. do TC n.º 264/86.

⁴⁹ Seguiremos de perto a construção dogmática de SIMON KEMPNY e PHILIPP REIMER, cfr. “*Die Gleichheitssätze: Versuch einer übergreifenden dogmatischen Beschreibung ihres Tatbestands und ihrer Rechtsfolgen*”, Tübinga, Mohr Siebeck, 2012.

⁵⁰ Já não releva “outro tratamento”, (*andere behandlung*), cfr. REIMER, Philipp, “§128, *Allgemeiner Gleichheitssatz*”, in *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland: im europäischen Staatenverbund*, 2^aed., vol.IV, org: STERN, Klaus/ SODAN, Helge/ MÖSTL, Markus, Munique, C.H. Beck, 2022, p.1091.

⁵¹ REIMER, Philipp, “§ 128, *Allgemeiner...*”, p.1084.

⁵² SAMPAIO, Jorge Silva, *Ponderação e proporcionalidade Vol. II: Uma teoria analítica do raciocínio constitucional*, Coimbra, Almedina, 2023, p.660.

⁵³ REIMER, Philipp, “§ 128, *Allgemeiner...*”, p.1090.

Neste passo temos, então, uma formalização da relação tripolar⁵⁴, pelo aparecimento do termo de comparação⁵⁵ como a medida da entidade.

Este tratamento tem ainda de ser desvantajoso, o que possui consequências a nível da justiciabilidade dos tratamentos diferenciados⁵⁶.

Através do termo de comparação ainda não é possível descobrir uma desigualdade de tratamento, mas só uma diferença de tratamento⁵⁷, a desigualdade só é evidenciada se não houver justificação admissível⁵⁸, daí a autonomização de um terceiro passo de carácter negativo.

O terceiro pressuposto, como elemento definitivo para ajuizar de uma desigualdade, é, então, a ausência de justificação do critério utilizado para distinguir⁵⁹. Este é um momento essencialmente valorativo que implica uma relação entre o critério empregado e o fim da distinção⁶⁰, logo nem todas as diferenciações de tratamentos são inadmissíveis.

Para ajuizar da bondade de uma diferenciação, partimos dos testes que referimos *supra*, relativos à proibição do arbítrio ou da igualdade proporcional.

A igualdade proporcional é limitada, desde logo, pela distinção entre o princípio da igualdade e da proporcionalidade, porquanto no princípio da igualdade não está em causa encontrar o meio menos restritivo da posição subjetiva, mas sim o menos desigualitário⁶¹. Contudo, isto não implica a inutilidade da proporcionalidade para um juízo sobre o que é “uma

⁵⁴ SILVA, Jorge Pereira da, *Dever de legislar e protecção jurisdicional contra omissões legislativas*, Lisboa, UCE, 2003, p.69.

⁵⁵ por todos cfr. PALADIN, Livio, “*Corte Costituzionale e Principio Generale d’ Eguaglianza*”, in *In onore di Vezio Crisafulli*, Pádova, CEDAM, 1985, p.609.

⁵⁶ Referindo-se à desvantagem como um filtro, REIMER, Philipp, “§ 128, *Allgemeiner...*”, p.1094.

⁵⁷ CANAS, Vitalino, *O princípio da proibição do excesso na conformação e no controlo de atos legislativos*, Coimbra, Almedina, 2017, p.1093.

⁵⁸ MARTENET, Vincent, *Géométrie de l’égalité*, Bruxelas, Paris, Schulthess, 2003, p.12 No mesmo sentido “a discriminação pressupõe um tratamento diferenciado de situações idênticas sem justificação objetiva, razoável e proporcional” V. 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, Almedina, 2010, p.52.

⁵⁹ Autonomizando a justificação e a sua correção como elementos distintos do teste de igualdade, CARA, Juan Carlos Gavara de, *Contenido y función del término de comparación en la aplicación del principio de igualdad*, Madrid, Thomson Aranzadi, 2008, p.59.

⁶⁰ SCHOCH, Friedrich, “*Der Gleichheitssatz*”, *DVBl* 1988, p.874.

⁶¹ MACHADO, Jónatas, *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva: dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos*, 2.ª ed., Coimbra, Gestlegal, 2021, p.308.

dimensão da afetação individual comparativamente (...)⁶². Assim, não existe uma separação radical entre igualdade e proporcionalidade⁶³.

Após aferir da existência de uma desigualdade, é ativada a estatuição do princípio, enquanto obrigação secundária, já que a obrigação primária resultante da norma obriga a uma abstenção de comportamentos que preencham a previsão, mas, se, não obstante a proibição, ocorrerem esses comportamentos surge a referida obrigação secundária para os corrigir⁶⁴.

A obrigação secundária possui a estrutura de uma obrigação alternativa típica do direito civil⁶⁵, o que se traduz na ideia de que a correção de uma violação do princípio pode operar alternativamente, quer numa extensão do tratamento criador da desigualdade ao sujeito discriminado, quer numa reversão do tratamento que originou uma situação de privilégio⁶⁶.

Para os AUTORES é indiferente para a correção a escolha entre extensão e reversão, com a decisão inteiramente a cargo da entidade⁶⁷. Estas contenções seriam justificadas pelo caráter modal da igualdade⁶⁸ e pelo princípio da separação de poderes⁶⁹.

A fundamentação baseada no caráter modal parece-nos ser mais apropriada, pois existem várias formas de eliminar a igualdade, sendo excepcional a redução a zero da discricionariedade quanto a essa correção⁷⁰, mas já quanto à separação de poderes, tendo em conta que nas sentenças intermédias há um recurso aos valores constitucionais para justificar a melhor adequação de uma extensão ou reversão⁷¹, não nos parece que a jurisdição não possa exigir no

⁶² PEREIRA, Ravi Afonso, “Igualdade...”, p.363.

⁶³ Sobre isto, *infra*, V.5.

⁶⁴ REIMER, Philipp, “§ 128, Allgemeiner...”, p.1113.

⁶⁵ Art. 543.º do CC. A construção dos autores baseia-se expressamente no direito civil, cfr. KEMPNY, Simon/ REIMER, Philipp, *Die Gleichheitssätze...*, p.154;

⁶⁶ A doutrina portuguesa reconhece esta estrutura alternativa, quanto às sentenças do TC que podem tanto estender como reverter o tratamento violador da igualdade, cfr. BRANCO, Ricardo, *O Efeito Aditivo da declaração de inconstitucionalidade*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, p.341; CANOTILHO, J.J. Gomes, *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*, Coimbra, Almedina, 2001, pp.388 e 389.

⁶⁷ KEMPNY, Simon/ REIMER, Philipp, *Die Gleichheitssätze...*, p.159.

⁶⁸ Sobre isto, V. 3.2.1.

⁶⁹ KEMPNY, Simon/ REIMER, Philipp, *Die Gleichheitssätze...*, p.164.

⁷⁰ MEDEIROS, Rui, *A Decisão de Inconstitucionalidade: Os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da Lei*, Lisboa, UCE, 1999, pp.505 e ss..

⁷¹ SÁNCHEZ, Pedro Fernández, *Lei e Sentença, vol. II, Separação dos poderes legislativos e judiciais na constituição portuguesa*, Lisboa, AAFDL Editora, 2017, p.723.

caso concreto uma extensão ou reversão, mas já a forma de como será feita dependerá da entidade.

2.2.2. PRINCÍPIO DA IGUAL DIGNIDADE NA HUMANIDADE COMUM

É também de distinguir este princípio geral da igualdade com a estrutura normativa assim descrita, do Princípio da Igual Dignidade na Humanidade Comum⁷², neste sentido emergindo como o princípio axial do sistema de direitos fundamentais⁷³, estando plasmado no art. 1º da CRP⁷⁴, sendo porquanto subsumido no princípio da dignidade da pessoa humana.

Assim, cumpre distinguir o princípio matricial e estrutural, do princípio da igualdade como limite,⁷⁵ pois trataremos exclusivamente do segundo.

⁷² COUTINHO, Luís Pedro Pereira, *A Autoridade Moral da Constituição - Da Fundamentação da Validade do Direito Constitucional*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, p.583.

⁷³ No ac. n.º 231/94 do TC é considerado como o valor supremo do ordenamento.

⁷⁴ Considerando que o art. 1º expressa o princípio do igual respeito e consideração defendido por DWORKIN, cfr. MIRANDA, Jorge / CORTÊS, António, “Anotação ao Art 1º,” in *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 2.ª ed., p.62. No mesmo sentido, DWORKIN, Ronald, *Sovereign Virtue: the theory and practice of equality*, Londres/Cambridge Mass., HUP, 2002, pp.1 e 2.

⁷⁵ ALEXANDRINO, José de Melo, *A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na constituição portuguesa*, Vol.II, Coimbra, Almedina, 2006, p.579, nota 152.

3. A FÓRMULA DA “IGUALDADE NA ILEGALIDADE”

3.1. TIPIFICAÇÃO

A fórmula “não há direito à igualdade na ilegalidade” descreve um conjunto de situações tipificáveis num elenco de pressupostos, mas primeiro, em delimitação das situações que comporta cumprir precisar aquilo a que não se refere. Desde logo, não é um problema de patologia da lei⁷⁶, ou seja, não está em causa nem inconstitucionalidade⁷⁷, nem o excesso de poder legislativo⁷⁸, pela desadequada ponderação de interesses por parte do legislador.

Assim, positivamente é um problema de igualdade perante a lei,⁷⁹ provocado por limites acidentais do ato legislativo⁸⁰ decorrentes da sua aplicação pela função executiva⁸¹.

Dessarte, possui alguns pressupostos semelhantes à autovinculação administrativa, em geral, cujo fundamento se encontra no princípio da igualdade⁸².

Esta autovinculação, de acordo com certa doutrina, na senda de OSSENBÜHL, surge através de instruções, só assim transparecendo a vontade da administração se vincular a certo

⁷⁶ Considerando que nestas situações pode haver relevância de patologias legais, nomeadamente, no caso de a lei não conceber um procedimento administrativo adequado para a sua própria aplicação, cfr. PIEROTH, Bodo/SCHLINK, Bernhard, *Grundrechte, Staatsrecht, vol.II*, 28.ª ed., Heidelberg, C.F.Müller, 2010, p.127.

⁷⁷ V. Acórdão do TC n.º 7/2017, “porque do princípio constitucional da igualdade resulta um «direito à igualdade na ilegalidade», na feliz expressão usada no trecho da decisão recorrida que se pronunciou sobre esta questão. Sejam quais forem os méritos dessa tese, o certo é que ela não diz, por definição, respeito à constitucionalidade das normas legais aplicáveis ao caso *sub iudice* mas à constitucionalidade da *decisão de aplicar* tais normas”.

⁷⁸ VAIANO, Diego, *La riserva di funzione amministrativa*, Milão, Giuffrè, 1996, p.332.

⁷⁹ MARTENET, Vincent, *Géométrie...*, p.75. Considerando ser um problema de igualdade fática, cfr. RANDELZHOFFER, ALBRECHT, “*Gleichbehandlung im Unrecht? Zur Problematik eines Anspruchs auf Beibehaltung*”, JZ, ano 28, n.º 17, 1973, pp.541 e 542.

⁸⁰ AUBERT, François, “*De quelques limites au principe de la primauté des lois*”, in *Festschrift zum 70. Geburtstag von Hans Nef*, Zurique, Schulthess, 1981, p.15.

⁸¹ PÖSCHL, Magdalena, *Gleichheit vor dem Gesetz*, Viena/Nova Iorque, Springer, 2007, p.754.

⁸² Entre outros, cfr. LUENGO, Javier García, *El principio de protección de la confianza en el derecho administrativo*, Madrid, Civitas, 2002, p.230.

sentido decisório⁸³, contudo é de entender, com a doutrina majoritária, que é através da prática subjacente que a administração se autovincula⁸⁴.

Exige-se, deste modo, identidade normativa, isto é, que as normas aplicáveis em ambos os casos sejam iguais, o que significa que nos casos em que há direitos constituídos nas situações paralelas, há diferença normativa, pela existência da norma⁸⁵ que impede a revisão de atos ilegais⁸⁶.

Também se exige identidade objetiva, devendo os procedimentos ser idênticos ou relacionados⁸⁷.

É necessária ainda identidade subjetiva⁸⁸, o que significa que a entidade que decidiu o caso paralelo seja a mesma que agora decide⁸⁹. Isto significa que se estivermos perante entidades de base institucional é possível invocar o precedente da entidade de base territorial⁹⁰.

Outro pressuposto controverso é a duração do tempo⁹¹. Este, embora no precedente conforme à lei não assuma relevo para o consolidar, mas sim para o reverter⁹², já na autovinculação inválida, a situação será diversa para parte da doutrina⁹³. Contudo, parece-nos que o pressuposto que funciona como *differentia specifica* é o quantitativo, porque a ilegalidade

⁸³ OSSENBÜHL, Fritz, “§104, *Autonome Rechtssetzung...*”, p.333.

⁸⁴ STARCK, Christian, “Art.3 (1)”, in *Das Bonner Grundgesetz: Kommentar*, org: MANGOLDT, Hermann, 3ªed., Munique, Franz Vahlen, 1991, p.359, JOUANJAN, Olivier, *Le principe...*, 1991, p.375.

⁸⁵ Arts. 168.º, n.º s 1 e 2 ou Art. 162.º, n.º 3 do CPA.

⁸⁶ KÖLBEL, Christoph, « *Gleichheit...* », p.38.

⁸⁷ OTERO, Paulo *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à legalidade*, Almedina, Coimbra, 2022, p.979.

⁸⁸ DÍAZ, José Ortiz, “*El Precedente Administrativo*”, in, RAP, nº 24, p.99.

⁸⁹ Para PEDRO MONIZ LOPES o precedente administrativo não precisa de ser circunscrito ao mesmo órgão em concreto ou à mesma circunscrição, podendo abranger outras entidades com a idêntica competência material, cfr. *Princípios...*, p.340.

⁹⁰ DIÉZ-PICAZO, Luis, “*La Doctrina del Precedente Administrativo*”, in RAP, nº. 98, 1982, p.19

⁹¹ Relacione-se com o que *infra* se diz sobre a tolerância administrativa, V.4.2.2.

⁹² JOUANJAN, Olivier, *Le principe...*, pp.357 e ss..

⁹³ Considerando que a longa duração do tempo releva para a autovinculação a uma prática administrativa, STARCK, Christian, “Art. 3 (1)...”, p.356. Exigindo simultaneidade entre os atos para vincular a administração, cfr. OLIVEIRA, Mário Esteves de, *Direito Administrativo*, Coimbra, Almedina, 1980, p.327. Entendendo que a prática ilegal assume relevância quando se transforma em costume, cfr. LOPES, Pedro Moniz, *Princípios...*, p.328, nota 770.

da atuação é entendida como um requisito negativo para a existência de precedente⁹⁴, exigindo-se, portanto, neste caso uma constante prática ilegal, aferida pela quantidade casos decididos⁹⁵.

Após este ensejo, já podemos tipificar a situação que suscita a nossa problemática.

Primeiro, ocorre quando há uma diferenciação entre sujeitos comparáveis titulares de um direito de igualdade, operada pela entidade obrigada a dispensar um tratamento igual⁹⁶. O termo de comparação será a ação ilegal da administração⁹⁷.

Em segundo lugar, exige-se que a ilegalidade do agir, qual causa da diferenciação, não seja apenas a violação do princípio da igualdade⁹⁸, mas a violação de uma norma de conduta específica, ou seja, de uma regra, de modo constante.

Em relação a esta ilegalidade, resultam dúvidas relativas à relevância das atuações discricionárias⁹⁹. Certo é, que pelo que se acabou de referir, se a utilização de poderes discricionários for ilegal pela violação do princípio da igualdade, esta não releva¹⁰⁰.

Todavia, já relevará por exemplo se ocorrer no caso comparado um vício de falta de causa, além de uma violação deste princípio¹⁰¹.

Nesta fase, já podemos responder a uma objeção, que se prende com a vinculação do juiz à prática administrativa, o que resultaria numa assunção desta de carácter normativo derogatório e atentatório da separação de poderes. Ora, esta atuação é simplesmente um facto,

⁹⁴ Configurando como requisito negativo, mas mostrando alguma abertura para a possibilidade da violação da proibição do arbítrio pelo afastamento de um precedente ilegal, DIÉZ-PICAZO, Luis, “*La Doctrina...*”, p.26.

