



DEPARTAMENTO DE DIREITO

MESTRADO EM DIREITO

ESPECIALIDADE EM CIÊNCIAS JURÍDICAS

UNIVERSIDADE AUTÓNOMA DE LISBOA

“LUÍS DE CAMÕES”

RECURSO DE AMPARO

O TRIBUNAL CONSTITUCIONAL E O DÉFICE DE PROTEÇÃO AOS

DIREITOS FUNDAMENTAIS

Dissertação para a obtenção do grau de mestre em Direito

Autor: Leonardo da Silveira Pacheco

Orientadores: Professor Doutor Pedro Gonçalo Tavares Trovão do Rosário e Professor Doutor
Enoque Ribeiro dos Santos

Número do Candidato: 20151964

Dezembro de 2020

Lisboa

Agradecimentos

Aos professores Doutores Pedro Trovão do Rosário e Enoque Ribeiro dos Santos por inspirarem seus alunos através do exemplo de vida acadêmico-científica.

Dedicatória

A força de um homem advém da disciplina e da determinação, mas, é na família que ele vai colher a essência dessas duas virtudes. Impossível não dedicar este estudo àquela que há quatro décadas é a fonte da minha motivação, no caminho do conhecimento moral, ético e científico. À minha doce esposa Denise.

Ao Léo e à Bia pelo simples fato de existirem e por amarem as minhas histórias.

Resumo

Este trabalho tem por objetivo examinar os mecanismos de proteção aos direitos e liberdades fundamentais, notadamente, o recurso de amparo existente em Espanha e a reclamação constitucional prevista no ordenamento jurídico da Alemanha, fazendo uma análise comparativa entre sistemas jurídicos diversos, apontando acertos e críticas oriundos da doutrina.

A análise é realizada pelo viés analítico-comparativo detendo-se nos sistemas-jurídicos brasileiro e português, sendo que neste último as discussões são desencadeadas a partir da opção do legislador português de não adoção de um instrumento com feições mínimas do recurso de amparo para a proteção de direitos fundamentais, sobretudo a defesa prioritária desses direitos, diante de uma cultura jurídica constitucional baseada na inviolabilidade e garantia dos direitos fundamentais.

Da mesma forma, o amparo não foi uma escolha do constituinte brasileiro, que preferiu um leque de institutos jurídicos, cada qual com a sua finalidade bem definida, mas que no seu conjunto fazem às vezes do recurso de amparo, na proteção dos direitos fundamentais.

Palavras-chave: mecanismos de proteção dos direitos fundamentais; recurso de amparo; reclamação constitucional.

Abstract

This work aims to examine the mechanisms of protection of fundamental rights and freedoms, notably, the amparo appeal for protection existing in Spain and constitutional claim provided for in the German legal system, making a comparative analysis between different legal systems, pointing out successes and criticisms arising from de doctrine.

The analysis is carried out by the analytical-comparative bias, focusing on the Brazilian and Portuguese legal systems, and in the latter, the discussions are triggered from the option of the Portuguese legislator not to adopt an instrument with minimal features of the resource of support for the protection of fundamental legal culture based on the inviolability and guarantee of fundamental rights.

Likewise, amparo appeal was not a choice of the Brazilian constituent, who preferred a range of legal institutes, each with its well-defined purpose, but which as whole sometimes make use of the amparo resource, in the protection of fundamental rights.

Keywords: *mechanisms of protection of fundamental rights; amparo appeal; constitutional claim.*

Sumário

Agradecimentos.....	2
Dedicatória	3
Resumo	4
Abstract.....	5
Sumário	6
Lista de abreviaturas	7
Introdução	8
I - O constitucionalismo e os direitos fundamentais	11
1.Constitucionalismo	11
2.Direitos fundamentais.	21
3.Dimensões dos direitos fundamentais	23
4.Eficácia e aplicabilidade dos direitos fundamentais	26
II - Mecanismos constitucionais de proteção aos direitos fundamentais e o recurso de amparo constitucional	28
1.Mecanismos constitucionais de proteção aos direitos fundamentais.....	28
2.O recurso de amparo constitucional	34
3.A reclamação constitucional na Alemanha	35
III - Os tribunais constitucionais de controle de constitucionalidade e da proteção dos direitos fundamentais	52
1.O Tribunal Constitucional Kelseniano.....	52
2.O Tribunal Constitucional Alemão	58
3.O Tribunal Constitucional Espanhol.....	60
4.O Tribunal Constitucional Português	64
5.O Supremo Tribunal Federal Brasileiro e o modelo de controle de constitucionalidade no Brasil	68
IV - As tentativas de inclusão de um recurso constitucional de proteção dos direitos fundamentais na constituição portuguesa.....	71
1.Breves comentários sobre as tentativas de um recurso constitucional na Constituição da República Portuguesa	71
2.Considerações e críticas ao recurso de amparo.....	73
3.O recurso de amparo em números do Tribunal Constitucional Espanhol	74
Conclusão	78
Referências bibliográficas.....	81

Lista de abreviaturas

BVerfGG – Bundesverfassungsgericht – Tribunal Constitucional Federal Alemão

CCJ – Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados

CE – Constituição Espanhola

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil

CRP – Constituição da República Portuguesa

LRFA/GG – Grundgesetz – Lei Fundamental da República Federal Alemã

LOTCE – Lei Orgânica do Tribunal Constitucional Espanhol

LTCFA – Lei Orgânica do Tribunal Constitucional federal Alemão

TCE – Tribunal Constitucional Espanhol

TCFA – Tribunal Constitucional Federal Alemão

TCP – Tribunal Constitucional Português

TEDH – Tribunal Europeu dos Direitos dos Humanos

Introdução

A presente dissertação tem por objetivo o estudo do recurso de amparo constitucional positivado nas constituições espanhola e alemã, bem como em suas legislações infraconstitucionais, passando pela história do constitucionalismo e dos direitos fundamentais, bem como a análise do controle de constitucionalidade português e os meios de proteção aos direitos fundamentais existentes no ordenamento jurídico brasileiro.¹

Entendemos essencial a incursão no constitucionalismo desde a antiguidade demonstrando a ligação umbilical com os direitos fundamentais.

As fases do constitucionalismo – antigo, moderno, e contemporâneo – também coincidem com a evolução da positivação dos direitos fundamentais qualitativa e cumulativamente, abrindo espaço para argumentações teóricas sobre as dimensões dos direitos fundamentais, tendo por base os direitos de liberdade, igualdade e fraternidade.

A questão da eficácia e aplicabilidade dos direitos fundamentais prende-se a densidade das normas constitucionais que albergam aqueles direitos, a concretização constitucional e a realidade fática social.

Todavia, a questão teórica é abordada, bem como a crítica doutrinária a respeito da falta de eficácia das normas com valores constitucionais.

Os mecanismos constitucionais de proteção aos direitos fundamentais previstos nos ordenamentos jurídicos português e brasileiro estão delineados neste trabalho, permitindo uma visão comparativa com os modelos espanhol e alemão de amparo constitucional.

