



**DEPARTAMENTO DE DIREITO**  
**MESTRADO EM DIREITO**  
**ESPECIALIDADE EM CIÊNCIAS JURÍDICAS**  
**UNIVERSIDADE AUTÓNOMA DE LISBOA**  
**“LUÍS DE CAMÕES”**

**RECURSO DE AMPARO CONSTITUCIONAL: UMA ANÁLISE DA  
VIABILIDADE DE INCLUSÃO JURÍDICA DO INSTITUTO AOS  
ORDENAMENTOS DE PORTUGAL E DO BRASIL, À LUZ DA  
EXPERIÊNCIA HISPÂNICO-GERMÂNICA**

Dissertação para a obtenção do grau de Mestre em Direito

Autor: Diego Gomes Alves

Orientador: Professor Doutor Pedro Gonçalo Tavares Trovão do Rosário

Número do candidato: 20161245

**Janeiro de 2020**

**Lisboa**

## **DEDICATÓRIA**

Dedico o presente trabalho ao meu avô Plácido Ferreira Gomes (*in memoriam*), por sua enorme influência em minha formação intelectual e humana.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço primeiramente a Deus, por me dar forças para transpor os diversos obstáculos que surgiram ao longo do desenvolvimento deste projeto monográfico.

Agradeço à minha mãe, Regina Gomes, meu maior exemplo, por sua dedicação incansável, por seu incentivo assíduo e por seu abraço acolhedor.

Agradeço à minha esposa, Simone Gomes, peça fundamental nessa vitória, por materializar-se aconchego nos momentos de cansaço, serenidade nas tormentas e tolerância nas ausências.

Por derradeiro, agradeço ao meu orientador, Professor Doutor Pedro Trovão do Rosário, não só por aceitar a orientação desta empreitada investigativa, mas por sua disponibilidade, paciência, presteza e, principalmente, pelo exemplo de seriedade acadêmica.

## RESUMO

Nas hodiernas estruturas jurídicas em que a Constituição se localiza no cume da pirâmide normativa, têm-se assegurado diversos instrumentos para tutela de direitos fundamentais, dentre os quais se destaca o recurso de amparo constitucional, um remédio jurídico de caráter extraordinário cujo principal objetivo é a criação de um canal de ligação direta entre o Tribunal Constitucional e o cidadão ofendido. Nesta dissertação de mestrado, pretendemos esmiuçar as principais características e benesses desse instituto à luz da experiência vivenciada na Espanha e na Alemanha, o que criará as bases teóricas para compreensão dos principais motivos que levaram Portugal a renegar, em mais de uma Revisão Constitucional, sua incorporação ao ordenamento jurídico. Objetivando opinar sobre a questão, enfrentaremos pontualmente as críticas sufragadas pelos dissidentes desse mecanismo, para, então, demonstrarmos se a sua incorporação à sistemática processual lusitana traria mais vantagens ou inconvenientes. Superado esse ponto, analisaremos os principais remédios constitucionais brasileiros para proteção de direitos fundamentais, cotejando-os com o recurso de amparo constitucional, a fim de aferir se a ordem jurídica do Brasil necessita ou não de uma ação constitucional de defesa autônoma. Por fim, sob o ponto de vista metodológico, este projeto utiliza-se do método de abordagem dedutivo, estando embasado por técnica de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial.

**Palavras-chave:** Recurso de amparo constitucional. Direitos fundamentais. Remédios constitucionais. Controle de constitucionalidade.

## ABSTRACT

In today's legal structures where the Constitution is located at the top of the normative pyramid, several instruments have been ensured for the protection of Fundamental Rights, among which the writ of amparo stands out a legal remedy of extraordinary nature whose primary purpose is to provide a direct connecting route between the Constitutional Court and the offended citizen. In this Master's dissertation, we intend to examine the main characteristics and advantages of the writ of amparo in the light of the experience of Spain and Germany, which will set the theoretical basis for understanding the key reasons that led Portugal to deny, in more than one Constitutional Review, the incorporation of that institute into its legal system. In order to stress our opinion on the issue, we will objectively confront the critics upheld by the dissidents of such a mechanism, and then demonstrate whether its incorporation into the Lusitanian procedural system would be of greater advantages or inconveniences. Beyond this point, we will analyze Brazilian major Constitutional remedies for the protection of Fundamental Rights, contrasting them with the writ of amparo, to assess if Brazil's legal system needs an autonomous Constitutional defense action or not. Regarding methodology, this project uses the deductive approach and is based on bibliographic and jurisprudential research techniques.

**Keywords:** Constitutional writ of amparo. Fundamental rights. Constitutional remedies. Constitutionality control.

## SUMÁRIO

<b>1. CONCEITUAÇÃO E ASPECTOS CARDEAIS DO RECURSO DE AMPARO CONSTITUCIONAL .....</b>	<b>12</b>
1.1. Subsidiariedade .....	20
1.2. Conteúdo .....	25
1.3. Natureza dos atos atacáveis por recurso de amparo constitucional .....	30
1.4. Legitimidade, forma, prazos, procedimento e efeitos .....	33
<b>2. UMA APRECIÇÃO DA TENTATIVA DE INCLUSÃO DO RECURSO DE AMPARO CONSTITUCIONAL À REALIDADE JURÍDICA PORTUGUESA..</b>	<b>44</b>
2.1. Os argumentos adversos ao acolhimento do recurso de amparo constitucional em Portugal .....	49
2.2. Os contrapontos às críticas ofertadas contra a implantação do recurso de amparo constitucional em Portugal .....	57
2.3 A perspectiva do Tribunal Constitucional português a respeito do assunto e uma sugestão crítico-opinativa para adesão do recurso de amparo constitucional à sistemática processual portuguesa .....	70
<b>3. ESTUDO COMPARATIVO ENTRE AS FERRAMENTAS PROCESSUAIS DE SALVAGUARDA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NO BRASIL E O RECURSO CONSTITUCIONAL DE AMPARO .....</b>	<b>90</b>
3.1. Mandado de Segurança .....	91
3.2 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental .....	99
3.3 Recurso extraordinário .....	105
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>109</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>113</b>

## **LISTA DE ABREVIATURAS**

**ADIN** Ação Declaratória de Inconstitucionalidade

**ADECON** Ação Declaratória de Constitucionalidade

**ADPF** Ação Declaratória de Preceitos Fundamentais

**Art.** Artigo

**Arts.** Artigos

**BVerfGG** *Bundesverfassungsgerichtsgesetz* - Lei do Tribunal Constitucional Federal

Alemão

**CE** Constituição Espanhola

**CPTA** Código de Processo nos Tribunais Administrativos

**CRFB** Constituição da República Federativa do Brasil

**CRP** Constituição da República Portuguesa

**DF** Direito Fundamental ou Direitos Fundamentais (duplo sentido)

**GG** Constituição Federal Alemã

**LOTIC** Lei da Organização, Funcionamento e Processo do Tribunal Constitucional Português

**LOTCE** Lei Orgânica do Tribunal Constitucional Espanhol

**n.º** Número

**RAC** Recurso de Amparo Constitucional

**ReCon** Recurso de Constitucionalidade português

**STF** Supremo Tribunal Federal

**TC** Tribunal Constitucional

**TCE** Tribunal Constitucional Espanhol

**TCFA** Tribunal Constitucional da Federação Alemã

**TEDH** Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

## INTRODUÇÃO

Do final do século XV, quando germinava a Idade Moderna, até a chamada Era das Revoluções, com ápice no século XVIII, eclodiu um dinâmico movimento cultural onde diferentes classes de pensadores (juristas, políticos, filósofos, teólogos, dentre outros), mesmo submetidas aos arbítrios de regimes autoritários, passaram a exaltar um novo modelo de ordenação social, em que os DF dos indivíduos deveriam ocupar o cume da pirâmide hierárquica de valores sociais.

O processo transformador, contudo, enfrentou grande resistência dos detentores do poder. Nessa árdua luta, alguns documentos ganharam relevância histórica na aclamação das liberdades e garantias dos cidadãos, dentre os quais destacamos, como primeiro grande marco, a *Petition of Right*, elaborado em 1627, na Inglaterra, que trazia em seu bojo alguns direitos já enunciados na Magna Carta de 1215. Já mais adiante, revelaram suntuosa importância a Constituição dos Estados Unidos da América, de 1787, e a Declaração dos Direitos dos Homens e dos Cidadãos (*Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*), de 26 de agosto de 1789, que, alicerçada nos ideais iluministas, defendia a indissolubilidade da dignidade da pessoa humana.

Esses diplomas, de conteúdo marcadamente revolucionário, constituíram a base do que se conhece por ‘constitucionalismo moderno’<sup>1</sup>, movimento edificado a partir de uma consciência coletiva saturada dos abusos dos governos absolutistas. Nesse momento histórico, passou-se a afrontar a atuação dos até então inquestionáveis Poderes Legislativo e Executivo, rogando-se pela dessacralização do modelo normativo vigente, que, para legitimar garantias exclusivas das minorias dominantes, guardava em si imperatividade axiomática.

Após a Segunda Guerra Mundial, com a expansão da justiça constitucional, os DF surgiram como verdadeiras armas de defesa social e patrimônio indissociável do cidadão, pois criaram limites os quais o Estado não poderia transpor, ou seja, competências negativas que vedavam a interferência arbitrária do governo sobre a esfera pessoal de cada indivíduo. Tamanha foi a relevância alcançada que, hodiernamente, não

---

<sup>1</sup> LOEWENSTEIN, Karl - *Teoría de la Constitución*. p. 38.



há que se falar em Estado de Direito sem uma Constituição que tenha os DF como cerne do modelo democrático constituído.

Não obstante, a previsão meramente abstrata e formal de garantias individuais as torna inócuas, sendo essencial se garantir a criação de instrumentos que sejam capazes de blindar sua força normativa. Nesse ponto, as Constituições possuem papel fundamental, pois precisam materializar a aplicação dos direitos nela previstos, garantindo que os mecanismos de tutela, de jurisdição ordinária ou constitucional, possuam efetividade prática.

Nesse contexto, em meio a dezenas de mecanismos garantidores de direitos, destaca-se com enorme veemência, face a sua exitosa experiência em díspares nações, o chamado ‘recurso de amparo’, núcleo de estudo deste projeto de pesquisa.

Esse instrumento de natureza extraordinária e preferencial, submetido a rito sumário, tem por finalidade precípua a estruturação de um canal de ligação direta entre o tribunal e o cidadão ofendido em seus direitos fundamentais. Divide-se primordialmente em três subtipos, segundo o âmbito de abrangência da proteção suscitada.

O primeiro é o "amparo internacional"<sup>2</sup>, cuja finalidade é submeter à jurisdição de órgãos internacionais violações de direitos humanos previstos em tratados estabelecidos entre diferentes nações, dentre os quais podemos destacar o ‘amparo europeu’, que passou a admitir a queixa de particulares ao Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (Protocolo n.º 11 adicional à Convenção Europeia dos Direitos do Homem), e o ‘amparo interamericano’, que permite a submissão de imbróglis relacionados a violações de DF pelo Tribunal Interamericano dos Direitos do Homem. O segundo atine ao ‘amparo judicial’, que é um instrumento que permite ao particular, diante de eventuais profanações a um grupo de direitos definido, exigir a apreciação da lide por um tribunal ordinário. O derradeiro é o ‘amparo constitucional’, um canal de acesso do cidadão ao Tribunal Constitucional, contra abusos estatais que ofendam direitos fundamentais.

Neste estudo monográfico, em que pese não nos deslembrarmos da relevância dos amparos internacional e judicial, estreitaremos nossa análise exclusivamente ao

---

<sup>2</sup> ALBANESE, Susana - *El Amparo Internacional*. p. 45-60.

terceiro instituto elencado, por ser o único capaz de trazer respostas aos problemas que traremos à baila na análise da atuação da justiça constitucional no combate às ulcerações de direitos fundamentais.

Delineada essa curta localização, para compreensão dos elementos estruturais do recurso de amparo constitucional, dada a enorme diversidade de países que usufruíram de suas benesses (Costa Rica, Guatemala, Venezuela, Bolívia, Cabo Verde, Honduras, México, Nicarágua, Paraguai, Panamá, Angola, Moçambique, dentre outros), cada qual com suas características particulares, elegemos as matrizes jurídicas de duas nações que têm demonstrado - apesar de pequenas intempéries - sucesso na manipulação do amparo: Espanha e Alemanha. Trata-se essa delimitação, em verdade, de precaução para não tornar o projeto enfadonho ou correr o risco de, diante da projeção excessiva de conteúdo, reduzi-lo ao niilismo.

Estabelecidos os sistemas que serão utilizados como balizadores, passaremos ao estudo comparado desses modelos com os mecanismos constitucionais de defesa de DF previstos nos sistemas jurídicos de Portugal e do Brasil. Para tanto, com fins meramente didáticos, o projeto dividir-se-á em três capítulos elementares.

O primeiro terá por função precípua elucidar ao leitor os principais elementos constitutivos do remédio em apreço, em especial daqueles relacionados ao recurso de amparo espanhol e à queixa constitucional alemã. Nesse sentido, delinearemos conceitos, detalharemos as características basilares, explicaremos a ‘subsidiariedade’ como condição essencial à funcionalidade do instituto e a ‘especial transcendência constitucional’ enquanto filtro limitador de demandas impertinentes, abordaremos a natureza dos atos passíveis de serem impugnados por essa via e apresentaremos as distintas etapas que ordenam esse processo constitucional, desde a sua interposição até os efeitos da decisão que o resolve.

O segundo capítulo cingir-se-á, preambularmente, à análise da malograda investida, em três revisões constitucionais, da introdução do recurso de amparo no modelo jurídico lusitano.

Apontaremos, nesse contexto, os principais argumentos da doutrina favorável à manutenção do *status quo* do modelo português. Elencaremos, para tanto, as principais

objeções que levam os dissidentes do amparo a sustentar que o método lusitano de averiguação de conformidade constitucional, aliado a outros instrumentos avulsos de defesa, são suficientes à proteção dos direitos, garantias e liberdades fundamentais dos cidadãos portugueses.

Em contraponto, destacaremos a posição daqueles que defendem a disfuncionalidade da metodologia lusitana de salvaguarda de direitos fundamentais, primordialmente das violações perpetradas por decisões judiciais. Para tal, debateremos a efetividade da competência do Tribunal Constitucional na proteção de diplomas outros que não leis *stricto sensu*, bem como das linhas de acesso do cidadão comum a ele.

Arremate, analisaremos, mediante acórdãos exarados de 1995 a 2019, a postura do Tribunal Constitucional português no tocante à utilização de mecanismo correlativo ao recurso de amparo, para, assim, nos posicionarmos quanto à defesa ou não da implementação do instrumento na legislação lusitana. Para tanto, sugeriremos modificações que entendemos pertinentes ao aprimoramento da vigente estrutura conferida à defesa de direitos fundamentais.

No terceiro e derradeiro tópico, traçaremos um paralelo comparativo entre o recurso de amparo – novamente, baseado nas matrizes espanhola e alemã – e alguns remédios existentes no Brasil que são apontados, por parcela da doutrina, como semelhantes em funcionalidade, quais sejam, o Mandado de Segurança, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental e o Recurso Extraordinário.

Delineadas as principais similitudes e dissonâncias entre os mecanismos, nos posicionaremos quanto à necessidade ou não de implementação, no Brasil, de um instrumento com características idênticas ao recurso de amparo.

O objetivo primordial deste projeto monográfico, não é, nem de longe, exaurir a historicidade e as características do recurso de amparo ao redor do mundo. Temos, contudo, a modesta pretensão de demonstrar quão efetivo pode ser esse instrumento, em países com defasada tutela de proteção *jusfundamental*, no estabelecimento de uma comunicação direta entre o cidadão comum e o Tribunal Constitucional.

## 1. CONCEITUAÇÃO E ASPECTOS CARDEAIS DO RECURSO DE AMPARO CONSTITUCIONAL

O Constitucionalismo contemporâneo ou Neoconstitucionalismo, cuja edificação iniciou-se em meados do século XX, constituiu uma alternância substancial da configuração social, não só no espectro formal, mas, em especial, nos campos ideológico e cultural.

Até a Segunda Guerra Mundial, evidenciava-se um cenário de constituições eminentemente devolutas, compostas basicamente de normas programáticas, com baixa concretude prática. Nesta fase, o âmago de se livrar dos resquícios de regimes autoritários fez com que a preocupação se voltasse principalmente à previsão da legalidade enquanto princípio constitucional e à separação de poderes.<sup>3</sup>

Quedava, finalmente, o Poder Executivo dotado de poderes supremos, muitas vezes validado por supostas delegações divinas, e o legislador *legibus solutus*, isto é, com atuação garantida de incontestabilidade, sem qualquer tipo de fiscalização material ou axiológica. De outra parte, germinava um novo modelo em que a Constituição se traduzia em verdadeira Norma Fundamental<sup>4</sup>, legitimadora de todo o ordenamento legal do Estado, e pautada em um modelo de DF atrelado ao princípio democrático.

Essa nova estrutura, alicerçada na proeminência da lei e no refreamento dos poderes políticos (na forma de restrição do exercício do poder e catalogação de obrigações), foi responsável pela acepção material da Constituição, que exalta, além de adequação à realidade fática da sociedade que rege, a primordialidade de se garantir verdadeira força normativa aos preceitos constitucionais.

A força normativa atine à íntegra eficácia dos direitos, garantias e liberdades previstas na Constituição, ou seja, à capacidade da Norma Maior de concretizar o que está previsto abstratamente e, ao mesmo tempo, de cingir a atuação estatal. Tanto para uma função, quanto para outra, é necessário que haja a previsão de mecanismos que garantam

---

<sup>3</sup> BONAVIDES, Paulo - **Curso de Direito Constitucional**. p. 622-623.

<sup>4</sup> KELSEN, Hans - **Teoria Pura do Direito**. p. 305

a plena eficácia do que foi previsto, no campo do dever-ser, pelo poder constituinte originário.

Em outras palavras, esses instrumentos constituem ferramentas democráticas que asseguram, em uma ponta, a vedação ao uso irrestrito do poder pelo representante estatal e, de outra, a guarda dos DF do cidadão instalados na base da pirâmide social. Em amplo espectro, atestam a vigência e a irrefutabilidade da Constituição<sup>5</sup>, evitando que ela se torne uma “mera folha de papel”<sup>6</sup>. Dentre os vários aparatos previstos pela legislação para conservação da ordem constitucional, dois merecem destaque.

O primeiro, de ordem política, refere-se ao controle exercido entre as diversas instituições de soberania, que atuam em modelo cooperativo para o gerenciamento das demandas estatais, como decorrência direta da separação e harmonia (interdependência) entre os poderes.

Essa concepção de assistência entre os poderes teve sua gênese - ainda que em traços eminentemente embrionários - no século IV a.C., quando Aristóteles preceituou ser temerário delegar a uma única pessoa o exercício pleno do poder<sup>7</sup>. A ideia foi posteriormente aprimorada por John Locke<sup>8</sup>, defensor de um pacto social para construção do poder político, por Loewenstein, que prescreveu um modelo de controle entre instituições públicas (denominado 'inter-orgânico', em regimes democráticos, ou 'intra-orgânico', quando há monopólio de poder e/ou o controle é exercido tão somente no interior da organização)<sup>9</sup>, bem como por Montesquieu, idealizador do sistema que ficou conhecido por *checks and balances* (sistema de freios e contrapesos)<sup>10</sup>.

Na maioria dos países democráticos, essa compreensão está materializada nas legislações internas. Em Portugal, há sua previsão nos artigos 2º e 111º, n.º 1, da CRP. Já no Brasil, podemos encontrá-la no art. 2º da CRFB.

---

<sup>5</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes - **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. p. 128.

<sup>6</sup> LA SALLE, Ferdinand - **O que é uma Constituição?**. p. 32.

<sup>7</sup> ARISTÓTELES - **A Política**. p. 80.

<sup>8</sup> LOCKE, John - **O Segundo Tratado sobre o Governo Civil**. p. 131.

<sup>9</sup> LOEWENSTEIN, Karl - *Op. Cit.* p. 232-237.

<sup>10</sup> MONTESQUIEU, Charles de Secondat - **Do Espírito das Leis**. p. 167.

O segundo para efetivação constitucional - de ordem eminentemente jurídica - é a fiscalização de constitucionalidade de leis e diplomas normativos.

A CRP de 1976<sup>11</sup> aderiu à sistemática mista, que permite que a apuração de conformidade constitucional das normas suceda-se concentradamente, em um órgão individualizado com competência constitucional, ou difusamente, em órgãos jurisdicionais disseminados, consoante as idiosincrasias da lide analisada.

Quanto a isso, o TCP possui competência para examinar se uma norma foi inconstitucionalmente aprovada ou aplicada, em apreciação abstrata e com repercussão generalizada, isto é, efeitos extensíveis a todos (*erga omnes* - art. 281º da CRP). De outra parte, os tribunais judiciais igualmente estão habilitados para, incidentalmente (de forma concreta, na análise de litígio particularizado)<sup>12</sup>, mensurar questões de inconstitucionalidade eventualmente fomentadas, abstendo-se de empregar, *in casu*, dispositivos legais que atentem contra a Carta Política ou os princípios nela acautelados (CRP, art. 204º). Ou seja, essa última modalidade de controle de constitucionalidade restringe sua atuação a não aplicar ou desaplicar casuisticamente a legislação inconstitucional.<sup>13</sup>

Nessa hipótese, a apreciação da adequação da norma à Carta Fundamental poderá chegar ao TC através do cognominado Recurso de Constitucionalidade (ReCon) previsto no art. 280.º, n.º 1, da CRP, e no art. 70.º.1 da LOTC<sup>14</sup>.

Em vista disso, podemos dizer que a ordenação fiscalizatória de constitucionalidade lusitana “situa-se na confluência de duas culturas jurídico-constitucionais diferentes: a *judicial review of legislation*, dos Estados Unidos, e a *Verfassungsgerichtsbarkeit*, da Áustria”<sup>15</sup>.

Em sintonia, José Manuel Cardoso da Costa leciona que o TCP empreende verdadeira atuação negativa na preservação do *due legislative process* (devido processo

---

<sup>11</sup> CONSTITUIÇÃO DA REPUBLICA PORTUGUESA - **Diário da República**, I Série A. N.º 86 (10/04/1976). p. 738 – 775.

<sup>12</sup> MOREIRA, Vital - **A fiscalização concreta no quadro do sistema misto de justiça constitucional**. p. 810-815.

<sup>13</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes – **Op. Cit.** p. 983.

<sup>14</sup> Esses tópicos serão mais bem aprofundados no segundo capítulo desta monografia.

<sup>15</sup> MOREIRA, Vital - **Op. Cit.** p. 814.

legislativo), uma vez que, apesar de não editar normas, tem o poder de afastá-las ou confinar seus efeitos, fomentando a constituição da vontade política e assentando seu protagonismo na participação nas decisões públicas primaciais<sup>16</sup>.

Ocorre, contudo, que, consoante será melhor delineado nos capítulos subsequentes, alguns pensadores passaram a questionar se um tribunal naturalmente concebido para guarda e aplicação de disciplinas constitucionais merece limitar sua laboração exclusivamente análise da compatibilidade de normas à CRP ou se deve distender sua atuação para alcançar a defesa e a manutenção dos direitos, garantias e liberdades fundamentais. Noutros termos, passou-se a defender a judicialização dos DF e a concepção de ferramentas de salvaguarda jurídica que pudessem levá-los a uma apreciação direta - e não apenas de forma reflexa - pelo TCP.

Isso porque, conforme ensina J. J. Gomes Canotilho, ao analisar o ReCon, “o objeto do recurso em sentido substantivo (e não meramente processual), é, pois, uma norma à qual se reporta a questão de inconstitucionalidade e **não a decisão judicial do tribunal a quo**” (grifo nosso).<sup>17</sup> Melhor dizendo, a verificação incidental restringe sua atuação a não aplicar ou desaplicar, a cada caso concreto, a legislação inconstitucional. Oportuno destacarmos, quanto a isso, que os tratados internacionais de direitos humanos já vêm, há muito, reivindicando o direito a um recurso constitucional efetivo para defrontar profanações a direitos desta natureza<sup>18</sup>.

Justamente nessa linha de pensamento, edificou-se, em profusos países europeus e latino-americanos, um instrumento jurídico com o propósito elementar de democratizar o acesso à justiça constitucional e o préstimo de direitos fundamentais: o recurso de amparo.

A gênese desse instituto remonta à primeira metade do século XIX e é doutrinariamente atribuída ao filósofo e político mexicano Manuel Crescencio García

---

<sup>16</sup> COSTA, J. M. Cardoso - **A Jurisdição Constitucional em Portugal**. p. 14.

<sup>17</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes – *Op. Cit.* p. 989.

<sup>18</sup> Vide artigo 13º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem "*Qualquer pessoa cujos direitos e liberdades reconhecidos na presente Convenção tiverem sido violados tem direito a recurso perante uma instância nacional, mesmo quando a violação tiver sido cometida por pessoas que actuem no exercício das suas funções oficiais.*". Disponível na internet: <[https://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_POR.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf)>

Rejón y Alcalá, que, enquanto integrante da Assembleia responsável pelo engendramento da Constituição do Estado de Yucatán, lançou a ideia de um expediente jurídico que servisse para proteger a população de abusos estatais contra direitos fundamentais. Até então com eficácia local, o *judicio* passou a ter validade nacional através da *Acta Constitutiva y de Reformas*<sup>19</sup>, de 1847, alcançando todos os habitantes da República, contra ataques dos Poderes Legislativo e Executivo. Contudo, somente alçou *status* constitucional em 1857, quando se estabilizou definitivamente no ordenamento mexicano, tendo sido incorporado, sessenta anos após, à atual Constituição (arts. 103 e 107).<sup>20</sup>

Os beneplácitos advindos do *judicio* mexicano propagaram-se mundo afora, estimulando outros países a introduzirem, a contar da segunda metade do século XIX, mecanismos símiles em suas legislações. Nesse esteio, sua base teórica foi difundida por toda extensão americana (da América Latina até os Estados Unidos, com o *writ of certiorari*), pela Europa (Alemanha, Espanha, dentre outros) e, a partir da última década do século XX, em nações africanas, asiáticas e do leste europeu, onde ainda encontra-se em estágio embrionário.<sup>21</sup>

Acerca do mote, demonstra-se significativa a heterogeneidade existente na significação e na extensão do vocábulo ‘amparo’, nos diversos países que o adotam como elemento fulcral de seus sistemas protetivos de direitos fundamentais.

Apreciando esse cenário, o jurista Fix-Zamudio bem delineia algumas dessas discrepâncias conceituais. Explica que, no precursor mexicano, serve tanto como embargo a prolações do Poder Judiciário (viés de recorribilidade) ou utensílio processual para a proteção de garantias constitucionais. Em Cuba, apesar de ter se inspirado na matriz hispânica, adotou-se, prefacialmente, uma natureza interdita, para proteção da propriedade, afastando-se do fraterno mexicano; em países latino-americanos, como Costa Rica, Panamá, Bolívia e Paraguai, materializou-se como meio de contraforte voltado unicamente a DF constitucionais; na vizinha Argentina, teve seu rol protetivo

---

<sup>19</sup> VÁZQUEZ GÓMEZ-BISOGNO, Francisco - *El Acta Constitutiva y de reformas de 1847. Un ejemplo de control constitucional de leyes locales en el México del siglo XIX*. p. 229-241.

<sup>20</sup> FIX-ZAMUDIO, Héctor - *Latinoamérica: constitución, proceso y derechos humanos*. p. 28-29.

<sup>21</sup> *Idem - Op. Cit.* p. 33.



expandido, podendo abrigar direitos e garantias previstos na Constituição, em leis ou em tratados internacionais.<sup>22</sup>

Percebemos, pela análise retro, que apesar das distintas compreensões sobre o instituto que ora se aprecia, entre todas garante identidade quanto à essência que deve permear sua atuação, qual seja, escudar particulares contra abusos advindos da máquina pública, em suas diferentes vertentes de atuação.

Neste ensaio, com fim meramente didático, elegemos a acepção de amparo erigida pelo doutrinador Vicente Pardo, que brilhantemente conceitualizou e retratou as características da versão espanhola, *verbis*:

*"El recurso de amparo constituye un **medio de impugnación** extraordinario y subsidiario, que cabe interponer ante el Tribunal Constitucional contra la última resolución judicial definitiva emanada del Poder Judicial por haber vulnerado dicha resolución (o la sentencia, acto administrativo o vía de hecho que aquella resolución viene a confirmar) algún derecho fundamental de los contemplados en la Sec. 1º del Capítulo II del Título I de la Constitución (arts. 15 a 29), el principio de igualdad (art.14) o el derecho a la objeción de conciencia (art. 30.2), y dirigido a obtener la declaración de nulidad de tales resoluciones, el reconocimiento del derecho fundamental infringido y la adopción, en su caso, de las medidas apropiadas para su restablecimiento. [...] Como establece la STC 1/81 de 26 de enero 'la finalidad esencial del recurso de amparo es la protección de los derechos y libertades [...] cuando las vías ordinarias han resultado insatisfactorias [...]"<sup>23</sup> (grifo nosso)*

Notemos que o excerto supra aponta o amparo genericamente como um 'meio de impugnação', o que nos provoca a debater sobre sua natureza jurídica.

O já mencionado Fix-Zamudio identifica que o amparo é multifacetado, já tendo sido identificado como ação, processo, meio de impugnação, recurso ou juízo (próprio, constitucional ou de garantias).<sup>24</sup> Posiciona-se, diante desse cenário, à corrente doutrinária que enxerga o amparo como uma legítima ação (processo), por dois motivos primordiais: (i) por ser um conceito mais alargado, essa acepção permite abranger todas as vias de atuação do amparo, que se projeta em diferentes linhas de atuação, a depender da regulamentação interna de cada país; e, principalmente (ii) por ser um remédio

---

<sup>22</sup> FIX-ZAMUDIO, Héctor - *Op. Cit.* p. 36, 37, 39, 193, 291, 293.

<sup>23</sup> MARTÍNEZ PARDO, Vicente José - *El recurso de amparo constitucional.* p. 5.

<sup>24</sup> FIX-ZAMUDIO, Héctor - *Op. Cit.* p. 33.

autônomo, que não constitui um recurso em sentido estrito, uma vez que se direciona ao TC, órgão que, na maioria dos países, não compõe o modelo hierarquizado judicial.<sup>25</sup>

Perfilando das mesmas premissas, Zeno Veloso ressalta que o RAC é um procedimento sumário, de natureza extraordinária, guarnecido de autonomia e sistematizado em um conjunto de atos ordenados à defesa de DF constitucionais, o que lhe garante nítidas características processuais.<sup>26</sup>

Sob outro prisma, mas em cognição homóloga, a professora Figueruelo denota o recurso de amparo como um processo genuíno, que não pode ser considerado como a continuação do processo principal, mas sim como um processo autônomo e independente<sup>27</sup>, uma vez que o amparo não busca “requerer a reapreciação de nenhuma decisão judicial anterior a um Tribunal hierarquicamente superior”<sup>28</sup>, por não integrar o TC a estrutura do Poder Judiciário.

Podemos asseverar, portanto, que o amparo constitucional, apesar de tradicionalmente ter atrelado o prenome ‘recurso’, possui atributos e particularidades próprias de uma ação autônoma, cuja principal serventia é servir como escudo protetor aos cidadãos violados em seus direitos.

Mais que isso, partindo da ideia de que o amparo somente existe por serem os DF autoaplicáveis e pela premência de um tribunal que assegure a plena eficácia desses<sup>29</sup>, aderimos à reflexão do professor Gomes Canotilho, que, brilhantemente, definiu o amparo como a “dinamização processual dos direitos fundamentais”<sup>30</sup>.

Delimitada a formulação do amparo que pretendemos adotar, a fim de aprofundar as principais características do instituto, selecionamos como arquétipos para essa pesquisa as práticas vivenciadas na Espanha e na Alemanha, fato que não ocorreu aleatoriamente, mas pela proximidade geográfica de Portugal e, mormente, por possuírem

---

<sup>25</sup> FIX-ZAMUDIO, Héctor - *Op. Cit.* p. 28-29.

<sup>26</sup> Rubio Lorente apud VELOSO, Zeno - **Controle jurisdicional de constitucionalidade: atualizado conforme as Leis 9.868 de 10.11.1999 e 9.882 de 03.12.1999.** p. 298

<sup>27</sup> FIGUERUELO BURRUEZA, Angela - *El Recurso de Amparo: Estado de la Cuestión.* p. 37.

<sup>28</sup> BRITO, Wladimir - **Um balanço da Constituição de 92.** p. 105

<sup>29</sup> MORAES, Alexandre de - **Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais: garantia suprema da constituição.** p. 161.

<sup>30</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Brançosos e Interconstitucionalidade: Itinerários dos Discursos sobre a Historicidade Constitucional.** p. 89.

distinções relevantes entre si que servirão para demonstrar que as singularidades (materiais e processuais) garantem uma maior ou menor custódia de direitos fundamentais.

No contexto normativo hispânico, o recurso de amparo foi inserido pelo art. 53.º, n.º 2, da CE, em 1978, tendo franqueado a qualquer cidadão, desde que preenchidas as condições de procedibilidade, o ingresso no TC por atentado a direitos catalogados como fundamentais.

Já no cenário germânico, o RAC (intitulado de ‘queixa constitucional’ ou *Verfassungsbeschwerde*)<sup>31</sup> está conjecturado na GG (*Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* – art. 93.º, n.º 1)<sup>32</sup>, além de ter sido regulamentado pelos arts. 90.º a 96.º da BVerfGG.

Nessa lógica, pode ser manejado contra vitupério a DF previstos na GG, ou nas constituições estaduais, conforme disciplina o art. 90.º, n.º 3, da BVerfGG<sup>33</sup>. Com isso, tutela-se “uma dupla via de protecção dos direitos fundamentais, a efectivar-se, não apenas a nível federal, mas também perante o próprio Estado federado a que o cidadão lesado pertença.”<sup>34</sup>

Ressaltamos que, nos dois países, conforme já delineado *ab ante*, representativa fração da doutrina define o amparo como um instrumento com natureza de ação e não como uma via recursal *stricto sensu*, mesmo que o objeto impugnado interseccione, no todo ou em parte, o que foi debatido anteriormente nos tribunais ordinários.<sup>35</sup>

Passaremos, neste ponto, a traçar as principais características do instrumento em análise.

---

<sup>31</sup> MUNGUBA, Filipe Ferreira - **A queixa constitucional alemã como mecanismo de protecção dos direitos e garantias fundamentais**. p. 3.

<sup>32</sup> Dispõe o art. 93.1.4b, da GG “O Tribunal Constitucional Federal decide: [...] 4b. sobre os recursos de inconstitucionalidade, que podem ser interpostos por todo cidadão com a alegação de ter sido prejudicado pelo poder público nos seus DF ou num dos seus direitos contidos nos artigos 20 §4, 33, 38, 101, 103 e 104. [...]” (tradução livre nossa).