⁹⁵ TSCHANNEN, Pierre, /MÜLLER, Markus/ KERN, Markus, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 5.^a ed., Berna, Stämpfli, 2022, p.202, GAVILLET, Aurélie, *La pratique administrative dans l'ordre juridique suisse*, Berna, Schulthess, 2018..., p.198.

⁹⁶ REIMER, Philipp, “*Keine Gleichheit...*”, p.4.

⁹⁷ BANGEL, Felix, *Gleichheit im Unrecht*, Berlim, Logos, 2020, p.94, LLORENTE, Francisco Rubio, “*La igualdad en la aplicación de la ley*”, in Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, n.º 1, 1997, pp.147 e 148. Em casos de aplicação conforme à lei, o termo de comparação é a própria lei, cfr. CARA, Juan Carlos Gavara de, *Contenido...*, p. 139.

⁹⁸ REIMER, Philipp, “*Keine Gleichheit...*”, p.7.

⁹⁹ Considerando que só relevam os casos de atuação administrativa vinculada e os casos em que a discricionariedade é reduzida a zero, cfr. REIMER, Philipp, “*Keine Gleichheit...*”, p.8.

¹⁰⁰ ARNDT, Hans-Wolfgang, “*Ungleichheit...*”, p. 237.

¹⁰¹ O vício de causa pode ocorrer, tanto em atuações discricionárias como vinculadas, cfr. PEREIRA, André Gonçalves, *Erro e Ilegalidade no Acto Administrativo*, Lisboa, Ática, 1962, p.134.

não uma nova norma¹⁰², estando o juiz vinculado, isso sim aos arts. 266.º, n.º 2 e 13.º, n.º 1 da CRP, portanto à Constituição, assim como ao art. 6.º do CPA¹⁰³.

3.2. DA EXISTÊNCIA DE UM DIREITO SUBJETIVO GERAL DE IGUALDADE

A questão que agora se coloca releva para o tema desta dissertação, pois “direito à igualdade na ilegalidade” depende da primeira parte, ou seja, de descortinar um direito subjetivo à igualdade. No nosso caso o princípio da igualdade assume uma configuração subjetivista, por estar em causa a diferença de tratamento entre diferentes destinatários da atuação administrativa¹⁰⁴.

Concomitantemente com a passagem para a igualdade através da lei, a doutrina identifica um direito subjetivo à igualdade¹⁰⁵, como se esta mudança incluísse também a revelação deste direito.

O ponto de partida para investigarmos a sua existência na ordem jurídico-constitucional portuguesa é o art. 13.º, n.º 1 da CRP, preceito textualmente semelhante ao art. 3 (1) da GG¹⁰⁶, sendo que na Alemanha a maioria da doutrina interpreta este articulado como plasmando um direito subjetivo de igualdade¹⁰⁷.

Ora, diversamente, entre nós, a doutrina maioritária sustenta não existir um direito genérico de igualdade¹⁰⁸, por oposição à existência de direitos subjetivos especiais de

¹⁰² BANGEL, Felix, “*Gleichheit...*”, p.85.

¹⁰³ ARNDT, Hans-Wolfgang, “*Ungleichheit...*”, p.239.

¹⁰⁴ Tecendo a mesma consideração, no caso da recusa de aplicação de regulamentos, cfr MONIZ. Ana Raquel Gonçalves, *A recusa de aplicação de regulamentos pela administração com fundamento em invalidade: contributo para a teoria dos regulamentos*, Coimbra, Almedina, 2017, p.637

¹⁰⁵ LEIBHOLZ, Gerhard, *Die Gleichheit...*, pp.233 e ss..

¹⁰⁶ Sublinhando a semelhança entre o art. 13.º, n.º 1, o art. 3.º (1) da GG e o art. 14.º da CE, na consagração do princípio da igualdade “*em certa maneira subjetivizado*”, cfr AMARAL, Maria Lúcia, “O princípio da igualdade...”, p.36.

¹⁰⁷ STARCK, Christian, “Art.3º (1)...”, p.340, nota 577.

¹⁰⁸ Por todos, cfr. MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional, t. IV*, 5.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2012, p. 284. Com uma posição algo ambígua, CANOTILHO, Gomes J.J. / MOREIRA, Vital, *Constituição...*, p.337. Referindo que é “*eventualmente configurável como direito geral*” V. ALEXANDRINO, José Melo, *A Estruturação...*, p.529. Abertamente a favor, MACHADO, Jónatas, *Liberdade...*, p.305, CORREIA, Fernando Alves, *O plano urbanístico e o princípio da igualdade*, Coimbra, Almedina, 1989, p.403.

igualdade¹⁰⁹, sendo antes o princípio da igualdade configurado como um princípio objetivo, embora com reflexos subjetivos¹¹⁰.

Um influente argumento contra a afirmação da sua consagração sustenta que se os homens são iguais é por terem direitos fundamentais, esvaziando qualquer posição subjetiva de igualdade autónoma dos demais direitos¹¹¹.

Contra este argumento poderíamos dizer que sem entender a igualdade por referência ao elemento subjetivo, não é possível assimilar completamente o seu conteúdo normativo, o porquê de ser obrigatório tratar igualmente ou desigualmente, na medida em que o que está em causa são sempre sujeitos concretos, pelo que até na discriminação referente a categorias suspeitas¹¹², o problema não é a discriminação de categorias ou grupos, mas dos indivíduos através das mesmas¹¹³. Assim existe um círculo de interesses decorrente da subjetivização da igualdade, o que não impede que o seu controlo só opere com a violação de outros direitos, como se verá.

Apesar disto, poderíamos dizer que a perspetiva subjetivista não nos conduz necessariamente a configurar a igualdade como um direito, ao invés de como princípio, pois a vantagem pode ser inferior à alcançada com o princípio estruturante, por estes serem absolutos, enquanto o direito fundamental tem ínsito uma reserva de ponderação¹¹⁴. Não nos parece conclusivo, pois os princípios também estão sujeitos a ponderação¹¹⁵.

¹⁰⁹ Por exemplo os arts. 73.º, n.º 2 e. 58.º, n.º 2, al. b) da CRP.

¹¹⁰ Sobre esta conceção, cfr. CANAS, Vitalino *O Princípio da Proibição do Excesso na Conformação e no Controlo de Atos Legislativos*, 1.ª ed., Coimbra, Almedina, 2017, p.1121.

¹¹¹ MIRANDA, Jorge, *Manual...*, p. 284.

¹¹² Art. 13.º, n.º. 2 da CRP.

¹¹³ JOUANJAN, Olivier, *Le principe...*, p.180.

¹¹⁴ NOVAIS, Jorge Reis, *Limites dos Direitos Fundamentais: Fundamento, Justificação e Controlo*, Coimbra, Almedina, 2021, p. 127.

¹¹⁵ ALEXY, Robert, “On the structure of legal principles”, in *Ratio Juris* vol. 13, n.º 3, 2000, p.297. Sobre a prevalência *prima facie* na ponderação administrativa de situações subjetivamente radicadas, cfr. ALMEIDA, Mário Aroso de, *O Princípio da Razoabilidade, como Parâmetro de Atuação e Controlo da Administração Pública*, Coimbra, Almedina, 2020, p.162.

Além da sua atinência lógica à esfera subjetiva de alguém, um argumento ainda mais fulcral seria o sistemático, decorrente da inserção do art. 13.º, n.º 1 na Parte I, Título I, da CRP, relativo aos direitos fundamentais, tal como acontece com o art. 3 (1) da GG¹¹⁶.

Poderíamos, no entanto, replicar que na CRP, ao contrário da GG, a igualdade é preconizada de outra forma, por recurso ao art. 9.º, al. d)¹¹⁷, que estruturaria a igualdade, como igualdade social, o que infirmaria um argumento a favor de um direito à igualdade com caráter defensivo. Ora, na CE, encontramos um contexto normativo aparentado¹¹⁸.

Esta norma do país vizinho é aí entendida como um meta-objetivo transcendente a alcançar no plano económico-social¹¹⁹, não impedindo a doutrina espanhola de considerar que o art. 14.º da CE consubstancia um direito à igualdade de natureza defensiva¹²⁰, apesar da sua não integração na Secção 1.º, do Capítulo 2.º do Título I da CE referente aos direitos fundamentais e liberdades públicas¹²¹. O art. 13.º, n.º 1 da CRP, de forma semelhante não se integra no título referente a Direitos, Liberdades e Garantias, referindo também “igualdade perante a lei”.

Deste modo, podemos considerar que nada obsta à configuração de um direito geral de igualdade, como direito análogo a direitos, liberdades e garantias, no art. 13.º, n.º 1 da CRP.

¹¹⁶ Capítulo 1.º do Título II. Este é mesmo o argumento fulcral para a doutrina alemã, cfr. STERN, Klaus, “*Das Gebot zur Ungleichbehandlung*”, in *Das akzeptierte Grundgesetz: Festschrift für Günter Dürig zum 70. Geburtstag*, org: MAURER, Hartmut, p.219.

¹¹⁷ Art. 9.º, al. d) da CRP, “promover o bem-estar e a qualidade de vida do povo e a igualdade real entre os portugueses”.

¹¹⁸ Art. 9.º, n.º 2 CE, “*corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas(..)*”.

¹¹⁹ LUÑO, António Enríques Pérez, *Dimensiones de La Igualdad*, 2.ª ed., 2007, pp.87 e 96.

¹²⁰ Em Espanha a existência de um direito geral à igualdade também é maioritária, cfr. MANCEBO, Luis Villacorta, “*Principio de iguald y legislador Arbitrariedad y Proporcionalidad como límites (probablemente insuficientes)*”, in *RDEP*, n.º 130, 2005, p.56.

¹²¹ Secção 1.ª, Título I, Capítulo 2.º, “*de los derechos fundamentales y de las liberdades públicas*”.

3.2.1. A CARATERIZAÇÃO DO DIREITO SUBJETIVO À IGUALDADE

É um direito de eminentemente de caráter negativo¹²², assomando como uma proteção perante desigualdades, ou seja, diferenciações não justificadas, permitindo ativar judicialmente a equiparação¹²³. Como decorre da própria substância da igualdade não prescreve um comportamento determinado das entidades obrigadas ao seu respeito, proibindo antes certas modalidades de ação, constituindo, portanto, um direito modal¹²⁴.

Prosseguindo na caraterização, é de entender que não é um direito absoluto, por ser relativo a outras situações¹²⁵, o que significa que mais que subjetivo é intersubjetivo¹²⁶. Ademais, poderíamos dizer que se assemelha a um direito-garantia¹²⁷, pois ao proteger o estatuto individual, surge como um instrumento para a defesa dos demais direitos, relevando precisamente quando essas posições protegidas são discriminadas.

Um ponto polémico é também o seu núcleo essencial. Afirma-se, por um lado, que não o possui, dado que a restrição coincide com o âmbito de proteção¹²⁸, sendo forçosamente todas as restrições ilegítimas. Por outro lado, poderemos entender que não é assim, que pode existir uma ponderação, em que apesar de existir desigualdade de tratamento, esta deve ser admitida

¹²² LEIBHOLZ, Gerhard, *Die Gleichheit...*, pp.233 e ss., considerando que também possui dimensões prestacionais, além de defensivas, cfr. SARLET, Ingo Wolfgang/ MARINONI, Luiz Guilherme/ MITIDIERO, Daniel, *Curso de Direito Constitucional*, 8.ª ed., São Paulo, Saraiva, 2019, p.607.

¹²³ LEÓN, José Maria Baño, *La igualdad como derecho público subjetivo*, in *rdap*, nº144, 1987 p.183.

¹²⁴ Por todos, cfr. SACHS, Michael, “Zur dogmatischen Struktur der Gleichheitsrechte als Abwehrrechte”, in *DöV*, no10, 1984, pp. 411 e ss., contra, considerando que não prescreve somente a forma da atuação, mas o seu conteúdo material, ao mesmo tempo que reitera o caráter de direito público subjetivo defensivo e cassatório da decisão desigual, cfr. KIRCHHOF, Paul “§124, Die Allgemeine Gleichheitssatz”, in *HStR V*, 2.ª ed., org: ISENSEE, Josef/KIRCHHOF, Paul, Heidelberg, C.F. Müller, 1992, p.959.

¹²⁵ Daí se distinguindo dos direitos de liberdade, Cfr. BOROWSKI, Martin, *La estrutura...*, p.117. No entanto, os direitos fundamentais são todos relativos, enquanto obrigações relativas, cfr. ALEXY, Robert, “*Derechos, razonamiento jurídico y discurso racional*”, in *Isonomia*, no1, 1994, p.39. Sobre a relatividade da igualdade, cfr. GARCIA, Maria da Glória Dias “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, Almedina, 2005, p.14.

¹²⁶ JOUANJAN, Olivier, *Le principe...*, p.179.

¹²⁷ ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*, 6.ª ed., Coimbra, Almedina, 2019, p.112 e ss..

¹²⁸ HUSTER, Stefan, “*Gleichheit und Verhältnismäßigkeit: Der allgemeine Gleichheitssatz als Eingriffsrecht*”, in *JZ*, Ano 49, n.º 11, p.541.

por motivos de interesse público¹²⁹, por exemplo se existir um *numerus clausus* para um determinado curso e vários alunos com a mesma nota dos que entraram são excluídos.

Assim, é o direito defensivo dos titulares de direitos fundamentais a não serem discriminados pelas entidades obrigadas a não diferenciar de forma injustificada¹³⁰.

Além de ser um direito com aplicação nas relações entre os indivíduos e o poder¹³¹ é também um princípio objetivo¹³², o que se revela, nomeadamente¹³³ no direito da organização administrativa¹³⁴ e no direito das finanças públicas¹³⁵.

¹²⁹ PÖSCHL, Magdalena, *Gleichheit...*, p.193.

¹³⁰ Parafraçando PHILLIPP REIMER, cfr. “§128 Allgemeiner...”, p.1084.

¹³¹ Defendendo um direito subjetivo à igualdade frente à administração, cfr. OLIVEIRA, Mário Esteves de, *Direito...*, p.324, MONCADA, Luís Cabral de, *O Código do procedimento Administrativo Anotado*, 4.^a ed., Lisboa, Quid Iuris, 2022, p.110.

¹³² STARCK, Christian, “Art.3º (1)...”, p.341.

¹³³ Em sentido mais amplo pode ser a necessidade de uniformidade e adequação do conjunto da atuação estadual, cfr. KIRCHHOF, Paul “§124, Die Allgemeine...”, p.966.

¹³⁴ Art. 229º, n. º1 CRP.

¹³⁵ Art. 238º, n.º. 2 CRP.

4. JUSTICIABILIDADE DO DIREITO À IGUALDADE (NA ILEGALIDADE)?

O direito de igualdade é, em certo sentido, vazio¹³⁶ pela sua grande abertura¹³⁷, não fornecendo dados valorativos que permitam qualificar a injustificação da diferenciação de tratamento, sendo estes fornecidos através de critérios constitucionais, para o legislador¹³⁸ e para a administração primariamente por critérios legislativos. Estes critérios constitucionais têm a ver com axiologia enformadora da CRP¹³⁹, o que significa, na prática que o tratamento discriminatório será aferido tendo em conta a violação de outros direitos do catálogo, normativamente configuradores deste perfil¹⁴⁰.

Assim, não possui uma área **específica** de interesse, mas só numa relação que pode ser de natureza variável,¹⁴¹ logo a sua violação dependerá de uma situação concreta demarcada através destes critérios.¹⁴²

¹³⁶ HECKEL, Martin, *Gleichheit...*, 1993 p.25.

¹³⁷ MANCEBO, Luis Villacorta, “*El derecho de igualdad y el reconocimiento de la obligación a la dogmática*”, in *revista de derecho político*, n.º 67, 2006, p.66.

¹³⁸ Referindo a doutrina da imposição constitucional acessória, cfr. CANOTILHO, J.J. Gomes, *Constituição...*, p.386.

¹³⁹ SANCHEZ, Pedro Fernández, *Lei...*, pp.734 e 735. Considerando que o critério valorativo será de natureza objetiva, tendo em conta a sociedade em concreto, cfr. GARCIA, Maria da Glória Dias, “Princípio...”, p.54.

¹⁴⁰ Daí o princípio da igualdade não ser uma ilha, estando em relação com outros valores, MIRANDA, JORGE / MEDEIROS, RUI, “Anotação...”, p.166.

¹⁴¹ PIETZCKER, Jost, “*Zu den Voraussetzungen des Anspruchs auf Gleichbehandlung nach Art. 3 I GG*”, in, *JZ*, ano 44, n.º 7, p.305.