Não obstante a dedicação da análise ao recurso de amparo como meio específico de proteção dos direitos fundamentais, ressaltamos que no Brasil e em Portugal há meios próprios de proteção e garantia daqueles direitos.

¹ PACHECO, Leonardo da Silveira – **Recurso de Amparo Constitucional**. Revista Direito Sem Fronteiras – Universidade Estadual do Oeste do Paraná. Foz do Iguaçu. V. 1, n.º 2, 2017. [Em linha]. [Consult. Jan 2018]. Disponível em <https://e-revista.unioeste.br/index.php/direitosemfronteiras/article/view/18853>

A garantia da própria Constituição da República Portuguesa vem consagrada na sua Parte IV (Garantia e revisão da Constituição), isto é, através da Fiscalização de constitucionalidade (Título I) e da Revisão constitucional (Título II).²

Esses dois institutos jurídicos são verdadeiros mecanismos de proteção do ordenamento constitucional em si mesmo, isto é, de garantia da lei fundamental. O primeiro é exercido pelo Poder Judiciário através de um sistema misto de controle de constitucionalidade: de fiscalização concreta e de fiscalização abstrata da constitucionalidade, pelo Tribunal Constitucional (TC). O segundo é operado pelo Poder Legislativo.³

Na verdade, críticas são endereçadas ao Tribunal Constitucional que detém inúmeras competências, mas ressentem-se de algumas das áreas de competência típicas de jurisdição constitucional de outros países, notadamente a da resolução de litígios constitucionais em sentido estrito, como a da proteção direta dos direitos fundamentais mediante um instituto constitucional próprio, equivalente ao recurso de amparo ou reclamação constitucional. É desejo que as questões jurídico-constitucionais devam ser apreciadas exclusivamente pelo Tribunal Constitucional, no âmbito de sua competência de controle normativo.

O almejado recurso de amparo português, proposto em pelo menos três revisões constitucionais, de conteúdo mais específico e mais abrangente quanto aos seus sujeitos, como concebido em Espanha e na Alemanha, ainda não é uma realidade portuguesa, inexistindo mecanismo direto de proteção dos direitos fundamentais, vulnerados por ações e omissões do Legislativo, Executivo e Judiciário, não havendo, neste particular, a uniformização da política jurisdicional de proteção a estes direitos, através de uma jurisdição especial.⁴

² **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA** – [Em linha]. [Consult Feb 2018]. Disponível em <https://www.ministeriopublico.pt/iframe/constituicao-da-republica-portuguesa>

³ PACHECO, Leonardo da Silveira – **Recurso de Amparo Constitucional**. Revista Direito Sem Fronteiras – Universidade Estadual do Oeste do Paraná. Foz do Iguaçu. V. 1, n.º 2, 2017. [Em linha]. [Consult. fev 2018]. Disponível em <https://e-revista.unioeste.br/index.php/direitosemfronteiras/article/view/18853>

⁴ *Idem. Ibidem.*

A jurisprudência do Tribunal Constitucional, por meio de critérios de interpretação, passou a adotar um conceito ‘funcional’ de norma, considerando-a como toda e qualquer proposição ‘preceptiva’, ampliando o espectro de sua competência, mas mantendo a exclusão desse controle os atos públicos (decisões judiciais e atos administrativos propriamente ditos) bem como os atos políticos.⁵

Portanto, a Constituição Portuguesa não é dotada de mecanismo de proteção e tampouco atribui competência ao Tribunal Constitucional contra violação de direitos e liberdades fundamentais, como acentuou o Professor e Doutor Pedro Gonçalo Tavares Trovão do Rosário⁶.

O debate é intenso a respeito do alcance da alínea b, do n.º 1, do Artigo 280.º, da Constituição da República Portuguesa⁷ e da alínea b, do n.º 1, do Artigo 70.º, da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional (Lei n.º 28/82, de 15 de Novembro)⁸, quanto a serem suficientes e eficazes para garantia dos direitos fundamentais violados.

Da mesma forma, há o debate sobre a aplicabilidade direta dos direitos fundamentais, prevista no n.º 1, do Artigo n.º 18.º, da Constituição da República Portuguesa, que afirma “1. Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdade e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas.”⁹, quanto à detenção de um mecanismo próprio de proteção e defesa dos direitos fundamentais.

⁵ COSTA, José Manuel M. Cardoso da – **A Jurisdição Constitucional em Portugal**. Coimbra: Almedina, 3.ª ed., 2007. ISBN 978-97-240-3253-5. p. 34.

⁶ ROSÁRIO, Pedro Trovão do – **O Recurso Constitucional de Amparo**. Jurismat – Revista Jurídica. [Em linha]. Portimão, n.º 1, 2012. [Consult Dez 2021]. Disponível em <https://revistas.ulusofona.pt/index.php/jurismat/article/view/7664>

⁷ **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA** – [Em linha]. [Consult Fev 2018]. Disponível em <https://www.ministeriopublico.pt/iframe/constituicao-da-republica-portuguesa>

⁸ **LEI ORGÂNICA DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**, Lei n.º 28/82, de 15 de Novembro – [Em linha]. [Consult Fev 2018]. Disponível em https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=423&tabela=leis#:~:text=%3A%3A%20Lei%20n.%C2%BA%2028%2F82%2C%20de%2015%20de%20Novembro&text=O%20Tribunal%20Constitucional%20exerce%20a,e%20tem%20sede%20em%20Lisboa.

⁹ **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA** – [Em linha]. [Consult Fev 2018]. Disponível em <https://www.ministeriopublico.pt/iframe/constituicao-da-republica-portuguesa>

A experiência espanhola e a alemã nutrem a doutrina portuguesa favoravelmente à introdução em Portugal de uma medida de amparo junto do Tribunal Constitucional, aduzindo a existência de um desequilíbrio no sistema português de fiscalização da constitucionalidade, notadamente pelo défice de proteção a casos de lesão de direito e liberdade fundamentais.¹⁰

Resta aguardar a próxima revisão constitucional.

No Brasil a proteção dos direitos fundamentais não está centrada num único tipo de ação ou recurso, mas em diversos institutos previstos no ordenamento jurídico brasileiro, tendo por guardião da Constituição da República Federativa do Brasil e, conseqüentemente, dos direitos fundamentais, o Supremo Tribunal Federal.

I - O CONSTITUCIONALISMO E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

1. Constitucionalismo

Inicia-se a narrativa do capítulo pela afirmação de que o constitucionalismo e os direitos fundamentais são ligados por estreitos laços harmônicos, cuja materialização destes apoiou-se no nascimento daquele, desde a antiguidade.

A noção de constituição, no constitucionalismo antigo, era de um conjunto de princípios consuetudinários ou escritos (mas, não como imposição), que dava existência aos direitos estamentais perante o governante e ao mesmo tempo limitadores do poder.