<sup>33</sup> CORREIA, Ricardo Jorge da Ascensão Lopes - **Recurso de amparo: um instituto fundamental**. p. 6.

<sup>34</sup> BOTELHO, Catarina Santos - **Haja uma nova jurisdição constitucional**. p. 592.

<sup>35</sup> TREMP, Pablo Pérez - **El recurso de amparo en el ordenamiento español**. p. 150.

## 1.1. Subsidiariedade

Uma das características mais marcantes do RAC é a subsidiariedade, que, em apreciação eminentemente propedêutica, denota como condição crucial à remessa de imbróglgio envolvendo DF ao Tribunal Constitucional, ter sido exaurido todo e qualquer recurso ordinário previsto na legislação ou inexistirem instrumentos de defesa para a modalidade de lide instaurada<sup>36</sup>. Trazendo a elucidação retro à linguagem coloquial, para interpor o RAC, via de regra (enunciaremos as exceções oportunamente), deve o cidadão passar por todas as instâncias judiciais acessíveis, sob pena de não conhecimento da ação, por ausência de condição de procedibilidade.

Tratando do tema, o professor espanhol López Guerra explica que, através da institucionalização da subsidiariedade na sistemática operativa do amparo, o TC deixa de ser um ‘juiz de normas’ para ser um ‘juiz de juízes’<sup>37</sup>, enquanto os tribunais ordinários permanecem como os primeiros garantes dos direitos e liberdades fundamentais.

Evidencia-se, pois, que a subsidiariedade transmuta o RAC em um instrumento de natureza extraordinária, tendo em vista que afugenta o ingresso incondicional à justiça constitucional, dirigindo-se somente às violações reais e efetivas de DF que já foram devidamente apreciadas pelas instâncias judiciais ordinárias.<sup>38</sup> Não se trata, neste diapasão, de uma “via alternativa, mas uma via sucessiva de protecção de direitos fundamentais e liberdades públicas”<sup>39</sup>.

Na Alemanha, a subsidiariedade está prevista no art. 94.º, n.º 2, 2ª, parte da GG com o art. 90.º, n.º 2, 1.ª parte, da BVerfGG. Justificando a escolha do legislador alemão, Peter Häberle aclara que “a protecção dos direitos fundamentais é, em primeiro lugar e de preferência, uma tarefa da magistratura”.<sup>40</sup>

---

<sup>36</sup> HÄBERLE, Peter – *Op. Cit.* p. 119.

<sup>37</sup> LÓPEZ GUERRA, L. - *Las sentencias básicas del Tribunal Constitucional.* p. 29.

<sup>38</sup> “*Es un medio subsidiario y último de garantía, para los casos en los que en las vías judiciales ordinarias no se consigna la protección de los derechos fundamentales. La necesidad de agotar la vía judicial previa es un presupuesto procesal cuya falta determina la inadmisibilidad del recurso.*”. PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio - *Curso de derechos fundamentales; teoría general.* p. 537.

<sup>39</sup> BOTELHO, Catarina Santos - *A Tutela Directa dos Direitos Fundamentais.* p. 233-234.

<sup>40</sup> HÄBERLE, Peter – *Op. Cit.* p. 119.

Já na Espanha, a subsidiariedade não se retrata como uma imposição constitucional, mas, como salienta Balaguer Callejón, uma construção legal que foi absorvida pela LOTCE (arts. 43 e 44)<sup>41</sup>. Essa exegese derivou do art. 52.2 da CE, que permite a todo cidadão submeter lesão a liberdades e DF por processo sumário ou, quando apropriado, mediante a interposição de amparo perante no TC. É justamente na expressão ‘quando apropriado’ que se deduziu a natureza subsidiária do instituto.

É possível aduzirmos que a subsidiariedade é primacial para afugentar o uso desregrado do RAC, estando o órgão dotado de competência para seu julgamento também incumbido de prolatar decisão admissional. Em termos empíricos, o TC fica responsável por triar o que será ou não submetido a julgamento, segundo seu "juízo próprio de discricionariedade"<sup>42</sup>.

Entretanto, conforme ensina Francisco José Sospedra Navas<sup>43</sup>, em dado momento, na Espanha, o amparo foi banalizado, transmutando-se em um meio de impugnação judicial ordinário e corriqueiro, fato que sobrecarregou as demandas do TCE, empobrecendo sua missão de averiguar a constitucionalidade de leis.

Nesse sentido, muito além de apenas violar o princípio da proteção judicial efetiva (art. 24º CE), a letargia na resolução dos amparos judicializados acabou por instaurar uma crise institucional com órgãos internacionais, cujo ápice foi atingido com a condenação do TCE pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos (citamos, como exemplo, os casos “Caldas Ramírez de Arellano contra Espanha”, de 28/01/2003, e “Soto Sánchez contra Espanha”, de 25/11/2003).

Abandonado o caráter excepcional do instituto, a fim de evitar que a banalização do uso restasse perpetuada no tempo, fez-se necessário encontrar meios de tornar objetivo seu trâmite procedimental.

Na Alemanha, por força do art. 34, n.º 2 da BVerfGG, implementou-se o pagamento de uma multa de até 2.600 euros em caso da utilização imoderada ou

---

<sup>41</sup> BALAGUER CALLEJÓN, Francisco - *Manual de Derecho Constitucional*. p. 242.

<sup>42</sup> MORAES, Alexandre de. *Op. Cit.* p. 166.

<sup>43</sup> SOSPEDRA NAVAS, F. J. - *Justicia constitucional y procesos constitucionales*. p.220.

protelatória do RAC<sup>44</sup>. Ação idêntica foi realizada na Espanha (art. 95, IV, da LOTCE), que passou a estabelecer penas pecuniárias variando de 600 a 3.000 euros, para os que manejarem o amparo com abuso de direito ou imprudência (absoluta impertinência ou finalidade protelatória).

Porém, o ponto nevrálgico dessa mudança paradigmática foi a criação de uma condição de admissibilidade capaz de minimizar a pressão quantitativa de sua interposição irrestrita: a especial transcendência constitucional (ou, no cenário jurídico alemão, relevância jurídico-constitucional fundamental (*grundsätzliche verfassungsrechtliche Bedeutung*)).

Cuida-se de requisito de procedibilidade da ação de amparo que, como aduz Catarina Botelho, busca o máximo da dimensão objetiva deste instrumento, com o propósito claro de admitir apenas os amparos que possam oportunizar uma decisão útil para o esclarecimento, a melhora e a evolução do direito constitucional<sup>45</sup>.

No ordenamento hispânico, a implementação do requisito deu-se através da reforma n.º 6/2007 da LOTCE e pautou-se essencialmente pela necessidade de verificar a existência de relevância constitucional do pedido. Desta feita, além de atender aos requisitos dos arts. 41 a 46 e 49 da Lei Orgânica retro, é ônus processual do lesado fundamentar a relevância da causa para a exegese, aplicabilidade ou eficácia da Carta Maior ou, ainda, para a fixação da temática e abrangência dos DF que se pretende restaurar (art. 50.1.b, da LOTCE)<sup>46</sup>.

---

<sup>44</sup> “(2) O Tribunal Constitucional Federal pode impor uma taxa de até 2.600 (dois mil e seiscentos) euros se a propositura do recurso constitucional ou do recurso consoante com o art. 41, alínea 2, da Lei Fundamental, apresenta um abuso, ou quando um pedido para a decretação de uma medida cautelar (§ 32) está proposta de modo abusivo.” – LEI ORGÂNICA do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha (*Bundesverfassungsgerichtsgesetz*) – *Bundesgesetzblatt*, I, n.º 45 (19/08/1993). p. 1473-1487. A versão traduzida também pode ser encontrada em: LEI ORGÂNICA do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha (BVerfGG) - **Revista de Informação Legislativa** [Em linha]. v. 32, n. 127, p. 241-258. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/176367>>.

<sup>45</sup> BOTELHO, Catarina Santos - *A Tutela Directa dos Direitos Fundamentais*. p. 191-192.

<sup>46</sup> “Art. 50. La condición de requisito del recurso mismo: 1 [...] b) *Que el contenido del recurso justifique una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal Constitucional en razón de su especial transcendencia constitucional, que se apreciará atendiendo a su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia, y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales*”. LEY ORGÁNICA del Tribunal Constitucional de Espanha: Ley n.º 2/1979, de 3 de outubro. **BOE n.º 239** (05/10/1979). p. 23.186 - 23.195.

Essa inovação normativa foi responsável por modificar o espectro de atuação do julgador na admissibilidade do amparo. Com efeito, a mera apreciação negativa dos requisitos (existência de alguma causa de inadmissibilidade) passou a ser complementado por uma análise positiva, mais avultada que a anterior, onde se conferiu ao apelo uma proteção constitucional com alcance generalista, embora atrelada a uma lide específica.

Nessa linha, conforme já manifestou o TCE, não se trata o requisito em apreço de uma condição puramente formal, mas de uma exigência material e substantiva (STC 23/2015, de 16 de fevereiro)<sup>47</sup>, que transcende a pura apreciação casuística para alcançar um interesse que tutele DF vistos em sua integralidade. Assim, somente serão considerados admissíveis quando os imbróglis, em violações de DF ou liberdades públicas, envolverem dimensão social, ou se demonstrarem hábeis para a modificação dos precedentes constitucionais. Por conseguinte, mera violação subjetiva singular, por si só, não é suficiente ao processamento do amparo pela Corte Constitucional.

Importa-nos destacar, por óbvio, que a superação da fase de admissibilidade não implica no necessário provimento do pleito pela sentença resolutiva, que pode, desde que presente a devida fundamentação, rejeitar o mérito da reivindicação.

Uma vez verificada a aceção *lato* da ‘especial transcendência constitucional’, é preciso delimitar qual tem sido o entendimento do TC sobre o alcance de sua conceituação.

Dois anos após a criação do requisito ora em comento, ainda vigiam múltiplas dúvidas acerca do seu real significado. Foi somente na STC n.º 155/2009, de 25 de junho, que se pôs fim às indeterminações então vigentes. Neste episódio, o TCE fixou um rol exemplificativo (*numerus apertus*) de hipóteses que deveriam ser consideradas constitucionalmente relevantes para admissão do RAC. Frisamos, aqui, que a não exaustividade das possibilidades deu-se em face da total impossibilidade de prever todas as hipóteses possíveis, servindo os casos previstos como alicerce para a segurança jurídica dos jurisdicionados e paradigma para a justificação prevista no art. 49.1 da LOTCE.

---

<sup>47</sup> TRIBUNAL Constitucional Espanhol - **Sentença n.º 23/2015**, de 16 de fevereiro [Em linha]. Sala Primeira. [Consult. 25 Abr. 2019]. Disponível em <https://hj.tribunalconstitucional.es/en/Resolucion/Show/24327#ficha-tecnica>

Os casos de ‘especial transcendência constitucional’ previstos na STC n.º 155/2009 são os seguintes:

a) violação de DF que não possuam doutrina pretérita do TC (inovação de questão constitucional);

b) modificação na doutrina constitucional, hipóteses que exijam aprofundamento temático ou adaptação às realidades sociais insurgentes, mudanças aptas a interferirem no conteúdo dos DF, ou mudança de entendimento de órgãos responsáveis pela interpretação dos tratados e acordos internacionais previstos no art. 10,2 CE;

c) quando a violação dos DF decorrer de lei ou outra disposição com natureza geral;

d) quando a violação dos DF provoca uma interpretação jurisprudencial reiterada da lei que o TC considere prejudicial aos próprios direitos, fazendo surgir a necessidade de proclamar outra interpretação conforme a Constituição;

e) na hipótese de violação geral e reiterada pela jurisdição ordinária do entendimento do TC sobre os DF que se busca tutelar no recurso, ou quando existam decisões judiciais contraditórias sobre os DF, seja interpretando a doutrina constitucional, seja aplicando-a de forma desigual em diferentes casos;

f) nos casos em que um órgão judicial se recuse a cumprir entendimento do TC;

g) sempre que a matéria aventada for generalista e transcender o caso específico, por possuir relevância social ou econômica, ou ainda acarretar consequências políticas gerais.

Percebemos que a inexistência de taxatividade das hipóteses supramencionadas dá ampla liberdade à Corte Constitucional para que, caso necessário, reconsidere sua jurisprudência, adaptando-a à evolução da ótica dada sobre os direitos fundamentais, seja por inovações legislativas (nacionais e internacionais) ou mutações sociais ínsitas à dinâmica das relações humanas. Dentro desta realidade, evade-se do engessamento decisório, permitindo que o recorrente possa utilizar-se de seu cabedal argumentativo para tentar persuadir o colegiado julgador.



Noutro vértice, apesar da necessidade de atravancar o uso irrestrito do RAC, o TCE já se posicionou pela atenuação da aplicação compulsória da subsidiariedade, sempre que os recursos aplicáveis ao caso se demonstrarem essencialmente dilatatórios ou terminantemente incabíveis ao caso específico que se aprecia<sup>48</sup>.

Igualmente na Alemanha, verificamos exceção que relativiza a subsidiariedade da queixa constitucional. Trata-se da chamada ‘exceção de inexigibilidade’, cuja suscitação pode ocorrer quando restar evidente que a delonga no julgamento possa trazer dano grave ao interessado, quando se tratar de questão de ampla repercussão, apta a atingir uma generalidade indeterminada, ou no caso de decisão judicial contrária à "jurisprudência ordinária, firme, recente e unívoca, evitando-se, deste modo, que o requerente da queixa tenha que peregrinar processualmente, sem perspectivas de sucesso pela jurisdição ordinária"<sup>49</sup>.

Diante do manifesto, demonstra-se clarividente a crucialidade da natureza subsidiária do RAC, seja para evitar a vulgarização desse mecanismo processual, trivializando sua natureza extraordinária, seja para garantir que o TC não terá sua operacionalidade afetada pelo descarrego imoderado de ações. Contudo, a característica em apreço não pode constituir entrave insuperável à apreciação de violação que demande atuação estatal urgente.

## 1.2. Conteúdo

Outro aspecto significativo refere-se às espécies de direitos que admitem tutela por meio do RAC.

O professor Edílson Pereira Nobre Júnior bem apreciou o tema sob enfoque da realidade normativa espanhola, tendo concluído que o RAC não tenciona a apreciação da

---

<sup>48</sup> “*Es preciso recordar al respecto que el principio de subsidiariedad que rige el recurso de amparo, y que se establece en el art. 44.1 a) LOTC, no exige ciertamente que se interponga con carácter previo al mismo cualquier recurso imaginable, sino sólo los que, siendo procedentes en función de las normas concretamente aplicables, permitan reparar adecuadamente lesiones de derechos fundamentales que se denuncian ante este Tribunal*”. TRIBUNAL Constitucional Espanhol - **Sentença n.º 337/1993**, de 15 de novembro. [Em linha]. Sala Segunda. [Consult. 25 Abr. 2019]. Disponível em <https://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/en/Resolucion/Show/2466>.

<sup>49</sup> HÄBERLE, Peter - *Op. Cit.* p. 119.

legalidade em abstrato, visto não se tratar de um instrumento cuja finalidade primária é a fiscalização de constitucionalidade, nem tampouco a preservação de direitos subjetivos ou interesses legítimos em sua generalidade. Para ele, o objeto do RAC é uma categoria especialíssima de direitos, que são os fundamentais, vistos esses como direitos concretos e personalíssimos, cuja posse se atribui, como regra, ao seu titular, admitindo-se, excepcionalmente, sua delegação a terceiros não integrantes da relação jurídica material.<sup>50</sup>

Alinhado a esse entendimento, Peter Häberle ainda acresce à salvaguarda do RAC, além dos fundamentais, os "direitos equiparáveis a estes por parte de um poder público"<sup>51</sup>, o que, em Portugal, equivale aos chamados DF análogos (art. 17.º da CRP).

Esse refreamento do conteúdo do RAC que, do avesso, também define as espécies de lesões a serem perseguidas, demonstra a ausência de interesse em escudar irrestritamente todos os direitos e garantias constitucionais, o que faz exsurgir a finalidade oculta de não trivializar o uso deste remédio, de modo a evitar que se transmute em um viabilizador ilimitado de ingresso no TC.

Não obstante, tal qual explica o doutrinador Faustino Moreno, os efeitos do RAC atingem reflexamente o sistema constitucional como um todo, uma vez que, apesar de proteger apenas direitos fundamentais, quando manejado gera um movimento sistemático que acaba induzindo o TC a proteger a Constituição em si mesma.<sup>52</sup>

Podemos aduzir, pois, que o RAC pretende proteger um catálogo singular de direitos, mas, reflexa e indiretamente, garante a existência e a funcionalidade de todos os preceitos consignados na Carta Maior. Exatamente por isso, o estudioso do tema, Cruz Villalón, afirma que o RAC tem escopo protecionista dual: no espectro subjetivo, dos direitos que se pretende restaurar a integridade ou evitar a ulceração; no objetivo, da própria Constituição, vista em sua integralidade, como um todo unitário.<sup>53</sup>

---

<sup>50</sup> NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira – **Direitos Fundamentais e arguição de descumprimento de preceito fundamental**. p. 81

<sup>51</sup> HÄBERLE, Peter - *Op. Cit.* p. 116.

<sup>52</sup> CORDÓN MORENO, Faustino - *Op. Cit.* p. 15.

<sup>53</sup> CRUZ VILLALÓN, Pedro - *Sobre el amparo*. p. 15.

Ainda assim, mesmo resguardando o modelo constitucional enquanto uma universalidade uniforme, a investigação de DF supostamente desrespeitado não pode se estender a eventual (i)legalidade atrelada àquele direito, uma vez que, por força do art. 41, n.º 3, da LOTCE, é defeso ao julgador apreciar pretensões outras que não sejam aquelas contra as quais o RAC se voltou.<sup>54</sup>

Destacamos, ademais, que a aspiração protecionista do RAC não alcança, de forma irrestrita, todos os direitos fundamentais.

Na Espanha, face à redação dos artigos 53.2 da CE e 41.1 da LOTCE<sup>55</sup>, o âmbito de atuação restringe-se aos direitos e liberdades constitucionalmente consagrados, previstos no art. 14º da Seção I do Capítulo II do Título I, excluindo outros dispostos unicamente em legislações esparsas.

Depreendemos, com isso, duas conclusões fundamentais: (i) que os direitos econômicos e sociais, ainda que presentes na Constituição, foram extirpados do alcance do RAC<sup>56</sup>; e (ii) que não basta que a norma seja materialmente fundamental para que seja tutelada por RAC, sendo necessário que tenha correlação com os direitos desta natureza consignados na Constituição.

Corroboramos esse entendimento o professor Martinez Pardo, *in verbis*:

“Nem todos os direitos públicos subjetivos podem-se fazer valer através do recurso de amparo, tão somente os pré-estabelecidos no art. 53.2, mencionados no art. 41.1 LOTCE, ficando fora da dita proteção jurisdicional os direitos sociais (arts. 30 e ss. CE)”<sup>57</sup>

Para elucidarmos concretamente o objeto do RAC, recorreremos ao professor Zeno Veloso, que destaca, dentre os diversos direitos suscetíveis à sua guarida, aqueles atinentes à igualdade, à vida, à integridade (entendida em sentido amplo, ou seja, física ou moral), às garantias da religião (autonomia para realização de cultos e manifestações

---

<sup>54</sup> LEY ORGÁNICA del Tribunal Constitucional da Espanha: Ley n.º 2/1979, de 3 de outubro. **BOE n.º 239** (05/10/1979). p. 23.186-23.195.

<sup>55</sup> PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio – *Op. Cit.* p. 538

<sup>56</sup> ROBLES MORCHON, Gregorio - *Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad en la sociedad actual.* p 22.

<sup>57</sup> MARTÍNEZ PARDO, Vicente José - **El recurso de amparo constitucional.** p. 9.

de ideologia), aos direitos de personalidade (honra, intimidade, imagem), dentre outros<sup>58</sup>. Acrescentamos, ainda, o direito à segurança (art. 17.1 da CE) e, com espeque no art. 53.2 da CE, o direito à objeção de consciência (art. 30 da CE), uma das causas de isenção de serviço militar obrigatório.

Incluem-se, ainda, no rol de bens tuteláveis por meio de RAC, duas espécies previstas na Lei Orgânica do Sistema Geral Eleitoral, contra atos e decisões da administração eleitoral, que versem sobre acordos das juntas eleitorais sobre a proclamação de candidatos (artigo 49.3) ou sobre a proclamação de eleitos e a eleição e proclamação de presidentes de corporações locais (artigo 114.2).

Não menos importante, manifestou-se o TCE na direção de que nem todas as lesões a DF podem ser protegidas por ação do RAC, mas unicamente aquelas que sejam reais, concretas, efetivas e imediatas. Excluem-se desse rol, portanto, meras expectativas de ulcerações, tendo em vista que o RAC não é um remédio para concretização de medidas cautelares ou preventivas.<sup>59</sup>

Na Alemanha, o legislador também não vislumbrou tutelar a universalidade de DF (*Grundrechte*), mas aqueles expressamente previstos nos arts. 1º a 19 da GG. Estendeu, contudo, aos direitos que possuam natureza análoga aos fundamentais (*grundrechtsgleiche Rechte*), elencados de forma taxativa no art. 90.º.1, da BVerfGG<sup>60</sup>.

Podemos citar como exemplo de DF tutelados por RAC no ordenamento jurídico germânico, além daqueles popularmente conhecidos, alguns que decorreram diretamente da redemocratização pós-nazista, como a liberdade de escolha de profissão, o direito de resistência, o direito de oitiva por tribunal competente (vedação a julgamento *ad hoc*) e os direitos dos condenados a privação de liberdade.

Desta feita, tal qual no ordenamento espanhol, a mera fundamentalidade do direito não é suficiente para servir de base argumentativa a uma queixa constitucional.

---

<sup>58</sup> Rubio Llorente apud VELOSO, Zeno - **Controle jurisdicional de constitucionalidade: atualizado conforme as Leis 9.868 de 10.11.1999 e 9.882 de 03.12.1999**. p. 298

<sup>59</sup> TRIBUNAL Constitucional Espanhol - **Sentença n.º 27/1997**, de 11 de fevereiro. [Em linha]. Sala Primeira. [Consult. 28 Abr. 2019]. Disponível em <https://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/en/Resolucion/Show/3292>.

<sup>60</sup> CORREIA, Ricardo Jorge da Ascensão Lopes – *Op. Cit.* p. 19.

Exatamente por serem custodiados somente os DF previamente catalogados pelo legislador ordinário, Catarina Santos Botelho pontua que fração doutrinária alemã critica a escolha do nome “*queixa constitucional*” (*Verfassungsbeschwerde*), por entender que se adequaria melhor à hipótese a designação “*queixa de direitos fundamentais*”<sup>61</sup> (*Grundrechtsbeschwerde*).

Salientamos, contudo, que algumas nações estenderam o alcance do conteúdo do RAC, admitindo a custódia de outros direitos além dos fundamentais, ou, ainda, sem normatização na Constituição (previstos apenas em legislações esparsas), no que incluímos, por extensão, aqueles contemplados em Tratados, Convênios e Declarações Internacionais.<sup>62</sup>

A título elucidativo, a fim de demonstrar as idiosincrasias do RAC ao redor do mundo, citamos o art. 128º da Constituição da Bolívia, que, diferentemente da realidade hispânico-germânica, prevê a utilização do remédio para a tutela de direitos consignados unicamente em diplomas normativos infraconstitucionais, sem qualquer equivalência na Carta Política.<sup>63</sup> No mesmo país, admite-se o uso do RAC para o préstimo de direitos violados por atos privados (excluiu-se a monopolização do instituto para ataque a atos públicos) e, ainda, delega-se legitimidade ativa para interposição ao Ministério Público, quando o lesado estiver fundamentadamente impossibilitado de reivindicar pessoalmente seus pleitos.<sup>64</sup>

Em paralelo regulador uníssono, na igualmente sul-americana Argentina, o RAC também se volta contra atos omissivos/comissivos estatais ou de pessoas privadas, bem como tem habilidade para blindar não só direitos constitucionais, como também os enunciados em leis ou tratados internacionais<sup>65</sup>.

---

<sup>61</sup> BOTELHO, Catarina Santos - **A Tutela Directa dos Direitos Fundamentais**. p. 173

<sup>62</sup> RAMÍREZ AGUDELO, Martín - *El recurso de amparo y el Tribunal Constitucional Español: Estudio sobre la tutela procesal cualificada de protección de los derechos fundamentales en el país ibérico*. p. 41.

<sup>63</sup> Bolívia: "Artículo 128. La Acción de Amparo Constitucional tendrá lugar contra actos u omisiones ilegales o indebidos de los servidores públicos, o de persona individual o colectiva, que restrinjan, supriman o amenacen restringir o suprimir los derechos reconocidos por la Constitución y la ley." Disponível em: <http://www.harmonywithnatureun.org/content/documents/159Bolivia%20Constitucion.pdf>

<sup>64</sup> Disponível em: <http://www.harmonywithnatureun.org/content/documents/159Bolivia%20Constitucion.pdf>

<sup>65</sup> Argentina: "Artículo 43 - Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de

Notável, diante do apresentado, que o RAC não represente uma panaceia a toda e qualquer violação de direitos, mas busca resguardar aquelas garantias consideradas pelo legislador ordinário de cada nação como essenciais à manutenção do núcleo intangível do ser humano.

### 1.3. Natureza dos atos atacáveis por recurso de amparo constitucional

Como já delineamos no tópico precedente, na maior parte das ordenações europeias investe-se o RAC exclusivamente contra atos públicos (advindos, ainda que por concessão ou permissão, de um ente dotado de funções eminentemente estatais).

Acerca desse mote, Häberle explica que, na Alemanha, o RAC serve para salvaguardar DF ulcerados por atos de natureza pública das três esferas de poder, independentemente da forma com que se apresentem, o que engloba desde simples ações regulamentares ou administrativas, até atos decorrentes das funções típicas (atividade legiferante, executiva ou jurisdicional propriamente dita), nos termos do art. 90.º.1 da BVerfGG.<sup>66</sup> Nessa vertente, por não se constituírem manifestações estatais *stricto sensu*, estão tacitamente rechaçados os atos de órgãos transnacionais e as resoluções intra-eclesiásticas.<sup>67</sup>

Na legislação espanhola, os atos atacáveis por RAC decorrem de ações ou omissões do Estado. Esse espectro compreende, além das violações a direitos e liberdades desinentes do Executivo (atos do Governo e suas autoridades - art. 43º, LOTCE), dos órgãos judiciários (art. 44º, LOTCE) e dos atos do Poder Legislativo sem força normativa (art. 42º, LOTCE)<sup>68</sup>, os atos das Comunidades Autônomas e de outras entidades públicas, independentemente da sua natureza (art. 41º, II, LOTCE).

---

*particulares*, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva." Disponível em <http://www.constitution.org/cons/argentin.htm>.

<sup>66</sup> HÄBERLE, Peter – *Op. Cit.* p. 121.

<sup>67</sup> Idem. *Op. Cit.* p.118.

<sup>68</sup> LEY ORGÁNICA del Tribunal Constitucional da Espanha: Ley n.º 2/1979, de 3 de outubro. **BOE n.º 239** (05/10/1979). p. 23.186-23.195. Vide nota n.º 64.

Desta feita, a violação sujeita ao albergue do RAC sempre deve decorrer de ato comissivo ou omissivo do Poder Público, o que exclui a viabilidade de uso do instituto para se opor a condutas de sujeitos privados.<sup>69</sup> Ressaltamos, nessa hipótese, que a concepção de ato público deve ser interpretada de forma ampla, o que alcança, além daqueles advindos dos entes públicos, de forma direta ou mediante intermediação de seus representantes, também os decorrentes das comunidades autônomas e dos entes públicos de caráter territorial, corporativo ou institucional.<sup>70</sup>

Nesse ponto, é preciso novamente ressaltarmos a dissonância de perspectiva sobre o assunto nos diferentes países. Enquanto nas nações europeias prepondera o entendimento de que o RAC deve se adstringir ao confronto de atos estatais, há outras que admitem a distensão de suas finalidades, com fulcro de contemplar também atos oriundos da sociedade civil. É o que verificamos, no tópico antecedente, ocorrer na Argentina<sup>71</sup> e na Bolívia<sup>72</sup>, ao que acrescentamos também outras nações, como a Costa Rica<sup>73</sup> e o Equador<sup>74</sup>.

Não menos significativo, ainda no que tange ao objeto do RAC, é relevante constatar uma distinção evidente entre os recursos espanhol e germânico: a possibilidade de confrontar atos legislativos.

---

<sup>69</sup> CORREIA, Fernando Alves - **A Justiça Constitucional em Portugal e em Espanha - Encontros e Divergências**. p. 63-64.

<sup>70</sup> LEY ORGÁNICA del Tribunal Constitucional de Espanha: Ley n.º 2/1979, de 3 de outubro. **BOE n.º 239** (05/10/1979). p. 23.186 - 23.195.

<sup>71</sup> Vide nota n.º 64.

<sup>72</sup> Vide nota n.º 63.

<sup>73</sup> “Artículo 19º. I. Fuera del recurso de “habeas corpus” a que se refiere el artículo anterior, se establece el recurso de amparo contra los actos ilegales o las omisiones indebidas de los funcionarios o articulares que restrinjan, supriman o amenacen restringir o suprimir los derechos y garantías de las personas reconocidos por esta Constitución y las leyes” - PIEDRA QUESADA, Vinicio – **Constitucion Política de la República de Costa Rica de 1949** [Em linha]. 1ª ed. San José: Imprenta Nacional, 2017. Disponível em

[https://www.imprentanacional.go.cr/editorialdigital/libros/historiaygeografia/manuscrito\\_cpocr\\_edincr.pdf](https://www.imprentanacional.go.cr/editorialdigital/libros/historiaygeografia/manuscrito_cpocr_edincr.pdf).

<sup>74</sup> Equador: "Art. 88.- *La acción de protección tendrá por objeto **el amparo** directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y cuando la violación proceda de una **persona particular**, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación.*" Disponível em: <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaStfInternacional/newsletterPortalInternacionalFoco/anexo/ConstituicaoEquador.pdf>.

Na Espanha, por expressa disposição do art. 42 da LOTCE<sup>75</sup>, são submissíveis aos efeitos do RAC apenas os atos advindos do Parlamento sem *status* de lei, ou seja, desprovidos de qualidade normativa. Com isso, pretendeu o legislador evitar o conflito de competências dos institutos alçados à manutenção da ordem democrática na Espanha, delimitando com clareza que leis *stricto sensu* só podem ter seu teor formal ou material impugnado por meio de *cuestión de inconstitucionalidad* (art. 163 da CE), jamais por RAC.

Nessa dinâmica, caso seja verificado, no decorrer do processo instrutório do RAC, que a responsável pelo afugentamento de DF ou de liberdade pública foi uma lei, suspende-se o prazo para julgamento do RAC (tendo em vista seu esvaziamento finalístico) e remetem-se os autos ao Plenário do TCE (art. 55º, II, da LOTCE)<sup>76</sup>, quando a apuração passará a ser regida pelos artigos 35 e seguintes da LOTCE (fiscalização de constitucionalidade).

De outro norte, no cenário jurídico germânico, o professor Gerhard Danneman verifica, em contraponto à Espanha, uma dilatação dos elementos potencialmente impugnáveis por meio de queixa constitucional, tendo em vista a possibilidade de contestação de qualquer ato legislativo, ainda que seja dotado de formato normativo-legal.<sup>77</sup>

Independentemente de qual ato se ataque, a violação não pode ser “meramente preventiva ou cautelar, porque somente se admite ante à existência real, efetiva e concreta de vulnerações de DF e liberdades públicas, sendo improcedentes as lesões meramente temerárias, potenciais ou futuras”<sup>78</sup> (tradução nossa).

---

<sup>75</sup> LEY ORGÁNICA del Tribunal Constitucional de Espanha: Ley n.º 2/1979, de 3 de outubro. **BOE n.º 239** (05/10/1979). p. 23.186 - 23.195.

<sup>76</sup> *Idem – Ibidem.*

<sup>77</sup> DANNEMAN, Gerhard - *Constitutional Complaints: The European Perspective*. p. 148.

<sup>78</sup> BEREJO, Álvaro Rodríguez relat. - **Acórdão do Tribunal Constitucional Espanhol n.º 27/1997**, de 11 de fevereiro [Em linha]. Processo n.º 1526/1995, Sala Primeira. [Consult. 23 Dez. 2019]. Disponível em <https://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/en/Resolucion/Show/3292>



#### 1.4. Legitimidade, forma, prazos, procedimento e efeitos

No que concerne à legitimidade para apresentar o RAC na Espanha, Zeno Veloso explica que qualquer pessoa natural ou coletiva (jurídica)<sup>79</sup> que avenge um interesse fidedigno pode requerer o amparo do TC. Ou seja, qualquer cidadão, nacional ou estrangeiro, desde que detentor da titularidade de um DF subjetivo, pode se valer deste recurso para chegar ao TCE (arts. 53, n.º 2 e 162, n.º 1.b).

Destacamos, neste ponto, que, na Espanha, as pessoas jurídicas não possuem legitimidade irrestrita, tendo em vista que nem todos os DF admitem a titularidade de entes coletivos<sup>80</sup>, posto que se trata de garantias com características afetas exclusivamente a pessoas físicas. Logo, nessa hipótese, para que haja interesse legítimo no recurso, é inescusável que a natureza do DF seja compatível com a personalização do ente.

Devemos salientar, além do mais, que a jurisprudência do TCE<sup>81</sup> vem se posicionando no sentido de que, em regra, não se admite a oposição de recurso de amparo por pessoas jurídicas de direito público (incluídas as concessionárias e permissionárias de serviços públicos), por serem entes que, aprioristicamente, não são titulares de direitos

---

<sup>79</sup> Acerca do tema, o TCE bem delimitou seu posicionamento: “*Si el objetivo y función de los derechos fundamentales es la protección del individuo, sea como tal individuo o sea en colectividad, es lógico que las organizaciones que las personas naturales crean para la protección de sus intereses sean titulares de derechos fundamentales, en tanto y en cuanto éstos sirvan para proteger los fines para los que han sido constituidas. Em consecuencia, las personas colectivas no actúan, en estos casos, sólo en defensa de un interés legítimo en el sentido del art. 162.1 b) de la C.E., sino como titulares de un derecho propio. Atribuir a las personas colectivas la titularidad de derechos fundamentales, y no un simple interés legítimo, supone crear una muralla de derechos frente a cualesquiera poderes de pretensiones invasoras, y supone, además, ampliar el círculo de la eficacia de los mismos, más allá del ámbito de lo privado y de lo subjetivo para ocupar un ámbito colectivo y social*”. BEREIJO, Álvaro Rodríguez relat. - **Acórdão do Tribunal Constitucional Espanhol n.º 139/1995**, de 26 de setembro [Em linha]. Processo n.º 83/1994, Sala Primeira. [Consult. 15 Abr. 2019]. Disponível em <https://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/en/Resolucion/Show/2993>.