¹⁴² Criticamente, cfr. MANCEBO, Luis Villacorta, “*El derecho de igualdad...*”, p.44.

4.1. IGUALDADE POR BAIXO

As violações do direito de igualdade podem ser sanadas tanto através de uma extensão do tratamento, sendo neste caso igualdade por cima ou então, através de uma igualdade por baixo, alcançada através de uma reversão do tratamento criador de privilégios¹⁴³.

Iremos abordar primeiramente a igualdade por baixo, por ser esta uma forma de lidar com o direito à igualdade na ilegalidade, que nos permite evitar os entraves tipicamente apontados a esta fórmula, assim como lidar com a ilegalidade do ato comparado¹⁴⁴, restaurando simultaneamente a igualdade e a legalidade.

Contudo, a reversão de tratamento coloca sérias interrogações quanto à sua justiciabilidade, pela ausência de um claro interesse em agir numa situação concernente a terceiros e à sua esfera jurídica.

Existem, por certo, situações em que há uma vantagem a retirar da oposição à situação de vantagem de um terceiro. Estes esquemas decorrem da existência de uma relação direta do terceiro privilegiado com o impugnante¹⁴⁵, o que ocorre em casos de concorrência¹⁴⁶, ou de vizinhança¹⁴⁷, admitindo a jurisprudência a presença de um interesse direto e pessoal para impugnar, *ex vi* do art. 55.º, n.º 1, al. a) do CPTA¹⁴⁸.

Mas além destas relações, será possível sustentar um interesse em agir apenas baseado no direito de igualdade?

Este tipo de ações é designado, pejorativamente, como ações de inveja. Podem ser suscitadas, nomeadamente quando se procura contrariar a entrega de um subsídio ilegalmente concedido a favor de um terceiro. Em prol das mesmas milita a ideia de que a igualdade é um

¹⁴³ Sobre esta distinção, cfr. STARCK, Christian, “Art.3 (1)...”,p.341, DÜRIG, Günter, “Art. 3...” , p.90.

¹⁴⁴ GARCÍA, Enrique Alonso, “*El Principio...*”, pp.25 e 26.

¹⁴⁵ OLIVIER JOUANJAN critica a ideia de que aqui não baste o direito de igualdade e surja, por conseguinte, a necessidade de mediatização de um outro direito como a iniciativa económica, pois em causa estaria mais propriamente uma desigualdade de tratamento, cfr. *Le principe...*, 1991, pp.405 e 406.

¹⁴⁶ ARNDT, Hans-Wolfgang, “*Ungleichheit...*”, p.250.

¹⁴⁷ Pois nestes casos está em causa o direito de livre iniciativa económica ou o de propriedade, cfr. MAURER, Hartmut, *Derecho Administrativo Alemán*, Cidade do México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2012, p.167, nota 70. Ou o direito ao ambiente, cfr. SILVA, Vasco Pereira da, *Em Busca do Ato Administrativo Perdido*, Coimbra, Almedina, 2016, p.278.

¹⁴⁸ Ac. do STA, de 30-03-2023, proc. n.º 01576/21, ac. do STA, de 11-07-2019, proc. n.º 042/19.

fim em si mesmo¹⁴⁹, assim como a ideia de que pode existir um interesse a não ser discriminado, independentemente de uma vantagem material¹⁵⁰.

Contra esta conceção, poderíamos dizer que um limite ao direito subjetivo à igualdade é a possibilidade de requerer que os demais sejam tratados igual ou desigualmente¹⁵¹.

O STA¹⁵², num caso precisamente sobre um subsídio, cuja ilegalidade se discutia, refere não existir um interesse nestes casos, pois “não se alcança em que termos a Recorrente é suscetível de ser directamente afectada pela medida que interpreta como sendo um auxílio público ilegal.”

Deste modo e possuindo o nosso contencioso uma vertente subjetivista,¹⁵³ não existe legitimidade para uma pretensão impugnatória, por não se vislumbrar qualquer interesse material.

Por outro lado, não é possível o recurso à ação popular neste caso¹⁵⁴, já que o interesse na igualdade¹⁵⁵ não releva como um interesse capaz de fundar uma ação deste tipo¹⁵⁶, tão pouco relevando o interesse na legalidade objetiva¹⁵⁷.

Em sede impugnatória, portanto, resta-nos entender, que cabe ao MP em caso de incumprimento da legalidade pela administração, reagir contra a patologia do agir

¹⁴⁹ SACHS, Michael, “*Verfassungsrecht*”, vol. II, 3ª. ed., Nova York, Springer, 2017, p.307.

¹⁵⁰ DESENS, Marc, “*Neid als Grundrechtsausübungsmotiv: Zur Durchsetzung des Gleichbehandlungsanspruchs bei gleichheitswidrigen Gesetzen*”, in, *AÖR*, vol. 133, nº. 3, 2008, p.427.

¹⁵¹ CANAS, Vitalino, *O Princípio...*, p.1122, KIRCHHOF, Paul, “§ 125 Gleichheit in der Funktionenordnung”, in *HSr V*, org: ISENSEE, Josef/KIRCHHOF, Paul, 2.ª ed., Heidelberg, C.F. Müller, 1992, p.1010.

¹⁵² V. Ac. do STA de 07-09-2022, proc. nº.02413/17.

¹⁵³ Cfr. Ac. do STA de 19-01-2023, proc. n.º 077/21.

¹⁵⁴ Ressalvado os casos em que exista simultaneamente um interesse na proteção do ambiente, ou demais interesses concretizados pelo legislador, sendo a enumeração constitucional de natureza exemplificativa, MIRANDA, Jorge/MACHETE, Pedro, “Anotação ao art. 52.º da CRP”, in *Constituição Portuguesa Anotada*, v. I, org: MIRANDA, Jorge/ MEDEIROS, Rui, 2ªed., Lisboa, UCE, 2017, p.749.

¹⁵⁵ Referindo-se à ação popular em defesa da igualdade, cfr. JELLINEK, Georg, *System des öffentlichen recht*, 2.ª ed., Tubinga Mohr Siebeck, 1919, p.72.

¹⁵⁶ Sobre os interesses difusos, interesses coletivos e interesses individuais homogêneos, cfr. MATOS, André Salgado, in *O Provedor de Justiça e os meios administrativos e jurisdicionais de controlo da actividade administrativa*, Provedor de Justiça, Novos Estudos, 2008, pp.150e ss..

¹⁵⁷ Ao contrário do que acontecia com o art. 822.º do Código Administrativo que permitia uma ação popular corretiva em defesa da legalidade objetiva perante a administração local, cfr. FÁBRICA, Luís Sousa da, “A ação popular já não é o que era”, in *CJA*, n.º 38, 2003, p.50.

administrativo, através da ação pública¹⁵⁸, nos termos dos arts. 9.º, n.º 2 e 146.º CPTA. Neste caso, o terceiro ou terceiros seriam contrainteresados, pelo prejuízo que sofreriam pela anulação, devendo ser identificados na ação¹⁵⁹, nos termos dos arts. 57.º e 68.º, n.º 2 do CPTA.

Pelo exposto, o particular fica limitado a promover medidas de controlo destinadas ao desiderato de uma aplicação mais uniforme da lei¹⁶⁰ através ao direito de petição¹⁶¹, ou da reclamação¹⁶².

4.2. IGUALDADE POR CIMA

Mudando de enfoque, para fundar uma pretensão à igualdade por cima, contrariamente ao caso descrito, aparenta existir um interesse material, pela conexão que possui com uma situação material de vantagem que se procura alcançar e que não assistiria ao particular pelo agir administrativo conforme à lei.

Para discutir esta hipótese, iremos fazer uma distinção, consoante a extensão de tratamento visada seja uma repetição da ação praticada no caso paralelo ou, ao invés, da omissão. O primeiro esquema corresponde às ações de direito à igualdade na ilegalidade normalmente suscitadas no âmbito da administração prestacional e o último é típico da administração agressiva.

¹⁵⁸ ALMEIDA, Mário Aroso/ CADILHA, Carlos Alberto, *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, 5.ª ed., Coimbra, Almedina, 2021, p.400.

¹⁵⁹ LUÍS, Sandra Lopes, *A ação contra particulares no contencioso administrativo português: contributo para o estudo da tutela jurisdicional nas relações administrativas entre particulares*, Lisboa, AAFDL Editora, 2021, p.661.

¹⁶⁰ BRYDE, Brun-Otto, *Die Effektivität von Recht als Rechtsproblem*, Berlim, de Gruyter, 1993, p.14. No mesmo sentido, DÜRIG, Günter, “Art. 3...” p.214.

¹⁶¹ Art. 52.º, n.º 1 da CRP.

¹⁶² Art. 191.º, n.º 1 do CPA.

4.2.1. ADMINISTRAÇÃO PRESTACIONAL

Apesar da existência de um interesse na expansão da esfera jurídica, isso não resulta automaticamente na afirmação de que seja sustentável a existência de legitimidade para a requerer, pois o direito de igualdade jurídica só opera se existir um direito previsto no escopo de proteção de alguma norma¹⁶³, assim não pode haver um direito de igualdade ilegal¹⁶⁴.

Deste modo, ao prestar um benefício sem fundamento numa lei, a Administração atua faticamente, livre do Direito¹⁶⁵, não existindo igualdade perante lei, mas sim uma situação de direito fático à igualdade¹⁶⁶, que não assume relevância, pois não existe um direito fundamental à igualdade fática¹⁶⁷ pelo menos como direito análogo a direitos, liberdades e garantias¹⁶⁸, já que o art. 13º, n.º 1 da CRP refere igualdade “*perante a lei*”¹⁶⁹.

Por estes motivos, estes atos serão manifestamente ilegais¹⁷⁰, não sendo autovinculativos¹⁷¹. Não podemos também entender, que a mudança de significado da

¹⁶³ Considerando que o direito à igualdade só opera no caso de existir um direito contemplado no escopo de proteção da norma, cfr. PIETZCKER, Jost, “*Zu den...*”, pp.307 e 308. KÖLBEL, primeiro considera ser impossível a extensão de tratamento pelo caráter procedimental do direito de igualdade estando dependente de uma lei para se substancializar, mas mais à frente vem admitir a hipótese, no caso de a lei apenas apresentar pressupostos negativos para a prestação, resultando isto numa limitada expansão dos benefícios concedidos, se bem que de forma temporária, cfr., « *Gleichheit...* », pp.101 e ss..

¹⁶⁴ A jurisprudência austríaca aponta, com inteira justiça para a existência de uma contradição no conceito de direito ilegal, cfr. PÖSCHL, Magdalena, *Gleichheit...*, p.755.

¹⁶⁵ O que contraria o princípio da competência, cfr. AMARAL, Diogo Freitas/ colab. MACHETE, Pedro/ TORRAL, Lino, *Curso de Direito Administrativo*, vol. II, 3.ª ed., Coimbra, Almedina, 2016, p.40.

¹⁶⁶ RANDELZHOFFER, Albrecht, “*Gleichbehandlung...*”, p.523.

¹⁶⁷ Admitindo a sua existência, no já citado, art. 9.º, al. d) da CRP, cfr. SAMPAIO, Jorge Silva, *Ponderação...*, p.660. Também ALEXY considera existir, mas ao contrário do direito à igualdade jurídico não possui um ónus a seu favor, sendo necessário aduzir razões para a sua afirmação, cfr. *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford, OUP, 2010, pp.280 e ss..

¹⁶⁸ Assim, a existir, configuraria como um direito económico, social e cultural, com as condicionantes daí advenientes. Sobre estes condicionamentos estruturais, cfr. MEDEIROS, Rui, “Direitos, Liberdades e Garantias e Direitos Sociais: entre a unidade e a diversidade”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Manuel Sérvulo Correia*, vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p.662.

¹⁶⁹ Referindo o mesmo argumento, mas perante a GG, ARNDT, Hans-Wolfgang, “*Ungleichheit...*”, p.240.

¹⁷⁰ Correspondendo a violação de lei por falta de base legal. Não é de excluir em absoluto o seu cabimento na usurpação de poder legislativo, sendo nesse caso nulos, art. 161.º, n.º 2, al. a) do CPA.

¹⁷¹ OTERO, Paulo, *Legalidade...*, p.977.

igualdade, passando de uma igualdade totalmente confundida com o princípio da legalidade, para uma igualdade que também vincula o legislador, implique que a teoria ampla da previsão obrigue a um “direito à igualdade na ilegalidade *prima facie*”¹⁷², antes obrigando o “direito de igualdade *prima facie*” a uma legislação não violadora do princípio da igualdade e a uma aplicação conforme à mesma, assim o princípio-direito da igualdade só se cumpre com uma aplicação uniforme da lei¹⁷³, como resulta do seu programa normativo¹⁷⁴.

Assim, só existe um direito de igualdade se uma norma prever determinados fins, que terão necessariamente uma aplicação igual e por este motivo não há colisão alguma entre igualdade e legalidade da administração¹⁷⁵, pelo menos em áreas de vinculação administrativa¹⁷⁶.

Também, porque a justificação de uma diferenciação depende da forma como cada área do Direito molda o princípio da igualdade às suas especificidades, se esta diferenciação fosse generalizada não haveria violação da igualdade, pelo fim ser normativo e não de conveniência¹⁷⁷.

Nem parece viável a interpretação no sentido de o artigo 266.º, n.º 2 da CRP ao não falar em igualdade perante a lei, mas só em igualdade, implique algo diverso do sustentado, pois o artigo aparece acompanhado por outros princípios, o que significa que igualdade nesse articulado deve significar não mais que aplicação uniforme da lei, ou seja, igualdade na ordem jurídica¹⁷⁸.

Também não parece possível argumentar a favor da existência de um direito à igualdade com esse conteúdo positivo, configurável através da figura da ingerência, obrigando a administração à extensão do tratamento após iniciar a sua ação numa determinada área. Ora,

¹⁷² BOROWSKI, Martin, “*Grundrechte als Prinzipien*”, 3.ª ed., Baden-Baden, Nomos, 2018, p.521.

¹⁷³ GÖTZ, Volkmar, “*Das Grundrecht auf Rechtsanwendungsgleichheit und der verwaltungsgerichtliche Rechtsschutz*”, in *DVBl*, 1968, p. 93, CORREIA, Fernando Alves, *O plano...*, p.403.

¹⁷⁴ Realçando a importância da identificação do domínio normativo no enquadramento da previsão ampla dos direitos fundamentais, cfr. DUARTE, David, *A norma...*, pp.752 e 753.

¹⁷⁵ KÖLBEL, Christoph, « *Gleichheit...* », p.43, RANDELZHOFFER, Albrecht, “*Gleichbehandlung...*”, p.538.

¹⁷⁶ Para ESTEVES DE OLIVEIRA, o princípio da igualdade só releva no domínio da discricionariedade, *Direito...*, p.324. Em sentido próximo, cfr. SOUSA, Marcelo Rebelo de/MATOS, André Salgado de, *Direito...*, p.226. Por este motivo, em zonas de margem de livre apreciação, até GÜNTER DÜRIG parece defender uma solução diferenciada para os casos de igualdade na ilegalidade, cfr. “Art.3...” , p.196.

¹⁷⁷ HUSTER, Stefan, “*Gleichheit...*”, pp.547 e 548, SCHOCH, Friedrich, “*Der...*”, p.871.

¹⁷⁸ Assim como o art.13.º, n.º 1 da CRP, cfr. MIRANDA, Jorge / MEDEIROS, Rui, *Anotação...*, p.164.

este argumento oponível face ao legislador¹⁷⁹, não parece transitável para o caso da administração, pela diferença entre as funções quanto distinto papel que têm na criação do Direito, assim não existe qualquer direito de requerer a condenação à prática do ato¹⁸⁰, assim como é inadmissível a administração praticar um ato ilegal para promover uma pretensa igualdade de tratamento.

Este caso contra a igualdade por cima não é prejudicado, se se entender que a reserva de lei não opera quanto à administração prestacional, pois a nesse caso a atuação já não seria ilegal¹⁸¹.

4.2.2. ADMINISTRAÇÃO AGRESSIVA

Face ao que se disse *supra*, cumpre fazer uma distinção entre a situação aí descrita e aquelas situações, em que não se exige à administração um papel constitutivo na criação de uma ilegalidade, mas sim um comportamento consentâneo com a sua atuação prévia de omissão face a ilegalidades pré-existentes. Estas situações, típicas da administração agressiva devem ser tratadas de forma diferenciada¹⁸².