Naquele período o constitucionalismo assume uma acepção de movimento político-social, com origens históricas bastante remotas, que pretende em especial limitar o poder arbitrário.¹¹

Bobbio e Matteucci consideram que o constitucionalismo representa as próprias instituições que devem estar contempladas em diversos regimes políticos, variando de acordo com a época, com objetivo último de ser o ideal de liberdades do cidadão.¹² Aprofundando

¹⁰ ALEXANDRINO, José de Melo – **Sim ou não ao recurso de amparo?** Julgar – Revista Jurídica. [Em linha]. Lisboa, n.º 11, 2010. [Consult Feb 2018]. Disponível em <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2015/10/041-049-Recurso-de-amparo.pdf>

¹¹ VILLARIM, Cláudio Colaço - **Do Constitucionalismo Antigo ao Neoconstitucionalismo: Evolução Histórica.** Conteúdo Jurídico – Portal Eletrônico. [Em linha]. [Consult. Feb 2019]. Disponível em <https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/51662/do-constitucionalismo-antigo-ao-neoconstitucionalismo-evolucao-historica>

¹² BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco - **Dicionário de Política- Vol. 1.** Brasília: Editora Universidade de Brasília. 11.ª ed., 1983. ISBN 85-230-0309-6. p. 247.

essa conceituação, Karl Loewenstein entende o constitucionalismo como ideia-força, fazendo isso quando afirma que a história do constitucionalismo não é senão a busca pelos detentores do poder, assim como o esforço de estabelecer uma justificativa espiritual, moral ou ética da autoridade, em lugar da submissão cega à facilidade da autoridade existente.¹³

Para o autor Cunha Júnior, a noção de constituição era restrita a um texto não escrito, “que visava tão só à organização política de velhos Estados e a limitar alguns órgãos do poder estatal (Executivo e Judiciário) com o reconhecimento de certos direitos fundamentais, cuja garantia cingia-se no esperado respeito espontâneo do governante, uma vez que inexistia sanção contra o príncipe que desrespeitasse os direitos de seus súditos”.¹⁴

De fato, para o referido autor, num primeiro momento, o constitucionalismo não preconizava a elaboração de constituições escritas, produto do século XVIII, no constitucionalismo moderno. Contudo, aponta que a origem do constitucionalismo remonta aos povos da antiguidade, mais precisamente aos hebreus¹⁵.

Como marco histórico, aponta o autor André Ramos Tavares, que o constitucionalismo antigo pode ser compreendido no período entre a antiguidade clássica e o final do século XVIII, com as experiências constitucionais do Estado Hebreu, das Cidades-Estados gregas, de Roma e da Inglaterra. Afirma que “O constitucionalismo, como movimento que pretende assegurar determinada organização do Estado, encontra suas notas iniciais na Antiguidade clássica. [...] Foi Karl Loewenstein quem identificou o nascimento desse movimento entre os hebreus, que já em seu Estado teocrático, criaram limites ao poder político, por meio da chamada “lei do senhor”. Embora se trate de um movimento bastante tímido se comparado a seu atual estágio de desenvolvimento, é preciso aceitar que aos hebreus se deve a primeira aparição do constitucionalismo. [...] Mais tarde, no século V a.C., viriam os gregos com as Cidades-Estados. Tais núcleos políticos configuraram o primeiro caso real de democracia constitucional. A Cidade-Estado grega representou o início de uma racionalização do poder, e até hoje constitui o único exemplo concreto de regime constitucional de identidade plena entre governantes e governados, uma vez que se tratava de

¹³ LOEWENSTEIN, Karl - *Teoría de La Constitución*. Tradução por Alfredo Galego Anabitarte. Barcelona: Ed. Ariel. 2.ª ed., 1973. p.78. Apoio às Disciplinas – Universidade de São Paulo [Em linha]. [Consult Feb 2018]. Disponível em

https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5572739/mod_resource/content/1/%5BLoewenstein%20-%20Teori%CC%81a%20de%20a%20Constitucio%CC%81n.pdf

¹⁴ CUNHA JÚNIOR, Dirley da - **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Editora JusPodvum, 13.ª ed., 2019. ISBN 978-85-442-2450-2. p. 33-34.

¹⁵ *Idem. Op.Cit.* p. 34-35.

uma democracia direta. Além disso, o regime constitucional grego estabelecia diferentes funções estatais, distribuídas entre diferentes detentores de cargos públicos, que eram escolhidos por sorteio, tempo determinado, sendo permitido o acesso a esses cargos a qualquer cidadão. [...] É na Inglaterra que surgem aquelas inquietações dentro da Idade Média que culminam no ressurgimento do constitucionalismo. Nesse país, apesar da tradição consuetudinária de seu Direito, nasceram os primeiros diplomas constitucionais, ainda na Idade Média. [...] Identifica-se o constitucionalismo britânico, em seus primórdios, por volta de 1215, com a concessão da Magna Carta, e, em fase posterior, iniciada em princípios do século XVII, pela luta entre o Rei e o Parlamento, com a *Petition of Rights*, de 1628, as revoluções de 1648 e 1688 e o *Bill of Rights*, de 1689”.¹⁶

Justamente no final do século XVIII, com as inquietações britânicas e as revoluções francesa e americana, é que surge um novo movimento denominado de constitucionalismo moderno.

O termo constitucionalismo, para o autor, ao longo do tempo, assumiu diversos sentidos, referindo-se ao movimento político-social de limitação do poder arbitrário, identificando-se com a imposição de cartas constitucionais escritas, bem como, em forma mais restrita do seu sentido, na evolução histórico-constitucional de um determinado Estado.¹⁷

Sob esta ótica ou perspectiva jurídica o constitucionalismo assume a ideia de que o Estado deve possuir uma identidade constitucional com regras claras que dão sustentação a limitação do poder político, impossibilitando aos governantes a imposição de seus interesses sobre os do indivíduo.

Vale ressaltar que o constitucionalismo como movimento político-social de limitação do poder estatal não ocorreu de forma homogênea em todos os Estados e nas palavras do autor José Joaquim Gomes Canotilho, é “a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade.” Continuando, o autor acrescenta que “em termos rigorosos, não há um constitucionalismo, mas vários (constitucionalismo inglês, o constitucionalismo americano, o constitucionalismo francês)”.¹⁸

¹⁶ TAVARES, André Ramos - **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 18.^a ed., 2020. ISBN 978-85-536-1640-4. p. 25.

¹⁷ *Idem. Op. Cit.* p. 23.

¹⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes - **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Livraria Almedina, 7.^a ed., 2003. ISBN 978-97-240-2106-5. p. 51.

Com as revoluções francesa e norte-americana do século XVIII emerge o constitucionalismo formalizado em cartas magnas que consagraram (materializaram) vários direitos individuais de extrema importância e envergadura para a vida em sociedade.