<sup>80</sup> CARRILLO LÓPEZ, Marc – *La tutela de los derechos fundamentales por los tribunales ordinarios*. p. 184

<sup>81</sup> ANTÓN, Tomás Salvador Vives relat. - **Acórdão do Tribunal Constitucional Espanhol n.º 173/2002**, de 9 de outubro [Em linha]. Processo n.º 3644/1999, Sala Segunda. [Consult. 15 Abr. 2019]. Disponível em <https://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/en/Resolucion/Show/4709>.

fundamentais<sup>82</sup>. Desta forma, não se submetem à égide do RAC, que tenciona proteger particulares de abusos do Estado, não o contrário (STC 91/1995, de 19 de junho<sup>83</sup>).

A despeito disso, a mesma Corte já excepcionou essa regra, manifestando o posicionamento antes da Administração Pública podem invocar o RAC na defesa dos direitos processuais constantes do art. 24 da CE<sup>84</sup>, em especial quando atine a desigualdades na aplicação da lei, o que exige a sobrepujança do direito a uma proteção judicial efetiva (que também pode sofrer ataques por tratamentos legais arbitrariamente desiguais)<sup>85</sup>.

Pode o amparo também ser intentado por legitimados institucionais, quais sejam, o Defensor do Povo<sup>86</sup> (*Defensor del Pueblo* - art. 53 da CE) e o Ministério Público (*Ministerio Fiscal* - art. 124 da CE)<sup>87 88</sup>. Isso poderá ocorrer nos casos de ferimento a direitos transindividuais, isto é, quando violada a acepção objetiva do DF. Noutras palavras, estes dois órgãos podem tomar a frente da ação quando o sujeito passivo da afronta for a comunidade em sua generalidade (interesses difusos).

---

<sup>82</sup> “(...) las posibilidades que tienen las Administraciones públicas de defender sus "derechos" en vía de amparo son muy limitadas. Debemos tener en cuenta que el recurso de amparo constitucional es una garantía procesal, no sólo subsidiaria de la judicial, sino en sí misma extraordinaria, y cuyo disfrute no queda garantizado por la Constitución en la generalidad de los casos”. HIJAS, Vicente Conde Martín de relat. - **Acórdão do Tribunal Constitucional Espanhol n.º 239/2001**, de 18 de dezembro [Em linha]. Processo n.º 1969/1998, Sala Segunda. [Consult. 15 Abr. 2019]. Disponível em <https://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/en/Resolucion/Show/4535>.

<sup>83</sup> LÓPEZ, José Gabaldón relat. - **Acórdão do Tribunal Constitucional Espanhol n.º 91/1995**, de 19 de junho [Em linha]. Processo n.º 2072/1992, Sala Segunda. [Consult. 15 Abr. 2019]. Disponível em <https://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/en/Resolucion/Show/2945>.

<sup>84</sup> TREMPS, Pablo Pérez – *Op. Cit.* p. 185

<sup>85</sup> VILLAR, Pablo Cachón relat. - **Acórdão do Tribunal Constitucional Espanhol n.º 239/2001**, de 18 de dezembro [Em linha]. Processo n.º 3644/1999, Sala Segunda [Consult. 15 Abr. 2019]. Disponível em <https://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/en/Resolucion/Show/4709>.

<sup>86</sup> LEY ORGÁNICA del Tribunal Constitucional de Espanha: Ley n.º 2/1979, de 3 de outubro. **BOE n.º 239** (05/10/1979). p. 23.186 - 23.195.

<sup>87</sup> VELOSO, Zeno. *Op Cit.* p. 298.

<sup>88</sup> "1. Têm direito a:

[...]

b) interpor recurso para a proteção, qualquer pessoa singular ou colectiva, alegando que a interesse legítimo, bem como ao Provedor de Justiça e do Ministério Público." Art. 162, da CE.

Ademais, o TCE também já assentiu legitimidade de recorrer a determinadas entidades representativas de interesses coletivos, como, por exemplo, às organizações sindicais<sup>89</sup>, às Faculdades oficiais (*Colegios oficiales*)<sup>90</sup> e às entidades associativas<sup>91</sup>.

Não menos relevante, o art. 47.1 da LOTCE admite a intervenção de terceiros na instrução processual do RAC, sempre que possam ser favorecidos pela decisão ou pelos atos motivadores do amparo, ou quando demonstrem, de forma inequívoca, possuírem um interesse legítimo no recurso.

Independentemente das partes litigantes, em todos os processos de amparo que versem sobre os direitos dos cidadãos e de interesse público protegido por lei, o Ministério Público deverá atuar como fiscal da lei.

Similarmente, na Alemanha, qualquer pessoa apta a titularizar DF detém competência legal para interpor a queixa constitucional (art. 90.1 da BVerfGG), inclusive os estrangeiros, salvo se quando o direito ultrajado pelo poder público for exclusivo de cidadão da República Alemã<sup>92</sup>.

Incluem-se nessa lista de legitimados, assim como na Espanha, as pessoas jurídicas de direito privado (artigo 19.3 da GG), desde que os direitos fundamentais, “por sua natureza, lhe sejam aplicáveis”<sup>93</sup>.

Quanto aos entes dotados de personalidade de direito público, Häberle explica que apenas se admite o manejo do RAC quando, em sua área de atuação, possuir – ou dever possuir - independência do Estado (como as universidades públicas) ou nos casos

---

<sup>89</sup> BAAMONDE, María Emilia Casas relat. - **Acórdão do Tribunal Constitucional Espanhol n.º 112/2004**, de 12 de julho [Em linha]. Processo n.º 2685/2001, Sala Primeira [Consult. 15 Abr. 2019]. Disponível em <https://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/en/Resolucion/Show/5117>.

<sup>90</sup> MARTÍN, Vicente Conde relat. - **Acórdão do Tribunal Constitucional Espanhol n.º 38/2010**, de 19 de julho [Em linha]. Processo n.º 10094/2016, Sala Segunda [Consult. 15 Abr. 2019]. Disponível em <https://hj.tribunalconstitucional.es/en/Resolucion/Show/6677>.

<sup>91</sup> SÁNCHEZ, Guillermo Jiménez relat. - **Acórdão do Tribunal Constitucional Espanhol n.º 52/2007**, de 12 de março [Em linha]. Processo n.º 3493/2004, Sala Segunda [Consult. 15 Abr. 2019]. Disponível em <http://hj.tribunalconstitucional.es/en-US/Resolucion/Show/6019>.

<sup>92</sup> HÄBERLE, Peter - *Op. Cit.* p. 88.

<sup>93</sup> *Idem - Ibidem.* p. 260.

de violação do DF processuais do art. 101.º.1.2 da GG, quais sejam, direito ao juiz legal e direito à audiência devida (art. 103.º.1 da GG)<sup>94</sup>.

Desta feita, também no cenário germânico vigora a regra da excepcionalidade do manejo de amparo por pessoa jurídica de Direito Público, tendo em vista que, como explica Catarina Botelho, a queixa constitucional “foi desenhada como um instrumento de proteção contra o Estado, pelo que seria paradoxal torná-lo um beneficiário do mesmo”<sup>95</sup>.

No que se trata da essencialidade de ter o requerente capacidade postulatória, as duas nações referências deste projeto novamente posicionam-se em alas antagônicas. Na Espanha, aquele cujo direito foi lesionado deve necessariamente ser representado por advogado perante o TCE<sup>96</sup>. Na Alemanha, prioriza-se o franqueio de acesso ao TCFA, via queixa constitucional, por qualquer cidadão, independentemente de assistência de causídico habilitado, “o que transforma o alto significado simbólico dos direitos fundamentais”<sup>97</sup>.

Com relação ao prazo para interpor o RAC, o ordenamento espanhol o disciplina de acordo com a natureza do ato lesivo.

Para tanto, é de 20 (vinte) dias o interregno quando o ato violador advier do Governo (o que inclui os órgãos das comunidades autônomas), diretamente ou por intermédio de seus funcionários, a contar da intimação da derradeira decisão judicial (art. 43.º.2, da LOTCE)<sup>98</sup>.

Caso a lesão decorra de uma ação ou omissão direta e imediata de um magistrado ou tribunal judicial, tem o demandante 30 (trinta) dias para manejar o RAC, igualmente computados a partir da notificação da resolução no processo, desde que tenham sido esgotados todos os meios de impugnação previstos em lei (art. 44º, da LOTCE)<sup>99</sup>.

---

<sup>94</sup> *Idem – Op. Cit.* p.115.

<sup>95</sup> BOTELHO, Catarina Santos - **A Tutela Directa dos Direitos Fundamentais**. p. 177

<sup>96</sup> CORDÓN MORENO, Faustino - *Op. Cit.* p. 37.

<sup>97</sup> HÄBERLE, Peter. *Op. Cit.* p. 110.

<sup>98</sup> LEY ORGÁNICA del Tribunal Constitucional de Espanha: Ley n.º 2/1979, de 3 de outubro. **BOE n.º 239** (05/10/1979). p. 23.186 - 23.195.

<sup>99</sup> *Idem - Op. Cit.* Art. 44º.

Já as decisões e atos sem valor de lei (compreendidos aqui os atos legislativos de natureza eminentemente administrativa) poderão ser contraditados por RAC no período de até 3 (três) meses, a contar de quando se tornar definitivo (art. 42º da LOTCE)<sup>100</sup>. Nestas hipóteses, decorrendo o ato lesivo das Assembleias ou das Assembleias Legislativas das Comunidades Autónomas (ou algum dos seus órgãos), excepciona-se o princípio da subsidiariedade, podendo o interessado seguir diretamente ao TCE, independentemente de análise pretérita de um tribunal.

Já em território alemão, a queixa constitucional pode ser interposta em até 01 (um) mês a partir da data em que ocorreu a notificação do ato lesivo (art. 93.º.1.1, da LTCFA), exceto quando se voltar a lesões decursivas de leis, oportunidade em que o manejo poderá ocorrer em até 01 (um) ano da data em que o diploma foi oficialmente publicado (art. 93.º.3, da LTCFA).

No que concerne ao trâmite procedimental do amparo, alguns pontos merecem destaque.

Conforme art. 49.º.1, da LOTCE<sup>101</sup>, deve o requerente, devidamente representado por seu jurisconsulto, assinalar, em peça exordial translúcida e sucinta, as razões factuais e jurídicas atinentes ao caso, os artigos e princípios da Constituição pretensamente transgredidos, bem como o pedido – objetivo e direto – que se almeja seja concedido pelo TC. Isso porque, consoante clarifica o professor Pedro Trovão do Rosário, é ônus do demandante o apontamento de todas as noções elementares basilares à edificação da boa decisão<sup>102</sup>.

Em outras palavras, deve o peticionante lesado elencar, de forma minuciosa, o amparo que pretende para resguardar ou restabelecer e o DF ou liberdade pública violado. Não deve esquecer, ainda, de aventar a ‘especial transcendência constitucional’ da questão suscitada, requisito sem o qual o remédio não é sequer admitido.

---

<sup>100</sup> *Idem - Op. Cit.* Art. 42º.

<sup>101</sup> LEY ORGÁNICA del Tribunal Constitucional de Espanha: Ley n.º 2/1979, de 3 de outubro. **BOE n.º 239** (05/10/1979). p. 23.186 - 23.195.

<sup>102</sup> ROSÁRIO, Pedro Trovão do - **O Recurso Constitucional de Amparo**. p. 58.

Em regra, essa interposição é isenta de custas, salvo, como bem delineado alhures, se o amparo for empregado de forma temerária ou alicerçado em má-fé, quando será aplicada uma multa (art. 95.4, da LOTCE).

Por óbvio, o RAC deve vir instruído com documentos que corroborem os fatos aduzidos na peça escrita, sendo certo que o art. 49 da LOTCE exige os seguintes: (i) procuração do causídico (representação do peticionário do amparo); (ii) cópia ou certidão da decisão pronunciada na ação judicial ou administrativa (quando a violação decorrer dessas fontes); (iii) cópias literais da ação que apreciou a violação aventada e dos documentos apresentados como partes no processo prévio, se houver.

Recebida a peça inaugural, havendo defeitos sanáveis, será a parte intimada a retificá-los em dez dias, sob pena de inadmissão da peça. Porém, poderão os magistrados denegar o pleito peremptoriamente, sem abrir prazo à parte interessada, quando o vício for insanável, o direito não for protegido por amparo, for desprovido de conteúdo material que justifique manifestação do TCE ou se, em casos pretéritos, tiverem sido impedidas de tramitar, pelo TCE, casos substancialmente análogos.

Inadmitido o pleito, nos termos do art. 50, 3, da LOTCE, o colegiado (Seções ou Salas) indicará os requisitos inobservados e notificará, além do peticionário, o Ministério Fiscal. De outro lado, sendo o recurso admitido, irá a julgamento, salvo se não admitido por unanimidade (julgamento por maioria), hipótese em que os autos serão remetidos à Sala, órgão que será responsável por realizar novo juízo de admissibilidade (art. 50,2, da LOTC).

Na Alemanha, o pedido também tem que, necessariamente, vir na forma escrita e com a descrição das razões de fato e de direito que ensejaram o ajuizamento do amparo. Nessa toada, é primordial que sejam anexados os documentos comprobatórios do direito, bem como que seja delimitado o ato omissivo ou comissivo que ultrajou o DF.

Em juízo de admissibilidade, ensina Peter Häberle que, após verificada a potencialidade efetiva de violação do direito suscitado, é preciso, em ato subsequente, aferir a afetação do bem jurídico que se pretende proteger, o que se dá através da verificação da presença de três características substanciais: (i) personalidade: o ato impugnado deve atingir o peticionante, ainda que por reverberação, isto é, deve ficar

inconteste o seu interesse de agir; (ii) contemporaneidade: a violação impugnada deve ser hodierna, o que elimina a possibilidade de uso deste instrumento para proteger mera expectativa de ofensa; e (iii) imediaticidade: requisito somente aplicável à queixa direcionada a leis, consiste na demonstração de que o diploma normativo ultrajante de DF possui eficácia plena, ou seja, exala seus efeitos sem necessidade de disciplinamento por norma regulamentadora.<sup>103</sup>

É também no juízo admissional que se aprecia se foi devidamente cumprido o princípio da subsidiariedade, isto é, se restaram exauridas todas as defesas possíveis na via ordinária de tutela (art. 94.º.2, 2ª parte, da GG e art. 90.º.2.1, da BverfGG). Nesse seguimento, Wolschnik e Martins asseveram que

“(…) o reclamante deve se valer de todas as possibilidades processuais para o afastamento da violação afirmada. Além de não poder ter perdido nenhuma oportunidade de recorrer de, ou agravar, uma decisão interlocutória, o reclamante deve ter promovido processos nos quais ele, em tese, poderia ter afastado o ato violador por outros motivos que não os constitucionais”<sup>104</sup>

Ainda nesta mesma etapa, verifica-se a presença da relevância jurídico-constitucional fundamental (*grundsätzliche verfassungsrechtliche Bedeutung*), requisito essencial para definir as causas que transcendem interesses exclusivamente individuais, alcançando verdadeira repercussão generalizada.

A competência para execução de juízo de admissibilidade é das Salas do Tribunal ou das Seções (órgãos fracionários das Salas), que possuem o poder de rejeitar a queixa, desde que por unanimidade, em manifestação irrecorrível. É o que ocorre, segundo Peter Häberle, em quase 97% das ações invocadas<sup>105</sup>.

Elucidados os atributos medulares do *judicio* de amparo, resta-nos, por derradeiro, expor os principais efeitos da sua concessão.

Na Espanha, o objeto é minuciado no art. 55º, I, da LOTCE, que prevê que a decisão que defere o RAC está apta às seguintes declarações, singular ou

---

<sup>103</sup> HÄBERLE, Peter - *Op. Cit.* p. 117.

<sup>104</sup> WOLSCHNIK, Jan; MARTINS; Leonardo - **Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. p. 63-64.

<sup>105</sup> HÄBERLE, Peter – *Op. Cit.* 121

conjuntamente<sup>106</sup>: (i) anulação do ato que impediu o pleno exercício do direito que se requer o amparo, com fixação da extensão dos seus efeitos; (ii) reconhecimento do direito usurpado, em consonância com seu sentido material manifestado na Constituição; e (iii) restabelecimento do *status quo*, ou seja, reassunção do direito violado, em sua plenitude de uso ou gozo, pelo interessado.<sup>107</sup>

Ressaltamos aqui que, para uma parcela doutrinária<sup>108</sup>, a principal decorrência imediata do RAC é a possibilidade de suspender os efeitos do ato ou da sentença lesivos, oficiosamente ou a pedido do recorrente, sempre que houver risco de dano ou de perder o objeto que se pretende (art. 56.º.2, da LOTCE)<sup>109</sup>. Essa medida pode ser aplicada sem prejuízo da adoção de qualquer outra medida cautelar ou provisória prevista no ordenamento espanhol (art. 56.º.3, da LOTCE), o que demonstra o intuito do legislador que assegurar o resultado útil do processo.

Releva destacarmos o posicionamento do TCE de que os efeitos supramencionados não possuem aptidão para se amplificarem *erga omnes*, quer dizer, somente são extensíveis às partes integrantes da relação jurídica processual.<sup>110</sup> Nesse sentido, manifestou-se Faustino Moreno, *in verbis*:

*“(...) el recurso de amparo no permite una impugnación abstracta de disposiciones generales que conduzca, ensu caso, a una declaración de nulidad con efectos erga omnes, al margen y con independencia de la existencia o no de una lesión concreta y actual de un derecho fundamental.”<sup>111</sup>*

Não menos relevante, nos termos do art. 41º, III, da LOTCE<sup>112</sup>, a prolação concessiva ou denegatória de amparo restringe-se exclusivamente ao objeto material

---

<sup>106</sup> SEGADO FERNANDÉZ, Francisco - *La Jurisdicción Constitucional en España*. p. 700.

<sup>107</sup> LEY ORGÁNICA del Tribunal Constitucional de Espanha: Ley n.º 2/1979, de 3 de outubro. BOE n.º 239 (05/10/1979). p. 23.186 - 23.195.

<sup>108</sup> CORDÓN MORENO, Faustino - *Op. Cit.* p. 158.

<sup>109</sup> LEY ORGÁNICA del Tribunal Constitucional de Espanha: Ley n.º 2/1979, de 3 de outubro. BOE n.º 239 (05/10/1979). p. 23.186 - 23.195.

<sup>110</sup> “(...) *el recurso de amparo no permite una impugnación abstracta de disposiciones generales que conduzca, en su caso, a una declaración de nulidad con efectos erga omnes, al margen y con independencia de la existencia o no de una lesión concreta y actual de un derecho fundamental*”. CANTÓN, Gloria Begué relat. - **Acórdão do Tribunal Constitucional Espanhol n.º 193/1987**, de 9 de dezembro [Em linha]. Processo n.º 385/1986, Sala Segunda [Consult. 20 Jun. 2019]. Disponível em <https://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/en/Resolucion/Show/925>.

<sup>111</sup> CORDÓN MORENO, Faustino - *Op. Cit.* p. 160.

In: ESPANHA. Tribunal Constitucional de España. Sentença n.º 193/1987. Publicada em 26/12/1987.

<sup>112</sup> LEY ORGÁNICA del Tribunal Constitucional de Espanha: Ley n.º 2/1979, de 3 de outubro. BOE n.º 239 (05/10/1979). p. 23.186 - 23.195.



trazido na ação, sendo inviável a análise de formulações de (i)legalidade contíguas ou direitos outros que não estejam expressamente questionados na exordial. Logo, está adstrito o órgão julgador aos limites do que foi trazido à baila na ação.

Pelo exposto, resta claro que o RAC não foi concebido para servir de sucedâneo ao controle abstrato de constitucionalidade, mas unicamente como via de solução a atentados contra DF e liberdades públicas.

Destacamos, contudo, que é viável que, no trâmite instrutório de um RAC, o Tribunal Constitucional verifique que a violação do direito, por um poder público, decorreu da aplicação de uma lei que deva ser declarada contrária à Constituição, o que transmutaria a natureza e os fins da ação intentada. Insurge-se, nessa hipótese, a chamada ‘auto-questão de inconstitucionalidade’<sup>113</sup>, quando, nos termos do art. 55, 2, da LOTCE, a Sala do TCE, responsável por realizar o conhecimento do *judicio*, deve suspender o prazo para que seja exarada a sentença e ascender o fato controvertido à competência julgadora do Pleno da Corte, que pode reconhecer a inconstitucionalidade da norma, atribuindo-lhe efeito vinculativo e *erga omnes*.

Não menos relevante, é importante destacarmos, conforme ensina Caamaño Dominguez, que o TCE não tem admitido o chamado ‘contra-amparo’, que é o uso do RAC para restringir os efeitos dilatórios outorgados ao DF pelo julgador ordinário. Nesse caso, ao invés de violar ou deixar de reconhecer um direito, o juiz/tribunal, por hermenêutica ou mera liberalidade, maximiza o seu alcance, atribuindo-lhe prospecção elástica, que extrapola o seu conteúdo material e, algumas vezes, as referências jurisprudenciais edificadas pelo TCE.<sup>114</sup>

Nessa hipótese, entende-se que utilizar o amparo para limitar os efeitos atribuídos a um DF, prejudicando a parte processual em detrimento do poder público, confronta a *mens legislatoris*, além da estrutura principiológica que alicerça o instituto.

Noutra crista, na Alemanha, os efeitos dos julgamentos do TCFA são sempre vinculativos (art. 31.º.1 da BVerfGG). Nesse esteio, seus limites subjetivos são mais

---

<sup>113</sup> BOTELHO, Catarina Santos - **A Tutela Directa dos Direitos Fundamentais**. p. 130

<sup>114</sup> CAAMAÑO DOMINGUEZ, Francisco - *El recurso de amparo y la reforma peyorativa de derechos fundamentales: El denominado contra-amparo*. p. 142.

amplos que na Espanha, uma vez que atingem todos os tribunais e autoridades, bem como os órgãos da Federação e dos Estados Federados<sup>115</sup>.

Quanto à extensão dos efeitos da queixa constitucional, em análise material, estarão atrelados à origem do ato que se pretende rever.

Nesse sentido, se ajuizada contra manifestação decisória advinda do Poder Judiciário, o TCFA verifica a plausibilidade fática e jurídica do pleito suscitado pelo demandante, isto é, se, de fato, o magistrado ou tribunal frustraram a aplicação de um DF ou maleficiaram seu conteúdo. Caso isso tenha ocorrido, o TCFA defere o RAC (por decisão denominada por Häberle de "sentença de recurso de amparo"<sup>116</sup>), tempo em que a decisão é revogada e restituída ao tribunal para reanálise (artigo 95.º.2, da BVerfGG)<sup>117</sup>.

Não obstante, poderá ser declarada a inconstitucionalidade da legislação utilizada como fundamento da decisão *a quo* ou, ainda, ser constatada a necessidade de vinculação de uma determinada interpretação da lei a todos os tribunais ordinários (interpretação conforme a Constituição), quando também se cassará a prolação judicial pretérita, remetendo-se o processo ao tribunal responsável pela aplicação da correta exegese (artigo 95.º, n.º 2, 2.ª parte, da BVerfGG).

Além disso, quando a queixa se volta contra ato administrativo abusivo, proveniente do Governo (diretamente ou por um mandatário), a decisão de provimento do TCFA decreta a nulidade do objeto impugnado, restabelecendo as partes ao *status quo ante bellum*. Idêntica linha de raciocínio foi adotada pelo legislador quanto ao uso do RAC para impugnar ato normativo, quando o remédio passa a fazer as vezes de uma legítima ação de fiscalização de constitucionalidade, com força declaratória-desconstitutiva (reconhecimento da nulidade do diploma legislativo) (art. 95.º.3, da BVerfGG).

Diante de todas as características expostas, alinhamo-nos ao espanhol Trueba Urbina, no sentido de que o amparo exorta o protagonismo do cidadão na guarda de seus direitos violados, devendo, para não perder sua essência, reunir três pontos fulcrais: (i)

---

<sup>115</sup> HÄBERLE, Peter – *Op. Cit.* p. 128

<sup>116</sup> *Idem* - *Op. Cit.* p. 105.

<sup>117</sup> BOTELHO, Catarina Santos - **Haja uma nova jurisdição constitucional.** p. 598.

interposição pela parte prejudicada pelo ato inconstitucional; (ii) o polo ativo da ação deve ser sempre um particular, seja pessoa física ou jurídica; (iii) a prolação do TC que resolve a questão deve estar adstrita à solução do imbróglio afetado, não podendo adentrar declaração geral acerca da lei ou do ato que motivou a ofensa.<sup>118</sup>

Em termos gerais, esses são os principais elementos constitutivos do RAC. No próximo capítulo, verificaremos, nos campos histórico e teórico, como decorreu o forcejo de uma parcela de políticos e doutrinadores para inclusão deste importante instrumento ao sistema constitucional lusitano.

---

<sup>118</sup> URBINA, Trueba - *Nueva Legislación de Amparo*. p. 31

## 2. UMA APRECIACÃO DA TENTATIVA DE INCLUSÃO DO RECURSO DE AMPARO CONSTITUCIONAL NA REALIDADE JURÍDICA PORTUGUESA

A CRP, já em notas preambulares, anuncia a manifestação uníssona do povo português de assegurar DF aos cidadãos em sua generalidade.<sup>119</sup> Mantendo símile traço lógico-racional e com fins de garantir concretude prática ao texto apresentado, consagra eficácia plena aos direitos dessa natureza, preceituando, em seu art. 18º, n.º 1, que eles são “directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas”<sup>120</sup>.

Em complemento, garante, ainda, a universalidade de ingresso à sistemática judiciária, o que denota que a todos é pátula a submissão de uma violação ao tribunal competente, sendo vedado aos órgãos do Poder Judiciário se eximirem de apreciar um caso concreto sob alegação de escassez de meios econômicos (art. 20º da CRP).

Não menos relevante, o art. 204.º da CRP proclama a impossibilidade de aplicação, na análise de processos por órgãos julgadores, de normas que violem as disposições constitucionais ou sua base principiológica.<sup>121</sup>

A reunião dos preceitos constitucionais mencionados possui dupla finalidade: (i) dar exequibilidade aos direitos fundamentais, única forma de consagrar a Justiça Constitucional como requisito *sine qua non* para materialização de um verdadeiro projeto democrático; (ii) garantir que somente possam vigor leis que não violem o sistema constitucional em sua unicidade.

Para consecução do segundo item retro, com a nítida função de manter a harmonia da Constituição enquanto um todo unitário, conferiu-se aos magistrados singulares e aos tribunais (judiciais, fiscais e administrativos - arts. 204.º e 277.º, da CRP) a prerrogativa de examinar o amoldamento constitucional das leis e atos normativos que regem os fatos submetidos a julgamento. Inclui-se nesse rol, como já verificado, dada a adesão de Portugal ao modelo misto de fiscalização de constitucionalidade, o TCP (art.

---

<sup>119</sup> CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa. **Diário da República**, n.º 86, Série I, Parte A (10/04/1976).

<sup>120</sup> *Idem – Ibidem.*

<sup>121</sup> *Idem – Ibidem.*

223.º.1, da CRP), único competente para realizar o controle concentrado.

Logo, como resta evidente pelos elementos trazidos à baila, bem como pelo disposto no art. 277 da CRP, recai sobre normas jurídicas em sentido lato, dentre as quais se inserem, como explica Jorge Miranda, atos legislativos, normas constitucionais incluídas por revisão constitucional, atos da Assembleia da República, decretos presidenciais, atos normativos da Administração Pública, dentre outros<sup>122</sup>.

No mesmo viés, pontua Canotilho que “no direito constitucional português vigente, o objecto de fiscalização judicial são apenas as normas, mas todas as normas, independentemente da sua natureza, da sua forma, da sua fonte e da sua hierarquia”<sup>123</sup>.

Como verificamos no primeiro capítulo, o controle de constitucionalidade incidental, realizado concretamente caso a caso, permite que o imbróglio seja submetido à apreciação do TCP através da interposição do ReCon , previsto no art. 280.º, n.º 1, da CRP, tenha o objeto sido provido ou denegado.

Contudo, impende destacarmos que, no julgamento do ReCon, não se adentra o conteúdo meritório da decisão, isto é, à lide propriamente dita. Assim, limita-se a manifestação do TCP à “norma à qual se reporta a questão da inconstitucionalidade e não à decisão judicial do tribunal *a quo*”<sup>124</sup>.

Noutras palavras, o recurso em comento adstringe-se tão somente aos julgamentos que deneguem o emprego de norma por inconstitucionalidade ou que adote como causa de decidir um dispositivo legal cuja inconstitucionalidade tenha sido aduzida durante o processo. Por conseguinte, atos administrativos e decisões judiciais em si mesmas estão excluídos do âmbito de competência do TCP.

A mesma lógica se aplica à fiscalização concentrada de consitucionalidade que, constituindo-se uma ação *inaudita altera pars*, exime-se de averiguar diretamente ultrajes a direitos fundamentais, voltando-se tão somente contra normas. Logo, a única forma de o TC remediar fortuito afrontamento a DF é reflexamente, isto é, não através da análise

---

<sup>122</sup> MIRANDA, Jorge - **Manual de Direito Constitucional**. p. 123.

<sup>123</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes - **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. p. 932.

<sup>124</sup> *Idem* – **Op. Cit.** p. 989.

meritória de *decisum*, mas por intermédio da declaração de inconstitucionalidade da norma impugnada.

Detectada essa incapacidade do modelo português na tutela de direitos fundamentais, alguns parlamentares portugueses forcejaram efetivar, nas Revisões Constitucionais de 1989, 1997 e 2004 (além do frustrado ensaio de Revisão realizado em 2010), um mecanismo processual que outorgasse aos cidadãos um canal frontal de ingresso no TCP, o que ficou registrado "com o nome ora de ação constitucional de defesa, ora de recurso constitucional, ora de recurso de amparo"<sup>125</sup>.

A primeira tentativa se deu através do Projeto de Revisão Constitucional n.º 2/V, publicado no Diário da Assembleia da República de 13 de outubro de 1987, em que o Partido Comunista Português (PCP) intentou o acréscimo à CRP do art. 20.º-A, que previa a concepção de uma ação de rito célere e prioritário, contra atos estatais que afetassem direitos, garantias e liberdades.<sup>126</sup>

Além dessa ação constitucional, cabível sempre que fosse juridicamente impraticável a apreciação do pleito pelos tribunais judiciais, seja por incompetência ou exaurimento dos meios disponíveis, houve também a previsão de um recurso constitucional para o TCP, contra equívocos processuais perpetrados pelos tribunais que usurpassem direitos e liberdades públicas.<sup>127</sup>

Esses dois instrumentos conjuntamente, a despeito de não terem recebido a nomenclatura de amparo, reuniam satisfatoriamente os atributos do RAC, como a seletividade do objeto tutelado (direitos, liberdades e garantias), a origem dos atos violadores (judiciais ou administrativos, restando excluídos os atos legislativos *stricto sensu*), além do inarredável predicado da subsidiariedade, ou seja, a necessidade de se exaurir previamente todos os recursos ordinários cabíveis à hipótese.

Ciente das similitudes mencionadas, o Partido Socialista, por meio do Projeto de Revisão Constitucional n.º 3/VII, aproveitou-se da situação e apresentou uma emenda ao

---

<sup>125</sup> MIRANDA, Jorge – *Op. Cit.* p. 288.

<sup>126</sup> PROJECTO de Revisão Constitucional n.º 2/V - **Diário da Assembleia da República II Série**, N.º 21 (13-10-87). p. 432-433.

<sup>127</sup> *Idem* – *Ibidem*.

indicado art. 20.º-A, propondo a implantação do RAC em Portugal, que reuniria as competências antes delegadas à ação e ao recurso constitucionais.<sup>128</sup>

Não houve, em verdade, nenhuma adição material de conteúdo, mas somente a condensação dos atributos constitucionais já prenunciados no texto original em um único mecanismo, o qual foi intitulado de ‘recurso de amparo’ dada sua linearidade com o congêneres espanhol. Ressaltamos, por oportuno, o ineditismo do uso dessa nomenclatura na realidade jurídica portuguesa, que jamais havia aventado a possibilidade de um remédio com essas características.

Apesar da notória tentativa, o Parlamento denegou a proposta.

Dez anos após, na Revisão de 1997, mais uma vez, movimentou-se o Partido Comunista Português na tentativa de realizar um aditamento ao art. 20º da CRP. Para tanto, apresentou o Projeto de Revisão Constitucional n.º 4/VII, oportunidade em que, ciente da estratégia adotada anteriormente pelo Partido Socialista, que ganhou protagonismo ao importar a nomenclatura hispânica, sugeriu a “criação de uma ação constitucional de defesa, **também chamada ‘recurso de amparo’**”<sup>129</sup> (grifo nosso).

Logo após, talvez na intenção de dar ainda mais notoriedade ao instituto, o mesmo partido retirou a menção a uma ‘ação constitucional de defesa’ para prever exclusivamente a inclusão de um ‘recurso de amparo’, não mais delineado no art. 20.º-A, mas sim no art. 23.º-A, com a seguinte redação, *ipsis literis*:

“Artigo 23.º-A

Recurso de Amparo

Dos atos ou omissões da Administração Pública ou de qualquer entidade pública que violem direitos, liberdades e garantias, insusceptíveis de impugnação junto dos demais tribunais, cabe recurso, com carácter urgente, diretamente para o Tribunal Constitucional.

Igual recurso cabe de idênticos actos de natureza processual praticados pelos tribunais, violadores de direitos, liberdades e garantias, esgotados que sejam os recursos ordinários”.<sup>130</sup>

---

<sup>128</sup> PROJECTO de Revisão Constitucional n.º 4/VII - **Diário da Assembleia da República II Série**, N.º 27 (07-03-96). p. 484-512.

<sup>129</sup> *Idem – Ibidem.*

<sup>130</sup> *Idem – Ibidem.*

Na 6ª Revisão Constitucional, datada de 2004, o Bloco de Esquerda (BE), por meio do Projecto de Revisão Constitucional n.º 2/IX, tentou criar, outra vez, o art. 20º-A, com previsão do RAC como arma a ser utilizada contra atos de entes públicos que violassem DF dos particulares. Mais uma vez, não se logrou êxito.<sup>131</sup>

Alguns anos após, em 2010, na mal sucedida tentativa de implementar uma 8ª Revisão Constitucional (que derrocou com o pedido de demissão do primeiro-ministro José Sócrates, em 2011), o Projecto de Revisão Constitucional n.º 6/XI, apresentado pelos Deputados do Guilherme Silva, Correia de Jesus, Vânia Jesus e Hugo Velosa, todos do Partido Social Democrata, replicou em partes a idealização do Partido Comunista Português perpetrada na 4ª Revisão Constitucional (1997).