Ou seja, não é sustentável a relevância da igualdade *ins Unrecht*, a igualdade à repetição de erros, só sendo discutível a igualdade *im Unrecht*¹⁸³. Nestes casos, é requerida a anulação da

¹⁷⁹ SILVA, Jorge Pereira da, *Dever de legislar...*, p.79.

¹⁸⁰ Art. 66.º do CPTA.

¹⁸¹ Para HARTMUT MAURER esta atuação violaria a reserva de lei, pois é necessário prever a atribuição de prestações por motivos de segurança jurídica, cfr. *Derecho...*, p.122. Entre nós, defendendo a reserva de lei como vinculando toda a atividade administrativa, apresentado, contudo, diferentes intensidades, que se descobrem na vinculação concreta, cfr. ESTORNINHO, Maria João, *A fuga para o Direito Privado: contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública*, Coimbra, Almedina, 1999, pp.184 e ss..

¹⁸² MONIZ, Ana Raquel Gonçalves, A recusa..., pp.348 e 349, nota 358, KIRCHHOF, Paul “§ 125 Gleichheit...”, p.1006, MOOR, Pierre/ FLÜCKIGER, Alexandre/ MARTENET, Vincent, *Droit...*, p.628.

¹⁸³ KIRCHHOF, Ferdinand, « “Keine Gleichheit im Unrecht?” », in *Rechtstaat und Grundrecht, Festschrift für Detlev Merten*, org. KIRCHHOF, Ferdinand/ PAPIER, Hans-Jürgen/ SCHÄFFER, Heinz, Heidelberg, C.F. Müller, 2007, p.114.

conduta discriminatória, pois o conteúdo modal do princípio da igualdade pode impedir uma atuação, que embora conforme à lei¹⁸⁴ não possa proceder “daquele modo”¹⁸⁵.

Assim, resta saber se existe este direito. Em primeiro lugar, o particular será afetado pelo ato ablativo na sua esfera jurídica, assim não se questiona a sua justiciabilidade. Estes atos de administração agressiva também são mais facilmente objeto de revisão que os atos de prestação¹⁸⁶, o que evita os riscos da consolidação de uma posição ilegal, se formos a reconhecer este direito¹⁸⁷.

Estes casos configuram, na sua relevância para a igualdade na ilegalidade como exemplos de tolerância administrativa, sendo caracterizados, quanto à ilegalidade desta inação, pela inutilização seletiva dos poderes de intervenção, sem motivo¹⁸⁸. Assim, e não estando a administração obrigada ao impossível, ou seja, a aplicar a lei em rigorosamente todos os casos que apresentem ilegalidades, adota-se um juízo de ponderação entre os meios e os objetivos, sendo o objetivo a aplicação da lei¹⁸⁹. Para ajuizar da ocorrência de uma tolerância, deve ser também empregue um critério temporal, exigindo-se a ultrapassagem de um “atraso razoável”¹⁹⁰ na utilização dos mesmos.

Deste modo existe ilegalidade se houver disponibilidade dos meios para a aplicar, enquanto se deixa subsistir a ilegalidade cometida pelos particulares¹⁹¹.

Quanto ao problema da idoneidade da omissão administrativa para fundar uma autovinculação da administração pela controvérsia quanto à presença de vontade administrativa na omissão¹⁹², esta encontra resposta na própria noção de vontade dos órgãos administrativos,

¹⁸⁴ Como diremos, a atuação que obriga a uma solução diferenciada ao nível do princípio da igualdade, também implica que o princípio da legalidade não esteja a ser respeitado.

¹⁸⁵ KÖLBEL, Christoph, « *Gleichheit...* », p.73 e 82

¹⁸⁶ SACHS, Michael, *Verfassungsrecht*, p.308.

¹⁸⁷ JOUANJAN, Olivier, *Le principe...*, p.397

¹⁸⁸ KÖLBEL, Christoph, « *Gleichheit...* », p.81.

¹⁸⁹ GRABIAS, Fanny, “*La Tolérance Administrative: Inapplication condamnable du droit*”, in *L'inapplication du Droit*, Org BOUEF, Romain le / BOT, Olivier le, Aix-En-Provence, DICE, 2022, p.119, disponível em: https://dice.univ-amu.fr/sites/dice.univ-amu.fr/files/public/cdd12_-_inapplication_du_droit_0.pdf.

¹⁹⁰ GRABIAS, Fanny, “*Contribution à une définition de la notion de tolérance administrative*”, in *Tolérance et droit*, Org: BIOY, Xavier/ LAVERGNE, Benjamin/ SZTULMAN, Marc, Presses de l'Université Toulouse Capitole, Toulouse, 2013, p.41.

¹⁹¹ GRABIAS, Fanny, “*La Tolérance...*”, p.109.

¹⁹² Mostrando ceticismo por este motivo, cfr. VIPIANA, Piera Maria, *L'autolimita della pubblica amministrazione: l'attività amministrativa fra coerenza e flessibilità*, Milão, Giuffrè, 1990, p.68.

como uma vontade objetiva¹⁹³. É possível, deste modo descobrir uma vontade na *toleratio* administrativa¹⁹⁴, porquanto tendo os meios para atuar, não despoleta uma ação contra as situações ilegais dos particulares¹⁹⁵. Implica, desta forma uma conjugação de *Scientia* e *Patientia*¹⁹⁶.

Destarte, a tolerância administrativa, apesar de constituir uma atuação administrativa informal, deverá ser considerada como parametrizável juridicamente, podendo inclusive consubstanciar uma atuação ilegal¹⁹⁷, por existir causa para o exercício dos poderes administrativos e uma sua inutilização voluntária, deste modo constituindo violação de lei, como um vício sobre o fim, por assentar nos motivos¹⁹⁸. Deste modo, é enquadrável na figura clássica do desvio de poder.

¹⁹³ Neste sentido, MAURER, Hartmut, *Derecho...*, p.277.

¹⁹⁴ Considerando igualmente que existe vontade, cfr. EZCURRA, Jose Luis Villar/ PALASI, Jose Luis, *Principios de derecho administrativo*, t. I, *Concepto y Fuentes*, Madrid, Universidad Computense, 1999, pp.300 e 301.

¹⁹⁵ GRABIAS, Fanny, “*La Tolérance...*”, p.117. Sustentando a relevância da vontade só no caso de uma preferência perante os efeitos *ex lege* da omissão, cfr. OTERO, Paulo, *Direito...*, pp.406 e 407.

¹⁹⁶ MONIZ, Ana Raquel Gonçalves, *A Recusa...*, pp.287 e 288.

¹⁹⁷ OTERO, Paulo, *Legalidade...*, p.916.

¹⁹⁸ Contudo, como advertia ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA, o erro sobre o fim pode tender para a irrelevância contenciosa pela sua difícil demarcação da esfera do mérito, cfr. *Erro...*, p.298.

5. AUSÊNCIA DE JUSTIFICAÇÃO DA DIFERENCIAÇÃO

Então, vejamos da sustentabilidade de dar a estas situações uma solução diferenciada.

O ponto de partida, com efeito, é o facto de o agir administrativo ser conformado em todos os seus momentos¹⁹⁹ pelos princípios gerais da atividade administrativa, o que origina uma disciplina constitucional direta do ato administrativo²⁰⁰.

Somos de entender que o modo de resolver o problema por recurso aos princípios, passa primordialmente por uma apreciação do princípio da legalidade entendido de modo enriquecido²⁰¹, materialmente²⁰², como resulta do seu significado como princípio da juridicidade²⁰³ não encerrando um fim em si mesmo²⁰⁴.

Esta compreensão, leva-nos a supor que este problema se qualifica, como de aplicação uniforme da lei, assim se unindo o princípio da igualdade e da legalidade no mesmo desiderato de uniformidade aplicativa das normas, já que a recusa categórica da igualdade na ilegalidade, sem o tempero de exigir à administração uma prática consistente dentro da lei torna-se em desigualdade na ilegalidade, insatisfatória à luz da própria legalidade²⁰⁵.

Deste modo, sem negar a prevalência do princípio da legalidade²⁰⁶, podemos entender que existe um “direito” excecional à recusa de aplicação administrativa, se a discriminação for injustificada.

Para justificar o tratamento diferenciado, importa precisar o critério e objetivo que preside a este exame.

¹⁹⁹ GARCIA, Maria da Glória Dias / CORTÊS, António, “Anotação...”, p.493.

²⁰⁰ FREITAS, Dinamene de, *Acto Administrativo Inconstitucional: delimitação do conceito e subsídio para um contencioso constitucional dos actos administrativos*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, p. 153. Contra, MORAIS, Carlos Blanco de, *Justiça Constitucional, t. I, Garantia da Constituição e Controlo da Constitucionalidade*, 2.^a ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2006, p.514.

²⁰¹ AYALA, Bernardo Diniz de, *O (défice de) controlo judicial da margem de livre decisão administrativa : considerações sobre a reserva de administração, as componentes, os limites e os vícios típicos da margem de livre decisão administrativa*, Lisboa, Lex, 1995, p.247.

²⁰² MONIZ, Ana Raquel Gonçalves, *A recusa...*, p.686.

²⁰³ ANDRADE, José Carlos Vieira de, “Ordenamento jurídico administrativo português”, in *Contencioso Administrativo*, Braga, Livraria Cruz, 1986, p.41.

²⁰⁴ BANGEL, Felix, *Gleichheit...* p.83.

²⁰⁵ JOUANJAN, Olivier, *Le principe...*, p.394.

²⁰⁶ TSCHANNEN, Pierre, /MÜLLER, Markus/ KERN, Markus, *Allgemeines...*, p.201.

Sendo o princípio da igualdade configurado de modo diferente dependendo do ramo jurídico em causa²⁰⁷, e estando em causa o direito administrativo, é de entender que este é um fim interno à igualdade, pela sobreposição entre os dois princípios. Ademais, sendo a existência do direito à igualdade na ilegalidade do mais duvidoso, também se justifica o recurso ao exame da proibição do arbítrio²⁰⁸, ao qual é adaptável o segmento da adequação do teste de proporcionalidade²⁰⁹.

O objetivo, sendo a aplicação da lei, deve ser, sem sombra de dúvida, considerado como um fim legítimo²¹⁰, assim como adequado a esse objetivo é o critério de aplicação da lei ao caso concreto.

Deste modo, é de preconizar que a aplicação da lei é um motivo justificativo adequado, desde que a aplicação nesse caso se destine a uma nova aplicação uniforme²¹¹. Esta aplicação uniforme deve ser presumida²¹², quando a administração aplica a lei no caso concreto, o que significa que só em caso de recusa expressa de retoma da conduta conforme à lei é que existe, em princípio, o direito a que o ato não seja aplicado²¹³.

Exigem-se ainda certas condições suplementares a ponderar no caso concreto. Por exemplo, a existência de um elevado número de destinatários da norma pode levar a uma perturbação da ordem jurídica de forma significativa, assim só se o seu universo for reduzido, é que se concebe uma solução diferenciada²¹⁴.

Além disto, não podem existir interesses juridicamente relevantes contrários ao interesse do particular²¹⁵, podendo estes ser tanto interesses públicos²¹⁶, como de terceiros, devendo, no entanto, existir uma fundamentação do ato de desvio do precedente²¹⁷.

²⁰⁷ HUSTER, Stefan, “*Gleichheit...*”, p.547.

²⁰⁸ MANCEBO, Luis Villacorta, “*Principio de igualdad y legislador: Arbitrariedad y Proporcionalidad como límites (probablemente insuficientes)*”, in *RDEP*, nº130, 2005, p.67.

²⁰⁹ CANAS, Vitalino, “*Constituição...*”, p.16.

²¹⁰ PAULY, Walter, “*Gleichheit im Unrecht als Rechtsproblem*”, in *JZ*, nº13, 1997, p.650.

²¹¹ Moor, Pierre/FLÜCKIGER, Alexandre/ MARTENET, Vincent, *Droit...*, p.628.

²¹² GAVILLET, Aurélie, *La pratique...*, p.203. A presunção a favor do cumprimento do princípio da legalidade decorre, nomeadamente da existência de um ónus favorável à aplicação de uma regra em situação de conflito com um princípio, cfr. ALEXY, Robert, *A Theory...*, p.84.

²¹³ TSCHANNEN, Pierre, /MÜLLER, Markus/ KERN, Markus, *Allgemeines...*, p.202.

²¹⁴ MARTENET, Vincent, *Géométrie...*, p.85.

²¹⁵ KIRCHHOF, Paul “*§ 125 Gleichheit...*”, p.1009.

²¹⁶ Pode afastar qualquer autovinculação da administração, DIÉZ-PICAZO, Luis “*La Doctrina...*”, p.23.

²¹⁷ DÍAZ, José Ortiz, “*El Precedente...*”, p.112.

Como resulta do que foi dito, a administração pode sempre mudar a sua atuação inclusive para o beneficiário de uma decisão de igualdade na ilegalidade, pois a sua situação é provisória²¹⁸, bastando abandonar a recusa de aplicar a lei nos demais casos para rever a atuação no caso concreto.

Deste modo, a posição do particular é precária, está sujeita a uma nova regulação, possui um evento condicionante que é mudança de entendimento da administração²¹⁹. Sendo precária²²⁰ não constitui um direito, mas sim um interesse digno de proteção, possuindo uma consistência mínima.

Caso decida mudar o sentido da sua conduta, deve ser anunciada a mudança da prática ilegal, embora esse anúncio seja judicialmente impossível de impor²²¹.

Esta solução de obrigar a uma desaplicação²²² não choca, pois, além de ser a solução que mais protege a legalidade da sua atuação, esta está obrigada²²³ ao princípio da igualdade²²⁴ e aos direitos fundamentais²²⁵, em execução vinculada da constituição²²⁶. Contudo, esta prevalência da constitucionalidade, face à aplicação estrita da lei tem de ser proporcional²²⁷ o que se afigura no nosso caso.

²¹⁸ MOOR, Pierre/ FLÜCKIGER, Alexandre/ MARTENET, Vincent, *Droit...*, p.630; KÖLBEL, Christoph, « *Gleichheit...* », p.85.

²¹⁹ Caracterizando o ato precário como estando sujeito a condição resolutiva, cujo evento condicionante pode ser da responsabilidade da administração, cfr. CALVÃO, Filipa Urbano, *Os actos precários e os actos provisórios no direito administrativo: sua natureza e admissibilidade: as garantias do particular*, Porto, Universidade Católica Portuguesa, 1998, p.106.

²²⁰ OTERO, PAULO, *Direito...*, p.173.

²²¹ DÜRIG, Günter, “*Art. 3...*”, p.201.

²²² A desaplicação caracteriza-se por ser uma interpretação que ultrapassa o sentido textualmente possível, cfr. MATOS, André Salgado de, *A fiscalização...*, p.195. Ocorre quando a situação fática ou o juízo axiológico impedem a aplicação da norma, cfr. MONIZ, Ana Raquel Gonçalves, *A recusa...*, p.284. Afirmando que as condições objetivas e subjetivas da desaplicação podem estar verificadas num caso de igualdade na ilegalidade, *idem*, p.644.

²²³ Admitindo uma derrogação da lei pela administração, se aquela geralmente não é aplicada, cfr. MARTINEZ, Pedro Soares, *Filosofia do Direito*, 3ªed., Coimbra, Almedina, pp.488, 489 e 513.

²²⁴ Referindo a recusa de aplicação da lei pela administração por violação dos princípios consagrados no art. 266º n.º 2 da CRP, cfr. AYALA, Diniz, *O (défice...*, p.140.

²²⁵ FREITAS, Dinamene de, *Acto...*, p. 44.

²²⁶ ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os Direitos...*, p.220.

²²⁷ VAZ, Manuel Afonso, refere que tem de ser proporcional, *Lei e reserva da lei: a causa da lei na Constituição Portuguesa de 1976*, 1.ª ed., Porto, Universidade Católica Portuguesa, 1992, p.309.

Em relação aos tribunais, esta solução é possível, pois a manutenção da ilegalidade e da restrição da igualdade no caso presente, como a subsistência de uma má solução, apenas porque a melhor não seria alcançável, não deverá ser aceite²²⁸. A justificação de uma solução melhor, passa por um argumento *a fortiori*, pois permite-se a subsistência incondicionada por curto espaço de tempo de leis materialmente inconstitucionais por violação do princípio da igualdade²²⁹, então podemos dizer que também pode permanecer uma situação de ilegalidade.