Há de se notar, como acima tratado, que muitos séculos antes já havia inúmeros documentos estabelecendo direitos e limitando o poder do Estado. No constitucionalismo inglês medieval, temos os primeiros documentos escritos limitando o poder dos governantes. Esses documentos não podem ser confundidos com constituições escritas. Durante a Idade Média, o documento limitador foi a Magna Carta de 1215. Na Idade Moderna, podem ser citados os seguintes documentos: *Petition of Rights* (1628); *Habeas Corpus Act* (1679); *Bill of Rights* (1689); *Act of Settlement* (1701).

Entretanto, como marco histórico, a origem do constitucionalismo moderno está ligada diretamente às Constituições escritas e rígidas dos Estados Unidos da América do Norte, de 1787 e da França, de 1791, cuja importância prende-se a organização do Estado e a limitação do poder estatal, esta por meio de previsão de direitos e garantias fundamentais.

No constitucionalismo moderno há uma tendência a codificação tendo por objetivos a sua racionalidade, estabilidade, segurança jurídica, calculabilidade e publicidade.¹⁹

Com a Revolução Francesa deixou-se para trás um período em que os direitos individuais não eram respeitados e o destino dos indivíduos encontrava-se condicionado aos caprichos do soberano, passando a sociedade a vivenciar um Estado Constitucional, com vocação à proteção dos direitos fundamentais, notadamente os de liberdade.²⁰

Na matriz francesa o poder constituinte assume o caráter de um poder supremo com um titular, o povo. Esse poder permite criar uma nova ordem política com a ruptura com o antigo regime.

Para o autor Paulo Gustavo Branco Gonet a Constituição Francesa construiu um sistema fundado na supremacia do legislativo, atribuindo ao executivo dispor dos meios aptos

¹⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes - **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Livraria Almedina, 7.ª ed., 2003. ISBN 978-97-240-2106-5. p. 65.

²⁰VILLARIM, Cláudio Colaço - **Do Constitucionalismo Antigo ao Neoconstitucionalismo: Evolução Histórica**. Conteúdo Jurídico – Portal Eletrônico. [Em linha]. [Consult. Fev 2019]. Disponível em <https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/51662/do-constitucionalismo-antigo-ao-neoconstitucionalismo-evolucao-historica>

à aplicação da lei. Com a Constituição de 1791 o parlamento francês ganha força e junto com ele a legislação, tornando impensável um controle judiciário das leis.²¹

As constituições europeias desse período preocuparam-se em garantir os direitos de liberdade, pessoal e patrimonial, em face do Estado.

A partir daí passou-se a defender a não intervenção estatal, idealizando-se a tripartição dos poderes na tentativa de desvinculação ao regime absolutista.

No recém-constitucionalismo francês destacava-se a supremacia do parlamento, enquanto no constitucionalismo norte-americano, vigorava a supremacia da constituição.

No figurino norte-americano, de filosofia garantística, a constituição não é um projeto para o futuro e, sim, uma forma de garantir direitos e de limitar poderes. Na revolução americana, o poder constituinte é o instrumento para definir a *higher law* e estabelecer as regras do jogo. O poder constituinte é para fazer uma constituição oponível aos representantes do povo e não apenas uma constituição querida pelo povo.²²

A constituição americana sempre teve caráter de documento jurídico passível de aplicação direta e imediata pelo judiciário. A concepção de constituição como uma norma jurídica suprema criou condições necessárias para que os juízes pudessem exercer a função de controlar a legitimidade constitucional das leis, como explica o autor Luís Roberto Barroso quando afirma que o “berço do constitucionalismo escrito e do controle de constitucionalidade, a Constituição Americana – a mesma desde 1787 – teve, desde a primeira hora o caráter de documento jurídico, passível de aplicação direta e imediata pelo Judiciário. De fato, a normatividade ampla e a judicialização das questões constitucionais têm base doutrinária em ‘O Federalista’ e precedente jurisprudencial firmado desde 1803, quando do julgamento do caso *Marbury v. Madison* pela Suprema Corte.”²³

A ideia de três poderes independentes entre si, não se admitindo a influência de uns sobre os outros, teve suporte na hígida separação dos poderes, a fim de que um Poder não se tornasse superior ao outro. Porém, o ideal naufragou nos séculos XIX e XX, dando

²¹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet - **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 4.ª ed., 2009. ISBN 978-85-020-7819-2. p. 220.

²² CANOTILHO, José Joaquim Gomes - **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Livraria Almedina, 7.ª ed., 2003. ISBN 978-97-240-2106-5. p. 70.

²³ BARROSO, Luís Roberto - **Neoconstitucionalismo e a Constitucionalização do Direito - O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil**. [Em linha]. [Consult. Fev 2020]. Disponível em https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista33/Revista33_43.pdf

surgimento ao constitucionalismo contemporâneo. Reconhece o autor Luis Roberto Barroso que “A principal referência no desenvolvimento do novo direito constitucional é a Lei Fundamental de Bonn (Constituição alemã), de 1949, e, especialmente, a criação do Tribunal Constitucional Federal, instalado em 1951. A partir daí teve início uma fecunda produção teórica e jurisprudencial, responsável pela ascensão científica do direito constitucional no âmbito dos países de tradição romano-germânica. A segunda referência de destaque é a da Constituição da Itália, de 1947, e a subsequente instalação da Corte Constitucional, em 1956. Ao longo da década de 70, a redemocratização e a reconstitucionalização de Portugal (1976) e da Espanha (1978) agregaram valor e volume ao debate sobre o novo direito constitucional.”²⁴

Na Europa do século XX, após as duas Grandes Guerras, novamente verifica-se a violação do Estado de Direito por vários regimes autoritários e ditatoriais, desenvolvendo-se uma consciência de que os direitos fundamentais deveriam ser protegidos, inclusive contra o próprio legislador, elevando-os à categoria constitucional.

Inaugurou-se um novo direito constitucional fundado na dignidade da pessoa humana.

Ensina Marcelo Novelino que “A perplexidade causada pelas terríveis experiências nazistas e pela barbárie praticada durante a guerra despertou a consciência coletiva sobre a necessidade de proteção da pessoa humana, a fim de evitar que pudessem ser reduzidas à condição de mero instrumento para fins coletivos ou individuais e impedir qualquer tipo de distinção em categorias hierarquizadas de seres humanos superiores e inferiores. Se por um lado essas experiências históricas produziram uma mancha vergonhosa e indelével na caminhada evolutiva da humanidade, por outro lado, foram responsáveis pela reação que culminou com o reconhecimento da *dignidade da pessoa humana* como núcleo central do constitucionalismo contemporâneo, dos direitos fundamentais e do Estado constitucional democrático”.²⁵

²⁴ BARROSO, Luís Roberto - **Neoconstitucionalismo e a Constitucionalização do Direito - O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil**. [Em linha]. [Consult. Fev 2020]. Disponível em https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista33/Revista33_43.pdf

²⁵ NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Editora JusPodivm, 11.ª ed., 2016. ISBN 978-85-442-0827-4. p. 52.

Passou-se a exigir que tais direitos, não por acaso classificados e considerados como fundamentais, tivessem eficácia direta e imediata, não dependendo da intervenção do legislador.