Nessa linha, sugeria, naquele momento, a criação do art. 23.º-A na CRP, que previa contorno formal e material de um fidedigno RAC, quer dizer, um remédio de carácter excepcional e urgente, contra ações ou omissões da Administração Pública ou atos processuais dos tribunais ordinários que infringissem direitos, liberdades e garantias.<sup>132</sup>

Contudo, um grave equívoco foi cometido pelos seus defensores. Ao invés de fixar a competência do TCP para análise do recurso em voga, tal qual havia sido feito pelo Partido Comunista Português, nos idos de 1997, previu-se como responsável pelo julgamento a Secção Constitucional do Supremo Tribunal de Justiça. Nesse ponto, compreendemos que isso desvirtuaria absolutamente as finalidades que se busca com uma ação constitucional de defesa, que deve ser analisada pelo órgão máximo com competências constitucionais, sob pena de ser resumido a mais um corriqueiro recurso às instâncias judiciais ordinárias.<sup>133</sup>

Como restou demonstrado, todas as investidas de constituição de um instituto símile ao RAC em Portugal restaram malogradas, não havendo, até os dias atuais, qualquer janela jurídica para sua aplicação.

Acerca dessa situação, o professor Jorge Reis Novais mostra-se deveras

---

<sup>131</sup> PROJECTO de Revisão Constitucional n.º 6/IX - **Diário da Assembleia da República II Série**, N.º 2 (14-01-2004). p. 24-73.

<sup>132</sup> PROJECTO de Revisão Constitucional n.º 8/VII - **Diário da Assembleia da República II Série**, N.º 6 (13-01-2011). p. 2-32.

<sup>133</sup> *Idem* – **Op. Cit.** p. 17.



insatisfeito, tendo em vista que "num Estado de Direito que só se satisfaz com a plenitude de protecção contra todas as violações de direitos fundamentais, o sistema actual revela-se deficitário e com desequilíbrios dificilmente superáveis".<sup>134</sup>

Em ferrenha oposição, Rui Medeiros sustenta que as supostas vantagens advindas da adoção do RAC ao ordenamento português não compensariam todas as custosas intempéries que daí adviriam. Nessa acepção, pontua que o sistema protetivo de direitos em Portugal funciona eficientemente e que um novo instrumento, a ser analisado pelo TCP, teria como única serventia contribuir para a já acentuada morosidade na emissão de decisões.<sup>135</sup>

Sob cuidadoso olhar a essa fracionada conjuntura de ideias, Fernando Correia delimitou "*quatro objecções fundamentais*"<sup>136</sup> que conduziram alguns renomados juristas a se contraporem à ideia de um novo instrumento que estreitasse a relação do TCP com particulares, ainda que fosse ele balizado na sincera pretensão de encorajar direitos fundamentais.

Importa-nos destacar, contudo, tal qual ensina Ricardo Lopes Correia, que essas objecções que culminaram com a rejeição das propostas nas Revisões Constitucionais não guardam traços de originalidade, uma vez que foram enfrentadas também nas tertúlias que precederam a adoção do RAC na Espanha, na segunda metade do século XX.<sup>137</sup>

Passaremos, neste ponto, à investigação individualizada de cada um dos fundamentos sustentados pelos êmulos do amparo.

## **2.1. Os argumentos adversos ao acolhimento do recurso de amparo constitucional**

---

<sup>134</sup> NOVAIS, Jorge Reis - **Em Defesa do Recurso de Amparo Constitucional (ou uma Avaliação Crítica do Sistema Português de Fiscalização Concreta da Constitucionalidade)**. p. 92

<sup>135</sup> MEDEIROS, Rui - **A decisão de inconstitucionalidade**. P. 357.

<sup>136</sup> CORREIA, Fernando Alves - **Op. Cit.** p. 68.

<sup>137</sup> CORREIA, Ricardo Jorge da Ascensão Lopes – **Op. Cit.** p. 19.

## em Portugal

O primeiro fundamento de resistência à adoção do RAC em Portugal atine à suposta incompatibilização entre esse recurso e o sistema português de controle incidental de constitucionalidade (fiscalização concreta).

Cuida-se do mais frequente argumento levantado pelos antipáticos ao RAC, possivelmente por se tratar de uma alegação que se afasta do empirismo e abeira a análise eminentemente científica (método objetivo de comparação alicerçado na aferição de identidade quanto aos propósitos, direitos tuteláveis e categorias de atos a serem refutadas por cada instituto).

Para o jurista Fernando Correia, o RAC e o controle difuso de constitucionalidade possuem papéis equivalentes. Isso porque, nessa última hipótese, o ReCon permite que uma norma supostamente maculada de vício formal ou material possa ter sua conformação à CRP apreciada pelo TCP, fato que viabiliza também, nas peculiaridades do caso concreto, seja examinada eventual violação a um DF.<sup>138</sup>

Partindo dessa linha argumentativa prefacial, alguns doutrinadores defendem que o recurso constitucional a ser manejado pela parte ofendida, no trâmite procedimental do controle difuso, exerce função primordial na guarida de danos a direitos fundamentais, o que dispensaria a necessidade de um RAC no ordenamento lusitano. Nessa vertente, Ricardo Lopes Correia esclarece que

“(…) seja através dos meios de tutela constitucional, seja através do controlo abstracto ou sobretudo através do controlo concreto da constitucionalidade de normas jurídicas, o nosso Tribunal Constitucional tem a oportunidade de aplicar normas e princípios constitucionais relativos aos direitos fundamentais”.<sup>139</sup>

Em linha correlativa, o renomado processualista José Joaquim Gomes Canotilho pontua que, embora não se possa tratar o ReCon, em sua essência, como um RAC, em face das significativas diferenças que os cercam, não se cogita sustentar a tese de proteção deficitária de DF em Portugal, já que aqueles que se sentirem lesados podem, nos processos que integrem como parte, efetivar concretamente a intervenção estatal na lide, sob uma perspectiva de controle subjetivo, através da invocação de inconstitucionalidade

---

<sup>138</sup> CORREIA, Ricardo Jorge da Ascensão Lopes – *Op. Cit.* p. 19.

<sup>139</sup> *Idem* – *Ibidem*.

de normas.<sup>140</sup>

É exatamente nesse enfoque que Rui Medeiros conclui que o art. 280º da CRP (recurso ao TCP) já garante aos cidadãos as prerrogativas necessárias para que conduzam satisfatoriamente, em posição emancipatória, a defesa de seus direitos fundamentais.<sup>141</sup>

Os correligionários dessa vertente ainda aventam a significativa tentativa do TCP em potencializar a valia de DF ao passar a reconhecer, em sua jurisprudência, a ‘concepção funcional da norma’, isto é, a percepção de que a definição de norma, no contexto de fiscalização de constitucionalidade, é todo ato legislativo genericamente considerado, independentemente do conteúdo material, da generalidade ou da abstração (o que, no Brasil, costumamos chamar de ‘norma em sentido formal’). Trata-se, assim, de uma alternância exegética do TCP, que, dilatando finalisticamente suas próprias competências, permitiu fosse ampliado o espectro de inconstitucionalidade a ser analisado, o que constitui uma alternativa aparentemente viável à necessidade de adequar a legislação à realidade insurgente.

Ademais, o TCP, em outra nítida tentativa de escapar das rédeas que limitavam as violações a direitos fundamentais, passou também a admitir o controle de constitucionalidade na exegese concreta perpetrada pelo juiz ordinário<sup>142</sup>, ou seja, sobre a interpretação dada pelo juiz, *in casu*, acerca de uma norma específica.<sup>143</sup>

Desta feita, embora por vias indiretas, admitiu-se que o TCP, sem escapar da análise constitucional da norma, aprecie elementos factuais constantes dos autos, posto que terá como enfoque o sentido da norma eleito pelo magistrado que julgou a hipótese vertente.

Em outra ponta, exsurge o segundo argumento dos detratores do adoção do RAC, que atine à convicção de que os inúmeros mecanismos processuais de defesa existentes em Portugal, contra ações ou abstenções do Poder Público, já atendem eficientemente à

---

<sup>140</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes - **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. p. 493

<sup>141</sup> MEDEIROS, Rui. *Op. Cit.* p. 358.

<sup>142</sup> BOTELHO, Catarina Santos - **Haja uma nova jurisdição constitucional**. p. 601.

<sup>143</sup> “Ora, é de salientar justamente que a jurisprudência do Tribunal Constitucional tem permitido, ainda que de forma lateral ou mitigada, alcançar alguns efeitos do recurso de amparo, designadamente quando admite a sindicabilidade das normas com uma determinada interpretação, a interpretação acolhida na decisão recorrida.”. MOREIRA, Vital - *Op. Cit.* p. 813.

reparação de direitos fundamentais, o que eliminaria a primordialidade – e até a simples conveniência – de uma ação que prospecte alcançar esse mesmo fim.<sup>144</sup>

Quanto a isso, regressamos novamente aos debates deliberados na infrutífera Revisão Constitucional de 2010, para trazer à baila a fala do Deputado Osvaldo Castro, conferenciada na Assembleia da República, no início dos debates do ano de 2011, que bem assenta a posição daqueles que se posicionam pela impertinência de um RAC no ordenamento português, por já terem outros instrumentos, de rito prioritário, que garantem, de forma operativa, a proteção de direitos, garantias e liberdades dos cidadãos.

Nesse diapasão, sustenta que a CRP, em seu art. 20.º, n.º 5, consagra o direito a uma atuação jurisdicional veloz e primaz em caso de atentado a direitos e garantias, o que alcança, inclusive, temas ambientais e de contencioso eleitoral. Em face desse dispositivo constitucional, defende que é possível ao Poder Legislativo, no pleno exercício de suas funções típicas, decidir quais temas serão alcançados por esse modelo de tutela especial, o que afasta a necessidade da previsão de um mecanismo que garanta os mesmos fins, como o RAC.<sup>145</sup>

Dentre os supostos instrumentos frequentemente apontados pela doutrina, um que denota enorme relevância é o designado ‘processo de intimação’, que, a despeito de não ter nenhum correlativo na CRP, foi inserido através da reforma do contencioso administrativo no art. 109º da Lei n.º 15/2002, o Código de Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA).

Cuida-se de uma ferramenta processual que “tem revelado ser um meio de tutela, de carácter urgente, revestido de enormes potencialidades na maximização da tutela jurisdicional real dos particulares”.<sup>146</sup> Não germinou, entretanto, de uma decisão abrupta imponderada, mas, segundo Carla Amado Gomes, do amadurecimento legislativo e

---

<sup>144</sup> CORREIA, Fernando Alves. *Op. Cit.* p. 68.

<sup>145</sup> PROJECTO de Revisão Constitucional n.º 8/VII - **Diário da Assembleia da República II Série**, N.º 6 (13-01-2011). p. 2-32.

<sup>146</sup>CORREIA, Ricardo Jorge da Ascensão Lopes – *Op. Cit.* p. 22.

doutrinário que, ansiando por um RAC, concluiu pela necessidade de concepção de uma ferramenta processual específica para correção de abusos contra direitos fundamentais.<sup>147</sup>

Para tanto, o processo de intimação possibilita ao particular reivindicar a intercessão estatal para que seja prolatada uma decisão meritória célere contra abusos cometidos pela Administração, que ulcerem direitos, garantias e liberdades, incluídos, nesse rol, também os DF análogos (art. 17.º da CRP) e os “direitos sociais na vertente negativa”<sup>148</sup>. Não se exclui, todavia, a plausibilidade de que a intimação se volte também contra particulares que estejam executando um serviço público por meio de concessão, sempre que for necessário integrar uma lacuna omissiva administrativa que possa causar ou tenha causado lesão a DF (art. 109.º.2, do CPTA).<sup>149</sup>

A intervenção advinda do processo de intimação requerida por particular pode pretender três provimentos jurisdicionais, que visam a condenar a Administração para que: (i) execute um ato administrativo ou cesse a produção de efeitos deste; (ii) adote uma conduta material ou se abstenha de de executá-la; e (iii) emita um regulamento de execução ou uma revogação substitutiva de um regulamento de execução ilegal.<sup>150</sup>

Trata-se, nesse diapasão, de medida processual com forma de processo principal, que pode ser suscitada quando, sendo necessária uma prolação meritória iminente, que obrigue a execução de um ato omissivo ou comissivo, não for suficiente a adoção de uma providência meramente cautelar para consecução do propósito almejado.

É, por conseguinte, um instrumento com natureza subsidiária, que deve ser utilizado quando a protelação temporal for incompatível com uma decisão precária, não antecipatória da tutela pretendida (medidas cautelares do art. 131.º do CPTA ou qualquer outra espécie de proteção sumária), o que significa, *mutatis mutandis*, que a intimação em comento serve para assegurar, em tempo (antes do esvaziamento completo dos efeitos), o usufruto de um direito, liberdade ou garantia.

---

<sup>147</sup>GOMES, Carla Amado - **Pretexto, contexto e texto da intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias**. p. 9.

<sup>148</sup>MIRANDA, Jorge – *Op. Cit.* p. 319.

<sup>149</sup> CÓDIGO de Processo nos Tribunais Administrativos: Lei n.º 15/2002. **Diário da República** n.º 45/2002, Série I-A (22-02-2002). p. 1422 – 1457.

<sup>150</sup>GOMES, Carla Amado. *Op. Cit.* p. 16.

Porém, quanto à subsidiariedade, não basta que sobrevenha a inviabilidade de efetivação de uma tutela provisória, sendo necessário, ainda, como ensina novamente Carla Gomes, a privação absoluta de outros instrumentos caráter extraordinário, garantidores de tutela efetiva desse rol especialíssimo de direitos.<sup>151</sup>

No que diz respeito à iniciativa para principiar o processo de intimação, garante o art. 9º do CPTA legitimidade ativa a todos que integrem como parte a relação material cuja apreciação se busca, ou seja, aqueles que suportam diretamente os efeitos da violação de um DF. Além disso, pode o autor ser pessoa física ou jurídica, sendo autorizada a demanda coletiva, desde que haja unicidade de causas de pedir ou, sendo distintas, dependa a procedência do pleito da averiguação de fatos idênticos (art. 12 do CPTA).

Dado o alcance meritório das decisões, além da natureza definitiva de seus efeitos, alguns doutrinadores vêm entendendo que esse instrumento soluciona a maioria das hipóteses que seriam alcançadas pelo recurso de amparo.<sup>152</sup>

Em outro vértice, os detratores do amparo rogam, ainda, por dois instrumentos existentes no ordenamento português que supostamente contribuem, em conjunto, para alcançar propósito análogo ao remédio: o ReCon (art. 280.º1, alínea *b*, da CRP) e o chamado direito de petição perante o Provedor de Justiça (art. 23, da CRP).

Em brevíssima síntese, trata-se o direito de petição da possibilidade de os cidadãos apresentarem queixa ao Provedor de Justiça, um órgão independente, que, verificando violação de um direito por ato omissivo ou comissivo do Poder Público, tem a faculdade de, ainda que sem competência decretória ou terminativa, encaminhar orientações aos supostos violadores.

Ademais, pode o Provedor de Justiça suscitar o início de um processo de fiscalização abstrata de inconstitucionalidade por ação (art. 281º/2/d da CRP) ou por omissão (art. 283º, n.º 1, da CRP) estatal, o que lhes possibilita levar à apreciação do TCP todo tipo de ultraje a direitos fundamentais. Acerca do tema, Jorge Miranda chega a asseverar que a discricionariedade de veredito que tem o Provedor de Justiça na hipótese serve como uma espécie de filtro, tal qual é realizado pelos Tribunais Constitucionais no

---

<sup>151</sup> GOMES, Carla Amado. *Op. Cit.* p. 18.

<sup>152</sup> BOTELHO, Catarina Santos - **A Tutela Directa dos Direitos Fundamentais**, p. 45.

processamento do RAC (critérios admissionais análogos à ‘especial transcendência constitucional’).<sup>153</sup>

Diante disso, ainda que indiretamente, muitos apontam o direito de petição como uma arma jurídica à disposição do particular para franquear a entrada do direito controvertido no TCP.

Embora o Provedor de Justiça não tenha competência exclusiva para interpor ação de inconstitucionalidade, é dele, juntamente com o Procurador-Geral da República, que tem partido o maior percentual de ações de inconstitucionalidade.

Acerca do tema, Gomes Canotilho e Vital Moreira veem essa prerrogativa como um direito de participação política, que exacerba o mero direito pessoal, visando, ainda que de forma difusa, à defesa do interesse público e da autonomia constitucional.<sup>154</sup> Podemos, assim, diante dessa previsão legal, exaltar o Provedor de Justiça como um verdadeiro garante de direitos fundamentais, com atuação análoga à figura do *Ombudsman*, embora não possa aventar em suas razões, perante o TCP, nada além da inconstitucionalidade do diploma legislativo impugnado nos tribunais ordinários.

Por derradeiro, alegam os defensores da desnecessidade do RAC em Portugal que, caso a violação do DF que seja igualmente tutelado pela Convenção Europeia de Direitos Humanos, poderá, por meio de petição individual, após esgotados os meios jurídicos internos, suscitar albergue jurídico do Tribunal de Estrasburgo.

A terceira linha de oposição ao amparo em Portugal diz respeito ao temor de sobrecarga de RAC no TCP, o que afetaria negativamente sua "operacionalidade e eficácia"<sup>155</sup>.

J. J. Gomes Canotilho, ao investigar os obstáculos enfrentados na inserção de uma ação constitucional de defesa em Portugal, chega a asseverar que a alegação prática de ‘excesso de trabalho’ foi a mais contundente na doutrina<sup>156</sup>. De fato, essa preocupação

---

<sup>153</sup> MIRANDA, Jorge – *Op. Cit.* p. 294.

<sup>154</sup> CANOTILHO, José Gomes; MOREIRA, Vital - **Constituição da República Portuguesa Anotada**. p. 285-288.

<sup>155</sup> CORREIA, Fernando Alves - *Op. Cit.* p. 69.

<sup>156</sup> CANOTILHO, Gomes - **Para uma teoria pluralística da jurisdição constitucional no Estado Constitucional Democrático português**. p. 24

parece assombrar um grupo expressivo de constitucionalistas, dentre os quais podemos citar Rui Medeiros, que, prospectando os pretensos inconvenientes que surgiriam no cenário jurídico pós-adoção do RAC, aponta como o pior a "lentidão da justiça e inundação do Tribunal Constitucional"<sup>157</sup>.

O retrocitado Deputado Osvaldo Castro sustenta que países que vivem a experiência do amparo há mais tempo, especialmente Alemanha e Espanha, já sofrem os efeitos do que designa como "o peso do excesso da litigância"<sup>158</sup>. Esse discurso baseia-se, em especial, na experiência hispânica, na qual doutrinadores como Carmen Blasco Soto<sup>159</sup> e J. Bilbao Ubillos<sup>160</sup> arguem que a saturação do TCE é causada especialmente pelo subjetivismo dos direitos resguardados pelo art. 24 da CE, que são justamente aqueles tutelados pelo RAC.

Agregando premissas a esse fundamento, Carlos Blanco de Moraes assevera, ainda, que a demasia de amparos interpostos faz com que a etapa saneadora-admissional deles ocupe a maior parte do tempo dos julgadores da Corte Constitucional, o que obstaculiza a consecução de justiça efetiva nas outras ações que ali tramitam, mormente aquelas que versam sobre fiscalização de constitucionalidade.<sup>161</sup>

Por último, é referenciado como contundente obstáculo o temor de aparecimento de máculas na correlação do TC com os tribunais integrantes do Poder Judiciário, singularmente quando o imbróglio que se pretende debater no RAC decorrer de uma decisão dos Supremos Tribunais (Supremo Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Administrativo).<sup>162</sup>

De outra maneira, os idealizadores dessa ideia entendem que a revisão – e eventual correção – das prolações judiciais dos tribunais ordinários pelo TCP – que, mesmo não integrando a estrutura judiciária, teria competência para se manifestar de forma semelhante a um órgão com competências eminentemente jurisdicionais, poderia

---

<sup>157</sup> MEDEIROS, Rui. *Op. Cit.* p. 357.

<sup>158</sup> DEBATES - *Diário da Assembleia da República* II Série, N.º 10 (10-02-2011). p. 4.

<sup>159</sup> BLASCO SOTO, Carmen – *El Recurso de Amparo contra Leyes em España*. p.157-177.

<sup>160</sup> BILBAO UBILLOS, Juan María - *Algumas reflexões sobre o significado e os limites funcionais de reclamação constitucional*. p. 132.

<sup>161</sup> MORAIS, Carlos Blanco de - *Justiça Constitucional - Tomo II*. p. 1060

<sup>162</sup> *Idem - Ibidem*.



trazer desconforto ou contendas desnecessárias. Acrescem, ainda, que essa situação colocaria o TCP como um órgão hierarquicamente superior, o que geraria resistência com potencial para culminar em rixa.

Mesmo diante dessa linha argumentativa opositora à criação de uma ação constitucional autônoma em Portugal, que subsidiou as baldadas investidas de sua incorporação ao ordenamento por meio das Revisões Constitucionais, no tópico subsequente, apresentaremos, em sentido oposto, isignes razões que refutam as teses retromencionadas, sustentando as benesses que a incorporação do amparo poderia trazer à defesa de direitos e garantias fundamentais ou adulçando os efeitos adversos dela provenientes, em especial diante da experiência hispânico-germânica.

## **2.2. Os contrapontos às críticas ofertadas contra a implantação do recurso de amparo constitucional em Portugal**

Inserir ou não o RAC na sistemática processual portuguesa nunca foi um assunto pacífico, apartando em lados distintos juristas de grande renome. Com efeito, a tecnicidade do assunto e as diversas variáveis ocorridas nos países que já se utilizam do RAC permitiram a construção de fundamentos supostamente contundentes (ao menos à primeira vista) por apoiadores e oponentes da ideia. Como é impraticável imaginarmos o Direito sem que seja oportunizado o contraditório, transitaremos, doravante, sobre as teses refutacionistas às justificativas exibidas no tópico precedente.

Primeiramente, quanto à posição de que o ReCon é um instrumento que, de certa forma, tem capacidade para levar disciplinas atinentes à tutela de DF à apreciação do TCP, ressaltamos que seu acolhimento não é razoável para concluir peremptoriamente pela prescindibilidade ou inutilidade do RAC.

Já em linhas eminentemente prefaciais, asseveramos que o ReCon está adstrito exclusivamente, como aduz seu próprio nome, a questões de inconstitucionalidade, ou seja, que digam respeito a eventual conformidade (ou não) de ato normativo à

Constituição.<sup>163</sup> Assumimos, contudo, que existe uma remota possibilidade de que o ultraje a DF seja apreciado no curso da sua instrução, porém, isso somente será verificado de forma secundária, quando houver um estreito atrelamento do DF lesado ao conteúdo da inconstitucionalidade que se contempla nos autos.

Nesta lógica, o professor associado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, José de Melo Alexandrino, posiciona-se pela a perfeita harmonização entre o RAC e o ReCon. Nesse esteio, alega que os dois mecanismos, além de possuírem naturezas desconformes (o primeiro possui características de ação autônoma, enquanto o segundo constitui legitimamente um meio de impugnação recursal), tutelam objetos distintos (o primeiro alberga DF e o segundo questões de inconstitucionalidade). Pontua, ademais, inexistir no ReCon, diversamente do RAC, aptidão para contestar atos administrativos.<sup>164</sup>

Reitera, ainda, a argumentação acima alçada, no sentido de que, para apreciação de lesão a direito no ReCon, é preciso que exista uma conexão com o objeto principal da ação (aferição de constitucionalidade), sem a qual é impossível ao TCP adentrar o conteúdo meritório das sentenças ou acórdãos judiciais, ainda que seja um julgamento com enorme repercussão sobre a esfera garantística do indivíduo, como na denegação de um *habeas corpus*.<sup>165</sup> Salienta, nessa última hipótese, que a deferência desse tipo de proteção ao ReCon “já seria uma forma de sinalizar a natureza jusconstitucional desse mecanismo e o primado da liberdade individual”<sup>166</sup>. Encerra sua linha silogística asseverando que a conciliação existencial entre os mecanismos em tela depende exclusivamente da delimitação das disciplinas para as quais cada um irá atribuir sua força combativa.<sup>167</sup>

Em idêntico sentido também o ensinamento de Jorge Miranda, que, mesmo filiado ao grupo que propugna pela rejeição do RAC em Portugal, assinala que o maior empecilho em comparar os dois insitutos está no fato de que, inobstante a exegese dilatada

---

<sup>163</sup> Leia-se: recurso contra decisões dos tribunais que recusem a aplicação de normas com fundamento na sua inconstitucionalidade ou que apliquem normas cuja inconstitucionalidade foi suscitada durante o processo.

<sup>164</sup> ALEXANDRINO. José de Melo - **Sim ou não ao recurso de amparo**. p. 44.

<sup>165</sup> *Idem* - **Op. Cit.** p. 47.

<sup>166</sup> *Idem* - **Op. Cit.** p. 47-51.

<sup>167</sup> *Idem* - **A estruturação dogmática do sistema de direitos, liberdades e garantias na constituição portuguesa: a construção dogmática**. p. 488.

que se tem atribuído no TCP às normas jurídicas, através de uma concepção funcional de seu sentido semântico, é inviável questionar, através de ReCon, atos administrativos ou mérito das manifestações dos órgãos do Poder Judiciário que ofendam direitos fundamentais.<sup>168</sup>

Em assemblhada diretriz, Antonio de Araújo e Teles Pereira pontuam essa mesma modicidade típica do ReCon, *in verbis*:

“Não existindo no ordenamento jurídico português uma ação ou recurso directo de inconstitucionalidade, acaba a questão de constitucionalidade por se reconduzir a uma dimensão processual incidental, enxertando-se num processo judicial preexistente, e por adquirir natureza exclusivamente normativa, excluindo-se a apreciação das próprias decisões, em si mesmas consideradas, sejam elas administrativas ou judiciais”.<sup>169</sup>

Neste esteio, se o cidadão se depara com uma violação ou uma intervenção restritiva por omissão de um DF, pela Administração ou por um tribunal, sem que seja possível suscitar a inconstitucionalidade de uma norma, não terá direito a solicitar socorro jurídico ao TCP. O mesmo raciocínio se aplica ao cometimento de um equívoco de ponderação entre DF e outros valores juridicamente tutelados.<sup>170</sup>

É nesse cenário que J. J. Gomes Canotilho, apesar de reconhecer ter o TCP recorrido à concepção funcional da norma, proclama que o elemento do RAC, em sua acepção material, é uma norma sob a qual recai a incerteza quanto a sua constitucionalidade e não a decisão *stricto sensu* emanada pelo tribunal de origem<sup>171</sup>. Defende, para tanto, o suprimento do hiato existente na efetiva salvaguarda de DF no ordenamento luso, aduzindo que a sistemática de controle de constitucionalidade de decisões forenses precisa encarar a limitação da privação absoluta de ações constitucionais de defesa<sup>172</sup>.

Também Jorge Reis Novais posiciona-se pela injustificabilidade de, até hoje, carecerem os portugueses de vias para chegar ao TCP, por graves lacerações a DF

---

<sup>168</sup> MIRANDA, Jorge- *Op. Cit.* p. 294.

<sup>169</sup> DE ARAÚJO, Antonio; PEREIRA, J. A. Teles – **A Justiça Constitucional nos 30 Anos da Constituição Portuguesa: Notas para uma Aproximação Ibérica.** p. 35.

<sup>170</sup> REIS, Jorge – *Op. Cit.* p. 98.

<sup>171</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** p. 989.

<sup>172</sup> *Idem* – *Op. Cit.* p. 943.

advindas dos “poderes constituídos conduzidas por via não normativa”<sup>173</sup>, sem obstáculos materiais ou terceiros intermediários, mas apenas sinuosamente através do ReCon.<sup>174</sup> Entende, em vista disso, que a generalidade das ofensas relevantes de DF fica desprotegida da tutela constitucional garantística, tais quais inconstitucionalidades produzidas por decisões e atos individuais concretos (o que chama de “intervenções restritivas”).<sup>175</sup>

Em outras palavras, continua o TCP sem competência para averiguar o aresto autonomamente, ou seja, sem a dependência direta do controle de constitucionalidade originário de um processo em curso. Por óbvio, em algumas ocasiões, o TC irá esbarrar nas questões factuais que circundam a lide, mas, em tese, a análise será eminentemente de direito, uma vez que o sistema vigente inadmite o exame do conteúdo da decisão de *per si*.

É extremamente tênue, porém, a linha existente entre o controle do mérito do *decisum* e a interpretação da norma dada naquela prolação judicial, podendo as duas situações entranharem-se mutuamente. Isso, conforme ensina Catarina Santos Botelho, acaba por gerar um ônus ilegítimo ao patrono da parte (ao qual chama de ‘factor de complexidade acrescida’<sup>176</sup>), qual seja, a produção de elementos probatórios suficientes a demonstrarem que o objeto do pleito é a hermenêutica normativa, não o mérito da decisão propriamente dito. Esse revés processual, acresce a autora, prejudica as partes hipossuficientes, que, muitas vezes, não terão condições de arcar com os honorários de advogados com cabedal técnico suficiente a sanar essa condição.<sup>177</sup>

Não negamos, nesse ponto, que foi louvável a tentativa primária de, em nome do suprimento do déficit de tutela jusfundamental, maximizar as prerrogativas do TCP, quando o sistema institucionalizado somente prevê a fiscalização de constitucionalidade de normas. Porém, restou empiricamente demonstrado que esse estratagema de ampliação material do ReCon não foi suficiente para tutelar integralmente os direitos fundamentais, em especial nas violações perpetradas por atos administrativos ou por intervenções

---

<sup>173</sup> NOVAIS, Jorge Reis – *Op. Cit.* p. 96.

<sup>174</sup> *Idem* – *Ibidem*.

<sup>175</sup> *Idem* - *Op. Cit.* p. 94.

<sup>176</sup> BOTELHO, Catarina Santos - **A Tutela Directa dos Direitos Fundamentais**. p 140-141.

<sup>177</sup> *Idem* - **Haja uma nova jurisdição constitucional**. p. 598.

restritivas de um magistrado, o que afastou o modelo português, ainda mais, do “primado da pessoa na Constituição”<sup>178</sup>.

Ademais, a ampliação da competência do TCP, ao completo arrepio da lei, acaba vilipendiando suas funções típicas, ao mesmo tempo em que o aproxima progressivamente da atividade legiferante, tornando-o um verdadeiro legislador positivo<sup>179</sup>, o que viola defronte o princípio basilar da separação de poderes. Não suficiente, parcela doutrinária entende que esse fato se reveste de gravidade deveras relevante, uma vez que demonstra, ainda que implicitamente, “uma desconfiança injustificada no legislador democrático”<sup>180</sup>, o que pode dar ensejo a atritos entre duas das principais estruturas estatais de poder<sup>181</sup>.

Não menos importante, destacamos, ainda, que decidir, no caso concreto, se a exegese adotada caso a caso pelo juiz ordinário foi ou não aplicada em congraçamento com os ditames constitucionais acaba permitindo, diante da ausência de critérios admissionais definidos *ex ante factum*, que violações sem relevância sejam verificadas, o que assoberba o TCP e gera insegurança jurídica. Cria-se, com isso, uma tutela excessivamente subjetiva, atrelada a hipóteses pontuais, enquanto na maior fração dos países que adotam o RAC, como Espanha e Alemanha, tem-se verificado o caminho diametralmente oposto, com objetivação do acesso ao Tribunal Constitucional, em nítida tentativa de evitar a sobrecarga de processos.

Isso sem falar que, na acepção funcional da norma, basta que uma parte não se sinta satisfeita<sup>182</sup> para aventar a violação de constitucionalidade da interpretação de um diploma legal, estendendo o processo por tempo imprevisível. Torna-se, assim, um instrumento de postergação processual, ironicamente com todas as características que são apontadas como empecilhos à introdução do RAC no modelo constitucional lusitano.

---

<sup>178</sup> ALEXANDRINO, José de Melo - **Sim ou não ao recurso de amparo**. p. 48.

<sup>179</sup> BOTELHO, Catarina Santos - **Haja uma nova jurisdição constitucional**. p. 598.

<sup>180</sup> *Idem* – **Op. Cit.** p. 594.

<sup>181</sup> *Idem* – **A Tutela Directa dos Direitos Fundamentais**. p. 137-140.

<sup>182</sup> Obviamente, “a questão de inconstitucionalidade só pode e só deve ser conhecida e decidida na medida que haja um nexó incindível entre ela e a questão principal objecto do processo, entre ela e o feito submetido a julgamento” (MIRANDA, Jorge – **Op. Cit.** p. 244). Entender de forma diversa seria admitir a suscitação de uma questão de inconstitucionalidade sem qualquer nexó com o processo, o que seria juridicamente teratológico.

Acerca da ótica funcional da norma, Marcelo Alexandrino observa sua enorme contribuição para a morosidade do sistema judicial português, uma vez que, ao tempo de sua adoção, houve

“uma certa inversão do sentido da intervenção do Tribunal Constitucional, associada à instrumentalização, com efeitos dilatatórios, de um recurso manifestamente hipertrofiado conduziram a que este sistema fiscalização tenha, também ele, a sua quota-parte de responsabilidade na crise que afecta o sistema da justiça português.”<sup>183</sup>

Percebemos, diante do aventado, que, o ReCon possui funcionalidades extremamente restritas, que, na visão de José de Melo Alexandrino, trazem uma tripla limitação: (i) guarida eficiente e determinante direitos fundamentais; (ii) de indução de efeito educativo; e (iii) de contribuição para o desenvolvimento da capacidade do sistema de justiça – visto como um conjunto inteiriço – em prestar um serviço realmente efetivo.<sup>184</sup>

Desta forma, pretender, através de uma jurisprudência edificada à margem da legislação vigente, exasperar as fronteiras da competência jurídico-fiscal do TCP, não só exalta o atecnicismo eleito pelo modelo jurídico-legal lusitano, bem como torna evidentes os vácuos existentes no resguardo de direitos fundamentais<sup>185</sup>.

Não há dúvida, assim, como ensina Jorge Reis Novais, quanto à indispensabilidade de uma remodelagem completa do arquétipo de fiscalização concreta<sup>186</sup>, de sorte que não exsurja choque funcional entre o ReCon e uma ação constitucional genuína. Contudo, não se vislumbra, sobremaneira, qualquer possibilidade de contenda entre ambos, tendo em conta que, definidos os limites de atuação pelo legislador ordinário (finalidade, objeto tutelável e forma de uso), podem os dois instrumentos dialogar harmonicamente, sem que haja qualquer choque de atribuições.

Esgotado esse debate, passamos à segunda argumentação, de que há outras ferramentas de blindagem de DF que atendem à mesma finalidade tencionada pelo RAC.

---

<sup>183</sup> ALEXANDRINO, José de Melo - **Sim ou não ao recurso de amparo**. p. 44

<sup>184</sup> *Idem* - **O papel dos tribunais na protecção dos direitos fundamentais dos cidadãos**. p. 865-883.

<sup>185</sup> *Idem* - **Op. Cit.** p. 882.

<sup>186</sup> NOVAIS, Jorge Reis - **Op. Cit.** p. 115.