Este entendimento, de que só em caso de indicação clara de uma evasão administrativa de aplicação constante da lei é que se legitima um direito à igualdade na ilegalidade encontra mais um apoio na ideia de que não cabe aos tribunais, num juízo de prognose²³⁰ representar a resposta da administração a conjunturas futuras.

A administração pode ainda invocar uma causa legítima de inexecução, nos termos do art. 45.º do CPTA.

Esta causa pode ser impossibilidade de facto ou jurídica, ou um interesse público de excecional relevo.

Começando com a impossibilidade jurídica, esta não é apenas por superveniência de um novo quadro normativo²³¹, assim os casos de impossibilidade originária, como seria o nosso, não são excluídos do articulado. Contudo, no nosso caso, não se vê como se possa invocar impossibilidade jurídica²³², pois no nosso ordenamento jurídico a impossibilidade é entendida pela maioria da doutrina, de modo restrito, face ao conceito mais amplo da contrariedade à lei²³³. Assim, a impossibilidade jurídica implica, quer a impossibilidade lógica, quer a inidoneidade do objeto do ato²³⁴, deste modo não temos impossibilidade, pois a igualdade na

²²⁸ Considerando estas soluções como absurdas e incompatíveis com a axiologia constitucional, embora se refira a sentenças manipulativas, Cfr, SÁNCHEZ, Pedro Fernández, *Lei...*, p.720.

²²⁹ MEDEIROS, Rui, *A Decisão...*, p.524.

²³⁰ Sobre a diferença entre os juízos de prognose e os normativos, cfr. RIBEIRO, Gonçalo Almeida, “O constitucionalismo dos princípios”, in, *O tribunal constitucional e a crise: Ensaios Críticos*, org: RIBEIRO, Gonçalo de Almeida/ COUTINHO, Luís Pereira, Coimbra, Almedina, 2014, p.93.

²³¹ ALMEIDA, Mário Aroso de, *A anulação dos actos administrativos no contexto das relações jurídico-administrativas*, Coimbra, Almedina, 2022, p.718, nota, 2073.

²³² Considerando estar em causa impossibilidade jurídica, REIMER, Philipp, “*Keine Gleichheit...*”, p.14.

²³³ Propondo uma reconstrução do instituto, tendo por base o direito alemão, afirmando existir impossibilidade jurídica quando, “a lei impede *a priori* a concretização dos efeitos visados” V. PIRES, Catarina Monteiro, *Impossibilidade da Prestação*, Coimbra, Almedina, 2017, p.123.

²³⁴ OTERO, Paulo, *Direito...*, p.538.

ilegalidade não é “**absolutamente** irrealizável no plano fáctico ou jurídico”²³⁵, antes é realizável dependendo das circunstâncias.

Deste modo, a existir uma causa legítima de inexecução, esta despontaria pela existência de um interesse público de excecional relevo. Este foi pensado exatamente para situações limite²³⁶, tal como nos parece ser a igualdade na ilegalidade, em que existem riscos sistémicos por se obrigar a administração a atuar de forma contrária à lei²³⁷.

Então, a resolução *contra legem* excecional de um caso, pode relevar ao correlato interesse público de excecional relevo, implicando um reconhecimento dos riscos destas situações.

Já a o conceito indeterminado de “*excecional prejuízo para o interesse público*” merece discussão específica.

Discute-se se o seu conteúdo é normativo ou político. Na sua configuração como normativo²³⁸ implicaria um juízo de proporcionalidade sobre a preponderância dos prejuízos para a coletividade face à satisfação dos direitos do particular²³⁹. Ao invés, tal como outras normas que se referem a “interesse público de excecional relevo”²⁴⁰ colocaria problemas de cognição jurisdicional, pois embora tenha de ser invocado pela administração²⁴¹, obrigaria os tribunais a enveredar por um juízo de mérito²⁴², pois este interesse assentaria sobre critérios legislativo-políticos²⁴³.

²³⁵ V. SOUSA, Marcelo Rebelo de/ MATOS, André Salgado de, *Direito Administrativo Geral, t. III: Actividade Administrativa*, 2.^a ed., Lisboa, Dom Quixote, 2009, p.162, negrito nosso.

²³⁶ ALMEIDA, Mário Aroso/ CADILHA, Carlos Alberto, *Comentário...*, p.1278.

²³⁷ Sobre o relevo do impacto da decisão sobre a sociedade no caso de precedentes administrativos, MONIZ, Ana Raquel Gonçalves, *A recusa...*, p.300.

²³⁸ ALMEIDA, Mário Aroso de, *A anulação...*, p.712.

²³⁹ ALMEIDA, Mário Aroso de, *A anulação...*, p.714.

²⁴⁰ Arts. 282.º, n.º 4 da CRP e 76.º, n.º 2 do CPTA.

²⁴¹ Como se compreende, pois, o interesse é estranho à pacificação do conflito, sendo então matéria da função administrativa, cfr. PORTOCARRERO, Marta, *Contratos sobre o Exercício de Poderes Públicos, Transação e Arbitragem: Ensaio sobre a disponibilidade e indisponibilidade do exercício do poder administrativo*, Porto, UED, 2015, p.293.

²⁴² ANDRADE, José Carlos Vieira de, *A justiça administrativa (lições)*, 19.^a ed., Coimbra, Almedina, 2021, p.389, nota 1019.

²⁴³ Considerando, que por este motivo o artigo 76.º, n.º 2 do CPTA é inconstitucional, cfr. SÁNCHEZ, Pedro Fernández, “A Restrição dos efeitos das sentenças de invalidade dos Tribunais Administrativos”, in *RDA*, n.º 2, 2018, pp.33 e 34.

Pendemos mais para a segunda proposta, portanto, parece-nos que os tribunais devem atuar com deferência perante esta invocação da administração.

No caso de existir este interesse público, nos termos do art. 45.º do CPTA, sucede uma modificação objetiva da instância com uma antecipação do processo executivo, sendo mesmo a invocação destas causas um ónus, estando reservadas para processo executivo, somente as supervenientes ao processo declarativo²⁴⁴.

Nesta sede, o particular deverá ser indemnizado e se as partes não chegarem a acordo quanto à mesma, ocorre a convoção em processo indemnizatório²⁴⁵, sendo a indemnização neste caso equiparável a expropriação, visando cobrir danos suscitados não pelo ato ilegal, mas pelo interesse público invocado impedir a utilidade que o particular obteria com a pronúncia, deste modo o dano é imputado ao momento da sentença²⁴⁶. Assim existirá indemnização, se estiverem preenchidos os pressupostos da indemnização pelo sacrifício.

Pode existir ainda uma outra indemnização, agora já pelo ocasionar de danos decorrentes da prática do ato ilegal²⁴⁷.

Deste modo, iremos agora inquirir da responsabilidade civil da administração, começando com a responsabilização pela prática do ato ilegal.

²⁴⁴ ALMEIDA, Mário Aroso de, *Manual de Processo Administrativo*, 6ªed., Coimbra, Almedina, 2022, pp.396 e 397.

²⁴⁵ ALMEIDA, Mário Aroso de/ CADILHA, Carlos Alberto, *Comentário...*, p.303.

²⁴⁶ ALMEIDA, Mário Aroso de, *A anulação...*, pp.720 e 721.

²⁴⁷ ALMEIDA, Mário Aroso de/ CADILHA, Carlos Alberto, *Comentário...*, p.306.

6. RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL DA ADMINISTRAÇÃO

O problema de partida é que a Administração Pública só pode ser responsabilizada pelas condutas da sua competência²⁴⁸, logo só nos casos de obrigação de desaplicação não efetivada é que se coloca o problema. Ora, esta só existe se a administração expressamente não quiser aplicar a lei em casos paralelos, assim a culpa só pode ser dolosa.

Senão vejamos. Não poderá ocorrer de forma negligente, desde logo, naquelas situações, que com origem num descuido do agente administrativo²⁴⁹, não ocorre uma atuação diligente na aplicação da lei no futuro, pois aqui não há uma recusa clara. Pelo contrário, se almejar um resultado que implica essa não aplicação ou se aceitar esse resultado pode existir um problema em sede de responsabilidade civil²⁵⁰. Já, no dolo direto, serão situações em que o objetivo é mesmo a não aplicação, daí é menos hipotética a verificação do pressuposto.

Cumpra também estabelecer a ilicitude da atuação perante o particular que visa ser ressarcido, pela injustificação da diferenciação por parte da entidade obrigada ao respeito da igualdade numa relação intersubjetiva especialmente vinculativa perante terceiros²⁵¹, pois mesmo a entender este pressuposto de forma objetiva, como verificado só com a ilegalidade²⁵², o ato só lhe é relevante pela força relacional da igualdade, assim exige-se a violação do princípio da igualdade nos termos do art. 9.º, n.º1 do RRCEE.

A ilicitude poderia, desde logo ser afastada pelo cumprimento de um dever, neste caso a aplicação da lei. Porém, não há exclusão neste caso, pois nem o princípio da legalidade, nem o princípio da igualdade se satisfazem com uma aplicação arbitrária da lei²⁵³.

²⁴⁸ MATOS, André Salgado de, *A fiscalização...*, p.313.

²⁴⁹ DÜRIG, Günter, “Art. 3...” p.91.

²⁵⁰ Correspondendo as situações descritas a dolo necessário e a dolo eventual, SOUSA, Marcelo Rebelo de / MATOS, André Salgado de, *Direito Administrativo Geral, t.III: Responsabilidade Civil Administrativa*, 1.ª ed., Lisboa, Dom Quixote, 2008, pp.25 e 26.

²⁵¹ AMARAL, Maria Lúcia, *Responsabilidade...*, p.694.

²⁵² CADILHA, Carlos Alberto Fernandes, “O novo regime de responsabilidade civil do Estado e demais entidades públicas pelo exercício da função administrativa”, in *VI Encontro Anual do Conselho Superior da Magistratura*, 2009, p.7, disponível em: https://www.csm.org.pt/ficheiros/eventos/encontroscsm/06eacsm/6encontroscsm_carloscadilha2.pdf.

²⁵³ Salientando a ideia de que só há exclusão da ilicitude se os bens em conflito forem de igual valor, cfr. OTERO, Paulo, “Causas de exclusão da responsabilidade civil extracontratual da Administração Pública”, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia, vol. II*, org: MIRANDA, Jorge, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, p.972.

No entanto, a maior objeção à passibilidade de responsabilizar a administração ocorre a nível do pressuposto do dano. Em primeiro lugar, como vimos o direito de igualdade não protege um domínio específico.

Assim, o dano indemnizável nesta sede é problemático, não sendo de excluir, desde logo que a violação do direito de igualdade seja um dano moral²⁵⁴.

Independentemente disto, certo é que como limitamos a relevância da igualdade na ilegalidade às situações de omissão na administração agressiva, existem posições afetadas negativamente pela atuação ablativa, portanto prejuízos.

Ao invés, estas situações são precárias²⁵⁵, podendo ser revistas a qualquer momento, assim pela precariedade da sua situação a lesão não seria indemnizável²⁵⁶.

Mudando de ângulo, não recusamos, em abstrato, a possibilidade de ser invocada a responsabilidade civil por atos lícitos²⁵⁷, nos termos do art. 16º do RRCEE²⁵⁸ especialmente se tivermos em conta a sua função de salvaguarda²⁵⁹, no caso de entendermos que a administração ao aplicar a lei, atua corretamente²⁶⁰, nomeadamente por retornar à legalidade, sem uma recusa expressa de aplicar a lei em casos futuros.

Esta responsabilidade só é concebível em casos isolados, em que a diferenciação seja demasiado grave para ser aceite, verificada uma completa singularidade perante a atuação constante, não existindo casos comparáveis de aplicação, ou existindo em número estatisticamente irrelevante, só assim entrando em cogitação um dano especial pelo sacrifício de uma posição individual sacrificada pela administração agressiva. Já o requisito da

²⁵⁴ Por motivos de economia textual não discutiremos esta hipótese.

²⁵⁵ GAVILLET, Aurélie, *La pratique...*, p.195.

²⁵⁶ OTERO, Paulo, “Causas...”, p.979.

²⁵⁷ Admitindo a possibilidade, cfr. OLIVEIRA, Mário Esteves de / GONÇALVES, Pedro Costa /AMORIM, João Pacheco de/ colab. de OLIVEIRA, Rodrigo Esteves de, *Código do procedimento administrativo: comentado*, 2ª. ed., Coimbra, Almedina, 1999 p.101.

²⁵⁸ Considerando que o artigo se aplica a atuações informais da administração, cfr. VALLE, Jaime, “Artigo 16º do RRCEE”, in *O Regime da Responsabilidade Extracontratual do Estado e demais entidades públicas: Comentários à luz da Jurisprudência*, 3.ª ed., Lisboa, AAFDL Editora, 2022, p.957.

²⁵⁹ MACHETE, PEDRO, “Anotação ao artigo 16º do RRCEE”, in *Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas*, org: MEDEIROS, Rui, Lisboa, UCE, 2013, p. 459.

²⁶⁰ AMARAL, Maria Lúcia, *Responsabilidade...*, p.37.

anormalidade do prejuízo, consistindo precisamente num exame da sua gravidade²⁶¹ é bem mais problemático, pelo que já asseveramos quanto à sua precariedade.

Contudo, esta hipotética solução é apenas aparente, pois se entendemos que um retorno à legalidade não é ilícito, é porque entendemos que o dano não é individualizado²⁶², mas geral e passará a ser aplicado nos demais casos futuros não representando, de modo algum, um dano especial e anormal. Também milita contra este entendimento o facto de este instituto ser fundado no princípio da igualdade,²⁶³ assim ao considerarmos lícita a atuação precisamente em face deste princípio não faz sentido concebê-lo como em crise na mesma relação, o que seria contraditório.

Já nas situações do art. 45.º do CPTA, a inexecução da sentença por interesse público de excecional relevo ocasiona uma relação jurídico-administrativa²⁶⁴, fazendo decorrer desta um direito a indemnização.

Pelo que temos dito a responsabilização civil extracontratual da administração pela sua provocação de uma antinomia principiológica, embora atraente, não se afigura frutífera.

Não obstante, como refere alguma doutrina²⁶⁵, ainda resta uma hipótese de tutela ressarcitória para estes casos, agora sob a ótica do dano de confiança.

²⁶¹ CANOTILHO, J.J. Gomes, *O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos*, Coimbra, Almedina, 1974, p.283.

²⁶² MACHETE, Pedro, “Anotação...”, p.439.

²⁶³ SOUSA, Marcelo Rebelo de / MATOS, André Salgado de, *Responsabilidade...*, p.41. Sobre a fundamentação, em geral da responsabilidade civil do Estado no princípio da igualdade, cfr. MAYER, Otto, “*Derecho Administrativo Alemán*”, vol. IV, 2.ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1982, pp.226 e 227.

²⁶⁴ ALMEIDA, Mário Aroso de, *A anulação...*, p.720.

²⁶⁵ Entre outros, cfr. SASTRE, Silvia Díez, *El precedente administrativo: fundamentos y eficacia vinculante*, Madrid, Marcial Pons, 2008, p.403.

7. A PROTEÇÃO DA CONFIANÇA LEGÍTIMA COMO SOLUÇÃO

Quando considerando soluções diferenciadas, por vezes é feita referência à proteção da confiança²⁶⁶.

Regulada no art. 266.º, n.º 2 da CRP e no art. 10.º, n.º 2 do CPA, a proteção da confiança baseia-se na proteção de uma representação²⁶⁷, a “que uma pessoa adere, em termos de actividade ou de crença”²⁶⁸.

A sua mobilização para este caso tem como móbil a consideração da especial perigosidade do princípio da igualdade, denotando neste uma vocação expansiva, que poderia provocar a perturbação das estruturas do Estado, se não for restringida²⁶⁹.

Esta necessidade de afastar a aplicação da norma de igualdade seria por esta acarretar uma orientação prospetiva, que impediria um retorno à igualdade no futuro, pois os motivos que levam a admitir a igualdade na ilegalidade num caso, não o impedem num próximo²⁷⁰. Ao invés, a tutela da confiança possuiria uma vocação pretérita, focada em factos inteiramente consumados no passado²⁷¹.

Este princípio releva no nosso caso, desde logo, porque em direito público, o seu fundamento é a segurança jurídica²⁷² sendo esta também a razão para dar relevância a certos precedentes ilegais²⁷³.

²⁶⁶ SOUSA, Marcelo Rebelo de / MATOS, André Salgado de, *Direito...*, p.224, OLIVEIRA, Mário Esteves de / GONÇALVES, Pedro Costa/ AMORIM, João Pacheco de; colab. OLIVEIRA, Rodrigo Esteves de, *Código...*, p.115.