Com a constitucionalização dos direitos fundamentais, estes assumiram um papel hierárquico sobre as leis, sujeitando-se estas a grandeza daqueles.

Tal constitucionalização dá existência ao princípio da aplicabilidade direta dos direitos fundamentais, vinculando os poderes legislativos, judicial e executivo a estes direitos.

Sucedem a responsabilidade das constituições de tornar aplicáveis os direitos nelas garantidos através do desenvolvimento de técnicas efetivas de tutela dos direitos fundamentais.

No constitucionalismo contemporâneo o foco passou a ser a eficácia da constituição, a concretização dos direitos fundamentais positivados, das prestações materiais prometidas à sociedade, buscando tornar o texto constitucional menos retórico e mais efetivo.

Podemos ser assertivos, pela leitura das constituições contemporâneas das nações civilizadas, sobretudo a brasileira, nas quais há uma tendência a prolixidade, sendo tais constituições, portanto, analíticas, tratando de temas não essencialmente constitucionais, mas que por vontade do constituinte adquirem o estado constitucional ao serem ali positivados.

Reconhece-se à Constituição força normativa. A Constituição passa a ser vista como um conjunto de mandamentos e valores obrigatórios e vinculantes, que devem ser respeitados e realizados na prática.²⁶

Luís Roberto Barroso aponta o necessário reconhecimento da constituição como norma jurídica dotada de imperatividade e superioridade afirmando que “uma das grandes mudanças de paradigma ocorridas ao longo do século XX foi a atribuição à norma constitucional do status de norma jurídica. Superou-se, assim, o modelo que vigorou na Europa até meados do século passado, no qual a Constituição era vista como um documento essencialmente político, um convite à atuação dos Poderes Públicos. A concretização de suas propostas ficava invariavelmente condicionada à liberdade de conformação do legislador ou à discricionariedade do administrador. Ao Judiciário não se reconhecia qualquer papel relevante

²⁶ NOVELINO, Marcelo - **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Editora JusPodivm, 11.ª ed., 2016. ISBN 978-85-442-0827-4. p. 53.

na realização do conteúdo da Constituição. Com a reconstitucionalização que sobreveio à 2ª Guerra Mundial, este quadro começou a ser alterado. Inicialmente na Alemanha e, com maior retardo, na Itália. E, bem mais à frente, em Portugal e na Espanha. Atualmente, passou a ser premissa do estudo da Constituição o reconhecimento de sua força normativa, do caráter vinculativo e obrigatório de suas disposições. Vale dizer: as normas constitucionais são dotadas de imperatividade, que é atributo de todas as normas jurídicas, e sua inobservância há de deflagrar os mecanismos próprios de coação, de cumprimento forçado. A propósito, cabe registrar que o desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial na matéria não eliminou as tensões inevitáveis que se formam entre as pretensões de normatividade do constituinte, de um lado, e, de outro lado, as circunstâncias da realidade fática e as eventuais resistências do *status quo*.”²⁷

Não obstante a fala assertiva do autor Luís Roberto Barroso no sentido de que os direitos constitucionais são absolutos e concretáveis de plano, na realidade dos países que compõem a “modernidade periférica”²⁸, isso não se verifica. Na verdade, os textos constitucionais pululam de normas programáticas e de baixa densidade normativa, como promessas não concretizadas, ineficazes e ineficientes de saúde para todos, educação para todos, estado de bem-estar, etc.

O Brasil, de fato, foi pioneiro em assegurar na Constituição de 1988, em seu artigo 6.º, o direito à saúde, como direito social, acrescentando em seu artigo 196 que “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”²⁹ Porém, a regra constitucional não é realidade, pois para que os cidadãos tenham acesso adequado e a disponibilidade de todos os serviços de saúde, é necessário, quase sempre a judicialização³⁰ restando claro que a norma não alcança a todos, só aqueles que se socorreram do judiciário e obtiveram um provimento favorável, deixando de

²⁷ BARROSO, Luís Roberto - **Neoconstitucionalismo e a Constitucionalização do Direito - O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil**. [Em linha]. [Consult. Fev 2020]. Disponível em https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista33/Revista33_43.pdf

²⁸ NEVES, Marcelo - **A Constitucionalização Simbólica**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 3.ª ed, 2011. ISBN 978-85-782-7356-9. p. 214.

²⁹ **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL** – São Paulo: Editora Saraiva, 55.ª ed., 2018. ISBN 978.854.722.74.

³⁰ **RE 855.178 RG**, Rel. Min. Luiz Fux, j. 5-3-2015, P, *DJE* de 16-3-2015, Tema 793. [Em linha]. [Consult Out 2015]. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8015671>

“O tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, porquanto responsabilidade solidária dos entes federados. O polo passivo pode ser composto por qualquer um deles, isoladamente, ou conjuntamente.”

entregar a população uma melhor qualidade de vida e com isso obter um maior desenvolvimento social.

O referido professor Luís Roberto Barroso ressalta que as pretensões normativas do constituinte nem sempre foram suficientes para diminuir as tensões com aqueles detentores do poder resistentes a mudanças, atribuindo ao Poder Judiciário esse papel.

Contudo, o deslocamento indesejável das decisões de natureza política, social e econômica dos espaços democráticos que é o parlamento e o executivo, para o judiciário, ambiente de agentes públicos sem mandato, vem possibilitando cada vez mais o ativismo judicial, denominado por um dos seus defensores como “judicialização da vida”.³¹

Lenio Streck critica a crescente utilização da noção de mutação constitucional por integrantes do poder judiciário, e alerta sobre os riscos de sua adoção no sistema constitucional brasileiro da forma desejada pelo poder judiciário.³²

Em Portugal também encontramos alguns direitos fundamentais não concretizados de plano, não obstante a existência de previsão legal, como por exemplo: a acessibilidade e mobilidade para todos.

A acessibilidade e a mobilidade são direitos da minoria, sobretudo de idosos e das pessoas com deficiência, a exigir uma política de concretização do direito, permitindo não só o acesso, mas sobretudo permitir que todos os membros da sociedade se sintam valorizados e integrados.

O Decreto-Lei n.º 163/2006, de 08 de Agosto, traz determinação expressa referente às pessoas com deficiência e seu acesso em condições de igualdade com os demais ao ambiente físico, ao transporte, à informação e às comunicações, incluindo as tecnologias e sistemas de informação e comunicação e a outras instalações e serviços abertos ou prestados ao público: “A promoção da acessibilidade constitui um elemento fundamental na qualidade de vida das pessoas, sendo um meio imprescindível para o exercício dos direitos que são conferidos a qualquer membro de uma sociedade democrática, contribuindo decisivamente para um maior

³¹ BARROSO, Luís Roberto - **A Judicialização da Vida e o Papel do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2018. ISBN 978-85-450-0404-2.