Já em manifestação propedêutica, ousamos discordar. Nesse sentido, ainda que reconhecamos o esforço normativo para tanto, os remédios existentes na legislação portuguesa não alcançam os efeitos perpetrados pela ação constitucional *in natura*, tendo em vista que não são habilitados a submeter uma ofensa de DF ao TCP, nem tampouco outorgam essa função – que poderia ser vista como um verdadeiro beneplácito – ao cidadão comum, o que acaba por limitar a legitimidade ativa a umas poucas autoridades públicas expressamente previstas na legislação pátria.

Inclui-se na primeira hipótese retromencionada o ‘processo de intimação para a proteção de direitos, liberdades e garantias’, consignado no art. 109.º do CPTA. Como delineamos alhures, direciona-se ao magistrado de um tribunal judicial (art. 110.º do CPTA), alcançando as instâncias subsequentes através da interposição de recurso.

Nesse viés, dois são os vácuos com relação à extensão dos efeitos do RAC. O primeiro – e mais óbvio – refere-se ao fato de que o ‘processo de intimação’ é um remédio do Contencioso Administrativo, que, tramitando em vias judiciais ordinárias, intrinsecamente generalistas, somente alcança o TCP por via de ReCon, o que elimina a análise meritória de decisões judiciais por se restringir exclusivamente a questões de inconstitucionalidade. A segunda, decorrente da primeira, atine ao fato de que não há como garantir que um insulto a um DF será reparado sem que haja um remédio específico que leve a questão ao TC, isto é, sem que seja necessário um atrelamento à norma cuja aplicação se impugna, o que, de *per si*, já macula o propósito matricial que se pretende com um remédio como o RAC.

Nomeadamente no âmbito administrativo, a multiplicidade recursal não é garantia de que o pleito será deferido, o que implica dizer que, após exauridas as instâncias administrativas julgadoras, pode o ato ultrajante manter-se incólume e o particular sem um remédio adequado para submeter a questão ao TCP. Logo, apesar do notável intento de fomentar o sistema protetivo dos cidadãos, nem de longe contempla proteção integral dos DF ou equipara-se à funcionalidade do RAC.

Nesse raciocínio, J. J. Gomes Canotilho identifica a deficiência dos instrumentos defensivos de DF no ordenamento português e a capacidade funesta dos atos administrativos quando aplicados de forma arbitrária ou com sua teleologia desvirtuada,

razão pela qual sustenta a criação de um RAC para defenestrar eventuais violações advindas do Poder Público. Vejamos:

“A administração, através de actos administrativos, pode agredir os DF e restringir até o núcleo essencial dos direitos, liberdades e garantias. Nestes casos, justificar-se-ia a criação de uma *acção constitucional de defesa* (*Versfassungsbeschwerde, recurso de amparo, mandado de injunção, mandado de segurança*) para, de uma forma segura e célere, o particular reagir contra atos administrativos inconstitucionais lesivos ao núcleo essencial de direitos, liberdades e garantia e direitos de natureza análoga.”<sup>187</sup>

Outro mecanismo apontado pela doutrina como relevante à tutela de DF é o denominado ‘direito de petição’, previsto no art. 52.º, inciso I, da CRP, que permite aos cidadãos representarem contra abusos de seus direitos, da Constituição ou da lei.

Dentre suas vertentes, releva protagonismo o direito do particular lesionado de peticionar ao Provedor de Justiça, um dos legitimados ativos para suscitar, com espeque no art. 281.º, n.º 2, da CRP, o controle abstrato de constitucionalidade de atos normativos perante o TCP, com efeito vinculante e *erga omnes*.

Nesse íterim, reconhecemos que, através do Provedor de Justiça, é plausível que o cidadão comum alcance o TCP, porém, apenas de forma reflexa, ou seja, por caminhos transversos intermediados por um terceiro garantidor. Não há, portanto, qualquer protagonismo do cidadão cuja tutela espera do Estado.

Ademais, o direito de petição subsume-se nas entranhas da fiscalização abstrata de constitucionalidade, ou seja, limita-se exclusivamente à análise de conformação constitucional de um ato, não sendo permitido que adentre, por exemplo, uma violação de DF decorrente da análise meritória de uma sentença judicial, que não guarde correlação com alguma lei que se impugne.

Como último argumento à desconexão entre o direito de petição e a concepção finalística do RAC destacamos que a discricionariedade conferida ao Provedor de decidir, ao seu bel prazer, se dá ou não prosseguimento ao pleito<sup>188</sup>, defenestra a extensão e a efetividade que deve ter um mecanismo que se propõe a tutelar, em âmbito constitucional, DF e liberdades públicas. Ou seja, um instrumento que não possibilita sua interposição

---

<sup>187</sup>CANOTILHO, J. J. Gomes - **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. p. 941.

<sup>188</sup>MIRANDA, Jorge – *Op. Cit.* p. 285.



diretamente pelo cidadão e deixa a cargo de um terceiro a decisão de submeter ou não uma violação de DF ao TCP, não pode, nem de longe, equiparar-se o *judicio* de amparo.

Relativamente à possibilidade de direcionar uma petição ao Tribunal de Estrasburgo como sucedâneo ao RAC, parece-nos que essa compreensão é repreensível. No limite, o particular somente verá o seu DF tutelado por uma instância de Direito Internacional quando o seu próprio país não é capaz de conferir-lhe proteção eficaz. Com efeito, em Portugal, seria quase uma confissão de insuficiência de instrumentos voltados à guarida de direitos fundamentais, com nítida obstrução à aplicabilidade direta desses, bem como de atuação efetiva da Justiça Constitucional interna.

Esse cenário, na ótica de José Nabais, gera um desprestígio das instituições do Estado, que atrai como resultado a menorização do sistema interno de tutela e o aumento da frequência das condenações do Estado pelos tribunais internacionais de direitos do homem.<sup>189</sup>

É evidente, assim, o equívoco na insistência de alguns em defender, em detrimento de uma autêntica ação constitucional, esses meios de defesa paralelos existentes em Portugal, que, em verdade, constituem um "quase-amparo"<sup>190</sup>, isto é, remédios paliativos que, embora aspirem, jamais terão "nem a amplitude, nem a eficácia do amparo"<sup>191</sup>.

A terceira - e mais corriqueira na doutrina – premissa adversa à adesão do RAC no ordenamento jurídico português concerne à convicção de que a adoção de uma ação constitucional de defesa geraria uma enxurrada de novas ações que acarretariam, quase que instantaneamente, na sobrecarrega do TCP, inviabilizando qualquer possibilidade de atuação eficiente.

Trata-se, em verdade, de um silogismo equivocado, alicerçado em premissa razoável, mas em perspectiva falaciosa de resultado. Essa questão, inclusive, já foi enfrentada em diversos outros países, que, em linha uníssona, desenvolveram mecanismos processuais obstaculizantes garantidores da eliminação de ações meramente

---

<sup>189</sup> NABAIS, José Casalta - **Os Direitos Fundamentais na Constituição portuguesa**. p. 39.

<sup>190</sup> ALEXANDRINO, José de Melo - **Sim ou não ao recurso de amparo**. p. 489.

<sup>191</sup> CORREIA, Fernando Alves.- *Op. Cit.* p. 66.

protelatórias ou em desconformidade com requisitos preconcebidos.

Quanto à temática, já nos idos da Revisão Constitucional n.º 6/XI se debatia sua plausibilidade, oportunidade em que o Deputado João Oliveira acertadamente sustentou que o abalroamento imediato do TCP seria facilmente evitado com a regulamentação do RAC, através de dispositivos constitucionais e legislação infraconstitucional, que restringiriam o ingresso no tribunal competente através da criação de requisitos rígidos de admissibilidade.<sup>192</sup>

Desta feita, alinhamo-nos àqueles que defendem que o próprio legislador, tal qual se verifica em outras nações que adotam o RAC, teria competência para implementar condições de restrição de acesso que arrefeceriam sobremaneira as chances de congestionamento do TCP, tais quais: (i) adoção de instrumentos eficientes de filtragem, que sejam aptos a crivar a matéria a ser submetida à apreciação e a averiguar requisitos que auferam a potencialidade de alcance social do caso concreto (especial transcendência constitucional); e (ii) descomplicação de métodos e procedimentos, com fins de assegurar ligeireza no processamento, que não deve extrapolar uma duração razoável.

Nessa exata linha, José de Melo Alexandrino, ao tratar de uma das formas de filtragem (pelo objeto ou matéria submetida a apreciação), recomenda rígida restrição, aduzindo que o RAC (ao que chama de ‘recurso constitucional para proteção de direitos fundamentais’) deve ser estreitado a desrespeitos aviltantes a um grupo singular de direitos e garantias pessoais, que não incluem, em seu entendimento, por exemplo, DF análogos não-pessoais ou aqueles com natureza eminentemente processual.<sup>193</sup>

Acresce, ainda, o autor, que o modelo a ser adotado em Portugal replicaria os arquétipos já devidamente testados na Espanha e na Alemanha, onde as condições de procedibilidade, atreladas ao exame admissional, estão propositalmente mais rigorosas, tendo em vista que o fito do legislador é proibir que ascenda ao TCP casos que não disponham de repercussão generalizada.<sup>194</sup>

---

<sup>192</sup> PROJECTO de Revisão Constitucional n.º 6/IX - **Diário da Assembleia da República II Série**, N.º 2 (14-01-2004). p. 24-73.

<sup>193</sup> ALEXANDRINO, José de Melo - **Sim ou Não ao Recurso de Amparo**. p. 469.

<sup>194</sup> ALEXANDRINO, José de Melo - **Sim ou não ao recurso de amparo**. p. 44-45.

Logo, seria preciso objetivar o conteúdo alcançado pelo RAC, isto é, “redesenhar a lista de DF que são o objeto deste processo”<sup>195</sup>, de modo que a evitar a fuga do TCP de suas funções precípuas, convertendo-se em verdadeira última instância para revisão dos julgados dos tribunais judiciais.<sup>196</sup>

Acrescemos, por oportuno, aos instrumentos limitadores os critérios extraídos da queixa constitucional alemã, que reclamam, para sua admissibilidade, que a violação ao DF tenha ‘relevância jurídico-constitucional fundamental’, bem como seja pessoal, atual e imediata. Noutro turno, não ignoramos também a vivência hispânica, que, a partir da Ley Orgánica n.º 6/2007, de 24 de maio, previu como condição de procedibilidade a indicação pelo lesado da ‘especial transcendência constitucional’ de seu amparo constitucional.

Não menos importante, como verificamos no capítulo pretérito, com o fim precípuo de desobstruir o TC, tanto a Espanha, quanto a Alemanha implementaram um eficiente crivo à interposição infrene do amparo, que se funda na fixação de pena pecuniária a todos que o interponham com finalidade eminentemente procrastinatória, tergiversando a natureza e a finalidade do instituto.

Recordamos, nesta oportunidade, que, no que se refere ao ReCon, com a introdução das Leis n.ºs 85/89, de 7 de Setembro, e 13-A/98, de 26 de Fevereiro, foram criados estratagemas processuais com a finalidade de aprimorar a presteza da tramitação, que poderiam facilmente ser replicados no RAC, tais como: (i) viabilidade de decisão sumária do relator, consistente na simples remissão a anterior jurisprudência do TCP, quando a questão já tiver sido objeto de decisão anterior do Tribunal ou por ser manifestamente infundada (art. 78.º-A-1, da LOTC); (ii) dilatação das competências do relator, que pode estabelecer como preferencial o julgamento de um processo que envolva DF (art. 78.º-B, da LOTC) ou, ainda, conferir celeridade ao feito, reduzindo na metade os prazos do processo (79-B, n.º 3, da LOTC); e (iii) vista individualizada do processo aos julgadores da Seção, já instruído de projeto de acórdão ou de memorando do relator

---

<sup>195</sup> BLASCO SOTO, Carmen – *Op. Cit.* p. 161.

<sup>196</sup> DÍEZ PICAZO, Luis Maria - *Dificultades prácticas y significado constitucional del recurso de amparo.* p.11.

(art. 79.º-A-1 da LOTC)<sup>197</sup>.

Há, ainda, autores que aventam outras sugestões resolutivas, como Espín Templado, que esclarece que a suposta inundação de ações poderia ser resolvida com a concepção de uma instância judicial final, precedente à análise do amparo pelo TC, de onde existiriam critérios extremamente rigorosos para que o recurso pudesse ascender à Corte Surpema.<sup>198</sup>

Em suma, diversos são os artifícios procedimentais já devidamente maturados nos ordenamentos de países adeptos do RAC que poderiam balizar uma formatação cânone a conjuminar o anseio desenfreado de judicialização de lides com a operacionalidade habitual do TCP.

Por postimeiro, adentramos à sufragada alegação de que a implementação de um RAC em Portugal culminaria na conflagração de um conflito entre o TC e os demais tribunais integrantes da estrutura judiciária, tendo em vista que o primeiro, fixando uma competência abalizadamente jurisdicional, se colocaria em posição hierárquica superior, com possibilidade de revisão meritória dos julgados ordinários.

Poderíamos contraditar esse argumento alegando simplesmente que situação correlata já existe em Portugal com o ReCon, onde o TCP, embora não integre, hodiernamente, a estrutura judicial, pode reformar decisão da instância judicial ordinária, inexistindo qualquer relato formalizado de contendas entre aquele Tribunal e os órgãos cujos julgamentos foram reformados.

Ora, a previsão de um sistema eficiente de recursos e a conseqüente revisão de manifestações/atos juridicamente equivocados, por um colegiado assentado em ordenação hierárquica superior constitui substância de todos os sistemas constitucionais democráticos do mundo. Se assim não fosse, qualquer Corte revisora, ainda que não o TC, teria que se abster de decidir para não gerar contendas com as autoridades judiciárias subordinadas, o que desembocaria, inevitavelmente, em um estado permanente de irrecurribilidade, circunstância que não se pode admitir nos dias atuais.

---

<sup>197</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes - **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 1004.

<sup>198</sup> ESPÍN TEMPLADO, Eduardo – **A experiência constitucional (1978-2000)**. p. 479.

É ainda apropriado trazer à baila o comentário de Ricardo Lopes Correia, que enfatiza a especialização constitucional do TCP, característica que não alcança os tribunais judiciais, cuja composição se dá por juízes desprovidos de aprofundada formação em matéria constitucional, o que reconhece ser natural, tendo em vista que as espécies de lides que precisam se debruçar diariamente os julgadores ordinários acabam desvirtuando o enfoque a outros tipos de temáticas.<sup>199</sup>

Sem embargo, na linha progressiva do constitucionalismo, o líder absolutista teve que renunciar ao seu poder ilimitado para possibilitar a notabilização dos direitos fundamentais, enquanto legítimos restringentes à atuação imoderada dos governantes, motivo pelo qual não há como admitir como aceitável, para não incorporação do RAC, a justificativa de possível entrevero entre TC e tribunais ordinários.

Diante disso, somente podemos reconhecer a ponderação em comento como verdadeira exteriorização da egolatria de alguns magistrados, que não admitem a possibilidade de terem uma decisão reformada. Ocorre, contudo, que esse comportamento vaidoso não pode ser determinante à denegação de um remédio jurídico de tamanha importância como o RAC, o que já foi sufragado até pelo TCP, que reconhece a frivolidade de uma eventual tensão, nos termos que se delineia, *ipsis literis*:

“O sistema constitucional não deve reear tensões com o legislador ou com os tribunais comuns: o centro do sistema deve ser a dignidade da pessoa humana e os seus direitos fundamentais, que gozam de um regime de aplicabilidade direta e imediata (artigos 17.º e 18.º da Constituição).”<sup>200</sup>

A posição supra da Corte Constitucional é ponderada e atrai para si uma “postura política antropologicamente amiga da dinamização processual dos direitos fundamentais”<sup>201</sup>. Busca, nesse sentido, apaziguar qualquer chama que se acenda entre a instância ordinária, com competência mais generalista, e um tribunal com competência eminentemente constitucional, uma vez que, embora possuam regras distintas, caminham paralelamente ao mesmo fim, qual seja, a consecução concreta de justiça.

Verificamos, após a apreciação minuciosa supra, que para cada pretensa

---

<sup>199</sup> CORREIA, Ricardo Jorge da Ascensão Lopes – *Op. Cit.* p. 23.

<sup>200</sup> ALMEIDA, Gonçalo Ribeiro de relat. - **Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 695/2016** [Em linha]. Processo n.º 171/2015, 3.ª Secção. [Consult. 02 Dez. 2019]. Disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20160695.html>.

<sup>201</sup> ALEXANDRINO, José de Melo - **Sim ou não ao recurso de amparo**. p. 489.

alegação antagônica à incorporação do RAC em Portugal, há um contundente e verboso contra-argumento. Não se trata, entretanto, de mera denegação teórica, mas de demonstração factível de que a metodologia protetiva portuguesa de DF possui lacunas consideráveis, não supráveis por meio dos mecanismos então existentes.

Servem, no mínimo, para reflexão de todos acerca da utilidade da adoção de uma ferramenta defensora que não permita que os DF sejam mera letra de lei, o que fere não só a Constituição, mas a democracia em seu sentido mais amplo.

### **2.3 A perspectiva do Tribunal Constitucional português a respeito do assunto e uma sugestão crítico-opinativa para adesão do recurso de amparo constitucional à sistemática processual portuguesa**

Após o desmembramento das justificativas usualmente utilizadas para repelir uma ação constitucional defensiva em Portugal, bem como daquelas que, em lado diametralmente oposto, fomentam a inserção do RAC em uma futura Revisão Constitucional, adentramos, nesta etapa, ao estudo minucioso da jurisprudência do TCP quanto a essa temática, de modo que consigamos determinar qual dos dois lados a Corte elegeu para se posicionar.

Nesse ponto, pedimos vênia para transcrever os excertos no próprio corpo do texto – e não nas notas de rodapé – para que recebam o destaque necessário, tanto em termos cronológicos, quanto em conteúdo material, de maneira que possam ser submetidos a análise em trecho imediatamente subsequente.

São eles:

#### a) Acórdão 518/2019

“Conforme tem entendido o Tribunal Constitucional, **em jurisprudência uniforme e reiterada**, o ReCon, reportado a determinada interpretação normativa, **tem de incidir sobre um critério normativo da decisão, sobre uma regra abstratamente enunciada e vocacionada para uma aplicação potencialmente genérica, não podendo destinar-se a pretender sindicat o puro ato de julgamento**, enquanto ponderação casuística da singularidade própria e irrepetível

do caso concreto, aquilo que representa já uma autónoma valoração ou subsunção do julgador – **não existindo no nosso ordenamento jurídico-constitucional a figura do recurso de amparo de queixa constitucional para defesa de direitos fundamentais.**”<sup>202</sup>

b) Acórdão 629/2018

“Ora, a deficiência da formulação das supostas questões de constitucionalidade torna as referidas questões ininteligíveis e desprovidas de uma fundamentação clara e perceptível, pelo que não pode afirmar-se que estamos perante um objeto idóneo de um recurso de constitucionalidade, por falta de natureza normativa. Na verdade, o recorrente mostra a sua insatisfação com uma decisão de deferimento da execução de mandato de detenção europeu, mas **não formulou a sua argumentação jurídico-constitucional de forma geral e abstrata, e acompanhada de fundamentação perceptível, reportando-se antes às especificidades do caso concreto e à decisão em si mesma.** Contudo, o recurso de constitucionalidade não é um contencioso de decisões, **nem está consagrado no nosso sistema um recurso de amparo por violação de direitos fundamentais, pelo que não pode ser admitido o presente recurso.**”<sup>203</sup>

c) Acórdão n.º 738/2017:

"Da simples leitura do requerimento de interposição de recurso decorre que o recorrente pretende recorrer da própria decisão proferida, em si considerada, e não de qualquer norma ou interpretação normativa suscetível de aplicação a um número geral e indeterminado de casos. O objeto do recurso não constitui, pois, um objeto idóneo de um recurso de fiscalização da constitucionalidade, já que um objeto de um tal recurso tem de consistir, necessariamente, em normas jurídicas [...] **É um facto que o atual sistema português de fiscalização da constitucionalidade, embora sendo um sistema misto e/ou compromissório, composto por vários tipos de controlo constitucional (preventivo, sucessivo, difuso e concentrado), é um sistema de fiscalização estritamente normativa e não de ‘recurso de amparo’ ou de ‘queixa constitucional’.**"<sup>204</sup>

---

<sup>202</sup> MACHETE, Pedro relat. - **Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 518/2019** [Em linha]. Processo n.º 689/2019, 2.ª Secção. [Consult. 30 Mar. 2017]. Disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20190518.html>.

<sup>203</sup> SOTTOMAYOR, Maria Clara relat. - **Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 629/2018** [Em linha]. Processo n.º 810/2018, 2.ª Secção. [Consult. 23 Dez. 2019]. Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20180629.html>.

<sup>204</sup> RIBEIRO, Lino Rodrigues relat. - **Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 738/2017** [Em linha]. Processo n.º 536/16, 2.ª Secção. [Consult. 23 Dez. 2019]. Disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20170738.html>.

d) Acórdão n.º 695/2016:

"O sistema constitucional português é um sistema complexo misto, que incide apenas sobre normas, mas no seio do qual se assume, quer na jurisprudência constitucional, quer na doutrina, que não é apenas o preceito normativo, geral e abstrato, que está sujeito a controlo de constitucionalidade, mas também segmentos destes preceitos ou interpretações normativas desses preceitos, tal como foram estabelecidas pelo tribunal recorrido. [...] **A caracterização do sistema português como um sistema de “quase recurso de amparo”, usada para justificar a não introdução do recurso de amparo, aquando das revisões constitucionais de 1989 e de 1997, também não aproxima o sistema de fiscalização concreta da eficácia garantística de uma ação constitucional direta para tutela dos direitos fundamentais. [...] Seria mais adequado, do ponto de vista da segurança jurídica e da igualdade entre os cidadãos, uma reforma profunda do sistema que introduzisse o recurso de amparo, de natureza subsidiária, para tutela dos DF não só contra normas, mas também contra atos políticos e decisões judiciais.** [...] O recurso de amparo, centrado na violação dos direitos e não na violação de normas, produziria, ainda, a vantagem de contribuir para uma democratização da justiça constitucional e para uma cultura de DF na justiça comum e na consciência social dos cidadãos."<sup>205</sup>

e) Acórdão n.º 944/2015:

“Ora, a este respeito, ocorre sublinhar que **o nosso sistema de fiscalização da constitucionalidade não prevê um ReCon do tipo do amparo, sendo que o controlo da constitucionalidade pelo Tribunal Constitucional – e trata-se de um traço individualizador do nosso sistema – não pode ter por objeto as próprias decisões judiciais dos restantes tribunais.** Refere-se o controlo deste Tribunal – estamos a caracterizar a fiscalização concreta –, pois, às normas aplicadas pelos outros Tribunais. Ou seja, julga-se a desconformidade ou não desconformidade, face à lei constitucional, de normas jurídicas, podendo esta apreciação, sem perder, todavia, o respetivo referencial normativo, abranger interpretações normativas: ou seja, referir-se àquilo que usualmente se designa como normas em determinada interpretação."<sup>206</sup>

---

<sup>205</sup> RIBEIRO, Gonçalo de Almeida relat. - **Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 695/2016** [Em linha]. Processo n.º 171/2015, 3.ª Secção. [Consult. 23 Dez. 2019]. Disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20160695.html>.

<sup>206</sup> PEREIRA, Teles relat. - **Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 641/2015** [Em linha]. Processo n.º 944/15, 1.ª Secção. [Consult. 23 Dez. 2019]. Disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20150641.html>.



f) Acórdão n.º 845/2014:

**"Não vigora entre nós um sistema de recurso de amparo ou de queixa constitucional, existindo, sim, um sistema de fiscalização normativa da constitucionalidade** que não permite que o Tribunal conheça do mérito constitucional do ato casuístico de subsunção de um pormenorizado conjunto de factos concretos na previsão abstrata de uma certa norma legal."<sup>207</sup>

g) Acórdão n.º 185/2010:

**"Dado inexistir, no sistema jurídico-constitucional português o chamado 'recurso de amparo' – recurso relativo à inconstitucionalidade de decisões judiciais, em si mesmas tomadas, por lesão de certos DF – não pode o Tribunal conhecer desta questão, já que os seus poderes cognitivos se limitam ao controlo de constitucionalidade de normas."**<sup>208</sup>

h) Acórdão n.º 476/2005:

**"Censura o acórdão recorrido por, ao confirmar a decisão de primeira instância, ter violado o dever constitucional de sujeição à lei e ignorado a tutela constitucional do indivíduo perante a privação policial da liberdade. Essa pretensão de tutela poderia caber num sistema que consagrasse o chamado recurso de amparo ou queixa constitucional, mas não no recurso de fiscalização concreta de constitucionalidade tal como se encontra gizado no nosso sistema jurídico."**<sup>209</sup>

i) Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 674/1999:

**"Conclui-se, assim, inequivocamente, que o que vem impugnado pelo recorrente não é a norma, em si mesma considerada, mas antes, a decisão judicial que a aplicou, por via de um processo interpretativo constitucionalmente proibido. Ora, tal questão – por não respeitar a uma inconstitucionalidade normativa, mas antes a uma inconstitucionalidade da própria decisão judicial - excede os**

---

<sup>207</sup> CAUPERS, João Pedro relat. - **Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 648/2014** [Em linha]. Processo n.º 845/14, 1ª Secção. [Consult. 23 Dez. 2019]. Disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20140648.html>.

<sup>208</sup> AMARAL, Maria Lúcia relat. - **Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 185/20010** [Em linha]. Processo n.º 826/2008, 3ª Secção. [Consult. 23 Dez. 2019]. Disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20100185.html>.

<sup>209</sup> GOMES, Vitor relat. - **Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 476/2005** [Em linha]. Processo n.º 411/05, 3ª Secção. [Consult. 23 Dez. 2019]. Disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20050476.html>.

**poderes de cognição do Tribunal Constitucional, uma vez que, entre nós, não se encontra consagrado o denominado recurso de amparo**, designadamente na modalidade do amparo contra decisões jurisdicionais directamente violadoras da Constituição."<sup>210</sup>

j) Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 178/1995:

“Só que este Tribunal não pode conhecer dessas questões de constitucionalidade: o controlo de constitucionalidade, que a Constituição e a lei lhe cometem, é um controlo normativo - um controlo que apenas pode ter por objecto normas (ou seja, actos do poder normativo público), e não actos de poder público de outro tipo, como são as decisões judiciais. Entre nós, com efeito, o sistema de fiscalização de constitucionalidade não consagrou um recurso de amparo. O recurso para o Tribunal Constitucional não pode ter por objecto a inconstitucionalidade das decisões judiciais, consideradas em si mesmas. O seu objecto não-de ser as normas a que os outros tribunais recusaram aplicação, com fundamento na sua inconstitucionalidade, ou que aplicaram, não obstante o recorrente as haver acusado de inconstitucionalidade, durante o processo”.<sup>211</sup>

Investigando as decisões colegiadas acima, resta latente a linearidade na exegese do TCP que, continuamente, assentou a não anexação do RAC à sistemática portuguesa e se posicionou pela impossibilidade cabal de se conceder ao ReCon a extensão dos efeitos atribuídos a uma genuína ação constitucional de defesa.

Salta aos olhos, nesse ponto, que o TCP não refuta as benesses do RAC, nem mesmo sustenta, como faz a doutrina, que sua adoção já é amparada pelos instrumentos integrantes do sistema jurídico português. Noutra ponta, alicerça sua posição exclusivamente no fato de que o legislador não previu o RAC, razão pela qual é insustentável pretender o usufruto de seus efeitos. *Mutatis mutandis*, para esta Corte, somente não se adentra concretamente o mérito do ato de julgamento, como faria o amparo, porque inexistente previsão normativo-constitucional para tanto.

---

<sup>210</sup> ALMEIDA, Luís Nunes de de relat. - **Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 674/1999** [Em linha]. Processo n.º 24/97, 2ª Secção. [Consult. 23 Dez. 2019]. Disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19990674.html>.

<sup>211</sup> SERRA, Bravo relat. - **Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 178/1995** [Em linha]. Processo n.º 555/94, 2ª Secção. [Consult. 23 Dez. 2019]. Disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19950178.html>

Outrossim, essa exegese quanto à atuação do TCP robusteceu a cognição de que ele deve restringir sua laboração puramente ao controle de constitucionalidade, o que significa que a transgressão de um DF que não resvale na análise de conformidade de ato à CRP deve simplesmente ser ignorado, face à não deferência da legislação para a análise desse tipo de objeto.

Nesse cenário, associamo-nos à vertente que – infelizmente – representa a minoria doutrinária, cujo clamor é pela adoção do RAC em Portugal. Adentramos, a partir deste momento, às nossas razões.

O art. 18.º da CRP consagrou o princípio da aplicabilidade direta dos direitos fundamentais, que determina que disposições constitucionais atinentes a direitos, liberdades e garantias são aplicáveis de forma imediata, independentemente de norma regulamentadora infraconstitucional, vinculando todos os Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) e entidades privadas. Tamanha foi a proteção almejada pelo constituinte originário, que, além dos direitos com essa natureza elencados nos arts. 24.º a 57.º da CRP, foram tutelados, por força do art. 17.º da CRP, também os DF de natureza análoga.

A *mens legislatoris*, nessa hipótese, era dar concretude categórica à Constituição, ou seja, não só conjecturar metafisicamente os direitos e garantias dos cidadãos, mas garantir-lhes uma "tutela jurisdicional efetiva"<sup>212</sup>, com subsunção satisfatória do texto abstratamente previsto aos fatos da vida.

Para alcançar esse fim, como ensina José de Melo Alexandrino, é preciso articular três pontos basilares: o elemento material (os valores suprajurídicos e os direitos deles decorrentes); o retromencionado princípio geral da tutela jurisdicional efetiva e, por cabeiro, a real materialização desse último, que envolve assegurar, nos campos teórico e prático, a observância dos direitos fundamentais.<sup>213</sup> Trocando em miúdos, trazendo o enunciado à linguagem coloquial, podemos resumi-lo dizendo que de nada adianta

---

<sup>212</sup> OTERO, Paulo - **Direito Constitucional Português**. p. 95.

<sup>213</sup> ALEXANDRINO, José de Melo - **O papel dos tribunais na protecção dos direitos fundamentais dos cidadãos**. p. 879.

construir um texto constitucional rebuscado e revolucionário, com centenas de direitos e garantias fundamentais previstos, se não é praticável protegê-los eficazmente.

Ora, é possível dizer que, em Portugal, alcança o ‘princípio da tutela jurisdicional efetiva’ a maximização de seu emprego quando um particular tem violado, por uma decisão judicial, um direito fundamentalíssimo, porém, não tem legitimidade ativa para levar esse imbróglio ao TCP, o guardião da Carta Magna? Cremos que a resposta somente possa ser negativa.

Como afirmamos reiteradas vezes, o TCP, ao se deparar com a apreciação meritória de um ReCon, pode acabar esbarrando em lesões a DF ou liberdades públicas, o que não nos permite afirmar que a ordem legal portuguesa instituiu uma ação autônoma específica para proteção desses direitos, muito menos que possibilitou a apreciação concreta de uma decisão exarada por um tribunal ordinário.

Nesse sentido, a recorribilidade ao TCP, cabível ao particular, mesmo com a prodigalidade hermenêutica que tem se aplicado ao conceito funcional de norma jurídica, está adstrita a decisões dos tribunais que neguem o emprego de regramentos com fulcro na sua inconstitucionalidade ou contra aquelas que apliquem dispositivos legais cuja inconstitucionalidade tenha sido aventada no transcorrer do processo, limitando-se a matéria de análise exclusivamente à suposta infringência de ato normativo a dispositivo da Constituição.

Está fadado o TCP, portanto, a apreciar exclusivamente normas, tendo em vista que lhe é defeso adentrar ao conteúdo da decisão recorrida, embora essa possa ter violado a Constituição por vícios próprios.<sup>214</sup> Não se olvida, contudo, que, em algumas análises, o TCP possa passar, na averiguação de fortuita inconstitucionalidade, pela profanação de algum DF, mas isso ocorrerá apenas reflexamente, sem “se debruçar sobre o âmbito de

---

<sup>214</sup> Nesse contexto, José de Melo Alexandrino sustenta que no controle de constitucionalidade lusitano “há um patente desequilíbrio (...) uma vez que uma ofensa, mesmo grosseira, cometida pelos poderes públicos a bens e interesses jusfundamentais da pessoa humana não goza de nenhuma atenção especial por parte da justiça constitucional”. ALEXANDRINO. José de Melo - **Sim ou não ao recurso de amparo**. p. 43.

protecção de cada direito fundamental e sobre o tipo de afectações de que o mesmo é passível”<sup>215</sup>.

Reforçando esse corolário, o Professor Pedro Trovão do Rosário ensina que a atividade do TCP está adstrita simplesmente à apuração de conformidade de atos normativos ao texto constitucional, ou seja, suprime-se de controle toda e qualquer realidade que se desatrele norma jurídica.<sup>216</sup>

Não menos relevante, como tivemos a chance de destacar anteriormente, o cidadão comum somente consegue submeter eventual violação de DF ao TCP por via transversa, seja através do ReCon, seja por intermédio do direito de petição, quando deve se utilizar de todo o seu poder persuasivo para tentar sensibilizar o Provedor de Justiça a desencadear um processo de fiscalização abstrata de constitucionalidade. Sem contar que inexistem mecanismos para que, por si só, consiga o cidadão chegar ao TC para combater violações de DF praticadas pela Administração e pelos titulares do poder político.

Com efeito, restringir o asilo dos DF a tribunais sem competência constitucional naturalística, por meio do controle concreto de constitucionalidade, em apreciação difusa, ou através de vias diagonais atreladas à fiscalização concentrada, significa fomentar gradativamente o distanciamento já alargado entre os particulares e o TC, ou, esquadrihando ainda mais a situação, entre os primeiros e os próprios direitos que se pretende blindar.

Traz, ainda, outros efeitos negativos, bem delineados por José de Melo Alexandrino: (i) confunde os conceitos de norma e direito, posto que, muitas vezes, extirpa a custódia do direito, que só pode ser apreciado se emparelhado em uma violação constitucional da norma; (ii) desvaloriza a inarredável ofensa ao teor material de um DF, que fica à margem de apreciação meritória; (iii) faz com que, em raríssimas oportunidades, tenha o TC que aprofundar sua análise de direitos fundamentais, em especial no que atine à sua protecção e os tipos de violações a que estão submetidos.<sup>217</sup>

---

<sup>215</sup> ALEXANDRINO, José de Melo - **O papel dos tribunais na protecção dos direitos fundamentais dos cidadãos**. p. 866.

<sup>216</sup> ROSÁRIO, Pedro Trovão do – *Op. Cit.* p. 60.

<sup>217</sup> ALEXANDRINO, José de Melo. *Op. Cit.* p. 47-48.