²⁶⁷ FRADA, Manuel Carneiro da, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, Coimbra, Almedina, 2004, p.345.

²⁶⁸ V. CORDEIRO, António Menezes, *Da Boa Fé no Direito Civil, vol.II*, Coimbra, Almedina, 1984, p.1234.

²⁶⁹ RANDELZHOFFER, Albrecht, “*Gleichbehandlung...*”, pp.541 e 542.

²⁷⁰ KIRCHHOF, Ferdinand, « “*Keine...* ”, p.117.

²⁷¹ STARCK, Christian, “*Art. 3...* ”, p.361. Contestando esta ideia, cfr. LUENGO, Javier García, *El principio...*, p.235.

²⁷² Como imposição de previsibilidade no funcionamento do ordenamento jurídico nas relações entre os poderes públicos e os particulares, cfr. SASTRE, Silvia Díez, *El precedente...*, p.402.

²⁷³ GAVILLET, Aurélie, *La pratique...*, p.191. Considerando que certas autovinculações não resultam do princípio da igualdade, mas sim da proteção da confiança, cfr. BLANCO, Federico A. Castillo, *La Poteción de confianza en el derecho administrativo*, Madrid, Marcial Pons, 1998, p.330.

A construção da confiança pode então ser formulada na senda de PAULO OTERO²⁷⁴, como o despontar de uma *supsessio* decorrente da tolerância administrativa, que faria nascer pela *surretio*, um direito à não atuação, ou em caso de atuação, à indemnização devida.

Quanto aos seus pressupostos, estes são:

- 1- A criação da confiança pela conduta de um sujeito de direito.
- 2- Uma situação de confiança justificada.
- 3- Um investimento com base nessa situação.
- 4- Um nexo de causalidade entre estes elementos.
- 5- A frustração da confiança pelo seu criador²⁷⁵.

Um problema que logo se coloca é o da idoneidade de se suscitar a proteção da confiança em face de atuações administrativas informais e também perante atuações administrativas ablatórias²⁷⁶. Quanto a nós não se suscitam grandes dúvidas, sendo elevada a importância que corresponde ao princípio nesta sede²⁷⁷.

Na nossa situação, questiona-se ainda a verificabilidade dos pressupostos referidos. A grande dificuldade relaciona-se com a verificação de uma situação de confiança, que se pode relacionar com a igualdade na ilegalidade de duas formas. A primeira orientação diz que o mais importante para a situação da confiança justificada é o conhecimento do retorno à legalidade por parte da entidade criadora de confiança²⁷⁸. Já a segunda diz que se for possível razoavelmente duvidar da legalidade da conduta administrativa não haverá tutela²⁷⁹.

Ora, a solução mais pragmática seria a segunda, pois não é líquida a forma como poderia entrar na esfera de conhecimento do particular um retorno à legalidade por parte da administração, logo se o particular conhecer da ilegalidade da sua posição ou se esta for

²⁷⁴ OTERO, Paulo, *Legalidade...*, pp.920 e ss..

²⁷⁵ SOUSA, Marcelo Rebelo de / MATOS, André Salgado de, *Direito...*, pp.222 e 223.

²⁷⁶ Considerando que não se aplica, embora depois a admita em circunstâncias excepcionais, cfr. ÁVILA, Humberto, *Segurança Jurídica: Entre Permanência, mudança e realização no direito tributário*, São Paulo, Malheiros Editores, 2011, pp.443 e 460.

²⁷⁷ GOMES, Carla Amado/LUÍS, Sandra Lopes, “O Dom da Ubiquidade Administrativa: Reflexões sobre a Actividade Administrativa Informal”, in *RIDB*, ano 1, nº7, 2012, p.12, disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/ridb/2012/07/2012_07_3999_4053.pdf.

²⁷⁸ BANGEL, Felix, *Gleichheit...*, p.99.

²⁷⁹ LUENGO, Javier García, *El principio...*, p.57.

evidente não há confiança legítima²⁸⁰, daí decorrendo que se as condutas forem manifestamente ilegais nem se levantam problemas, pois não há crise de segurança jurídica²⁸¹.

Agora, qual a forma de proteger o particular nestes casos depende de uma análise de cada uma das formas de tutela da confiança. Esta conhece duas modalidades relevantes para o nosso caso. São a tutela da confiança *contra legem* e a ressarcitória²⁸².

A primeira, típica dos atos putativos e dos atos constitutivos de direitos ilegais²⁸³, implica a manutenção do ato ilegal²⁸⁴, ou, no nosso caso, estando em causa uma omissão, a proibição de atuar face à posição individual. Implica, em suma, “*uma petrificação do status quo do particular*”²⁸⁵. A segunda implica um dever de indemnizar.

Antes de nos debruçarmos sobre cada uma destas modalidades é de referir alguns argumentos que podem ser aduzidos como impeditivos da relevância da proteção da confiança em casos de igualdade na ilegalidade.

É dito que a confiança é essencialmente individual e a sua aplicação no caso da igualdade, pela relatividade e comparação ínsita nestes casos, só poderia levar a uma descaraterização do instituto e à diminuição da segurança jurídica, por um transbordo casuístico do caso gerador de confiança para outro²⁸⁶, além de que como já vimos, se o particular requerer a comparação com um caso protegido pela norma de proteção da confiança não haverá identidade normativa, assim nem estariam verificadas as condições para uma autovinculação²⁸⁷.

Ora, começando pelo argumento da segurança jurídica, não nos parece que esta implique o abandono desta solução, pois para a autovinculação, à luz da teoria da confiança importa a coerência da atuação administrativa, como efeito objetivo²⁸⁸, podendo existir uma relação de proteção de confiança face a atos praticados face a terceiros, precisamente por esses motivos²⁸⁹. Deste modo, se estiver em causa a situação de tolerância descrita, esta pode ser convolada numa

²⁸⁰ MONIZ, Ana Raquel Gonçalves, *A recusa...*, p.660.

²⁸¹ GAVILLET, Aurélie, *La pratique...*, p.191.

²⁸² CORDEIRO, António Menezes, *Da Boa Fé...*, p.1249, SASTRE, Silvia Díez, *El precedente...*, p.393.

²⁸³ Arts. 162.º, n.º 3 e 168.º, n.º 2 do CPA.

²⁸⁴ *Bestandsschutz*

²⁸⁵ V. SASTRE, Silvia Díez, “*El Precedente...*”, p.397.

²⁸⁶ ARNDT, Hans-Wolfgang, “*Ungleichheit...*”, p.245.

²⁸⁷ V. 3.1.

²⁸⁸ LOPES, Pedro Moniz, *Princípios...*, p.328.

²⁸⁹ RANDELZHOFFER, Albrecht, “*Gleichbehandlung...*”, pp.543 e 544.

situação de proteção da confiança, nunca podendo, porém, a confiança se basear numa pura omissão, mas somente numa atitude anterior de quem omitiu a conduta²⁹⁰.

Ora, começando com a tutela *contra legem*²⁹¹. Esta acarreta uma ponderação entre os interesses do particular na manutenção do ato e os interesses existentes na reposição da legalidade²⁹².

Criticando esta solução diríamos que a confiança limitadora do poder de revisão face a um ato praticado não é a mesma que a confiança num ato a praticar baseado numa autovinculação²⁹³. Ademais, é ainda diferente a confiança numa situação que liga o particular à administração quanto à forma como essa relação se deve eventualmente processar, da confiança na autovinculação ilegal, que é relativa a uma atuação perante um terceiro²⁹⁴.

Porém, se como sustentamos pode existir uma confiança criada reflexamente pela conduta face a terceiros, não é de excluir à partida a relevância destas situações²⁹⁵.

Apenas uma ressalva quanto à tutela da confiança *contra legem*. Esta deve estar reservada para casos em que exista uma perturbação da situação da vida significativamente grave e duradoura, devendo, portanto, ser excepcional²⁹⁶.

Outra forma de tutela, para a qual podemos aproveitar tanto quanto dissemos sobre a proteção da confiança face a atos perante terceiros, ocorre quando a administração atua contra o particular numa situação de confiança, devendo neste caso indemnizar. Neste caso em vez de se manter a situação, a lei é aplicada, mas indemnizando o particular de boa fé subjetiva, pela sua perda²⁹⁷. Nestes casos até podemos colocar a hipótese de poder existir tutela fora das situações de tolerância, desde que se verifiquem os pressupostos.

²⁹⁰ FRADA, Manuel Carneiro da, *Teoria da Confiança...*, p.596. Referindo a importância da conjugação da igualdade e proteção da confiança n caso da igualdade na ilegalidade, cfr. OTERO, Paulo, *Legalidade...*, pp.978 e 981.

²⁹¹ Admitindo a sua relevância, cfr. OTERO, Paulo, *Direito...*, p.206.

²⁹² SASTRE, Silvia Díez, “*El Precedente...*”, p.398.

²⁹³ MAURER, Hartmut, “§60 *Kontinuitätsgewähr und Vertrauensschutz*”, in *HStR*, vol. III, 2.^a ed., org: ISENSEE, Josef/Kirchhof, Paul, Heidelberg, C.F. Müller, p.266.

²⁹⁴ PAULY, Walter, “*Gleichheit...*”, p.653.

²⁹⁵ OTERO, Paulo, *Direito...*, p.206.

²⁹⁶ Apesar de afirmar a prevalência da tutela ressarcitória no caso de precedente ilegal, diz que através de ponderação se pode decidir pela tutela *contra legem*, quando a situação for suficientemente grave, cfr. SASTRE, Silvia Díez, *El precedente...*, pp.398 e 413.

²⁹⁷ ALMEIDA, Mário Aroso de, “*Em defesa...*”, p.32.

Cumpra primeiro perceber a natureza desta responsabilidade, pela existência de certo dissenso quanto a este ponto. Por um lado, argumenta-se que estão em causa factos ilícitos, por violação de um princípio, nos termos do art. 9.º, n.º 1 do RRCEE, sendo esta, a norma secundária sancionatória da boa fé²⁹⁸.

Outra posição doutrinal refere estarem em causa requisitos diversos da responsabilidade decorrente de violação de deveres de conduta²⁹⁹ e é segundo esta conceção que prosseguiremos. Desta maneira, a indemnização pelo dano de confiança visa ressarcir o particular pelo investimento da confiança³⁰⁰ e tem uma natureza distinta da responsabilidade delitual, por não estar em causa a situação patrimonial face a intervenções externas, mas sim a perturbação na coordenação das partes, que repousava sobre uma situação de confiança criada e posteriormente destruída pelo seu criador³⁰¹.

Assim, apesar de a precariedade da situação impedir, em princípio, uma indemnização, esta solução não é absoluta³⁰², sendo equacionável uma indemnização por dano de confiança, por esta estar pensada exatamente para situações em que é afetado não um direito, mas uma mera expectativa legítima³⁰³.

Esta solução indemnizatória é sedutora para o nosso problema, pois estando em causa o princípio da legalidade, face à importância deste deve ser tentada uma concordância prática, cujo alcance substantivo pode implicar um dano de confiança³⁰⁴, no sentido da preservação de valores iguais³⁰⁵.

Assim, é de considerar que pode assistir ao particular uma indemnização pelo dano de confiança³⁰⁶ decorrente de atuação administrativa contraditória com anteriores atuações ilegais.

²⁹⁸ LOPES, Pedro Moniz, *Princípios...*, pp. 224 e 225.

²⁹⁹ FRADA, Manuel Carneiro da, *Teoria da Confiança...*, pp.589 e 602. Afirmando estar em causa uma indemnização por factos lícitos, cfr. DIÉZ-PICAZO, Luis “*La Doctrina...*”, p.42.

³⁰⁰ MONIZ, Ana Raquel Gonçalves, *A recusa...*, p.660.

³⁰¹ FRADA, Carneiro da Manuel, *Teoria da Confiança...*, p.604 e 605.

³⁰² CALVÃO, Filipa Urbano, *Os actos...*, p.335.

³⁰³ CANAS, Vitalino, *O Princípio...*, p.1136.

³⁰⁴ MONIZ, Ana Raquel Gonçalves, *A recusa...*, p.697.

³⁰⁵ CANOTILHO, J.J Gomes., *Direito Constitucional ...*, p.1225.

³⁰⁶ Assim ficará na posição em que estaria se não tivesse depositado a confiança, cfr. FRADA, Manuel Carneiro da, *Teoria da Confiança...*, p.664.

8. CONCLUSÃO

Em jeito de conclusão, não nos parece que a fórmula “*não há direito à igualdade na ilegalidade*”, comporte uma validade absoluta e universal, apesar da sua inegável adequação heurística para descrever a importância do princípio da legalidade e para ser plenamente aplicada na grande maioria das situações da vida.

A tal posicionamento chegamos através duma leitura do princípio da igualdade no âmbito da função administrativa, como envolvido pelo princípio da legalidade, num mandato de uniformidade das condutas administrativas face aos particulares.

Deste modo, consideramos que para a sustentabilidade de uma situação de direito à igualdade na ilegalidade seria necessária uma situação particularmente grave, em que a administração diferencie de forma obstinada, recusando a aplicação da lei nos demais casos paralelos, só assim, sendo preterida a aplicação da lei no caso individual.

Concluimos, então, que diferenciações produzidas no âmbito da atuação administrativa agressiva podem fundar uma atuação *contra legem*³⁰⁷, não sendo necessário para tal resultado ponderar diretamente o princípio da igualdade com um princípio formal³⁰⁸, cuja ponderabilidade é controversa³⁰⁹, pois quer-nos parecer que o princípio da legalidade também é vulnerado nestes casos, pela seletividade com que a administração opta por lhe estar vinculada.

Outrossim, consideramos que a figura, além de originar problemas de igualdade, também os desencadeia a nível da proteção da confiança, na sua modalidade ressarcitória, implicando, verificados os pressupostos da proteção da confiança legítima, uma obrigação de indemnizar pelo dano da confiança.

Ao longo do trabalho, não olvidamos a cautela que deve acompanhar o alicerçar de um desvio ao princípio da legalidade.

Deste modo procuramos deixar claro o caráter sempre transitório da solução diferenciada que impeça a aplicação da lei ao caso, podendo esta ser revista, se a administração modificar a sua postura quanto à aplicação da lei nos restantes casos.

³⁰⁷ GONÇALVES, Pedro Costa, *Manual de Direito Administrativo*, vol. I, Coimbra, Almedina, 2009, p. 375.

³⁰⁸ Caracterizam-se por serem independentes de conteúdo, cfr. SAMPAIO, Jorge Silva, *Ponderação...*, p.284.

³⁰⁹ ALMEIDA, Mário Aroso de, “Em defesa...”, 2022. pp.22 e 23. Considerando ser ponderável e correspondendo a um conflito de tipo parcial-parcial de excecionalidade cruzada, cfr. LOPES, Pedro Moniz, *Derrotabilidade Normativa e Normas Administrativas, Parte II: o Enquadramento das normas regulamentares na teoria dos conflitos normativos*, Lisboa, AAFDL Editora, 2019, pp.160 e ss..

Neste âmbito, e relacionado com o último tema que abordamos³¹⁰, a busca da limitação no tempo destas situações motiva certa doutrina³¹¹ a mobilizar a utilidade do *prospective overruling*. Esta é uma solução importada do sistema de direito comum anglo-saxão, tendo por função a limitação dos efeitos de uma decisão que consubstancie uma alteração da máxima de decisão de direito³¹² só a casos futuros, mantendo a solução renunciada aos casos respeitantes a factos anteriores à decisão³¹³.

Esta figura não é isenta de críticas, nomeadamente por desfigurar o poder judicial, assemelhando-o a um ato legislativo, caracterizado, este por produzir efeitos para o futuro após a sua entrada em vigor³¹⁴. Além disto, e apesar da questionável bondade da figura, resta a dúvida da sua admissibilidade no direito português. Após ser negada³¹⁵, a jurisprudência do TC durante a crise³¹⁶ ao consagrar a limitação de efeitos *pro futuro* da declaração de inconstitucionalidade, reabriu a questão. Para PAULO OTERO³¹⁷, não é impensável a possibilidade de no âmbito das impugnações dos atos ilegais da administração ocorrer uma modelação dos efeitos *pro futuro*, à luz de uma habilitação de modelação de efeitos *contra constitutionem*, presente no art. 282.º, n.º 4 da CRP e *contra legem*, nos termos do art. 76.º, n.º 2 do CPTA.