³² STRECK, Lênio Luiz - **Hermenêutica e Aplicação do Direito: Os Limites da Modulação dos Efeitos em Controle Difuso de Constitucionalidade - O Caso dos Crimes Hediondos. Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

reforço dos laços sociais, para uma maior participação cívica de todos aqueles que a integram e, conseqüentemente, para um crescente aprofundamento da solidariedade no Estado social de direito. São, assim, devidas ao Estado acções cuja finalidade seja garantir e assegurar os direitos das pessoas com necessidades especiais, ou seja, pessoas que se confrontam com barreiras ambientais, impeditivas de uma participação cívica activa e integral, resultantes de factores permanentes ou temporários, de deficiências de ordem intelectual, emocional, sensorial, física ou comunicacional. Do conjunto das pessoas com necessidades especiais fazem parte pessoas com mobilidade condicionada, isto é, pessoas em cadeiras de rodas, pessoas incapazes de andar ou que não conseguem percorrer grandes distâncias, pessoas com dificuldades sensoriais, tais como as pessoas cegas ou surdas, e ainda aquelas que, em virtude do seu percurso de vida, se apresentam transitoriamente condicionadas, como as grávidas, as crianças e os idosos. Constituem, portanto, incumbências do Estado, de acordo com a Constituição da República Portuguesa, a promoção do bem-estar e qualidade de vida da população e a igualdade real e jurídico-formal entre todos os portugueses [álínea d) do artigo 9.º e artigo 13.º], bem como a realização de «uma política nacional de prevenção e de tratamento, reabilitação e integração dos cidadãos portadores de deficiência e de apoio às suas famílias», o desenvolvimento de «uma pedagogia que sensibilize a sociedade quanto aos deveres de respeito e solidariedade para com eles» e «assumir o encargo da efectiva realização dos seus direitos, sem prejuízo dos direitos e deveres dos pais e tutores» (n.º 2 do artigo 71.º). Por sua vez, a alínea d) do artigo 3.º da Lei de Bases da Prevenção, Habilitação, Reabilitação e Participação das Pessoas com Deficiência (Lei n.º 38/20043, de Agosto) determina «a promoção de uma sociedade para todos através da eliminação de barreiras e da adopção de medidas que visem à plena participação da pessoa com deficiência».³³

Porém, como comentam as autoras Ana Pinheiro e Helena Neves, após vinte e dois anos passados, na prática, os resultados ficam abaixo da efetiva inclusão dos cidadãos portadores de necessidades especiais.³⁴

³³ **DECRETO-LEI N.º 163/2006, DE 08 DE AGOSTO** [Em linha]. [Consul Fev 2020]. Disponível em <http://dre.pt/dre/detalhe/decreto-lei/163-2006-538624>

³⁴ PINHEIRO, Ana Cristina Augusto; NEVES, Helena do Passo - **Direito Contemporâneo: Temas Diversos e a Importância da Pesquisa no Universo Jurídico**. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2019. ISBN 978-85-937-4163-0. p. 385.

Não sendo direitos concretizados de imediato, sobretudo nos países em desenvolvimento, surgem, para tanto, mecanismos de salvaguarda dos direitos fundamentais, pela via ordinária e pela constitucional.

Em todas as suas fases sucessivas, o constitucionalismo apresentou um traço constante, desde o início, que é a limitação do governo pelo Direito, as denominadas limitações constitucionais. Essa é a nota mais antiga e, ao mesmo tempo, a mais recente no constitucionalismo. Opõe-se, desde sua origem, ao governo arbitrário. Mas o conteúdo preciso dessa limitação é algo que vem desenvolvendo gradativa (mas significativa) caminhada, com as inclusões próprias do estágio atual do direito constitucional, decorrentes do processo histórico atual.³⁵

2.Direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais, numa conceituação simples, são aqueles previstos nas constituições dos países, tendo por base a dignidade da pessoa humana.

Pérez Lunõ os define como um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, da liberdade e da igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos em nível nacional ou internacional.³⁶

No mesmo sentido, o autor Jorge Miranda entende os direitos fundamentais como “os direitos ou as posições jurídicas ativas das *personas* enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas, assentes na Constituição, seja na Constituição formal, seja na Constituição material – donde, *direitos fundamentais em sentido formal e direitos fundamentais em sentido material.*”³⁷

O desenvolvimento histórico doutrinário dos direitos fundamentais contribuiu com terminologias como direitos humanos, direitos subjetivos públicos, direitos do homem, direitos individuais, liberdades fundamentais ou liberdades públicas, dificultando a sua

³⁵ MCILWAIN, Charles apud TAVARES, André Ramos – **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 18.^a ed., 2020. ISBN 978-85-536-1640-4. p. 37.

³⁶ CASTRO, José-Luis Cascajo; LUNÓ, Antonio Enrique Pérez; CID, Benito de Castro; TORRES, Carmelo Gomes - *Los Derechos Humanos: Significacion, Estatuto Jurídico y Sistema*. Sevilha: Universidade de Sevilha, 1979. ISBN 84-740-5142-8. p. 13-46.

³⁷ MIRANDA, Jorge - **Manual de Direito Constitucional – Direitos Fundamentais, Tomo IV**. Coimbra: Coimbra Editora, 6.^a ed., 2015. ISBN 978-97-232-2340-8. p. 09.

definição, conforme anotou José Afonso da Silva.³⁸ Nesta dissertação preferimos adotar a terminologia “direitos fundamentais”, por entender que abrange todas as demais espécies de direito³⁹ e porque a expressão é a mais precisa e exata, conforme discorrem os autores Luiz Alberto David Araújo e Nunes Júnior.⁴⁰

Nossa opção também se baseia nos estudos de Ingo Wolfgang Sarlet que considera a designação ‘direitos fundamentais’ o que melhor expressa a realidade, nos seguintes termos: “[...] a moderna doutrina constitucional, ressalvadas algumas exceções, tem rechaçado progressivamente a utilização de termos como “liberdades públicas”, “liberdades fundamentais”, “direitos individuais” e “direitos públicos subjetivos”, “direitos naturais”, “direitos civis”, assim como suas variações, porquanto – ao menos como termos genéricos - anacrônicos e, de certa forma, divorciados do estágio atual da evolução dos direitos fundamentais no âmbito de um Estado (democrático e social) de Direito, até mesmo em nível do direito internacional, além de revelarem, com maior ou menor intensidade, uma flagrante insuficiência no que concerne à sua abrangência, visto que atrelados a categorias específicas do gênero *direitos fundamentais*.”⁴¹

Conforme o citado autor, os direitos fundamentais são sempre direitos humanos, já que seu titular necessariamente será o ser humano, ainda que representado por entes coletivos, tais como povos, nações, Estados. Portanto, extrai-se da doutrina que, embora os termos direitos humanos e direitos fundamentais sejam ordinariamente utilizados como expressões sinônimas, os direitos fundamentais são aqueles positivados nas constituições dos Estados, enquanto os direitos humanos são aqueles reconhecidos internacionalmente, através de documentos internacionais.⁴²

A diferenciação entre os dois termos pode ser claramente compreendida, nas palavras de Ingo Wolfgang Sarlet, quando afirma que “a expressão “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos”

³⁸ SILVA, José Afonso da - **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros Editores, 37.^a ed., 2013. ISBN 978-85-392-0213-3. p. 177-178.