Essas lacunas do ordenamento, que impedem sejam vistos pelo TCP relevantes desvios finalísticos de direitos fundamentais<sup>218</sup>, demonstram, no ilustre ensinamento do professor J. J. Gomes Canotilho, que o ordenamento jurídico português, embora consagre a justiça constitucional, esmaece ao edificar o direito de acesso à justiça constitucional.<sup>219</sup> Nesse esteio, explica o catedrático que a entrada no TCP não deveria ser franqueada somente a algumas autoridades, por expressa delegação de competência da própria CRP, mas à generalidade das pessoas, tendo em vista que se trata de um legítimo “direito dinamizado pelos titulares dos direitos fundamentais (pessoas individuais ou pessoas colectivas)”<sup>220</sup>.

Diante de todas essas ponderações, Cardoso da Costa, Juiz-Conselheiro do TCP, brilhantemente infere que simplesmente fiscalizar normas refreia o potencial da Corte com competências constitucionais, abalizando suas atribuições a um fim eminentemente negativo, ou seja, de intromissão na atividade legiferante mediante reparação de eventuais desacertos do legislador. Pondera ainda o togado, desta feita, que o TCP perde sua essência, ao tempo em que os julgadores passam a protagonizar o processo político, relegando sua função típica de análise constitucional técnico-jurídica.<sup>221</sup>

---

<sup>218</sup> Releve-se Acórdão do Tribunal Constitucional, onde o próprio Juiz constitucional explicita que só através de uma queixa constitucional ou de um RAC é que se poderia conhecer do ReConst, o que deixou a suposta violação de DF desprovida de apreciação: “O recurso de fiscalização concreta de constitucionalidade não cuida do acerto lógico-jurídico da subsunção do caso em apreço à norma: ao Tribunal Constitucional não compete julgar o acto decisório recorrido, em si mesmo considerado, envolvendo a ponderação decisiva da singularidade do caso concreto, ou tão pouco o mesmo, visto como resultado da conjugação da matéria de facto ao critério normativo utilizado, mas sim a constitucionalidade mesma desse critério normativo.[§] **Como não foi acolhida pelo legislador nacional uma via de recurso equiparável ao da acção constitucional de defesa dos DF ou ao recurso de amparo**, (cfr., entre tantos outros, os Acórdãos n.º s 192/94, 178/95, 205/99, 255/99 e 191/01, publicados no Diário da República, II Série, de 14 de Maio de 1994, 21 de Junho de 1995, 21 de Outubro e 5 de Novembro de 1999, respectivamente, sendo o último inédito), e **como tal se recorta o caso presente, há que concluir pela impossibilidade de se tomar conhecimento do objecto do recurso, por falta dos respectivos pressupostos de admissibilidade.**” (grifo nosso). COSTA, Tavares da relat. - **Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 74/2002** [Em linha]. Processo n.º 753/01, 3ª Secção. [Consult. 20 Nov. 2019]. <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20020074.html>.

<sup>219</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes - **Acesso à Justiça Constitucional: Conferência das Jurisdições Constitucionais Dos Países de Língua Portuguesa**. p. 3.

<sup>220</sup> *Idem – Ibidem.*

<sup>221</sup> COSTA, J. M. Cardoso da - **A jurisdição constitucional em Portugal**. p. 9.

É clarividente, assim, que, a despeito de o TCP reunir diversas competências, faltam algumas tuteladas pela jurisdição constitucional de outros países, em especial a “resolução de litígios constitucionais em sentido estrito”<sup>222</sup>.

Esse hiato normativo acaba por afastar o TC português do que Häberle chamou de "tribunal cívico"<sup>223</sup>, ou seja, aquele que tutela os DF em sua máxima amplitude e constitui caminho natural à construção progressiva de um “Estado de direitos fundamentais”<sup>224</sup>, que surge quando o conceito de proteção constitucional de DF se arraiga intimamente à consciência pública.<sup>225</sup>

Não muito diferente dessa percepção, José de Melo Alexandrino eleva o tom da crítica ao afirmar que

“o Tribunal Constitucional português não é um ‘Tribunal dos direitos fundamentais’: não o foi no momento constituinte (pois esse lugar estava ocupado pelo Conselho da Revolução), não o é no texto constitucional (artigos 221.º e 223.º, n.º 2), não o é na Lei do Tribunal Constitucional (artigos 6.º ao 11.º-A) e tão-pouco o é na prática ou na autorepresentação institucional do próprio órgão supremo da justiça constitucional”<sup>226</sup>

Sem pretender adentrar na discussão acerca da natureza cívica do TC português – o que fugiria ao propósito deste projeto –, alinhamo-nos ao entendimento do professor Nuno Pirraça, ao entender que "os DF só têm real eficácia se houver um órgão do Estado capaz de os sobrepor aos actos lesivos de outros órgãos"<sup>227</sup>.

Com efeito, parece logicamente dedutível que o órgão mais adequado a servir de última instância de julgamento, em Portugal, contra violações de direitos, liberdades e garantias seja o TC. E mais lógico ainda – além de natural – que o caminho para acesso dos cidadãos a essa Corte se dê através do RAC, já amplamente testado em outros países.

Neste ponto, com intuito de elucidar as utilidades que poderiam advir da acolhida do RAC em Portugal, releva citar os exemplos práticos trazidos à tona por Peter Häberle,

---

<sup>222</sup> *Idem* – *Op. Cit.* p. 9 e 30-31.

<sup>223</sup> HÄBERLE, Peter – *Op. Cit.* p. 49.

<sup>224</sup> *Idem* – *Op. Cit.* p. 110.

<sup>225</sup> BOTELHO, Catarina Santos - *A Tutela Directa dos Direitos Fundamentais.* p. 46.

<sup>226</sup> ALEXANDRINO, José de Melo - *Sim ou não ao recurso de amparo.* p. 42.

<sup>227</sup> PIÇARRA, Nuno - *A separação de poderes como doutrina e como princípio constitucional.* p. 49.

que bem elucidam o evidente efeito transformador da queixa constitucional na blindagem e enaltecimento de DF. Verifiquemos, *verbis*:

“A ‘sentença de Maastricht’ (E 89, 155) foi ditada, entre outras causas, por um recurso de amparo apoiado no art. 38.º da Constituição (GG). A garantia da propriedade privada (art. 14.º da Constituição) foi concretizada e dotada de efectividade através de várias decisões (por exemplo, E 91, 294 [306]). Uma decisão-chave (a sentença do dique de Hamburgo de 1968: E 24, 367 [389]) afirma: ‘a propriedade é um DF elementar que se encontra em estreita ligação com a liberdade pessoal. Esta panorâmica mostrou-nos em que medida se protege o conteúdo dos DF nos processos por recurso de amparo: é a sua pedra de toque.’”<sup>228</sup> (Grifos nossos)

Equitativamente, embora referindo-se ao símile espanhol, Ricardo Jorge da Ascensão Lopes Correia ressalta o efetivo aporte do recurso de amparo para a implantação e sedimentação de uma legítima cultura de direitos fundamentais. Acresce que, somente através dessa, é viável internalizar no cidadão comum o ideal de modelo democrático e, concomitantemente, averiguar se os órgãos judiciais estão contemplando os mandamentos principiológicos da justiça constitucional.<sup>229</sup>

Trata-se a posição do autor de uma assertiva absolutamente verdadeira, visto que a demonstração empírica das nações que adotaram uma ação constitucional de defesa comprova a maior apropinuação estabelecida entre os cidadãos e o Tribunal Constitucional, em especial pela possibilidade que se assegura de acesso a esse por vias próprias, sem intermediários, ainda que assistido por causídico habilitado. Ademais, é sobressalente a cooperação do RAC para a objetivação defensiva dos DF, processo esse que culmina no desenvolvimento da concepção de justiça constitucional.

Nesse mesmo raciocínio, Pedro Trovão do Rosário destaca que o RAC, muito mais que um módico procedimento de socorro a violações de direitos fundamentais, constitui-se uma forma de proteção do próprio texto constitucional, uma vez que, ao sustentar a fundamentação de que um dispositivo constitucional foi descumprido ou preterido, impulsiona o acionamento de um sistema que garantirá a efetividade da própria Constituição, mantendo sua aplicabilidade e sua integridade como uma universalidade indissociável.<sup>230</sup>

---

<sup>228</sup> HÄBERLE, Peter – *Op. Cit.* p. 113.

<sup>229</sup> CORREIA, Ricardo Jorge da Ascensão Lopes – *Op. Cit.* p. 14.

<sup>230</sup> ROSÁRIO, Pedro Trovão do – *Op. Cit.* p. 15.



Nesse diapasão, diante das vantagens acima delineadas, parece-nos que replicar – com as adaptações necessárias – as experiências bem-sucedidas do RAC em países como Espanha e Alemanha seria o melhor caminho para garantir tutela real aos DF em Portugal, evitando que estes se materializem como mera letra de lei.

Em verdade, aderir o amparo à legislação portuguesa é apenas o caminho natural e a implicação manifesta do retromencionado princípio da aplicabilidade direta (art. 18.º da CRP). Nesse mister, um recurso com natureza extraordinária empoderaria os titulares dos direitos fundamentais, que, na hipótese de eventual violação desses, poderiam alcançar o TC sem necessitar da intermediação de terceiros ou se utilizando de instrumentos criados ao completo arrepio da lei (como a reconhecimento do conceito funcional da norma ou o controle de constitucionalidade na interpretação do juiz).

Nesse marco, ressaltamos que o protagonismo erigido aos cidadãos pelo RAC não é mera elucubração, mas fato que pode ser empiricamente demonstrado. Com efeito, conforme dados estatísticos trazidos pelo TCE, no ano de 2018, dos 6.918 RAC interpostos, quase 90% (6.032) o foram por particulares<sup>231</sup>, que tiveram a faculdade de buscar a ajuda do TC sem a intervenção de estranhos não integrantes da relação jurídica estabelecida entre a vítima e o pretense violador de DF.

Não menos relevante, com a adoção do RAC em Portugal, livrar-se-ia o cidadão comum (leia-se, aquele que não possui qualquer prerrogativa de função pública) da insegurança jurídica criada por instrumentos de acesso erigidos jurisprudencialmente, que podem deixar de existir a qualquer tempo, bastando que os juízes constitucionais alterem o entendimento sobre a matéria. Como efeito naturalístico, teríamos também a derrocada da utilização indiscriminada dos instrumentos de ‘quase amparo’, por absoluta falta de necessidade, o que tornaria mais claras e objetivas as portas de acesso ao TC.

Para Ricardo Jorge Correia, haveria, ainda, um duplo fortalecimento jurisdicional: primeiro, da instância ordinária, porque o cidadão teria consciência de que poderia recorrer de sentenças/acórdãos judiciais usurpadoras de direitos, liberdades e garantias, o que geraria confiança no Judiciário e sensação de estabilidade jurídica;

---

<sup>231</sup> ESPAÑA, Tribunal Constitucional de - **Estadísticas jurisdiccionales - Datos comparados (2014-2018)** [Em linha]. Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.es/es/memorias/Estadisticas/ESTADISTICAS-2018.pdf>.

segundo, do TCP, que, finalmente, seria alçado ao lugar que deveria ter ocupado desde sempre, com a função de unificar a interpretação sobre conteúdo e extensão dos DF.<sup>232</sup>

Por derradeiro, enquanto ação constitucional autônoma de defesa, serviria para dar cabo definitivamente à aparente antinomia existente entre o art. 3.º, n.º 3, da CRP, que fixa que a validade de todo ato proveniente do Estado dependa da conformidade com a Constituição, e o modelo de controle de constitucionalidade em vigor, que é eminentemente normativo e, contrariando a hermenêutica lógico-sistemática, não permite que essa análise conformativa seja executada pelo TCP no espectro meritório de deliberações judiciais, administrativas e políticas.

Apesar de todas as benesses acima vislumbradas, temos total consciência de que a introdução de um *judicio* de amparo em Portugal demandaria alterações na ordem jurídica corrente. E, como é de praxe em qualquer mudança substancial, que altera o estado inerte das coisas e provoca os poderes estabelecidos<sup>233</sup>, surgiria o receio dos pessimistas e o alarde dos refutacionistas.

É conveniente lembrarmos novamente, nesse contexto, que essa situação já foi enfrentada em reformas constitucionais anteriores, quando se tentou acrescer à CRP uma ação constitucional de defesa, e também em outros países que já possuem o amparo em seu cabedal processual, como na Alemanha.

Com efeito, como bem narra Catarina Santos Botelho, nos idos da década de quarenta do século passado, quando se iniciaram as tertúlias da Assembleia Nacional Constituinte alemã, entendeu-se que o Estado de Direito já havia alçado níveis elevados de solidez, estando as garantias fundamentais estabilizados pelo direito à tutela jurisdicional (art. 19.º, n.º 4, da GG), razão pela qual, naquele momento, optou-se pela dispensabilidade da queixa constitucional (*Verfassungsbeschwerde*). Foi somente quase dois anos após a promulgação da Constituição alemã, mais precisamente no dia 12 de março de 1951, que se percebeu a importância da concretização de um mecanismo como a queixa constitucional, o que foi feito, naquele momento, apenas na BVerfGG. Após muitos anos de debates e teses oposicionistas – o que, não coincidentemente, reincide em

---

<sup>232</sup> ALEXANDRINO, José de Melo - **Sim ou não ao recurso de amparo**. p. 41.

<sup>233</sup> BOTELHO, Catarina Santos - **Haja uma nova jurisdição constitucional**. p. 598.

Portugal – foi o a queixa inserida à GG, em 29 de janeiro de 1969, estando prevista, hodiernamente, como amplamente verificado alhures, em âmbito federal e estadual.<sup>234</sup>

Como se percebe, a resistência ao amparo em Portugal é mera repetição e integra o processo natural de aceitação de um novo remédio constitucional, o que demanda o seu enfrentamento com serenidade, afinal, "nenhum mecanismo de protecção máxima dos DF poderá algum dia ser introduzido, sem as inevitáveis e inesgotáveis interrogações, dúvidas e incertezas"<sup>235</sup>.

Nessa conjuntura, entendemos que as críticas profanadas podem ser arrefecidas se algumas diligências forem adotadas, de modo a evitar que sejam reproduzidos equívocos já cometidos por outros países. Para tanto, sugerimos três pilares modificativos básicos que, se colocados em prática, poderão contribuir para o sucesso do instrumento na nação lusitana.

O que primeiro salta aos olhos é a inevitabilidade de se remodelar o sistema de proteção constitucional português, primordialmente o de fiscalização concreta, para que fique delimitado, de forma translúcida, o objeto que atine ao ReCon e aquele que afeta ao *judicio* infante.

De antemão, é preciso asseverar que os dois institutos não são excludentes, mas se compatibilizam, desde que um não adentre a esfera de competência do outro. Acerca dessa proposição, alinhamo-nos à posição de Ricardo Jorge Correia, que propõe a restrição dos fundamentos para invocar inconstitucionalidade material e a limitação do objeto do ReCon a dispositivos normativos vigentes<sup>236</sup>.

Desta forma, a fiscalização de constitucionalidade ficaria adstrita tão somente à sua previsão constitucional, abstendo-se de apreciar exegese de normas proferidas pelo Juízo *a quo*, função que caberia, na hipótese de insulto a direitos, garantias ou liberdades, exclusivamente ao RAC.

---

<sup>234</sup> BOTELHO, Catarina Santos - **A Tutela Directa dos Direitos Fundamentais**. p. 206.

<sup>235</sup> BOTELHO, Catarina Santos - **Haja uma nova jurisdição constitucional**. p. 598.

<sup>236</sup> ALEXANDRINO, José de Melo - **Sim ou não ao recurso de amparo**. p. 489.

Além do mais, conforme já referenciado, a simples existência do RAC esvaziaria a funcionalidade de alguns institutos portugueses que hoje, por ausência de efetiva tutela de direitos fundamentais, precisam existir. Contudo, entendemos que seria possível, à luz da experiência hispânica, harmonizar o amparo com alguns desses instrumentos adicionais de reforço, como o direito de petição, salientando, novamente, que seria necessário bem delimitar as competências de cada mecanismo, de modo a criar um modelo satisfatoriamente funcional e sistemático, bem como de não extirpar, sob nenhuma hipótese, a independência do titular do direito violado de recorrer sem intermediação de terceiros (como ressaltamos no tópico atinente ao Provedor de Justiça).

O segundo pilar cinge-se na necessidade de definir quais direitos, garantias e liberdades devem ser abarcados pela ação constitucional de defesa.

Nesse diapasão, haveria alguns caminhos a serem cogitados pelo legislador derivado: (i) alcançar todos os direitos, inclusive os econômicos, sociais e culturais (art. 58.º e seguintes da CRP)<sup>237</sup>; (ii) tutelar todos os direitos fundamentais, inclusive os análogos (art.º 17 da CRP), extirpando-se do rol de defesa, contudo, os direitos econômicos, sociais e culturais<sup>238</sup>; e (iii) em alusão ao previsto no art. 20.º, n.º 5, da CRP, restringir o objeto do amparo aos direitos, liberdades e garantias pessoais, o que não abarcaria os DF análogos<sup>239</sup>.

É evidente que esse seria um dos temas mais tortuosos à instrumentalização do RAC em Portugal. Porém, entendemos que o mais adequado é não desperdiçar a experiência já devidamente testada na Espanha e na Alemanha, onde se implementou o item ‘(ii)’ retromencionado, no sentido de que o RAC deve proteger direitos, liberdades e garantias individuais, além dos DF análogos.

Aderindo a essa compreensão, o objeto do RAC poderia circunscrever-se, *exempli gratia*, aos direitos constantes da primeira parte, do Título II, da CRP (direitos,

---

<sup>237</sup> NOVAIS, Jorge Reis - **Direitos Sociais: teoria jurídica dos Direitos Sociais enquanto direitos Fundamentais**. p. 22.

<sup>238</sup> BOTELHO, Catarina Santos - **Haja uma nova jurisdição constitucional**. p. 598.

<sup>239</sup> AGUILAR, Francisco - **Direito ao recurso, grau de jurisdição e celeridade processual**. p. 295-311.

<sup>240</sup> BICKEL, Alexander M. - *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*. p. 16.

liberdades e garantias pessoais), além de outros dispersos no texto fundamental, enquadráveis à categoria alçada pelo art. 17.º da CRP.

A posição à qual nos alinhamos guarda em si duas premissas que consideramos fundamentais para a escolha.

A primeira atine à essência do instituto, que, desde sua gênese, tem por foco a proteção de DF (aqui não se pretende ingressar no longo debate doutrinário se os direitos econômicos e sociais integram ou não os DF análogos, sob pena de se perder o foco deste projeto). Estender a direitos de outra substância banalizariam o remédio, com véu de panaceia de todos os males, mas com absoluta impossibilidade operacional de resolução dos múltiplos imbróglis, o que, por arrastamento, também macularia a função naturalística do próprio TC, transmutando-o em um tribunal ordinário.

Nesse ponto, destacamos a primordialidade de que o TCP não se afaste de sua função naturalística, de proteção da Constituição, de invalidação de leis/atos normativos (papel contramajoritário<sup>240</sup>) e de albergue de direitos fundamentais, transformando-se, em todo e qualquer caso, em uma terceira instância, sob pena de deixar de ser uma Corte Constitucional para ser, no máximo, uma Corte Suprema<sup>241</sup>.

Essa situação seria temerária, uma vez que, como bem ressalta Lech Garlicki, juiz do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), “os tribunais constitucionais e os tribunais supremos viajam na mesma estrada, mas não necessariamente de acordo com as mesmas regras e na mesma direcção”<sup>242</sup>.

A segunda premissa baseia-se na preocupação de manter a saúde logística do TC, respeitando sua restrita capacidade operacional. Nessa via de pensamento, com a delimitação objetiva dos direitos alcançados pelo instituto (fundamentais e, por força do

---

<sup>240</sup> BICKEL, Alexander M. - *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*. p. 16.

<sup>241</sup> Aqui não se pretende adentrar à distinção minuciosa de Tribunal Constitucional e Tribunal Supremo, sob pena de fugir do tema proposto neste projeto. Porém, em breve síntese, o TC limita sua atuação à análise de conformidade de normas à Constituição e na defesa de direitos fundamentais, enquanto a Corte Suprema serve como terceira instância, após o tribunal ordinário, para reanálise de feitos.

<sup>242</sup> GARLICKI, Lech - *Constitutional courts versus supreme courts*. p. 49.

art.º 17 da CRP, os análogos), manter-se-ia a sustentabilidade da jurisdição constitucional.<sup>243</sup>

Sobre isso, mister ressaltarmos, ainda, nossa posição quanto à limitação de proteção de DF previstos na CRP, a exemplo do que se verifica na Espanha (arts. 53.2 da CE e 41.1 da LOTC)<sup>244</sup>, o que exclui, portanto, direitos dispostos unicamente em legislações esparsas. Ao nosso ver, essa medida serve para destacar os DF que demandam maior atenção do Estado, tendo em vista que o trâmite processual da revisão constitucional é mais complexo que o de criação de leis, o que faz com que o legislador derivado tenha o cuidado de selecionar apenas as garantias que sejam, de fato, materialmente relevantes.

Ressaltamos, oportunamente, que não há qualquer violação principiológica ou material na delimitação do objeto do RAC, uma vez que “a opção de estender essa proteção reforçada a todos os direitos não é mais ‘constitucional’ do que remover alguns desses direitos; especialmente se o propósito da exclusão é justamente tornar o remédio de amparo mais efetivo”<sup>245</sup> (tradução livre nossa).

É claro que nossas ponderações são apenas sugestivas. Porém, esperamos sejam elas consideradas pelos titulares da atividade legiferante de revisão, fazendo com que, no mínimo, seja o elemento material a ser escudado por via de ação constitucional restringido ao rol previsto no art. 20.º, n.º 5, da CRP, o que, sem embargo de não ser o ideal, por contrariar a força conferida aos DF análogos pela própria Carta Maior, já evitaria os problemas que acima elencamos.

Superado esse pilar, entramos no terceiro e terminal argumento, que, sem sombra de dúvidas, seria o maior garantidor da eficácia do instituto em Portugal.

Trata-se, com efeito, da essencialidade de implementação de mecanismos que freiem a análise de RAC desnecessários. Isto é, para o sucesso do instituto que tanto defendemos, é essencial que se racionalize seu acesso ao TCP, através da criação de um

---

<sup>243</sup> BOTELHO, Catarina Santos - **Haja uma nova jurisdição constitucional**. p. 598.

<sup>244</sup> PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio – *Op. Cit.*, p. 538

<sup>245</sup> RUBIO LLORENTE, F. - **O apelo à proteção constitucional**. p. 32

sistema efetivo de filtragem que assegure o não perdimento de seu caráter subsidiário e extraordinário.

A medida em questão tem por fulcro evitar que o TCP fique assoberbado com recursos meramente dilatatórios, que tenham o fulcro exclusivo de retardar a execução de prolações judiciais, o que tomaria a maior parte do tempo disponível dessa Corte com manifestações de inadmissibilidade. Isso geraria um fluxo de procrastinação, influenciando negativamente no princípio da efetividade, que, além de primar por uma prestação jurisdicional escorreita, também deve garantir uma duração razoável do processo.

Desta feita, é preciso compatibilizar a demanda quantitativa do amparo com a capacidade humana e material do TC, o que só pode ser feito por intervenção de estruturas rígidas de entrada no TC, que poderiam advir do próprio texto constitucional ou, preferencialmente, de regulamentação na LOTC.

Nesse ínterim, parece-nos que aproveitar novamente a experiência hispânico-germânica é a atitude mais coerente. Desta feita, como já nos posicionamos no capítulo precedente, serviria ao fim pretendido a adoção de instrumentos obstrutivos de ações desnecessárias que já demonstraram empiricamente seu sucesso, como a presença no caso de relevância jurídico-constitucional (transcendência constitucional), a possibilidade de decisão sumária do relator em casos evidentemente inadmissíveis ou amparados em decisões de recusa admissional já prolatadas pelo TC, além da imposição de coima ao uso ardiloso ou com fins procrastinatórios do instituto.

Consideramos que esse tópico do RAC, muitas vezes negligenciado, constitui *conditio sine qua non* para a saúde operativa do TC. Para que seja possível mensurar sua importância, trazemos à baila dados estatísticos do TCE, atinentes ao ano de 2018, onde se verifica que, dos 6.918 amparos interpostos, quase 90% foram inadmitidos (6.178, em números absolutos), sendo que 2.350 (aproximadamente 12,34%) sequer preencheram o requisito da especial transcendência constitucional.<sup>246</sup>

---

<sup>246</sup> ESPAÑA, Tribunal Constitucional de - **Estadísticas jurisdiccionales - Datos comparados (2014-2018)** [Em linha]. Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.es/es/memorias/Estadisticas/ESTADISTICAS-2018.pdf>. p. 229.

Logo, a aferição dos pressupostos de admissibilidade constitui, indubitavelmente, a principal forma de evitar que o RAC se torne uma terceira instância ordinária. Nesse ponto, entendemos pela necessidade de aperfeiçoamento do modelo espanhol, com a implementação de um setor específico dentro do TCP, que apure a existência ou não de especial transcendência constitucional do recurso, poupando, assim, tempo e trabalho das Seções de julgamento. Essa triagem tornaria a apreciação do amparo mais efetiva, uma vez que a admissibilidade já chegaria às mãos do juiz relator devidamente instruída.

Ademais, em caso de RAC interposto contra o atentado a DF por decisões judiciais, sugerimos, a exemplo do Recurso Extraordinário existente no Brasil, um sistema de dupla verificação de admissibilidade.

Com efeito, além daquela realizada pelo próprio TC, nos termos acima delineados, deve ser perpetrada uma verificação admissional primária pelo Juízo *a quo*, em processo a ser instrumentalizado por um setor criado para esse tipo de análise e referendado pela autoridade máxima do órgão. Se forem obtidos os resultados alcançados no Brasil, quase metade dos RAC sequer subiria para o TC, por sobrestamento já no crivo inicial.<sup>247</sup>

Acreditamos firmemente que esses subterfúgios processuais ajudariam no fluxo do amparo caso este fosse introduzido em Portugal. Ora, se são extremamente favoráveis à tutela de DF os resultados da queixa constitucional na Alemanha, onde há 16 juízes para 83 milhões de habitantes, ou do *judicio* na Espanha, onde há 12 juízes para quase 47 milhões de habitantes, por que achar que, em Portugal, haveria disfuncionalidade do instituto, havendo 13 juízes para apenas 10,3 milhões de habitantes.

Diante desse cenário, com todo respeito à vertente adversa, almejamos que o RAC seja adotado pela ordenação jurídica portuguesa, conquanto entendamos ser esse um pleito impraticável em parco lapso temporal, em particular frente às malsucedidas

---

<sup>247</sup> Segundo o “Anuário de Justiça Brasil” de 2014, aproximadamente 48% dos Recursos Especiais interpostos foram filtrados já no Juízo de base, não tendo alcançado a Corte Superior – Revista Eletronica Consultor Juridico, edição 2014, isbn 2179981-4



investidas verificadas nas Revisões constitucionais, além da ortodoxia do TCP em consentir com mecanismos diversos daqueles já existentes.

Indubitavelmente, o primeiro passo efetivo seria o convencimento social das benesses que poderiam decorrer de um instrumento constitucional voltado às insurgências contra DF, quando, então, movido pela vontade popular, o Congresso sentir-se-ia compelido a debruçar-se mais profundamente sobre o objeto, sem influências político-partidárias, no que confiamos que a conclusão alcançada seria o bem-estar geral, com a implementação do RAC.

Desta feita, não perdemos a esperança no legislador de Revisão, clamando para que perceba, o quanto antes, a importância de uma ação constitucional de defesa que exalte a democracia e tutele a dignidade dos cidadãos, “quer mediante o acompanhamento cuidadoso da evolução da realidade constitucional, quer pelo compromisso de implementar técnicas efectivas de tutela dos direitos fundamentais”<sup>248</sup>.

---

<sup>248</sup> BOTELHO, Catarina Santos - **Haja uma nova jurisdição constitucional**. p. 601.

### 3. ESTUDO COMPARATIVO ENTRE AS FERRAMENTAS PROCESSUAIS DE SALVAGUARDA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NO BRASIL E O RECURSO CONSTITUCIONAL DE AMPARO

O modelo constitucional brasileiro, desde sua gênese, preocupou-se com a defesa dos direitos e garantias dos indivíduos. Com efeito, já na primeira Constituição do Império, datada de 25 de março de 1824, exaltou-se, em seu art. 179, a “inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual e a propriedade”<sup>249</sup>.

Contudo, tal qual ensina Alfredo Buzaid, não obstante a pretensão de traduzir aspirações democráticas e jusnaturalistas, a Carta Política imperial não previu nenhuma ação que fosse capaz de reparar judicialmente eventual lesão a DF.<sup>250</sup> Ou seja, em um momento prefacial, a tutela jurídica das garantias individuais restringiu-se ao campo eminentemente teórico, sem qualquer viabilidade instrumental, deixando os cidadãos desprovidos de uma ação genuína de defesa.

Em 1832, com a vigência do Código de Processo Criminal, houve previsão expressa, pela primeira vez no Brasil, do instituto do *habeas corpus*, cujo uso restou restrito a privações ilegais de liberdade e direito de locomoção dos cidadãos. Esse remédio somente foi alçado ao status constitucional na Carta Magna de 1891, já na era republicana, tendo mantido sua qualidade na reforma constitucional perpetrada em 1926.

Nessa oportunidade, o legislador de revisão consignou de forma expressa a limitação do uso do instituto de referência tão somente contra ulcerações da liberdade de locomoção, o que excluía, à vista disso, outros direitos civis.

A doutrina brasileira passou, assim, a reivindicar a previsão constitucional de mecanismos processuais que escapassem da estreiteza material do *habeas corpus*, com capacidade de tutelar outros direitos subjetivos públicos que não aqueles atrelados

---

<sup>249</sup> CONSTITUIÇÃO Política do Império do Brasil. 4º Livro de Leis da Secretaria de Estado dos Negócios do Imperio do Brazil, Alvarás e Cartas Imperiaes. p. 17-28 (22/04/1824).

<sup>250</sup> BUZOID, Alfredo - *Juicio de amparo e mandado de segurança*. p. 212.

unicamente à liberdade de ir, vir, estar e ficar, de forma espontânea e sem violação a proibições legais.

Sobre o assunto, em um congresso jurídico realizado no ano de 1922, bem salientou Muniz Barreto, então Ministro do Supremo Tribunal Federal, acerca da primordialidade da concepção de um remédio com desígnio símil ao *judicio* de amparo, conforme se verifica, *ipsis literis*:

“O incremento da vida judiciária e a necessidade de solução rápida de certas situações de anormalidade, apreciáveis de plano pelos tribunais e incabíveis no remédio do habeas corpus, exigem a criação de um instituto processual capaz de reintegrar o direito violado [...] Do que necessitamos é de um instituto semelhante ao recurso de amparo, criado no México, com rito, porém, mais sumário, e que compreenda tanto a agressão ao direito, partida da autoridade pública, como a proveniente de ato privado.”<sup>251</sup>

Criado, nesse contexto, um cenário propício a mudanças estruturais, nos anos posteriores a legislação brasileira criou instrumentos processuais para a tutela de DF, dentre os quais alguns ganharam qualidade constitucional e passaram a ser comparados, em face da similitude funcional, com o RAC.

Nesse aspecto, relevam elevada evidência os remédios Mandado de Segurança (MS), a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) e o Recurso Extraordinário (RE), remédios que passaremos a detalhar, a partir desse momento, de forma minuciosa, com intuito de verificar se a legislação brasileira possui algum mecanismo procedimental – ainda que travestido com outra nomenclatura – que atenda a defesa de direitos fundamentais, em sua integralidade, como o recurso de amparo.

### **3.1. Mandado de Segurança**

Em diáfana investida de preencher as lacunas insurgentes com a reforma constitucional de 1926, quanto à guarida de direitos não tutelados pelo *habeas corpus*, incluiu-se, no art. 113, inciso XXXIII, da Constituição de 1934, uma criação eminentemente brasileira: o Mandado de Segurança.

---

<sup>251</sup> NUNES, José de Castro - **Do mandado de Segurança e de outros meios de defesa contra atos do poder público**. p. 16-17.

Trata-se de remédio jurídico com nítido caráter subsidiário, de atuação ampliada, para reivindicação de direito líquido e certo, não atinente à liberdade de locomoção, “ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade.”<sup>252</sup>.

Por razões ocultas da história ou escusável esquecimento, não houve previsão do Mandado de Segurança na Carta Política de 1937. Contudo, o constituinte originário redimiu-se na Constituição de 1946, a partir de quando incutiu em todas as posteriores (1967 e 1988) a previsão expressa dessa figura processual indispensável.

Houve também disciplinamento infraconstitucional do instituto, através das Leis n.º 1.533/51, de 31 de dezembro, 4.348/64, de 26 de junho, 5.021/66, de 9 de junho, e, mais recentemente, 12.016/2009, de 7 de agosto, que condensou as normas esparsas e as jurisprudências dominantes sobre o tema. Todos esses diplomas seguiram linhas similares de regulamentação das previsões constitucionais, elencando, dentre outros aspectos, condições de concessão, autoridades coatoras e procedimentos processuais a serem observados pelo julgador (prazos, recursos e efeitos).

Na Constituição Cidadã (como é conhecida a Constituição de 1988, vigente no Brasil), está mencionado no art. 5º, inciso LXIX, visando à proteção de "direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público"<sup>253</sup>.

Podemos dizer, então, que se trata o Mandado de Segurança de uma ação constitucional de cognição, submetida a rito especial sumário, cuja finalidade principal é obrigar a Administração Pública (ou pessoa jurídica que esteja na atribuição de Poder Público) a fazer ou deixar de fazer algo (postura executória ou omissiva compulsória, inclusive, em caráter liminar ou antecipatório de tutela). Esse remédio causou, ao tempo de seu surgimento, uma verdadeira ruptura de paradigma, uma vez que, até então,

---

<sup>252</sup> CONSTITUIÇÃO da República dos Estados Unidos do Brasil. **Diário Oficial da União**, s/n, (16/07/1934), Seção I - suplemento, p. 1 e s/s.

<sup>253</sup> *Idem* – ***Ibidem***.

eventuais violações empreendidas pelo Estado eram resolvidas em indenização pelas perdas e danos suportados pelo particular.

Em cotejo ao RAC, Alfredo Buzaid tem a percepção de que o “mandado de segurança exerce função análoga a do amparo”<sup>254</sup>, afirmação que recebemos positivamente, porém, com ressalvas.

Em análise propedêutica, é perceptível que um e outro institutos possuem semelhança funcional, uma vez que invocam como finalidade primordial tornar efetivos direitos subjetivos constitucionais, contra violações originárias de ato de autoridade pública. Sob uma perspectiva generalista, portanto, tem-se que o amparo e o Mandado de Segurança prospectam a garantia do sistema constitucional em sentido lato, contribuindo para a defesa das bases democráticas e do processo evolutivo essencial à dinamização do Direito.