Assim, a possibilidade de recorrer a esta solução deve ser prudentemente deixada em aberto, vindo muito a propósito a expressão adotada no *leading case*³¹⁸ sobre *prospective overruling* no Reino Unido: “*‘Never say never’ is a wise judicial precept*”³¹⁹

³¹⁰ Expressando ceticismo quanto ao fundamento do *prospective overruling* na proteção da confiança, cfr. LEISNER, Anna, *Kontinuität als Verfassungsprinzip Unter besonderer Berücksichtigung des Steuerrechts*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2002, p.629.

³¹¹ ARNDT, Hans-Wolfgang, “*Ungleichheit...*”, p.239, BANGEL, Felix, “*Gleichheit...*”, p.110.

³¹² ASCENSÃO, José de Oliveira, *O Direito: Introdução e Teoria Geral*, 13ªed., Coimbra, Almedina, 2005, p.318.

³¹³ [2005] UKHL 41, (9).

³¹⁴ SAGAN, Adam, *Rückwirkende Rechtsprechungsänderung: eine methologische und dogmatische Studie zur zeitlichen Dimension höchstrichterlicher Rechtsprechungsänderungen im Privatrecht*, Baden-Baden, Nomos, 2022, p.49.

³¹⁵ Criticando a ausência desta possibilidade, considerando que em face do art. 57º, n.º 1 do CPPT, a administração deveria ter esta competência em vez de ficar amarrada a uma mudança legal para poder agir contrariamente a uma informação vinculativa ilegal, cfr. SANCHES, José Luís Saldanha, *Manual de Direito Fiscal*, 3.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p.206, nota 404.

³¹⁶ Ac. do TC n.º 353/2012.

³¹⁷ OTERO, Paulo, *Manual de Direito Administrativo*, vol. I, Coimbra, Almedina, 2016, p.570.

³¹⁸ SLAPPER, Gary/ KELLY, David, *The English Legal System*, 10.ªed., Londres, Routledge, 2009, p.123.

³¹⁹ [2005] UKHL 41, (41).

9. BIBLIOGRAFIA

ALBUQUERQUE, Martim de/ colab. CRUZ, Eduardo Vera, *Da igualdade: introdução à jurisprudência*, Coimbra, Almedina, 1993.

ALEXY, Robert, “*The Construction of Constitutional Rights*”, in *Law & Ethics of Human Rights*, n.º 4, 2010.

ALEXY, Robert, “*Derechos, razonamiento jurídico y discurso racional*”, in *Isonomia*, n.º 1, 1994.

ALEXANDRINO, José de Melo, *A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na constituição portuguesa, vol.II*, Coimbra, Almedina, 2006.

ALMEIDA, Mário Aroso de, *Teoria Geral do Direito Administrativo*, 10.ª ed., Coimbra, Almedina, 2022.

ALMEIDA, Mário Aroso de, *A anulação dos actos administrativos no contexto das relações jurídico-administrativas*, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2022.

ALMEIDA, Mário Aroso de, “Em defesa do princípio da legalidade da Administração”, in *RDA*, n.º 15, 2022 (17-35).

ALMEIDA, Mário Aroso de, *Manual de Processo Administrativo*, 6.ª ed., Coimbra, Almedina, 2022.

ALMEIDA, Mário Aroso de, *O Princípio da Razoabilidade como Parâmetro de Atuação e Controlo da Administração Pública*, Coimbra, Almedina, 2020.

ALMEIDA, Mário Aroso/ CADILHA, Carlos Alberto, *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, 5.ª ed., Coimbra, Almedina, 2021.

AMARAL, Diogo Freitas/ colab. MACHETE, Pedro/ TORGAL, Lino, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. II, 3.ª ed., Coimbra, Almedina, 2016.

AMARAL, Maria Lúcia, *A forma da República: Uma Introdução ao Estudo do Direito Constitucional*, 2.ª ed., Coimbra, Gestlegal, 2021.

AMARAL, Maria Lúcia, “O princípio da igualdade na Constituição portuguesa”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Armando M. Marques Guedes*, org: MIRANDA, Jorge, Coimbra, Coimbra Editora, 2004 (35-57).

AMARAL, Maria Lúcia, *Responsabilidade do Estado e dever de indemnizar do legislador*, Coimbra, Coimbra Editora, 1998.

ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 6.^a ed., Coimbra, Almedina, 2019.

ANDRADE, José Carlos Vieira de, *A justiça administrativa (lições)*, 19.^a ed., Coimbra, Almedina, 2021.

ARNDT, Hans-Wolfgang, “Ungleichheit im Unrecht, Rechtsfragen im Spektrum des Öffentlichen”, in Mainzer, Festschrift Armbruster, Org: Burkei, Franz/ Polter, Dirk-Meints, Berlin, Duncker & Humblot, 1976 (233-251).

ASCENSÃO, José de Oliveira, *O Direito: Introdução e Teoria Geral*, 13.^a ed., Coimbra, Almedina, 2005.

AUBERT, François, “De quelques limites au principe de la primauté des lois”, in *Festschrift zum 70. Geburtstag von Hans Nef*, Zurich, Schulthess, 1981 (1-25).

ÁVILA, Humberto, *Segurança Jurídica: Entre Permanência, mudança e realização no direito tributário*, São Paulo, Malheiros Editores, 2011.

AYALA, Bernardo Diniz de, *O (défice de) controlo judicial da margem de livre decisão administrativa: considerações sobre a reserva de administração, as componentes, os limites e os vícios típicos da margem de livre decisão administrativa*, Lisboa, Lex, 1995.

BANGEL, Felix, *Gleichheit im Unrecht*, Berlin, Logos, 2020.

BLANCO, Federico A. CASTILLO, *La Protección de confianza en el derecho administrativo*, Madrid, Marcial Pons, 1998.

BOROWSKI, Martin, *La estructura de los derechos fundamentales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.

- BOROWSKI, Martin, *Grundrechte als Prinzipien*, 3.^a ed., Baden-Baden, Nomos, 2018.
- BRANCO, Ricardo, *O Efeito Aditivo da declaração de inconstitucionalidade*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010.
- BRYDE, Brun-Otto, *Die Effektivität von Recht als Rechtsproblem*, Berlim, de Gruyter, 1993.
- BRITO, Miguel Nogueira de, “Medida e intensidade do controlo da igualdade na jurisprudência da crise do Tribunal Constitucional”, in *O Tribunal Constitucional e a crise: ensaios críticos*, org: RIBEIRO, Gonçalo de Almeida/ COUTINHO, Luís Pereira, Coimbra, Almedina, 2014, (105- 132).
- CADILHA, Carlos Alberto Fernandes, “O novo regime de responsabilidade civil do Estado e demais entidades públicas pelo exercício da função administrativa”, in *VI Encontro Anual do Conselho Superior da Magistratura*, 2009, (1-13). Disponível em: https://www.csm.org.pt/ficheiros/eventos/encontroscsm/06eacsm/6encontroscsm_carloscadilha2.pdf.
- CADILHA, Carlos Alberto Fernandes V. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA.
- CALVÃO, Filipa Urbano, *Os actos precários e os actos provisórios no direito administrativo: sua natureza e admissibilidade: as garantias do particular*, Porto, Universidade Católica Portuguesa, 1998.
- CANAS, Vitalino, Constituição, «*Prima Facie*: igualdade, proporcionalidade, confiança (aplicados ao “corte” de pensões) », in *E-Publica*, nº.1, 2014, (1-49).disponível em: <https://e-publica.pt/article/34588-constituicao-prima-facie-igualdade-proporcionalidade-confianca>.
- CANOTILHO, J.J. Gomes, *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*, 2.^a, ed., Coimbra, Almedina, 2001.
- CANOTILHO, J.J., Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7^a.ed., Coimbra, Almedina
- CANOTILHO, J.J. Gomes, *O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos*, Coimbra, Almedina, 1974.

CANOTILHO, Gomes J.J. / MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada, artigos 1º a 107º, vol. I*, 4.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2007.

CARA, Juan Carlos GAVARA de, *Contenido y función del término de comparación en la aplicación del principio de igualdad*, Madrid, Thomson Aranzadi, 2008.

CORDEIRO, António Menezes, *Da Boa Fé no Direito Civil, vol.II*, Coimbra, Almedina, 1984.
CORREIA, Fernando Alves, *O plano urbanístico e o princípio da igualdade*, Coimbra, Almedina, 1989.

CORTÊS, António, V. Jorge Miranda.

CORTÊS, António, V. Maria da Glória Dias Garcia.

COUTINHO, Luís Pedro Pereira, *A Autoridade Moral da Constituição - Da Fundamentação da Validade do Direito Constitucional*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009.

DAHN, Otto, “*Gleichheit*”, in *Geschichtliche Grundbegriffe Historisches Lexikon zur politisch- sozialen Sprache in Deutschland, Band 2 E-G*, org. BRUNNER, Otto / CONZE, Werner / KOSELLECK, Reinhart Estugarda, Ernst Klett, 1975, (997-1046).

DESENS, Marc, “*Neid als Grundrechtsausübungsmotiv: Zur Durchsetzung des Gleichbehandlungsanspruchs bei gleichheitswidrigen Gesetzen*”, in *AÖR*, vol. 133, nº3, 2008, (405-431).

DÍAZ, José Ortiz, “*El Precedente Administrativo*”, in *RAP*, no 24, 1957, (75-116).

DIÉZ-PICAZO, Luis, *La Doctrina del Precedente Administrativo*, in *RAP*, n.º 98, 1982, (7-46).

DUARTE, David, *A norma da legalidade procedimental administrativa: a teoria da norma e a criação de normas de decisão na discricionabilidade instrutória*, Coimbra, Almedina, 2006.

DÜRIG, Günter, “*Art. 3º*”, in *Grundgesetz: Kommentar, vol. I*, org. MAUNZ, Theodor/Dürig, Günter, CH. Beck, 1991, (1-236).

DWORKIN, Ronald, *Sovereign Virtue: the theory and practice of equality*, Londres/Cambridge Mass., HUP, 2002.

EGÍDIO, Mariana Melo, “Análise da estrutura das normas atributivas de direitos fundamentais: a ponderação e a tese ampla da previsão”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, vol. I, coord. MIRANDA, Jorge, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, (611-636).

ESTORNINHO, Maria João, *A fuga para o Direito Privado: contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública*, Coimbra, Almedina, 1999.

EZCURRA, Jose Luis Villar/ PALASI, Jose Luis, *Principios de derecho administrativo*, Madrid, Universidad Computense, 1999.

FÁBRICA, Luís Sousa da, “A acção popular já não é o que era”, in *CJA*, n.º 38, 2003, (35-54).

FÁBRICA, Luís Sousa da, *Reconhecimento de direitos e reintegração da esfera jurídica*, vol.1, Lisboa, policopiado, 2003.

FLÜCKIGER, Alexandre, V. PIERRE MOOR

FORSTHOFF, Ernst, *Tratado de Derecho Administrativo*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1958.

FRADA, Carneiro da Manuel, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, Coimbra, Almedina, 2004.

FREITAS, Dinamene de, *Acto Administrativo Inconstitucional: delimitação do conceito e subsídio para um contencioso constitucional dos actos administrativos*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010.

GARCÍA, Enrique Alonso, “El Principio de Igualdad del Articulo 14 de la Constitucion Española”, in *RAP*, n.ºs, 100-102, 1983, (21-92).

GARCIA, Maria da Glória Dias / CORTÊS, António, “Anotação ao art. 266o”, in *Constituição Portuguesa Anotada*, Vol. III, 2.ª ed., coord. MIRANDA, Jorge/ MEDEIROS, Rui, UCE, Lisboa, 2020, (491-507).

GARCIA, Maria da Glória Dias, «Princípio da igualdade: fórmula vazia ou fórmula "carregada" de sentido?», in *Estudos sobre o princípio da igualdade*, Coimbra, Almedina, 2005, (28-74).

GARCIA, Maria da Glória Dias “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, Almedina, 2005, (7-28).

GOMES, Carla Amado/LUÍS, Sandra Lopes, *O Dom da Ubiquidade Administrativa: Reflexões sobre a Actividade Administrativa Informal*, in RIDB, ano 1, n.º 7, 2012, (3999-4053). Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/ridb/2012/07/2012_07_3999_4053.pdf.

GONÇALVES, Pedro Costa, *Manual de Direito Administrativo, vol. I*, Coimbra, Almedina, 2009.

GOTTYSOLO, Juan Vallet de, *Metodología de detrrminación del derecho, vol.II*, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1996.

GÖTZ, Volkmar, “Das Grundrecht auf Rechtsanwendungsgleichheit und der verwaltungsgerichtliche Rechtsschutz” in, *DVBl*, 1968, (93-97).

GRABIAS, Fanny, “Contribution à une définition de la notion de tolérance aministrative”, in “*Tolérance et droit*”, org: BIOY, Xavier/ LAVERGNE, Benjamin/ SZTULMAN, Marc, Presses de l’Université Toulouse Capitole, Toulouse, 2013, (25-44).

GRABIAS, Fanny, “*La Tolérance Administrative: Inapplication condamnable du droit*”, in “*L’inapplication du Droit*”, org: LE BOUEF, Romain / LE BOT, Olivier, Aix-En-Provence, DICE, 2022, p.119, disponível em: https://dice.univ-amu.fr/sites/dice.univ-amu.fr/files/public/cdd12_-_linapplication_du_droit_0.pdf (107-130).

HECKEL, Martin, *Gleichheit oder Priviligien*, Tubinga, Mohr Siebeck, 1993.

HUSTER, Stefan, “*Gleichheit und Verhältnismäßigkeit: Der allgemeine Gleichheitssatz als Eingriffsrecht*”, in *JZ*, Ano 49, n.º11, (541-549).

JARASS, Hans D., “Art. 3”, in *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland: Kommentar*, JARASS, Hans D./ PIEROTH, Bodo, 15.^a ed., Munique, C.H. Beck, 2018 (117-171).

JELLINEK, Georg, *System des offentliches recht*, 2^a, ed, Tubinga, Mohr Siebeck, 1919.

JOUANJAN, Olivier, *Le principe d'égalité devant la loi en droit allemand*, Paris, Economica, 1991.

KELLY, David, V. DAVID SLAPPER.

KEMPNY, Simon/ REIMER, Philipp, *Die Gleichheitssätze: Versuch einer übergreifenden dogmatischen Beschreibung ihres Tatbestands und ihrer Rechtsfolgen*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2012.

KELSEN, Hans, “*What is Justice?*”, in *What is Justice? Justice, Law, and Politics in the Mirror of Science*, Berkeley, University of California Press, 1971, (1-24).

KIRCHHOF, Ferdinand, « “*Keine Gleichheit im unrecht?*” », in *Rechtstaat und Grundrecht, Festschrift für Detlev Merten*, org: KIRCHHOF, Ferdinand/ PAPIER, Hans-Jürgen/ SCHÄFFER, Heinz, Heidelberg, C.F. Müller, 2007, (109-118).

KIRCHHOF, Paul “*§124, Die Allgemeine Gleichheitsatz*”, in *HStR vol. V*, 2^aed., org: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul, Heidelberg, C.F. Müller, 1992, (837-972).

KIRCHHOF, Paul, “*§ 125 Gleichheit in der Funktionenordnung*”, in *HStR vol. V*, org: ISENSEE, Josef/KIRCHHOF, Paul, 2^aed., Heidelberg, C.F. Müller, 1992, (973-1016).

KÖLBEL, Christoph, *Kölbel, Christoph, «Gleichheit “im Unrecht”*», Colónia, 1998. Disponível em: <https://www.hkrecht.de/resources/Gleichheit-im-Unrecht.pdf>.

LEIBHOLZ, Gerhard, *Die Gleichheit vor dem Gesetz*, 2.^a ed., Munique/ Berlim, C. H. Beck, 1959.

LEISNER, Anna, *Kontinuität als Verfassungsprinzip Unter besonderer Berücksichtigung des Steuerrechts*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2002.

LEÓN, José Maria Baño, “*La igualdad como derecho público subjetivo*”, in *RAP*, n.º 144, 1987 (179-198).

LLORENTE, Francisco Rubio, “*El principio de la Igualdad en la jurisprudencia del tribunal constitucional*”, in *REDC*, n.º 31, 1991, (9-36).

LLORENTE, Francisco Rubio, “La igualdad en la aplicación de la ley”, in *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 1, 1997 (145-156).