³⁹ SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva - **Sistema Constitucional das Crises: Os Direitos Fundamentais Face a Situações Extremas**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2004. ISBN 978-85-752-5294-9. p. 18.

⁴⁰ ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 5.^a ed., 2001. ISBN 978-85-020-3527-0. p. 75.

⁴¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 13.^a ed., 2018. ISBN 978-85-9590-025-7. p. 28.

⁴² *Idem*, **Op. Cit.** p. 29.

guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional).”⁴³

Os direitos fundamentais, portanto, são frutos da necessidade de proteção do indivíduo frente ao poder do Estado e se firmaram com os ideais revolucionários do século XVIII e com a materialização das constituições escritas Norte Americana e Francesa.

Para Alexandre de Moraes, os direitos fundamentais são produto da fusão de múltiplas fontes, desde tradições originárias de diferentes civilizações até a combinação de pensamento jurídico filosófico, ideias surgidas com o cristianismo e com o direito natural.⁴⁴

3. Dimensões dos direitos fundamentais

Conforme Ingo Wolfgang Sarlet: “Desde o seu reconhecimento nas primeiras Constituições, os direitos fundamentais passaram por diversas transformações, tanto no que diz com o seu conteúdo, quanto no que concerne à sua titularidade, eficácia e efetivação”.⁴⁵

Não se olvida, conforme o citado autor, que a mudança histórica experimentada pelos direitos fundamentais permita que se fale das três gerações de direitos, havendo, inclusive, quem defenda a existência de uma quarta e até mesmo de uma quinta e sexta gerações.⁴⁶

Pelo enfoque material, os direitos fundamentais podem variar de acordo com a modalidade e ideologia do Estado, bem como os valores e princípios consagrados em sua Constituição, podendo concluir-se que cada Estado tem seus direitos fundamentais específicos.

Como anota Paulo Bonavides: “(...) o lema revolucionário do século XVIII, esculpido pelo gênio político francês, exprimiu em três princípios cardeais todo o conteúdo possível dos

⁴³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 13.^a ed., 2018. ISBN 978-85-9590-025-7. p. 29.

⁴⁴ MORAES, Alexandre. **Os 10 anos da Constituição Federal**. São Paulo: Editora Atlas, 1999. ISBN 978-85-224-2078-0. p. 178.

⁴⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 13.^a ed., 2018. ISBN 978-85-9590-025-7. p. 45.

⁴⁶ *Idem, Ibidem.*

direitos fundamentais, profetizando até mesmo a sequência histórica de sua gradativa institucionalização: liberdade, igualdade e fraternidade”.⁴⁷

A partir daí os direitos fundamentais passaram a manifestar-se em gerações sucessivas, traduzindo-se num processo cumulativo e qualitativo, apresentando-se ou subdividindo-se inicialmente em direitos de primeira, segunda e terceira gerações ou dimensões, como direitos da liberdade, da igualdade e da fraternidade.

Os direitos fundamentais de primeira dimensão estão presentes em todas as constituições democráticas e são integrados pelos direitos civis e políticos. Eles são o produto do pensamento liberal-burguês do século XVIII, de expressão individualista para enfrentamento ao poder estatal.⁴⁸

São direitos da liberdade e os primeiros a constar dos instrumentos normativos constitucionais, tendo por titular o indivíduo, possuindo a subjetividade como característica, e, nas palavras de Paulo Bonavides, são “direitos de resistência ou de oposição perante o Estado”.⁴⁹

Celso Lafer refere os direitos de primeira dimensão como sendo aqueles que se baseiam numa clara demarcação entre Estado e não-Estado, fundamentada no contratualismo de inspiração individualista. São vistos como direitos inerentes ao indivíduo e tidos como direitos naturais por precederem o contrato social.⁵⁰

No mesmo sentido, Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Junior acrescentam tratarem-se de direitos que representavam uma ideologia de afastamento do Estado das relações individuais e sociais. O Estado deveria ser apenas o guardião das liberdades, permanecendo longe de qualquer interferência no relacionamento social. São as chamadas “liberdades públicas negativas” ou “direitos negativos”, pois exigem do Estado um comportamento de abstenção.⁵¹

⁴⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editora, 15.ª ed., 2004. ISBN 978-85-742-0621-9. p. 562.

⁴⁸ SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva - **Sistema Constitucional das Crises: Os Direitos Fundamentais Face a Situações Extremas**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2004. ISBN 978-85-752-5294-1. p. 34.

⁴⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editora, 15.ª ed., 2004. ISBN 978-85-742-0621-9. p. 563-564.

⁵⁰ LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos**. São Paulo: Companhia das Letras, 6.ª ed., 2006. ISBN 978-85-716-4011-5. p.126.

⁵¹ ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 5.ª ed., 2001. ISBN 978-85-020-3527-0. p. 81.

No rol desses direitos, como acentua Ingo Wolfgang Sarlet, pela sua notória inspiração jusnaturalista, possui maior relevo os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e a igualdade perante a lei.⁵²

Os direitos de segunda dimensão são os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades. Nas palavras de Paulo Bonavides, possuem previsão constitucional nas diversas formas de Estado social, amalgamados ao princípio da igualdade. É a outorga ao indivíduo de direitos a prestações sociais estatais, como por exemplo: a assistência social, saúde, educação, trabalho, etc.⁵³

Assentados sobre o pilar da fraternidade surgem os direitos fundamentais de terceira dimensão, perspectiva de uma visão jurídica sobre um mundo desigual e dividido entre nações desenvolvidas e subdesenvolvidas.

Trazem, nas palavras de Ingo Wolfgang Sarlet, “como nota distintiva o fato de desprenderem, em princípio, da figura do homem-indivíduo como seu titular, designando-se à proteção de grupos humanos (família, povo, nação), e caracterizando-se, conseqüentemente, como direitos de titularidade coletiva ou difusa.”⁵⁴

O direito ao desenvolvimento, o direito à paz, o direito ao meio ambiente, o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação são identificados como direitos fundamentais de terceira dimensão.

Há uma tendência de se reconhecer a existência de uma quarta dimensão dos direitos fundamentais, mencionada por Paulo Bonavides⁵⁵ mas ainda não consagrada na esfera do direito internacional e das ordens constitucionais internas.

Jorge Miranda assevera que: “Num resumo da evolução dos direitos fundamentais, indicam-se, corretamente, quatro ou cinco gerações: a dos direitos de liberdade; a dos direitos políticos; a dos direitos sociais; a dos direitos ao ambiente, à autodeterminação, aos recursos

⁵² SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 13.^a ed., 2018. ISBN 978-85-9590-025-7. p. 47.

⁵³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editora, 15.^a ed., 2004. ISBN 978-85-742-0621-9. p. 564.