Contudo, enquanto o RAC tem por intento a proteção restrita de DF e análogos, o Mandado de Segurança possui alcance muito mais dilatado, tutelando todo e qualquer direito líquido e certo, seja individual ou coletivo.

Por direito líquido e certo, entende Pedro Lenza se tratar daquele que “pode ser demonstrado de plano mediante prova pré-constituída, sem a necessidade de dilação probatória. [...] é um direito manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração.”<sup>255</sup>.

Na mesma linha ensina o ilustre processualista Hely Lopes Meirelles:

“Direito líquido e certo é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração. Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante: se a sua existência for duvidosa; se a sua extensão ainda não estiver delimitada; se o seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais.”

Podemos dizer, por conseguinte, que o objeto do Mandado de Segurança abrange, além de DF, todos aqueles direitos que são acobertados por um véu de

---

<sup>254</sup> BUZAID, Alfredo – *Op. Cit.* p. 230.

<sup>255</sup> LENZA, Pedro - **Direito Constitucional Esquematizado**. p. 128.

incontestabilidade e evidência, dispensando qualquer debate judicial acerca da substância dos fatos narrados. Logo, é plausível a impetração do remédio em apreço para contestar atos de naturezas diversas, sejam eles administrativos ou jurisdicionais (de todas as esferas especializadas – cível, criminal, trabalhista, militar ou eleitoral).

No Mandado de Segurança, o direito subjetivo do ofendido deve ser incontroverso, ou seja, os fatos devem ser insuscetíveis de dúvida e passíveis de serem demonstrados documentalmente. Em outros termos, os fatos constitutivos, que decorrem patentemente da lei e nascem de sua violação, devem ser comprovados já na petição inicial, eximindo eventuais dilações acerca de sua aplicação<sup>256</sup>.

Por exclusão dedutiva, “se surge a seu respeito qualquer controvérsia, quer de interpretação, quer de aplicação, já não pode constituir fundamento para a impetração de mandado de segurança.”<sup>257</sup>. Logo, um direito dotado de incerteza deverá necessariamente ser auferido em outro tipo de ação, onde seja dada a oportunidade processual à parte de trazer aos autos os elementos de demonstração factual que entender necessários.

Em verdade, na prática, para admissão do Mandado de Segurança, basta que se assevere ter havido um ato público violador de um direito, acostando-se elementos probatórios que, supostamente, corroborem a narrativa aventada na exordial. Cássio Bueno bem explica esse ponto, *verbis*:

“Suficiente para a impetração – para o cabimento ou para a admissão do mandado de segurança, portanto –, que o impetrante afirme ter sido vítima de ilegalidade ou abuso de poder. A verificação de sua efetiva e concreta existência relaciona-se ao acolhimento da tese do impetrante, isto é, com a concessão do mandado de segurança e com o julgamento do mérito da ação”<sup>258</sup>.

Sob esse aspecto, José Eugênio do Amaral Souza Neto entende haver outro elemento de convergência entre os institutos, em especial com relação ao amparo

---

<sup>256</sup> Neste ponto, fundamental ressaltarmos que a necessidade de liquidez e certeza somente se apresenta sobre matérias de fato, ou seja, elementos factuais narrados pelo ofendido no ato da impetração do remédio. Matérias de direito, por mais controvertidas e complexas que sejam, não são hábeis a impedir a utilização do Mandado de Segurança. Esse entendimento já foi pacificado pela Súmula n.º 625 do Supremo Tribunal Federal, que assim disciplina: “Controvérsia sobre matéria de direito não impede concessão de mandado de segurança”. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2817>

<sup>257</sup> BUZAID, Alfredo – *Op.Cit.* p. 223.

<sup>258</sup> BUENO, Cássio Scarpinella - **Mandado de segurança – Comentários às Leis 1.533/51, 4.348/64 e 5.021/66.** p. 13

espanhol. Nesse esteio, assenta que, na instrução da ação constitucional de defesa, com fulcro no art. 49º da LOTCE, o TCE restringe-se ao exame de matéria de fato, sem produção probatória, uma vez que “assim como no mandado de segurança, a prova que aparelha o recurso de amparo é documental e pré-constituída”<sup>259</sup>.

No que concerne à legitimidade ativa para interposição, como ocorre na maioria dos instrumentos de tutelas de garantia, nos dois institutos em análise tem-se que, *a priori*, o demandante deve ser o indivíduo lesado em seu direito próprio.

Contudo, isso não dispensa a capacidade postulatória para ajuizamento do pleito, devendo o lesado, no mandado de segurança e no amparo espanhol, ser representado por causídico legalmente habilitado. Nesse ponto, relembramos que, ao contrário, a queixa alemã não exige obrigatoriamente a assistência por advogado<sup>260</sup>, o que permite o peticionamento perante o TCFA pelo próprio interessado.

Ainda sobre a legitimidade, como verificamos no capítulo pretérito, o RAC pode ser interposto por qualquer cidadão, nacional ou estrangeiro, e, em alguns casos, por pessoas jurídicas, desde que sejam os titulares do DF. Em viés convergente, o Mandado de segurança também é assegurado a pessoas individuais ou coletivas, naturais ou não do Brasil, ainda que domiciliadas fora do país, além de universalidades legitimadas por lei (massa falida, condomínios, dentre outros).

Não obstante, a CRFB de 1988 replicou uma figura esquecida desde a Constituição de 1934, qual seja, o mandado de segurança coletivo, que foge da regra geral que impõe ao ofendido a legitimidade ativa de postular a reparação de sua lesão, possibilitando o albergue de direitos transindividuais, coletivos e individuais homogêneos por terceiros não diretamente ofendidos.

Disciplinando o tema, o art. 5º, inciso LXX, do texto Constitucional (replicado no art. 21 da Lei n.º 12.016/09) preceitua que podem impetrar mandado de segurança coletivo, na defesa de interesses de seus integrantes ou membros, os partidos políticos com representação no Congresso Nacional, as organizações sindicais, as entidades de

---

<sup>259</sup> SOUZA NETO, José Eugenio do Amara - **Recurso ordinário constitucional em processo civil**. p. 109.

<sup>260</sup> HÄBERLE, Peter - *Op. Cit.* p. 88

classe e as associações legalmente constituídas e em funcionamento há, pelo menos, um ano.

Ou seja, diferentemente do RAC, nessa modalidade de mandado de segurança permite-se que pretensões coletivas sejam demandadas em nome próprio, por entidades representativas elencadas expressamente na legislação.

Outro sinal de dissenso refere-se à natureza residual do mandado de segurança<sup>261</sup>, característica inexistente no RAC. Nessa acepção, como verificamos alhures, o primeiro apenas pode ser impetrado caso não seja a violação de direito protegida por outros remédios constitucionais (*habeas corpus*, quando reportar-se a liberdade de locomoção, ou *habeas data*, quando for concernente a informações do cidadão impetrante ou retificação desses dados), enquanto o segundo não cogita a hipótese de qualquer outro instrumento que detenha sobre ele preferência de uso.

Outrossim, outro elemento diferencial relaciona-se ao caminho permeado pela ação para provocação de manifesto do Supremo Tribunal Federal - STF (o que mais se avizinha da essência de um TC no Brasil).

Como traçado no capítulo antecedente, o RAC resguarda-se da característica da subsidiariedade, que denota o necessário exaurimento das instâncias judiciais ordinárias, para que, somente assim, seja possível sua apreciação, enquanto ação autônoma, pelo TC.

Entretanto, vimos também que o exaurimento das instâncias pode ser excepcionalmente dispensado quando a jurisprudência que regula o tema estiver predominantemente uniformizada (“firme, recente e unívoca”<sup>262</sup>) ou quando os recursos se demonstrarem evidentemente inaplicáveis ou protelatórios.<sup>263</sup> Na Alemanha, ainda existe a possibilidade de alcance do TCFA sem apreciação pretérita das esferas judiciais,

---

<sup>261</sup> MEIRELLES, Hely Lopes – **Mandado de Segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, “habeas corpus”**. p. 89.

<sup>262</sup> HÄBERLE, Peter - *Op. Cit.* p. 119.

<sup>263</sup> “*Es preciso recordar al respecto que el principio de subsidiariedad que rige el recurso de amparo, y que se establece en el art. 44.1 a) LOTC, no exige ciertamente que se interponga con carácter previo al mismo cualquier recurso imaginable, sino sólo los que, siendo procedentes en función de las normas concretamente aplicables, permitan reparar adecuadamente lesiones de derechos fundamentales que se denuncian ante este Tribunal*”. EIMIL, Eugenio Diaz relat. **Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 337/1993**, de 10 de dezembro [Em linha]. Sala Segunda. [Consult. 28 Dez. 2019]. Disponível em <https://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/en/Resolucion/Show/2466>.



sempre que restar verificada a potencialidade de grave dano de penosa recomposição ou tratar-se de situação de grande repercussão.<sup>264</sup>

Logo, em situações de evidente urgência, fundamentalmente demonstrada, possibilita-se que um cidadão comum tenha a suposta violação de um direito apreciada diretamente pelo respectivo TC. Essa situação não ocorre no Mandado de Segurança.

Com efeito, se a autoridade coatora não detiver foro por prerrogativa de função, o mandado de segurança deve ser impetrado na primeira instância judicial, para apreciação da usurpação de direito líquido e certo, bem como, reflexamente, da constitucionalidade da norma que alicerçou as razões do ato violador.

Nessa hipótese, até existe a possibilidade da demanda chegar ao STF, mas as vias são extremamente restritas, seja através do recurso extraordinário, se preenchidas algumas das causas previstas art. 102, inciso III, da CRFB (que serão posteriormente minuciadas), ou do recurso ordinário, quando o mandado de segurança tiver sido denegado em instância exclusiva por um Tribunal Superior (art. 102, inciso II, alínea "a", da CRFB)<sup>265</sup>.

Quer dizer, não se tratando de competência originária do STF, que se circunscreve exclusivamente ao julgamento de ações que se voltem contra violações de direito líquido e certo por atos de autoridades específicas (Artigo 102, inciso I, alínea "d", da CRFB: Presidente da República, Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio STF), não há que se falar em possibilidade de impetração de mandado de segurança, enquanto ação autônoma, na Corte Maior brasileira.

Em outras palavras, não tendo a autoridade coatora privilégio de foro, o mandado de segurança não se presta a servir como arma de entrada no STF pelo cidadão.

Não menos importante, é manifesto o fato de que a limitação de competência para apreciação do mandado de segurança também alcança os Tribunais Superiores.

---

<sup>264</sup> HÄBERLE, Peter - *Op. Cit.* p. 119.

<sup>265</sup> CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil. Diário Oficial da União, n.º 191-A, Ano CXXVI (05/10/1988), Seção I, p. 1 e s/s.

Nessa lógica, trazemos à baila as atribuições do Superior Tribunal de Justiça, que, com espeque no art. 105, inciso I, alínea "b", da CRFB<sup>266</sup>, somente poderá julgar, em competência originária, mandados de segurança contra atos praticados por Ministro de Estado, Comandantes das Forças Armadas ou do próprio Tribunal.

Na mesma linha, no âmbito trabalhista, o Tribunal Superior do Trabalho também possui prerrogativa limitada para análise de mandados de segurança, estando cingido a atos praticados por autoridades expressamente previstas no art. 2º, inciso I, alínea "d", da Lei n.º 7.701/88, de 21 de dezembro<sup>267</sup> (Presidente ou Ministros do próprio tribunal).

Desta feita, resta inconteste que, no STF e nos tribunais superiores brasileiros, a apreciação de mandado de segurança de forma autônoma – não por recurso advindo de decisão denegatória em instância inferior – está limitada a quem figura no polo passivo da demanda (executor ou responsável pelo ato violador). Entendemos, desta forma, que o legislador, ao prever as competências constitucionais da Corte maior do país, preocupou-se mais em resguardar as honrarias de determinados cargos públicos do que a possibilidade de particulares terem, por intermédio do mandado de segurança, seus DF amparados por um tribunal com atribuições eminentemente constitucionais.

Não à toa, Renata Cristina Moretto, ao comparar o mandado de segurança com a queixa constitucional, exalta o modelo alemão de resguardo de DF, bem como a posição soberana do TCFA em julgar esse tipo de atentado, conforme se verifica, *in verbis*:

“o fato de que apenas o Tribunal Constitucional alemão pode julgar os recursos de amparo demonstra a incrível importância e a excepcionalidade da utilização do instituto naquele ordenamento, o que, aliás, é o que efetivamente deveria ocorrer num Estado Democrático de Direito, em que a lesão a direitos pelo Estado deveria ser exceção, gerando pouca discussão judicial, e não a regra, quando a constante lesão aos direitos se banaliza e o Judiciário acaba tendo que intervir com frequência para solucionar os litígios que poderiam ter sido decididos administrativamente.”<sup>268</sup>

Diante de todo o exposto, entendemos que, sem previsão de acesso direto ao STF por cidadãos comuns, através do mandado de segurança, é temerário pretender qualquer

---

<sup>266</sup> "Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: b) os mandados de segurança e os *habeas data* contra ato de Ministro de Estado, dos Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica ou do próprio Tribunal.". CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil - **Diário Oficial da União**, n.º 191-A, Ano CXXXVI (05/10/1988), Seção I, p. 1 e s/s.

<sup>267</sup> LEI N.º 7.701/88. **Diário Oficial da União**. Seção 1 (22.12.1988). p. 25.105.

<sup>268</sup> MORETTO, Renata Cristina - **As semelhanças e distinções entre o mandado de segurança no direito brasileiro e o recurso de amparo perante o Tribunal Constitucional alemão**. p. 291

equiparação ao amparo, que, por si só, é responsável por estreitar o diálogo com o TC, materializando-se como um verdadeiro instrumento de liberdade civil e política.

### 3.2 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

Outra ação processual que ganhou relevância como sucedâneo ao RAC é a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), prevista no 102, § 1º, da Carta Constitucional de 1988.

Para Oscar Dias Corrêa, em consenso com o ilustre processualista José Afonso da Silva<sup>269</sup>, a ADPF “foi inspirada no Verfassungsbeschwerde (recurso Constitucional, agravo Constitucional ou queixa Constitucional) [...], tendo também algumas afinidades com o recurso de amparo do direito espanhol (arts. 161,1, b e 162,1, b, da Constituição espanhola)”<sup>270</sup>.

Tal qual nos posicionamos no Mandado de Segurança, recebemos essa asseveração com cautela, pelas razões que passaremos a expor.

A ADPF é uma ação autônoma cujo objetivo precípua é "*evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público*"<sup>271</sup>. Constitui, no Brasil, parte integrante do rol de ações do controle concentrado de constitucionalidade, o que denota a competência originária do STF para o seu julgamento.

Teve sua regulamentação exposta na Lei n.º 9.882/99, de 03 de dezembro<sup>272</sup>, a partir de quando passou a ter eficácia normativa, uma vez que, antes disso, jamais havia sido utilizada. Dentre outros aspectos, previu a limitação do seu objeto, os legitimados para manejo e questões procedimentais do rito a ser seguido pelo órgão julgador.

Contudo, apesar do amplo disciplinamento, na CRFB e na legislação infraconstitucional, não houve definição precisa no que, na prática, consiste um ‘preceito

---

<sup>269</sup> SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 21ª ed., 2002. p. 559.

<sup>270</sup> CORRÊA, Oscar Dias - **A Constituição de 1988: contribuição crítica**. p. 157.

<sup>271</sup> *Idem. Ibidem.*

<sup>272</sup> LEI N.º 9.882/99, **Diário Oficial da União**. Seção 1 (6.12.1999). p. 2.

fundamental'. Com efeito, nem mesmo o STF conseguiu uniformizar uma posição concreta, o que torna complexo o exame da ação constitucional em apreço.

Relativamente a esta temática, manifestaram-se alguns Ministros da Corte Suprema, dentre eles Luís Roberto Barroso, *verbis*:

“Nem a Constituição nem a lei cuidaram de precisar o sentido da locução ‘preceito fundamental’, transferindo tal tarefa para a especulação da doutrina a casuística da jurisprudência. Intuitivamente, preceito fundamental não corresponde a todo e qualquer preceito da Constituição. [...] A Expressão ‘preceito fundamental’ importa no reconhecimento de que a violação de determinadas normas - mais comumente princípios, mais eventualmente regras – traz maiores consequências ou traumas para o sistema jurídico como um todo.”<sup>273</sup>

Também o Ministro Gilmar Ferreira Mendes, em nítida tentativa de restringir o significado da expressão, de modo a nortear a construção jurisprudencial sobre o tema, em decisão monocrática exarada no processo instrutório da ADPF n.º 33, malgrado tenha externado a dificuldade de indicar os preceitos fundamentais passíveis de lesão, enumerou alguns direitos constitucionais compatíveis com essa ótica conceitual, tais quais os direitos e garantias individuais, os princípios sensíveis (art. 34 da CRFB) e todos aqueles compreendidos como cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, da CRFB)<sup>274</sup>.

Na mesma linha, seu par Alexandre de Moraes atrelou o conceito aos direitos e garantias fundamentais, além dos arts. 1º a 4º da CRFB, atinentes aos objetivos e fundamentos da República Federativa do Brasil.<sup>275</sup>

Diante da indefinição do conceito, utilizamo-nos, para fins meramente didáticos, do alcance atribuído à locução ‘preceito fundamental’ por Nelson Nery Jr. e Rosa Maria Nery, senão vejamos:

"São fundamentais, entre outros, os preceitos constitucionais relativos: ao estado democrático de direito (CF 1.º caput); b) à soberania nacional (CF 1.º I); c) à cidadania (CF 1.º II); d) à dignidade da pessoa humana (CF 1.º III); e) aos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (CF 1.º IV); f) ao pluralismo político (CF 1.º V); g) aos direitos e garantias fundamentais (CF 5º); h) aos direitos sociais (CF 6.º a 9.º); i) à forma federativa do estado brasileiro; j) à separação e independência dos poderes; l)

---

<sup>273</sup> BARROSO, Luís Roberto - **O Controle de Constitucionalidade no direito brasileiro**. p. 222.

<sup>274</sup> MENDES, Gilmar relat. - **Acórdão do Supremo Tribunal Federal n.º 102.002/2005** [Em linha]. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 33-MC, Tribunal Pleno. [Consult. 1º Jan. 2020]. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=388700>.

<sup>275</sup> MORAES, Alexandre de - **Comentários à lei. 9.882/99**. p 1.

ao voto universal, secreto, direto e periódico."<sup>276</sup>

Percebemos que os próprios autores supramencionados não se olvidaram de acrescentar a expressão “entre outros”, o que demonstra que o rol de direitos abarcados pela expressão ‘preceitos fundamentais’ é *numerus apertus*, isto é, não exauriente, podendo ser estendido sempre que o magistrado, *in casu*, identificar uma disposição constitucional que revele maior fundamentalidade que as demais<sup>277</sup>.

Em face disso, o Ministro Gilmar Mendes fez questão de não circunscrever a concepção somente às categorias de direitos por ele aventadas por ocasião da decisão proferida na ADPF n.º 33, tendo entendido que isso poderia limitar de forma inexorável o alcance do instituto. Para tanto, deixou claro que poderá o julgador, na apreciação de casos individualizados, mediante um processo exegético minucioso, encontrar outros dispositivos que se adequem à expressão ‘preceito fundamental’, bastando que haja afronta não só “a um princípio fundamental, tal como assente na ordem constitucional, mas também a regras que confirmam densidade normativa ou significado específico a esse princípio.”<sup>278</sup>.

Diante desse cenário, podemos detectar que a imprecisão da expressão “preceito fundamental” foi uma atitude proposital do legislador, que, optando por um conceito jurídico sem exatidão, permitiu ao julgador adequar a ação constitucional em apreço às realidades sociais incipientes, o que viabiliza o dinamismo constitucional e a evolução da atividade hermenêutica.

Apresentados os atributos primordiais da ADPF, passamos a verificar os pontos que o aproximam e o repelem do RAC.

Em apreciação meramente preambular, admitimos que a finalidade das ações em cotejo, em sentido *lato*, é a “manutenção da ordem jurídica constitucional”<sup>279</sup>.

---

<sup>276</sup> NERY JR., Nelson - **Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor**. p. 1478.

<sup>277</sup> TAVARES, André Ramos - **Tratado de arguição de preceito fundamental**. p. 34.

<sup>278</sup> MENDES, Gilmar relat. – **Acórdão do Supremo Tribunal Federal na ADPF n.º 33-MC/2003**, de 10 de dezembro [Em linha]. Pleno. [Consult. 28 Dez. 2019]. Disponível em <https://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/en/Resolucion/Show/2466>.

<sup>279</sup> SARMENTO, Daniel - **Apontamentos sobre a arguição de descumprimento de**

Noutro turno, Zeno Veloso identifica que o mais notório ponto de convergência entre os dois remédios relaciona-se à limitação imposta quanto à admissibilidade dos mesmos, em especial no que toca ao objeto (DF x preceitos fundamentais) ou no que atine à natureza subsidiária das ações.<sup>280</sup> Acerca dessa afirmação, ousamos afirmar, com o devido respeito aos seus defensores, que as duas similitudes apontadas constituem justamente pontos de assimetria entre o RAC e a ADPF.

No que tange à subsidiariedade, o autor, em sua perquirição, acabou confundindo características que, embora homônimas, nem de longe representam os mesmos fins.

Com efeito, a subsidiariedade atrelada ao RAC, como nós explicitamos no capítulo pretérito, vincula-se à obrigatoriedade de exaurimento das instâncias judiciais para que o instrumento possa alcançar a competência de julgamento do TC (salvo, como vimos, as exceções que permitam a impetração direta do amparo nessa Corte).

Em outro extremo, quando se refere à subsidiariedade da ADPF, traz-se à baila seu caráter residual, isto é, sua utilização somente após esgotamento de todos os demais meios existentes para proteção a lesões de preceitos fundamentais. É o que se denota da literalidade do art. 4º, § 1º, da Lei n.º 9.882/99, que estatui que “não será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade”. Em distintas palavras, quando se trata da natureza subsidiária da ADPF, não se leva em conta se houve apreciação pretérita do pleito por outras instâncias, mas unicamente se existem outros meios jurídicos hábeis a garantir a pretensão do autor.

Outra distinção que salta aos olhos refere-se à natureza dos direitos amparados pelos instrumentos em confronto.

Com efeito, a expressão ‘preceitos fundamentais’, como vimos, exacerba os limites atrelados a direitos e garantias fundamentais, o que, por si só, já desvirtua a natureza jurídico-protetiva que se espera do amparo, enquanto ação constitucional de defesa.

---

**preceito fundamental.** p. 88.

<sup>280</sup> VELOSO, Zeno - *Op. Cit.* p. 305-306.

Ademais, a ADPF, por expressa disposição legal, é cabível “quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição” (art. 1º, inciso I, da Lei n.º 9.882/99), ou seja, pode ser utilizado como instrumento de ataque a leis *stricto sensu*. Nesse campo, apesar de se aproximar da queixa alemã<sup>281</sup>, repele-se do amparo espanhol, que, por força do art. 42 da LOTCE<sup>282</sup>, somente alcança os atos parlamentares sem força normativa.

Por fim, o elemento que mais repele as ações comparadas é a legitimidade para sua interposição.

O RAC, como amplamente ressaltado alhures, é uma ação que tem como propósito permitir ao cidadão chegar ao TC para recompor um vitupério a um direito ou garantia fundamental de sua titularidade, seja depois de esgotarem vias judiciais ordinárias, seja por acesso direto, nas excepcionalidades previstas na legislação de cada país.

A ideia originária da ADPF era dar essa mesma garantia aos cidadãos. Tanto é que a redação originária da Lei n.º 9.882/99 previa, no art. 2º, inciso II, como legitimado para propor ADPF, qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público<sup>283</sup>. Esse dispositivo foi vetado pelo Presidente da República, pelos seguintes motivos:

“A disposição insere um mecanismo de acesso direto, irrestrito e individual ao Supremo Tribunal Federal sob a alegação de descumprimento de preceito fundamental por ‘qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público’. **A admissão de um acesso individual e irrestrito é incompatível com o controle concentrado de legitimidade dos atos estatais – modalidade em que se insere o instituto regulado pelo projeto de lei sob exame.** [...] Dúvida não há de que a viabilidade funcional do Supremo Tribunal Federal consubstancia um objetivo ou princípio implícito da ordem constitucional, para cuja máxima eficácia devem zelar os demais poderes e as normas infraconstitucionais. De resto, **o amplo rol de entes legitimados para a promoção do controle abstrato de normas inscrito no art. 103 da Constituição Federal assegura a veiculação e a seleção qualificada das questões constitucionais de maior relevância e consistência, atuando como verdadeiros agentes de representação social e de assistência à cidadania.** [...] Afigura-se correto supor, portanto, que a existência de uma pluralidade de entes social e juridicamente legitimados para a promoção de controle de constitucionalidade – sem prejuízo do acesso individual ao controle difuso – torna desnecessário e pouco

---

<sup>281</sup> DANNEMAN, Gerhard - *Constitutional Complaints: The European Perspective*. p. 148.

<sup>282</sup> LEY ORGÁNICA del Tribunal Constitucional da Espanha: Ley n.º 2/1979, de 3 de outubro. **BOE n.º 239** (05/10/1979). p. 23.186-23.195.

<sup>283</sup> Os itens vetados podem ser encontrados em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/Mensagem\\_Veto/1999/Mv1807-99.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/Mensagem_Veto/1999/Mv1807-99.htm).

eficiente admitir-se o excesso de feitos a processar e julgar certamente decorrentes de um acesso irrestrito e individual ao Supremo Tribunal Federal. Na medida em que se multiplicam os feitos a examinar sem que se assegure sua relevância e transcendência social, o comprometimento adicional da capacidade funcional do Supremo Tribunal Federal constitui inequívoca ofensa ao interesse público. Impõe-se, portanto, seja vetada a disposição em comento.<sup>284</sup> (**grifo nosso**)

Resta claro, diante das razões acima expostas, que a intenção do legislador de criar uma ação constitucional que servisse como canal de acesso direto do cidadão ao STF, amparando violações a direitos diversos, imergiu pela vontade política do então Presidente da República, Fernando Henrique Cardoso, que intuía, em verdade, apenas a instituição de mais um modelo processual de controle concentrado de constitucionalidade.

Em outras palavras, inadmitiu-se participação democrática na ADPF, tendo sido subtraída do cidadão comum a habilitação para requerer proteção a um direito próprio violado. Preferiu o legislador delimitar a legitimidade ativa para aqueles a que o art. 103 da CRFB<sup>285</sup> deferiu competência para interpor ADIN e ADECON.

Desta feita, a possibilidade da ADPF operar como amparo é absolutamente inviável, tendo em vista que somente alguns poucos privilegiados detêm a prerrogativa de provocar a apreciação individualizada do STF por maculação a preceito fundamental. Outra vez, restou o particular renegado do sistema constitucional de defesa.

---

<sup>284</sup> PRESIDÊNCIA da República - [Em linha]. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/Mensagem\\_Veto/1999/Mv1807-99.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/Mensagem_Veto/1999/Mv1807-99.htm).

<sup>285</sup> "Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

I - o Presidente da República;

II - a Mesa do Senado Federal;

III - a Mesa da Câmara dos Deputados;

IV - a Mesa de Assembleia Legislativa;

IV - a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;

V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal;

VI - o Procurador-Geral da República;

VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;

IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional." CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil - **Diário Oficial da União**, n.º 191-A, Ano CXXVI (05/10/1988), Seção I, p. 1 e s/s.



### 3.3 Recurso extraordinário

Outro mecanismo judicial elencado como detentor de características congêneres ao RAC é o recurso extraordinário, consignado no art. 102º, inciso III, da CRFB<sup>286</sup>.

Recurso extraordinário é um mecanismo processual impugnativo de decisões proferidas, em única ou última instância, pelos tribunais ordinários (estaduais ou federais, incluindo as Turmas Recursais de Juizados Especiais), quando afrontarem diretamente uma ou mais disposições constitucionais. A competência para seu julgamento é do STF (art. 102, inciso III, da CRFB) e, na prática, funciona como uma última instância recursal para decisões que contrariem o modelo normativo constitucional.

Da exigência de que a prolação judicial ultrajante de dispositivo constitucional seja emitida em última ou única instância por um acórdão de tribunal ou órgão julgador colegiado, denota-se o primeiro elemento de aproximação com o RAC: a subsidiariedade.

Com efeito, em ambos os institutos devem-se exaurir todas as instâncias judiciais úteis (o que exclui os recursos meramente protelatórios) para que se possa submeter o caso à apreciação da Corte com competências Constitucionais. Destacamos, contudo, que não há, no Brasil, previsão de exceções a essa regra como existe na Espanha e na Alemanha, sendo a subsidiariedade uma condição impositiva irretratável à utilização do recurso extraordinário.

Outro item de alinhamento entre os institutos refere-se ao filtro de admissibilidade, que exige a evidenciação de que a matéria que se pretende seja revista pelo Tribunal com competência constitucional abarque interesse público, ou seja, exacerbe o proveito exclusivamente privado das partes, alcançando efeitos sociais.

---

<sup>286</sup> "Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: [...]"

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

a) contrariar dispositivo desta Constituição;

b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;

c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.

d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal. (Incluída pela Emenda Constitucional n.º 45, de 2004)" CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil - **Diário Oficial da União**, n.º 191-A, Ano CXXVI (05/10/1988), Seção I, p. 1 e s/s.

Nesse esteio, como detalhamos, o RAC espanhol exige, como requisito de procedibilidade, ter o imbróglio especial transcendência constitucional, tal qual a queixa alemã requer a demonstração de relevância constitucional fundamental (“*grundsätzliche verfassungsrechtliche Bedeutung*”). No mesmo viés de raciocínio, o legislador brasileiro previu a necessidade de que, no Recurso Extraordinário, o recorrente evidencie a ‘repercussão geral’ das questões constitucionais aventadas (art. 102, § 3º, da CRFB).

Essa condição é uma tendência moderna de todos os recursos constitucionais com fins semelhantes, porquanto tem por fulcro primordial objetivar o processo, evitando que ganhem aparência de mecanismos para defesa exclusiva de interesses privados. Essa abstrativização contribui sobremaneira para a construção de uma ordem constitucional sólida, imune a idiosincrasias e casuísmos que serviriam apenas para abarrotar os tribunais constitucionais de ações, ceifando de forma peremptória a eficiência laboral<sup>287</sup>.

Por óbvio, também no Brasil se faz necessário enfrentar quais matérias possuem repercussão geral, incumbência delegada exclusivamente ao STF, em análise hermenêutica perpetrada na avaliação de cada caso concreto.

Em que pesem as congruências acima delineadas, dois pontos de distinção entre os institutos merecem ser valorados.

O primeiro atrela-se ao objeto de proteção. Enquanto o RAC possui restrição material, resguardando apenas direitos e garantias fundamentais, o recurso extraordinário protege violações genéricas à Constituição, ou seja, a competência do STF alcança, nessa hipótese, prolações judiciais que violem qualquer disposição constitucional, independentemente da natureza do direito violado. É o objeto do Recurso Extraordinário, portanto, deveras mais dilatado que aquele albergado pelo RAC.

---

<sup>287</sup> “O Recurso Extraordinário deixa de ter marcadamente subjetivo ou de defesa de interesse de partes, para assumir, de forma decisiva, a função de defesa da ordem constitucional objetiva. Trata-se de orientação que os modernos sistemas de Corte Constitucional vêm conferindo ao recurso de amparo e ao recurso constitucional. (...) A função do Supremo nos recursos extraordinários – ao menos de modo imediato – não é a de resolver litígios de fulano ou beltrano, nem a de revistar todos os pronunciamentos das Cortes inferiores. O processo entre as partes, trazido à corte via Recurso Extraordinário, deve ser visto apenas como pressuposto para uma atividade jurisdicional que transcende aos interesses subjetivos.” Gilmar relat. Supremo Tribunal Federal – **RE n.º 388.830/STF**, de 10 de março de 2006 [Em linha] – [Consult. 28 Dez. 2019]. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE478410.pdf>.

O segundo se atrela aos atos contra os quais os instrumentos se voltam. Com efeito, o Recurso Extraordinário detém prerrogativa para impugnar exclusivamente acórdãos judiciais, prolatados em última ou única instância por um colegiado. Já o RAC, além de ser hábil a questionar decisões dos órgãos judiciais ordinários, também servem a contestar, como vimos no capítulo antecedente, no ordenamento hispânico, atos legislativos sem força normativa e, em terras germânicas, atos dos Poderes Executivo e Legislativo (inclusive, leis em sentido estrito)<sup>288</sup>.

Nesse quadro comparativo, é possível dizermos que o Recurso Extraordinário não pode ser considerado um xifópago do RAC, em especial por não se ater exclusivamente a DF, o que desnatura a finalidade natural do remédio hispânico-germânico, e por não permitir, nem em casos de iminente risco de lesão a direito, o alcance do particular ao STF sem esgotamento absoluto das instâncias inferiores.

Não obstante, devemos reconhecer ser o Recurso Extraordinário a ferramenta processual brasileira que mais se apropinqua da finalidade pretendida pelo RAC, como bem ensina André Ramos Tavares, *verbis*:

“Ao se conferir ao particular, portanto, uma prerrogativa – praticamente um *munus* público – dele se faz depender o desencadeamento de um controle de legitimidade constitucional das leis em geral, para a tutela de todos os direitos constitucionais, especialmente os direitos fundamentais. Há uma subjetivação do sistema, ou, se quiser, uma humanização, considerando-se mesmo que o Direito está posto não para atender aos problemas abstratamente colocados.”<sup>289</sup>

Diante de todo o exposto, somos da opinião de que o modelo jurídico brasileiro, em contrariedade com a maioria dos sistemas democráticos hodiernos, não contempla a uma ação exclusiva a missão primordial de proteger DF de lesões perpetradas pelo Poder Público.

Sobre isso, o constitucionalista alemão Friedrich Müller, em artigo que sugere dez propostas para reforma do Judiciário brasileiro, vislumbra omissão na tutela de DF no Brasil, sugerindo que a única forma de a suprir é conceber uma ação semelhante à queixa constitucional.<sup>290</sup>

---

<sup>288</sup> DANNEMAN, Gerhard – *Op. Cit.* p. 142-153.

<sup>289</sup> TAVARES, André Ramos - **Perfil Constitucional do Recurso Extraordinário**. p. 9.

<sup>290</sup> MÜLLER, Friedrich - Dez Propostas para a Reforma do Judiciário na República Federativa do Brasil.

Alinhamo-nos, contudo, ao professor José de Melo Alexandrino, que defende que, no modelo jurídico brasileiro, embora não exista previsão de um remédio para defesa exclusiva de DF, “o Supremo Tribunal Federal declara como sua visão do futuro ser reconhecido como Corte Constitucional, referência na garantia dos direitos fundamentais, na moderação dos conflitos da Federação e na gestão administrativa”<sup>291</sup>.