LORA, Alejandro Huergo, “La Desigualdad Em La Aplicacion de potestades administrativas de gravamen: remedios jurídicos”, in *RAP*, n.º 137, 1995 (189-238).

LOPES, Pedro Moniz, *Derrotabilidade Normativa e Normas Administrativas: o Enquadramento das normas regulamentares na teoria dos conflitos normativos, Parte II*, Lisboa, AAFDL Editora, 2019.

LOPES, Pedro Moniz, *Princípios de boa fé e decisão administrativa: estrutura e operatividade na discricionariedade conferida por normas habilitantes*, Coimbra, Almedina, 2011.

LUENGO, Javier García, *El principio de protección de la confianza en el derecho administrativo*, Madrid, Civitas, 2002.

LUÍS, Sandra Lopes, *A acção contra particulares no contencioso administrativo português: contributo para o estudo da tutela jurisdicional nas relações administrativas entre particulares*, Lisboa, AAFDL Editora, 2021.

LUÍS, Sandra Lopes V. Carla Amado Gomes

LUÑO, António Enriques Pérez, *Dimensiones de La Igualdad*, 2.ª ed., Madrid, Dykinson 2007.

MACHADO, Jónatas, *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva: dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos*, 2.ª ed., Coimbra, Gestlegal, 2021.

MACHETE, PEDRO, “Anotação ao artigo 16º do RRCEE”, in *Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas*, org: MEDEIROS, Rui, Lisboa, UCE, 2013, (425-468).

MACHETE, Pedro, “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, Almedina, 2016, (447-488).

MACHETE, Pedro, V. Jorge Miranda.

MANCEBO, Luis Villacorta, “*El derecho de igualdad y el reconocimiento de la obligación a la dogmática*”, in *Revista de Derecho Político*, nº67, 2006, (39-76).

MANCEBO, Luis Villacorta, “*Principio de igualdad y legislador Arbitrariedad y Proporcionalidad como límites (probablemente insuficientes)*”, in *Revista de estudios políticos*, nº130, 2005, (35-75).

MARTENET, Vincent, *Géométrie de l'égalité*, Bruxelas/Paris, Schulthess, 2003.

MARTENET, Vincent, V. Pierre Moor

MARTINEZ, Pedro Soares, *Filosofia do Direito*, 3ªed., Coimbra, Almedina, 2003.

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, Almedina, 2010.

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, Almedina, 2004.

MATOS, André Salgado, “O Provedor de Justiça e os meios administrativos e jurisdicionais de controlo da actividade administrativa”, in *Provedor de Justiça: Novos Estudos*, 2008, (155-206). Disponível em: https://www.provedor-jus.pt/documentos/ProvedorJustica_NovosEstudos.pdf.

MATOS, André Salgado, V. Marcelo Rebelo de Sousa

MAURER, Hartmut, *Derecho Administrativo Alemán*, Cidade do México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2012.

MAURER, Hartmut, “§60 *Kontinuitätsgewähr und Vertrauensschutz*”, in *HStR*, vol. III, 2.ª ed., org: ISENSEE, Josef/KIRCHHOF, Paul, Heidelberg, C.F. Müller, (211-280).

MAYER, Otto, “*Derecho Administrativo Alemán*”, vol.IV, 2.ª ed., Buenos Aires Depalma, 1982.

MEDEIROS, Rui, “Direitos, Liberdades e Garantias e Direitos Sociais: entre a unidade e a diversidade”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Manuel Sérvulo Correia, vol. I*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, (657-683).

MEDEIROS, Rui, *A Decisão de Inconstitucionalidade: Os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da Lei*, Lisboa, UCE, 1999.

MEDEIROS, Rui, V. Jorge Miranda

MIRANDA, Jorge / CORTÊS, António, “Anotação ao Art. 1º”, in *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 2.ª ed., coord. MIRANDA, Jorge / MEDEIROS, Rui, Lisboa, UCE, 2017, (58-71).

MIRANDA, JORGE / MEDEIROS RUI, “Anotação ao Art. 13º da CRP”, in *Constituição Portuguesa Anotada*, vol. I, 2ª ed., coord. Miranda, Jorge / Medeiros, Rui, UCE, Lisboa 2017 (159-179).

MIRANDA, Jorge/MACHETE, Pedro, “Anotação ao Art. 52º da CRP”, in *Constituição Portuguesa Anotada* vol. I, 2.ª ed., coord. Miranda, Jorge/ MEDEIROS, Rui, Lisboa, UCE, 2017, (742-757).

MIRANDA, Jorge, *Direitos Fundamentais*, 3.ª ed., Coimbra, Almedina, 2020.

MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional, t. IV*, 5ªed., Coimbra, Coimbra Editora, 2012.

MONCADA, Luís Cabral de, *O Código do procedimento Administrativo Anotado*, 4.ª ed., Lisboa, Quid Iuris, 2022.

MONIZ, Ana Raquel Gonçalves, *A recusa de aplicação de regulamentos pela administração com fundamento em invalidade: contributo para a teoria dos regulamentos*, Coimbra, Almedina, 2017.

MOOR, Pierre/ FLÜCKIGER, Alexandre / MARTENET, Vincent, *Droit administratif, vol. I, Les fondements généraux*, 3.ª ed, Berna, Stämpfli, 2012.

MORAIS, Carlos Blanco de, *Justiça Constitucional, t. I, Garantia da Constituição e Controlo da Constitucionalidade*, 2a ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2006.

MOREIRA, Vital. V. J.J. GOMES CANOTILHO.

NOVAIS, Jorge Reis, *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito*, Coimbra, Almedina, 2013.

NOVAIS, Jorge Reis, *Limites dos Direitos Fundamentais - Fundamento, Justificação e Controlo*, Coimbra, Almedina, 2021.

OLIVEIRA, Mário Esteves de, *Direito Administrativo*, Coimbra, Almedina, 1980.

OLIVEIRA, Mário Esteves de / GONÇALVES, Pedro Costa /AMORIM, João Pacheco de; colab. OLIVEIRA, Rodrigo Esteves de, *Código do procedimento administrativo: comentado*, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 1999.

OLIVEIRA, Rodrigo Esteves de, “Os princípios gerais da contratação pública”, in *Estudos de contratação Pública*, vol. I, org: GONÇALVES, Pedro, Coimbra, Coimbra Editora, 2008.

OSSENBUHL, Fritz, “§104, *Autonome Rechsetzung der Verwaltung*”, in *HStR*, vol. V, Org. ISENSEE, Josef/ KIRCHHOF, Paul, 3.ª ed., Heidelberg, C.H. Müller, 2003, (305-354).

OTERO, Paulo, “Causas de exclusão da responsabilidade civil extracontratual da Administração Pública”, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, vol. II, org: Coimbra Editora, Coimbra, 2010, (965-986).

OTERO, PAULO, *Direito do Procedimento Administrativo vol. I*, 1.ª ed., Coimbra, Almedina, 2016.

OTERO, Paulo, *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à legalidade*, Coimbra, Almedina, 2022.

OTERO, Paulo, *Manual de Direito Administrativo*, vol. I, Coimbra, Almedina, 2016.

PAULY, Walter, “*Gleichheit im Unrecht als Rechtsproblem*”, in *JZ*, nº13, 1997, (647-654).

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, (317-370).

PEREIRA, André Gonçalves, *Erro e Ilegalidade no Acto Administrativo*, Lisboa, Ática, 1962.

PIEROTH, Bodo/ SCHLINK, Bernhard, *Grundrechte, Staatsrecht, vol.II*, 28.^a ed., Heidelberg, C.F.Müller, 2010.

PIRES, Catarina Monteiro, *Impossibilidade da Prestação*, Coimbra, Almedina, 2017.

PIETZCKER, Jost, “Zu den Voraussetzungen des Anspruchs auf Gleichbehandlung nach Art. 3 (1) GG”, in *JZ*, ano 44, n.º7, (305-310).

PORTOCARRERO, MARTA *Contratos sobre o Exercício de Poderes Públicos, Transação e Arbitragem: Ensaio sobre a disponibilidade e indisponibilidade do exercício do poder administrativo*, Porto, UCE, 2015.

PÖSCHL, Magdalena, *Gleichheit vor dem Gesetz*, Viena/Nova Iorque, Springer, 2007.

RADBRUCH, Gustav, *Filosofia do Direito*, 6a ed., Coimbra, Arménio Amado, 1997.

RANDELZHOFFER, Albrecht, “Gleichbehandlung im Unrecht? Zur Problematik eines Anspruchs auf Beibehaltung”, in *JZ*, Ano 28, n.º 17, 1973, (536-544).

REIMER, Philipp, “§ 128, Allgemeiner Gleichheitssatz”, in *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland: im europäischen Staatenverbund*, 2.^a ed., vol. IV, org: STERN, Klaus/ SODAN, Helge/ MÖSTL, Markus Munique, C.H. Beck, 2022 (1075-1119).

REIMER, Philipp, «“Keine Gleichheit im Unrecht”: dogmatische Rekonstruktion eines Verfassungsspruchworts, » in *Rechtswissenschaft*, ano 8, n.º1, 2017, (2-24). Disponível em: https://www.nomos-elibrary.de/10.5771/1868-8098-2017-1-1.pdf?download_full_pdf=1.

REIMER, PHILIPP V. SIMON KEMPNY

RIBEIRO, Gonçalo de Almeida, “O constitucionalismo dos princípios”, in *O tribunal constitucional e a crise: Ensaio Críticos*, org: RIBEIRO, Gonçalo de Almeida/ COUTINHO, Luís Pereira, Coimbra, Almedina, 2014, (69-104).

RIBEIRO, Gonçalo de Almeida, *The decline of private law: a philosophical history of legal liberalism*, Hart, Oxford, 2020.

SACHS, Michael, “Zur dogmatischen Struktur der Gleichheitsrechte als Abwehrrechte”, in *DöV*, no10, 1984, (411-419).

SACHS, Michael, *Verfassungsrecht*, vol. II, 3.^a ed., Nova York, Springer, 2017.

SAGAN, Adam, *Rückwirkende Rechtsprechungsänderung: eine methodologische und dogmatische Studie zur zeitlichen Dimension höchstrichterlicher Rechtsprechungsänderungen im Privatrecht*, Baden-Baden, Nomos, 2022.

SAMPAIO, Jorge Silva, *Ponderação e Proporcionalidade*, vol. I: *As condições normativas para a ponderação: Derrotabilidade, conflitos com normas de direitos fundamentais e particularismo jurídico*, Coimbra, Almedina, 2023.

SAMPAIO, Jorge Silva, *Ponderação e proporcionalidade*, vol. II: *Uma teoria analítica do raciocínio constitucional*, Coimbra, Almedina, 2023.

SANCHES, José Luís Saldanha, *Manual de Direito Fiscal*, 3.^a ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2007.

SÁNCHEZ, Pedro Fernández, “A Restrição dos efeitos das sentenças de invalidade dos Tribunais Administrativos”, in *RDA*, n.º 2, 2018, (18-38).

SÁNCHEZ, Pedro Fernández, *Lei e Sentença*, vol. I: *Separação dos poderes legislativos e judiciais na constituição portuguesa*, Lisboa, AAFDL Editora, 2017.

SÁNCHEZ, Pedro Fernández, *Lei e Sentença*, vol. II: *Separação dos poderes legislativos e judiciais na constituição portuguesa*, Lisboa, AAFDL Editora, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang/ MARINONI, Luiz Guilherme/ MITIDIERO, Daniel, *Curso de Direito Constitucional*, 8.^a ed., São Paulo, Saraiva, 2019.

SASTRE, Silvia Díez, “El precedente administrativo: fundamentos y eficacia vinculante”, Madrid, Marcial Pons, 2008.

SCHLINK, Bernhard, V. BODO PIEROTH.

SCHOCH Friedrich, “*Der Gleichheitssatz*”, in *DVBl*, 1988, (863-882).

SILVA, Jorge Pereira da, *Dever de legislar e protecção jurisdicional contra omissões legislativas*, Lisboa, UCE, 2003.

SILVA, Vasco Pereira da, *Em Busca do Ato Administrativo Perdido*, Coimbra, Almedina, 2016.

SLAPPER, Gary/ KELLY, David, *The English Legal System*, 10.^a ed., Londres, Routledge, 2009.

SOUSA, Marcelo Rebelo de / MATOS, André Salgado de, *Direito Administrativo Geral, t.I: Introdução e Princípios Fundamentais*, 3.^a ed., Lisboa, Dom Quixote, 2016.

SOUSA, Marcelo Rebelo de/ MATOS, André Salgado de, *Direito Administrativo Geral, t.III: Actividade Administrativa*, 2.^a ed., Lisboa, Dom Quixote, 2009.

SOUSA, Marcelo Rebelo de / MATOS, André Salgado de, *Direito Administrativo Geral, t.III: Responsabilidade Civil Administrativa* 1.^aed., Lisboa, Dom Quixote, 2008.

STARCK, Christian, “*Art. 3 (1)*”, in *Das Bonner Grundgesetz: Kommentar, vol. I*, org: MANGOLDT, Hermann, 3aed, Munique, Franz Vahlen, 1991, (258-417).

STERN, Klaus, “*Das Gebot zur Ungleichbehandlung*”, in *Das akzeptierte Grundgesetz, Festschrift für Günter Dürig zum 70. Geburtstag*, (205-219).

STOLLEIS, Michael, *A History of Public Law in Germany*, OUP, Oxford, 2008.

TSCHANNEN, Pierre, /MÜLLER, Markus/ KERN, Markus, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 5.^a ed., Berna, Stämpfli, 2022.

VAIANO, Diego, *La riserva di funzione amministrativa*, Milão, Giuffrè, 1996.

VALLE, Jaime, “*Artigo 16º do RRCEE*”, in *O Regime da Responsabilidade Extracontratual do Estado e demais entidades públicas: Comentários à luz da Jurisprudência*, 3.^aed., Lisboa, AAFDL Editora, 2022, (945-975).

Vaz, Manuel Afonso, *Lei e reserva da lei: a causa da lei na Constituição Portuguesa de 1976*, 1.^a ed., Porto, Universidade Católica Portuguesa, 1992.

VIPIANA, Piera Maria, *L'autolimita della pubblica amministrazione: l'attività amministrativa fra coerenza e flessibilità*, Milão, Giuffrè, 1990.

10. JURISPRUDÊNCIA

Ac. do STA, de 06-12-2018, proc. n.º 01062/08. Disponível em:
http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/6fb42cddf214ae428025836000429727?OpenDocument&ExpandSection=1#_Section1.

Ac. do STA, de 09-06-2021, proc. n.º 0319/06. Disponível em:
<http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/425e461534f2423f802586f10039028c?OpenDocument&Highlight=0,0319%2F06>.

Ac. do TC, de 06-06-1990, proc. n.º 88/0533. Disponível em:
<http://www.dgsi.pt/atco1.nsf/-/03ED7736D2D519898025682D006488B1>.

Ac. do TC n.º187/2013. Disponível em:
<https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20130187.html>.

Ac. do STA, de 11-07-2019, proc. n.º 042/19. Disponível em:
http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/68155cf8bdaa4c70802584420053b150?OpenDocument&ExpandSection=1#_Section1.

Ac. do STA, de 07-09-2022, proc. n.º 02413/17. Disponível em:
<http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/33688d2047d501408025892f003c4ace?OpenDocument>.

Ac. do STA, de 30-03-2023, proc. n.º 01576/21. Disponível em:
http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/a09a2979d4616b8980258988004dc388?OpenDocument&ExpandSection=1&Highlight=0,01576%2F21#_Section1.

Ac. do STA , de 19-01-2023, proc. n.º 077/21. Disponível em:
http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/ff1cc93cefae6aad80258940005c4a0d?OpenDocument&ExpandSection=1&Highlight=0,077%2F21#_Section1.

Ac. do TC n.º 264/86. Disponível em:
<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19860264.html?impressao=1>.

Ac. do TC n.º 231/94. Disponível em:
<https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19940231.html>.

Ac. do TC n.º 7/2017. Disponível em:
<https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20170007.html>.

Ac. do TC n.º 353/2012. Disponível em:
<https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20120353.html>

Parecer da comissão constitucional n.º 2/81. Disponível em:
https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/content/files/biblioteca/cc/cc_volume_14.pdf.

BVerfGe, 55, 72. Disponível em:
<https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv055072.html>.

BVerfGe, 1, 14. Disponível em:
<https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv001014.html>.

[2005] UKHL 41. Disponível em:
<https://publications.parliament.uk/pa/ld200506/ldjudgmt/jd050630/nat-1.htm>.