Não negamos que o caminho percorrido pelo controle de constitucionalidade em múltiplas nações europeias, em especial com a implementação de ações constitucionais de defesa de DF, demonstra empiricamente que permitir ao cidadão comum acessar o TC os torna verdadeiros “*guardianes de la Ley Fundamental*”<sup>292</sup>, além de contribuir efetivamente para que o Tribunal Constitucional seja alçado à condição do que Häberle denominou de ‘tribunal cidadão’<sup>293</sup>.

Porém, entendemos que os mecanismos processuais existentes no ordenamento jurídico brasileiro, agindo de forma integrada, bem amparam a proteção aos DF, em alguns momentos evitando abusos contra a liberdade de ir e vir, em outros amparando direitos líquidos e certos, ou em alguns garantindo, ao contrário do que ocorre em Portugal, que o cidadão possa chegar a Corte Suprema, através de um recurso de natureza extraordinária, contra decisões judiciais que tenham ferido frontalmente direitos constitucionalmente consagrados.

Talvez seja esse o motivo pelo qual não se ouve falar, em terra tupiniquim, na formação de um movimento organizado e consistente, seja na doutrina ou na jurisprudência, que propugnasse por uma reforma constitucional contemplativa do RAC. Ao que parece, a comunidade jurídica está satisfeita com os mecanismos brasileiros vigentes, o que não deve, contudo, imobilizar perpetuamente a legislação, tendo em vista que se faz essencial a associação constante das normas ao dinamismo social.

---

**Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica.** ISSN 1678-1864. Vol. 1, n.º 3 (2005). p. 27–36.

<sup>291</sup> ALEXANDRINO, José de Melo - **Sim ou não ao recurso de amparo**. p. 489.

<sup>292</sup> LIMBACH, Jutta - *Función y significado del recurso constitucional en Alemania*. p. 67-89.

<sup>293</sup> HÄBERLE, Peter – *Op. Cit.* p. 132

## CONCLUSÃO

Qualquer ofensa às disposições constitucionais deve gerar preocupação não só ao diretamente ofendido, mas também a todas as autoridades estatais que possuam o dever legal e moral de manter a soberania e a consistência do modelo democrático. A repercussão releva ainda mais atenção quando se dá por ato emanado do próprio Poder Público, pois decorre justamente daquele a quem incumbiria dar o exemplo cumprindo os mandamentos constitucionais, o que demanda a criação de mecanismos processuais que sejam capazes não só de reverter esse tipo de ato lesivo, mas de coibir sua repetição.

O RAC, como constatamos ao longo deste projeto monográfico, surge justamente como resposta às intrusões ilegítimas do Estado na esfera privada dos particulares, em especial com relação a um rol prestigiado de direitos, merecedor de tutela diferenciada, que são os fundamentais. Além dessa função primordial, também contribui para que os TC não sirvam apenas como fiscais de conformação de normas, em nítida atuação legislativa negativa, o que o afasta de sua função típica, mas se elevem à condição de verdadeiros tribunais cidadãos.

Ao apreciar as experiências do RAC na Espanha e na Alemanha, percebemos que esse instituto de natureza extraordinária não se limita a ser um simples canal de diálogo do cidadão comum com o TC, mas constitui, em amplo espectro, verdadeiro estabilizador de litígios, pois permite a administração da justiça e a repressão de ultrajes à legalidade democrática.

Nesse esteio, a queixa constitucional, bem como seu símil hispânico, apesar de todas as limitações surgidas ao longo da estabilização dos institutos, como a sobrecarga dos respectivos TC, tem exercido papel indispensável na proteção de DF, representando, atualmente, como vimos, a maior parte das demandas daquelas Cortes. Ademais, não verificamos qualquer tipo de conflito de competência com a fiscalização de constitucionalidade estatuída nos países em análise, o que comprova empiricamente a íntegra compatibilização dos dois modelos protetivos, cada qual dentro de suas esferas de atuação.

Esperamos que a análise perpetrada tenha sido suficiente a constatar que a criação de filtros materiais (como a especial transcendência constitucional ou a relevância jurídico-constitucional fundamental), além da própria subsidiariedade, têm se demonstrado suficientes a conter o uso abusivo do instituto, evitando sua disfuncionalidade. Tanto é que, na Espanha, como salientamos, no ano de 2018, praticamente nove a cada dez RAC interpostos foram inadmitidos, o que comprova a eficiência do sistema de controle de causas impertinentes.

Porém, mesmo diante de todas essas constatações, restou-nos translúcido que a maioria da doutrina portuguesa nutre ojeriza à ideia de incorporar ao ordenamento nacional um remédio análogo ao amparo, o que é acompanhado pelo legislador, que, nas Revisões Constitucionais de 1989, 1997 e 2004, também se posicionou pela renegação do instituto.

Posicionamo-nos na sentido oposto. Nesse contexto, nos propusemos, ao longo do segundo capítulo, a impugnar ponto a ponto os argumentos dos detratores do amparo.

Não nos convence, sobremaneira, a ideia de que, em Portugal, o sistema de fiscalização de constitucionalidade, aliado a outros mecanismos processuais (como a figura do Provedor de Justiça, o direito de petição, o processo de intimação no âmbito administrativo, dentre outros) sejam suficientes à tutela integral de DF.

Nesse sentido, duas questões medulares, não refutadas nem mesmo por aqueles que repudiam o RAC, servem para sintetizar essa posição: (i) a recorribilidade ao TCP, cabível ao particular, mesmo com o louvável propósito de dilatar a competência dessa Corte, atribuindo acepção funcional às normas jurídicas, está adstrita a decisões dos tribunais que neguem a aplicabilidade de normas com fulcro na sua inconstitucionalidade; (ii) inexistente uma ação autônoma única que resguarde integralmente os DF, sendo necessária a reunião de diversos penduricalhos para garantir, em alguma magnitude, uma tutela efetiva.

No modelo constitucional português, o controle judicial se adstringe especificamente a normas, não concernindo a ele o reexame meritório de decisão judicial. Ocorre que isso impede que injustiças latentes, prolatadas em decisões judiciais

violadoras de DF, sejam revistas no mérito pelo TCP. Nesta hipótese, ao particular resta somente resignar-se e lamentar-se pela ineficiência do sistema que lhe é oferecido pelo Estado.

É importante ressaltarmos, quanto a esse ponto, que circunscrever o asilo dos DF exclusivamente a tribunais sem competência constitucional naturalística, por meio do controle concreto de constitucionalidade ou, obliquamente, através do ReCon, além de violar o conteúdo material dos direitos dessa natureza, impulsiona, a largos passos, o distanciamento já exasperado entre cidadãos e o TCP.

Diante disso, evidencia-se latente a indispensabilidade de, novamente, se debater a operacionalidade do sistema português vigente e sua reformulação. Como elucidado no desenvolvimento do presente projeto, sugerimos o RAC como solução ideal às lacunas apresentadas, entendendo que ele seria suficiente à implantação de uma fidedigna cultura de direitos fundamentais, na qual seria possível materializar um ideal verdadeiramente democrático.

Nesse viés, entendemos que o RAC é juridicamente hábil a estreitar a via de ligação entre o cidadão comum e o TCP, o que assegurará não só a aplicação esmerada de direitos fundamentais, mas da própria Constituição como um todo. É medida que se impõe garantir aos particulares hipossuficientes uma ação constitucional autônoma, que lhe permita não só resguardar a generalidade de direitos fundamentais, mas combater arbitrariedades de magistrados que, por ativismo judicial ou vício hermenêutico, ignoram direitos fundamentais.

Rogamos, por conseguinte, para que, em uma próxima Revisão Constitucional, seja o constituinte iluminado a acrescer esse remédio que será de grande valia à sociedade portuguesa, quando somente então será possível asseverar ter-se concretizado o princípio da aplicabilidade direta, previsto no art.º 18, n.º 1, da CRP, primeiro passo para a edificação de um legítimo tribunal cívico.

Noutro turno, cientes de que o debate precisa ser ecumênico, mas as soluções devem ser particularizadas, adaptadas às peculiaridades e idiosincrasias do caso concreto, no Brasil, entendemos pela desnecessidade de implementação de um

mecanismo com as características do amparo hispânico ou da queixa constitucional alemã, conforme anotamos no terceiro capítulo.

O Brasil possui um cenário jurídico distinto de Portugal. Com efeito, naquele, através do Recurso Extraordinário, apesar de seu objeto não se restringir exclusivamente a DF, é possível impugnar o mérito de decisões judiciais, alcançando o STF, que é a Corte brasileira com competências constitucionais. Por óbvio, tal qual nos congêneres europeus, é necessário que se demonstre tenha o recurso relevância constitucional (repercussão geral), o que serve para objetivar o procedimento, abstratizando a natureza do mecanismo.

Em nosso singelo entendimento, o Recurso Extraordinário, aliado a outros institutos de defesa contra violações a direitos, tal qual o MS e a ADPF, são suficientes a garantirem a defesa dos particulares contra abusos ilegítimos advindos do Poder Público.

De todo o exposto, afigura-se que, independentemente dos meios processuais utilizados, sejam os DF não só blindados, mas exaltados, enquanto elementos basilares para a proteção concreta dos indivíduos e limitantes à atuação abusiva do Estado. Jamais poderemos admitir seja a dignidade da pessoa humana colocada em risco, princípio que somente sobrevive mediante a atuação efetiva de um Tribunal Constitucional que foque, verdadeiramente, na tutela jusfundamental dos cidadãos.



## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUILAR, Francisco - Direito ao recurso, graus de jurisdição e celeridade processual. In **O Direito**, n.º 138. Coimbra:Almedina, 2006. ISBN 9789724028156.

ALBANESE, Susana - *El Amparo Internacional*. Buenos Aires: Editorial Ediar, 2012. ISBN 978-9505743445.

ALEXANDRINO, José Alberto de Melo - **A estruturação dogmática do sistema de direitos, liberdades e garantias na constituição portuguesa: a construção dogmática**. Coimbra: Almedina, 2006. ISBN 9789724029719.

\_\_\_\_\_ - O papel dos tribunais na protecção dos direitos fundamentais dos cidadãos. In **O Direito**. Lisboa: Typ. Lisbonense, 2011. ISBN: 9789724044446. p. 865-883.

\_\_\_\_\_ - Sim ou não ao recurso de amparo. **Revista Julgar**. Coimbra: Coimbra Editora. ISSN 1646-6853. N.º 11 (maio/agosto 2010). p. 44-57.

ARISTÓTELES - **A Política**. São Paulo: Martins Fontes, 1998. ISBN 978-8572836128.

BALAGUER CALLEJÓN, Francisco - *Manual de Derecho Constitucional*. 2ª ed. Madri: Tecnos, 2005. p. 242. ISBN 9788430942961.

BICKEL, Alexander M. - *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*. Yale: Yale University Press, 1986, ISBN 978-0300032994

BLASCO SOTO, Carmen – *El Recurso de Amparo contra Leyes em España*. **Revista de Derecho**. Valdivia: Universidad Austral de Chile. ISSN 0718-0950. Vol. 12, n.º 1 (Ago. 2001). p.157-177.

BONAVIDES, Paulo - **Curso de Direito Constitucional**. 22. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. ISBN 9788574209951.

BOTELHO, Catarina Santos - Haja uma nova jurisdição constitucional. **Revista da Ordem dos Advogados**. Coimbra: Almedina. ISSN 0870-8118. Ano 70, Vol. I/IV (2010). p. 591-623.

---

\_\_\_\_\_ – **A tutela Directa dos Direitos Fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2010. ISBN 9789724041063.

BRITO, Wladimir - Um balanço da Constituição de 92. **Revista Direito e cidadania**. [s.l.]. ISSN 2182-8695. Ano 3, n.º 7 (Jul-Out 1999). p. 13-30.

BUENO, Cássio Scarpinella - **Mandado de segurança – Comentários às Leis 1.533/51, 4.348/64 e 5.021/66**. 2.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004. ISBN 9788502047846.

BUZUID, Alfredo - Juicio de amparo e mandado de segurança. (Contrastes e confrontos). **Revista Da Faculdade de Direito, Universidade De São Paulo** [Em linha]. Vol. 56, n.º 1. (1961). p. 172-231. Disponível em <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66387>.

CAAMAÑO DOMINGUEZ, Francisco - *El recurso de amparo y la reforma peyorativa de derechos fundamentales: El denominado contra-amparo*. **Revista Española de Derecho Constitucional**. Espanha: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. ISSN 0211-5743. Ano 16, n.º 47 (Mai-Ago,1996). p. 125-153.

CARRILLO LÓPEZ, Marc - *La tutela de los derechos fundamentales por los tribunales ordinarios*. Madri: Boletín Oficial del Estado, 1995. ISBN 9788434008298.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes - Acesso à Justiça Constitucional: Conferência das Jurisdições Constitucionais Dos Países de Língua Portuguesa [Em linha]. In **Seminário Internacional o Acesso à Justiça Constitucional**. Luanda: [s.n.], junho de 2011. p. 3. Disponível em [http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/portalStfNoticia\\_pt\\_br/anexo/Sintese\\_das\\_apreciacoes\\_Seminario\\_Angola\\_2011.pdf](http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/portalStfNoticia_pt_br/anexo/Sintese_das_apreciacoes_Seminario_Angola_2011.pdf).

---

\_\_\_\_\_ - **Brançosos e Interconstitucionalidade: Itinerários dos Discursos sobre a Historicidade Constitucional**. 1ª ed. Coimbra: Almedina, 2006. ISBN 9789724027432.

\_\_\_\_\_ ; MOREIRA, Vital - **Constituição da República Portuguesa Anotada**. Coimbra: Imprensa, 1984. ISBN 9789723214644.

\_\_\_\_\_ - **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003. ISBN 9789724021065.

\_\_\_\_\_ - Para uma teoria pluralística da jurisdição constitucional no Estado Constitucional Democrático português. **Revista do Ministério Público**. Lisboa: Sindicato dos Magistrados do Ministério Público. ISSN 978-972-9363-11-5 Ano 9.º, n.ª 33 e 34 (1988). p. 9-27.

CORDÓN MORENO, Faustino - **El Proceso de amparo constitucional**. 2ª ed. Madri: La Ley, 1992. ISBN 9788490996980.

CORREIA, Fernando Alves - A Justiça Constitucional em Portugal e em Espanha - Encontros e Divergências. **Revista Jurídica da Universidade de Santiago de Compostela**. Santiago de Compostela: Universidade de Santiago de Compostela. ISSN 1132-9947. Vol. VII, n.º 2 (1998). p. 63-64.

COSTA, J. M. Cardoso - **A Jurisdição Constitucional em Portugal**. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2007. ISBN 9789724032535.

CRUZ VILLALÓN, Pedro - *Sobre el amparo*. **Revista Española de Derecho Constitucional**. Espanha: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. ISSN 0211-5743. Ano 14, n.º 41 (1994). p. 9-23.

DANNEMAN, Gerhard - Constitutional Complaints: The European Perspective. **International & Comparative Law Quarterly Magazine**. Cambridge: Cambridge University Press. ISSN 0020-5893. Vol. 43, n.º 1 (Jan. 1994), p. 142-153.

DE ARAÚJO, Antonio; PEREIRA, J. A. Teles – A Justiça Constitucional nos 30 Anos da Constituição Portuguesa: Notas para uma Aproximação Ibérica. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**. ISSN 1678-9547. N.º 10 (jul./dez. 2007). P. 21-39.

- DÍEZ PICAZO, Luis Maria - *Dificultades prácticas y significado constitucional del recurso de amparo*. **Revista Española de Derecho Constitucional**. Espanha: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Ano 14, n.º 40 (1994). p. 9-37. p.11.
- ESPÍN TEMPLADO, Eduardo – *Los Recursos constitucionales*. In **A experiência constitucional (1978-2000)**. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (España), 2000. ISBN 84-259-1112-5. p. 459-488.
- FERNANDÉZ SEGADO, Francisco - *La Jurisdiccion Constitucional en España*. Madrid: Dykinson, 1997. ISBN 9788486133054.
- FIGUERUELO BURRUEZA, Angela - *El Recurso de Amparo: Estado de la Cuestión*. Madrid: Biblioteca Nueva, 2001. ISBN 9788470309083.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor - *Latinoamérica: constitución, proceso y derechos humanos*. México: UDUAL-Porrúa, 1988. ISBN 9789688421499.
- GARLICKI, Lech - *Constitutional courts versus supreme courts*. **International Journal of Constitutional Law**. Oxford: Oxford University. ISSN 1474-2640Vol. 5, n.º.1 (Jan 2007). p. 44-68.
- GOMES, Carla Amado - **Pretexto, contexto e texto da intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias**. Coimbra: Almedina, 2003. ISBN 972-40-2029-0.
- HÄBERLE, Peter - O recurso de amparo no sistema germânico de justiça constitucional. **Revista Direito Público**. Porto Alegre: Imprensa. ISSN 1806-8200. Ano 1, n.º 2 (Out.-Dez. 2003). p. 83-137.
- KELSEN, Hans - **Teoria Pura do Direito**. 9ª ed. (tradução: José Cretella Júnior). Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2009. ISBN 978-85-203-4909-0.
- LENZA, Pedro - **Direito Constitucional Esquematizado**. 15ª Ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2011. ISBN 8502627511.
- LIMBACH, Jutta - *Función y significado del recurso constitucional en Alemania*. **Cuestiones Constitucionales**. ISSN 1405-9193. N.º 3 (jul-dez. de 2000). p. 67-89.

- LOEWENSTEIN, Karl - *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Editorial Ariel, 2018. 978-8434427686.
- LOCKE, John - **O Segundo Tratado sobre o Governo Civil**. Petrópolis: Ed. Vozes, 1994. ISBN 85-326-1240-7.
- LÓPEZ GUERRA, Luis - *Las sentencias básicas del Tribunal Constitucional*. 2ª ed.. Madrid: BOE - *Centro de Estudios Políticos y Constitucionales*, 2000. p. 29. ISBN 9788434012332.
- MARTÍNEZ PARDO, Vicente José - *El recurso de amparo constitucional – Consideraciones generales*. **Revista Internauta de Prática Jurídica** [Em linha]. ISSN 1139-5885. N.º 8 (Jul./Dez. 2001). [Consult. 15 Mar. 2017]. Disponível em <https://pt.scribd.com/document/139430999/El-Recurso-de-Amparo-Ante-El-T-C>.
- MEDEIROS, Rui - **A decisão de inconstitucionalidade**. Lisboa: Universidade Católica, 1999. ISBN: 9720054000054.
- MEIRELLES, Hely Lopes – **Mandado de Segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, “habeas corpus”**. 19ª Ed.. São Paulo: Malheiros. ISBN 9788574208756.
- MIRANDA, Jorge - **Manual de Direito Constitucional - Tomo VI - Inconstitucionalidade e Garantia da Constituição**. 4ª ed. Coimbra Editora: Coimbra. 2013. ISBN 9789723221183.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de - **Do Espírito das Leis**. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004. ISBN 978-8533621152.
- MORAES, Alexandre de - **Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais: garantia suprema da constituição**. São Paulo: Atlas, 2000. ISBN 8522426945.
- MORAIS, Carlos Blanco de - **Justiça Constitucional - Tomo II**. 2ª ed. Coimbra Editora: Lisboa. 2011. ISBN 9789723219234.
- MOREIRA, Vital - A fiscalização concreta no quadro do sistema misto de justiça

constitucional. **Boletim da Faculdade de Direito**. Coimbra: Universidade de Coimbra. ISSN 0303-9773. V. Extra Comemorativo do 75.º Tomo (2003). p. 815-848.

MÜLLER, Friedrich - Dez Propostas para a Reforma do Judiciário na República Federativa do Brasil. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**. ISSN 1678-1864. Vol. 1, n.º 3 (2005). p. 27–36.

MUNGUBA, Filipe Ferreira - **A queixa constitucional alemã como mecanismo de proteção dos direitos e garantias fundamentais** [Em linha]. [Consult. 15 Mar. 2017]. João Pessoa: Conteúdo Jurídico, 2016. Disponível em <https://conteudojuridico.com.br/artigo,a-queixa-constitucional-alema-como-mecanismo-de-protecao-dos-direitos-e-garantias-fundamentais,55653.html>.

NABAIS, José Casalta - **Os Direitos Fundamentais na Constituição portuguesa**. Coimbra: Almedina, 2012. ISBN 978-9724046693.

NERY JR., Nelson - **Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor**. Imprensa: São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002. ISBN 8520322131.

NOBRE JÚNIOR, Edílson Pereira - **Direitos fundamentais e arguição de descumprimento de preceito fundamental**. Porto Alegre: Fabris, 2004. ISBN 8575252615.

NOVAIS, Jorge Reis - **Direitos Fundamentais: Trunfos contra a Maioria**. Coimbra: Ed. Coimbra, 2006. ISBN 9789723214451.

---

\_\_\_\_\_ - Em Defesa do Recurso de Amparo Constitucional (ou uma Avaliação Crítica do Sistema Português de Fiscalização Concreta da Constitucionalidade). **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa**. Lisboa: Themis. ISSN 0870-3116. Ano VI, n.º 10 (2005). P. 90-105.

NUNES, José de Castro - **Do mandado de Segurança e de outros meios de defesa contra atos do poder público**. 7.ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. ISBN 85-224-3352-6.

OSPEDRA NAVAS, F. J - *Justicia constitucional y procesos constitucionales*. Madrid: Civitas-Thomson Reuters, 2011. ISBN 978-84-470-3701-8.

OTERO, Paulo - **Direito Constitucional Português** - Vol. I — Identidade constitucional. Coimbra: Almedina, 2010. ISBN 9724041492.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio - *Curso de derechos fundamentales: teoría general*. Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 1995. ISBN 9788434008144.

PEREZ TREMPS, Pablo - *La justicia constitucional en la actualidad* - especial referência à América Latina. **Revista Brasileira de Direito Constitucional** [Em linha]. ISSN 1983-2303. N.º 1 (jan/jun 2003). [Consult. 27 Mar. 2017]. Disponível em [https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwjOmNOKkqDTAhWDgJAKHR2VAAIQFggoMAA&url=http%3A%2F%2Fesdc.com.br%2Fseer%2Findex.php%2Frbdc%2Farticle%2Fdownload%2F21%2F22&usg=AFQjCNFjZql58YwSa6fsdpYkDNMgaY4-Zw&sig2=ibhiPl\\_2R2OC37i4oKi8GQ](https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwjOmNOKkqDTAhWDgJAKHR2VAAIQFggoMAA&url=http%3A%2F%2Fesdc.com.br%2Fseer%2Findex.php%2Frbdc%2Farticle%2Fdownload%2F21%2F22&usg=AFQjCNFjZql58YwSa6fsdpYkDNMgaY4-Zw&sig2=ibhiPl_2R2OC37i4oKi8GQ).

\_\_\_\_\_ - *El recurso de amparo en el ordenamiento español*. **Revista de Jurisprudencia y Doctrina**. [s.l.]. ISSN 2255-1824. Año I, n.º 2 (agosto-diezembre 2005). p. 13-35.

PIÇARRA, Nuno - **A separação de poderes como doutrina e como princípio constitucional**. Coimbra: Imprensa. ISBN: 9723203731.

PIEDRA QUESADA, Vinício – *Edición facsimilar del manuscrito original de la Constitución Política de la República de Costa Rica de 1949* [Em linha]. [Consult. 22 jun. 2019]. 1ª ed. San José: Imprensa Nacional, 2017. Disponível em [https://www.imprentanacional.go.cr/editorialdigital/libros/historiaygeografia/manuscrito\\_cpqr\\_edincr.pdf](https://www.imprentanacional.go.cr/editorialdigital/libros/historiaygeografia/manuscrito_cpqr_edincr.pdf).

RAMÍREZ AGUDELO, Martín - *El recurso de amparo y el Tribunal Constitucional Español: Estudio sobre la tutela procesal cualificada de protección de los derechos fundamentales en el país ibérico*. **Ratio Juris** [Em linha]. Medellín: Universidad

Autónoma Latinoamericana. ISSN 2619-4066. Vol. 1, Núm. 3 (Jul-Dez, 2005).  
Disponível em  
<https://servicios.unaula.edu.co/ojs/index.php/ratiojuris/article/view/275/254>

ROBLES MORCHON, Gregorio - *Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad en la sociedad actual*. Madrid: Civitas, 1992. ISBN 9788447000593.

ROSÁRIO, Pedro Trovão do - O Recurso Constitucional de Amparo. **Jurismat**, Portimão [Em linha]. ISSN 2182-6900. N.º 1 (Out 2012). [Consult. 15 Mar. 2017]. Disponível em <https://core.ac.uk/download/pdf/48579447.pdf>.

RUBIO LLORENTE, F. - O apelo à proteção constitucional. In *Estudios sobre jurisdicción constitucional*. Imprenta: Madrid, McGraw-Hill, 1998. ISBN: 8448111710. p. 32

SARMENTO, Daniel - **Apontamentos sobre a arguição de descumprimento de preceito fundamental**. São Paulo: Atlas, 2001. ISBN 9788502061163.

SOUZA NETO, José Eugenio do Amara - **Recurso ordinário constitucional em processo civil**. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2013. 149 f. Dissertação de Mestrado em Direito Processual.

TAVARES, André Ramos - **Perfil Constitucional do Recurso Extraordinário**. São Paulo: Celso Bastos, 1998. ISBN 978-85-02-17037-7.

\_\_\_\_\_ - **Tratado de arguição de preceito fundamental**. São Paulo: Saraiva, 2001. ISBN 8502033131.

VÁZQUEZ GÓMEZ-BISOGNO, Francisco - *El Acta Constitutiva y de reformas de 1847. Un ejemplo de control constitucional de leyes locales en el México del siglo XIX*. **Ars Iuris**. Cidade do México: Facultad de Derecho Universidad Panamericana. ISSN 0188-5782. N.º 41 (2009). p. 229-241.

VELOSO, Zeno - **Controle jurisdicional de constitucionalidade: atualizado conforme as Leis 9.868 de 10.11.1999 e 9.882 de 03.12.1999**. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. ISBN 8573083387.



WOLSCHNIK, Jan; MARTINS, Leonardo - **Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Berlim: Konrad-Adenauer Stiftung, 2005. ISBN 9789974794214.

#### **FONTES DOCUMENTAIS:**

CÓDIGO de Processo nos Tribunais Administrativos: Lei n.º 15/2002. **Diário da República** n.º 45/2002, Série I-A (22-02-2002). p. 1422 – 1457.

CONSTITUIÇÃO Política do Império do Brasil. **4º Livro de Leis da Secretaria de Estado dos Negocios do Imperio do Brazil, Alvarás e Cartas Imperiaes**. p. 17-28 (22/04/1824).

CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da União**, n.º 191-A, Ano CXXVI (05/10/1988), Seção I, p. 1 e s/s.

CONSTITUIÇÃO da República dos Estados Unidos do Brasil. **Diário Oficial da União**, s/n, (16/07/1934), Seção I - suplemento, p. 1 e s/s.

CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa. **Diário da República**, n.º 86, Série I, Parte A (10/04/1976).

ESPAÑA, Tribunal Constitucional de - *Estadísticas jurisdiccionales - Datos comparados (2014-2018)* [Em linha]. Madri: Imprenta Nacional del Boletín Oficial del Estado, 2018. Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.es/es/memorias/Estadisticas/ESTADISTICAS-2018.pdf>.

LEY ORGÁNICA del Tribunal Constitucional da Espanha: Ley n.º 2/1979, de 3 de outubro. **BOE n.º 239** (05/10/1979). p. 23.186-23.195.

LEI ORGÂNICA do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha  
(*Bundesverfassungsgerichtsgesetz*) – *Bundesgesetzblatt*, I, n.º 45 (19/08/1993). p.  
1473-1487.

LEI N.º 7.701/88. **Diário Oficial da União**. Seção 1 (22.12.1988). p. 25.105.

LEI N.º 9.882/99, **Diário Oficial da União**, Seção 1 (6.12.1999). p. 2.

PROJECTO de Revisão Constitucional n.º 4/VII - **Diário da Assembleia da República II Série**, N.º 27 (07-03-96). p. 484-512.

PROJECTO de Revisão Constitucional n.º 6/IX - **Diário da Assembleia da República II Série**, N.º 2 (14-01-2004). p. 24-73.

PROJECTO de Revisão Constitucional n.º 8/VII - **Diário da Assembleia da República II Série**, N.º 6 (13-01-2011). p. 2-32.

## **FONTES JURISPRUDENCIAIS**

ALMEIDA, Luís Nunes de relat. - **Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 674/1999**  
[Em linha]. Processo n.º 24/97, 2ª Secção. [Consult. 23 Dez. 2019]. Disponível em  
<https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19990674.html>.

AMARAL, Maria Lúcia relat. - **Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 185/20010**  
[Em linha]. Processo n.º 826/2008, 3ª Secção. [Consult. 23 Dez. 2019]. Disponível  
em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20100185.html>.

ANTÓN, Tomás Salvador Vives relat. - **Acórdão do Tribunal Constitucional Espanhol n.º 173/2002**, de 9 de outubro [Em linha]. Processo n.º 3644/1999, Sala Segunda.  
[Consult. 15 Abr. 2019]. Disponível em  
<https://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/en/Resolucion/Show/4709>.

BAAMONDE, María Emilia Casas relat. - **Acórdão do Tribunal Constitucional Espanhol n.º 112/2004**, de 12 de julho [Em linha]. Processo n.º 2685/2001, Sala Primeira [Consult. 15 Abr. 2019]. Disponível em <https://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/en/Resolucion/Show/5117>.

BEREJO, Álvaro Rodríguez relat. - **Acórdão do Tribunal Constitucional Espanhol n.º 27/1997**, de 11 de fevereiro [Em linha]. Processo n.º 1526/1995, Sala Primeira. [Consult. 23 Dez. 2019]. Disponível em <https://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/en/Resolucion/Show/3292>.

BEREJO, Álvaro Rodríguez relat. - **Acórdão do Tribunal Constitucional Espanhol n.º 139/1995**, de 26 de setembro [Em linha]. Processo n.º 83/1994, Sala Primeira. [Consult. 15 Abr. 2019]. Disponível em <https://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/en/Resolucion/Show/2993>.

CANTÓN, Gloria Begué relat. - **Acórdão do Tribunal Constitucional Espanhol n.º 193/1987**, de 9 de dezembro [Em linha]. Processo n.º 385/1986, Sala Segunda [Consult. 20 Jun. 2019]. Disponível em <https://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/en/Resolucion/Show/925>.

CAUPERS, João Pedro relat. - **Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 648/2014** [Em linha]. Processo n.º 845/14, 1ª Secção. [Consult. 23 Dez. 2019]. Disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20140648.html>.

COSTA, Tavares da relat. - **Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 74/2002** [Em linha]. Processo n.º 753/01, 3ª Secção. [Consult. 20 Nov. 2019]. <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20020074.html>.

EIMIL, Eugenio Diaz relat. **Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 337/1993**, de 10 de dezembro [Em linha]. Sala Segunda. [Consult. 28 Dez. 2019]. Disponível em <https://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/en/Resolucion/Show/2466>.

GOMES, Vitor relat. - **Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 476/2005** [Em linha]. Processo n.º 411/05, 3ª Secção. [Consult. 23 Dez. 2019]. Disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20050476.html>.

GUERRA, Luis López relat. - **Sentença n.º 337/1993** [Em linha]. Sala Segunda. [Consult. 28 Nov. 2019]. Disponível em <https://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/en/Resolucion/Show/2466>.

HIJAS, Vicente Conde Martín de relat. - **Acórdão do Tribunal Constitucional Espanhol n.º 239/2001**, de 18 de dezembro [Em linha]. Processo n.º 1969/1998, Sala Segunda. [Consult. 15 Abr. 2019]. Disponível em <https://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/en/Resolucion/Show/4535>.

LÓPEZ, José Gabaldón relat. - **Acórdão do Tribunal Constitucional Espanhol n.º 91/1995**, de 19 de junho [Em linha]. Processo n.º 2072/1992, Sala Segunda. [Consult. 15 Abr. 2019]. Disponível em <https://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/en/Resolucion/Show/2945>.

MACHETE, Pedro relat. - **Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 518/2019** [Em linha]. Processo n.º 689/2019, 2.ª Secção. [Consult. 30 Mar. 2017]. Disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20190518.html>.

MARTÍN, Vicente Conde relat. - **Acórdão do Tribunal Constitucional Espanhol n.º 38/2010**, de 19 de julho [Em linha]. Processo n.º 10094/2016, Sala Segunda [Consult. 15 Abr. 2019]. Disponível em <https://hj.tribunalconstitucional.es/en/Resolucion/Show/6677>.

MENDES, Gilmar relat. - **Acórdão do Supremo Tribunal Federal n.º 102.002/2005** [Em linha]. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 33-MC, Tribunal Pleno. [Consult. 1º Jan. 2020]. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=388700>.

MENDES, Gilmar relat. - **Acórdão do Supremo Tribunal Federal na ADPF n.º 33-MC/2003**, de 10 de dezembro [Em linha]. Pleno. [Consult. 28 Dez. 2019]. Disponível em <https://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/en/Resolucion/Show/2466>.

ORIHUEL, Francisco Pérez de los Cobos relat. - **Sentença n.º 23/2015** [Em linha]. Sala Primeira. [Consult. 28 Nov. 2019]. Disponível em <https://hj.tribunalconstitucional.es/en/Resolucion/Show/24327#ficha-tecnica>.

- PEREIRA, Teles relat. - **Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 641/2015** [Em linha].  
Processo n.º 944/15, 1.ª Secção. [Consult. 23 Dez. 2019]. Disponível em  
<https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20150641.html>.
- RIBEIRO, Gonçalo de Almeida relat. - **Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 695/2016** [Em linha]. Processo n.º 171/2015, 3.ª Secção. [Consult. 23 Dez. 2019].  
Disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20160695.html>.
- RIBEIRO, Lino Rodrigues relat. - **Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 738/2017**  
[Em linha]. Processo n.º 536/16, 2.ª Secção. [Consult. 23 Dez. 2019]. Disponível em  
<https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20170738.html>.
- SÁNCHEZ, Guillermo Jiménez relat. - **Acórdão do Tribunal Constitucional Espanhol n.º 52/2007**, de 12 de março [Em linha]. Processo n.º 3493/2004, Sala Segunda  
[Consult. 15 Abr. 2019]. Disponível em <http://hj.tribunalconstitucional.es/en-US/Resolucion/Show/6019>.
- SERRA, Bravo relat. - **Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 178/1995** [Em linha].  
Processo n.º 555/94, 2ª Secção. [Consult. 23 Dez. 2019]. Disponível em  
<https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19950178.html>.
- SOTTOMAYOR, Maria Clara relat. - **Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 629/2018** [Em linha]. Processo n.º 810/2018, 2.ª Secção. [Consult. 23 Dez. 2019].  
Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20180629.html>.
- VILLAR, Pablo Cachón relat. - **Acórdão do Tribunal Constitucional Espanhol n.º 239/2001**, de 18 de dezembro [Em linha]. Processo n.º 3644/1999, Sala Segunda  
[Consult. 15 Abr. 2019]. Disponível em  
<https://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/en/Resolucion/Show/4709>.