⁵⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 13.^a ed., 2018. ISBN 978-85-9590-025-7. p. 48.

⁵⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editora, 15.^a ed., 2004. ISBN 978-85-742-0621-9. p. 570.

naturais e ao desenvolvimento; e, ainda, a dos direitos relativos à bioética, à engenharia genética, à informática e a outras utilizações das modernas tecnologias, ligados à sociedade de *informação* e à sociedade de *risco*".⁵⁶

Afirma Paulo Bonavides que os direitos fundamentais de quarta dimensão são aqueles que dependem da concretização de uma sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência. São eles o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo, resultantes da globalização dos direitos fundamentais e que correspondem à reafirmação definitiva da institucionalização do Estado Social.⁵⁷

4.Eficácia e aplicabilidade dos direitos fundamentais

A eficácia dos direitos fundamentais está ligada umbilicalmente com a aplicabilidade imediata de cada categoria dos direitos fundamentais.

A análise da eficácia dos direitos fundamentais passa necessariamente pela positivação desses direitos, de modo se possa averiguar a sua aptidão formal para a produção dos efeitos de natureza jurídico-objetiva e subjetiva desencadeados pela norma.

Nas palavras de Ingo Wolfgang Sarlet, “a gradação da carga eficaz dos direitos fundamentais depende, em última análise, de sua densidade normativa, por sua vez igualmente vinculada à forma de proclamação do texto e à precípua de cada direito fundamental.”⁵⁸

Jorge Bacelar Gouveia, referindo-se ao Direito Constitucional, afirma que “em nenhum outro lugar do Direito Positivo se pode dar, nestes termos de máxima efetividade, tanta proteção à pessoa como pela consagração dos direitos fundamentais”.⁵⁹

São postulados constitucionais dos direitos fundamentais o da máxima eficácia e da aplicabilidade imediata das normas.

⁵⁶ MIRANDA, Jorge - **Manual de Direito Constitucional – Direitos Fundamentais, Tomo IV**. Coimbra: Coimbra Editora, 6.ª ed., 2015. ISBN 978-97-232-2340-8. p. 32.

⁵⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editora, 15.ª ed., 2004. ISBN 978-85-742-0621-9. p. 571

⁵⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 13.ª ed., 2018. ISBN 978-85-9590-025-7. p. 282.

⁵⁹ GOUVEIA, Jorge Bacelar. **Manual de Direito Constitucional**. Coimbra: Editora Almedina, 6.ª ed., 2018. ISBN: 978-97-240-6795-7. p. 925.

Porém, como adverte Ingo Wolfgang Sarlet, “o postulado da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais não elucida de que forma se dá esta aplicabilidade e quais os diversos efeitos jurídicos que lhes são inerentes”.⁶⁰

Os conceitos de aplicabilidade e efetividade são distintos. De acordo com José Afonso da Silva, “a aplicabilidade diferencia-se da eficácia, porquanto aquela é a qualidade da norma jurídica hábil a ser feita incidir sobre o conceito de um fato, ao passo que esta é a qualidade da norma jurídica hábil a produzir efeitos jurídicos. Por conseguinte, a aplicabilidade é referente à realizabilidade, enquanto a eficácia é relativa à potencialidade”.⁶¹

Para Luís Roberto Barroso a efetividade diferencia-se da eficácia, “porque esta é a aptidão formal da regra jurídica para produzir efeitos próprios, ao passo que aquela é a aptidão da regra jurídica cumprida por grande parte da coletividade, com a identidade entre a conduta prescrita e o comportamento social. Por consequência, a eficácia é dotada de índole jurídica, enquanto a efetividade é provida de índole social”.⁶²

Em resumo, “podemos definir a eficácia jurídica como a possibilidade (no sentido de aptidão) de a norma vigente (juridicamente existente) ser aplicada aos casos concretos e de – na medida de sua aplicabilidade – gerar efeitos jurídicos, ao passo que a eficácia social (ou efetividade) pode ser considerada como englobando tanto a decisão pela efetiva aplicação da norma (juridicamente eficaz), quanto o resultado concreto decorrente – ou não – desta aplicação. O que não se pode esquecer é que o problema da eficácia do direito engloba tanto a eficácia jurídica quanto a assim designada eficácia social ou efetividade (aqui tomadas como equivalentes). Ambas – a exemplo do que ocorre com a eficácia e a aplicabilidade – representam facetas diversas do mesmo fenômeno, já que situadas em planos distintos (o do dever-ser e o do ser), mas que se encontram intimamente ligadas entre si, na medida em que ambas servem e são indispensáveis à realização integral do direito.”⁶³

No que diz respeito com a eficácia dos direitos fundamentais, verifica-se a sua aplicação tanto nas relações de direito público, quanto nas relações de direito privado. No

⁶⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 13.^a ed., 2018. ISBN 978-85-9590-025-7. p. 282.

⁶¹ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. São Paulo: Editora Malheiros, 3.^a ed., 1999. ISBN 978-85-742-0045-3. p. 71.

⁶² BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas - Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2.^a ed., 1993. p. 78.

⁶³ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Guilherme; MITIDIERI, Daniel - **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 6.^a ed., 2017. ISBN 978-85-472-1446-3. p. 173.

âmbito do direito público, a aplicação direciona-se tanto ao legislador, que deve editar normas em consonância com os direitos fundamentais; quanto ao administrador, que deve editar atos válidos; e também à jurisdição, que deve concretizar os valores inerentes àqueles.

Ressalta-se que, além da eficácia vertical dos direitos fundamentais, que é aquela verificada na relação entre o Estado e o particular, surge, também, a necessidade de defender, “com base no catálogo de direitos fundamentais, o particular nas suas relações com outros particulares, fazendo-se com que nesse novo quadro seja repensada toda a dinâmica posta para aplicação dos direitos fundamentais. Por isso, fala-se em eficácia horizontal ou direitos fundamentais nas relações privadas”⁶⁴.

Conclui-se, assim, que a ausência de lei não poderá tornar-se fator impeditivo a justificar a não incidência de um direito fundamental, considerando-se, ainda, que a eficácia e aplicabilidade de cada norma serão analisadas a partir do exame do caso concreto e suas circunstâncias.

Insta mencionar que, além dos órgãos públicos, também os particulares se sujeitam à força vinculante dos direitos fundamentais.

II - MECANISMOS CONSTITUCIONAIS DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O RECURSO DE AMPARO CONSTITUCIONAL

1. Mecanismos constitucionais de proteção aos direitos fundamentais

Na realidade europeia para a proteção dos direitos fundamentais destacam-se o recurso de amparo e o recurso constitucional, mecanismos utilizados em diversos países, mas, sobretudo na Espanha e Alemanha.

O recurso de amparo constitucional que tem por destinatário os particulares lesados em seus direitos fundamentais possui natureza subsidiária e é exercido por meio de ação perante os tribunais constitucionais, após o esgotamento das vias ordinárias judiciais. Limita-

⁶⁴ FERNANDES, Bernardo Gonçalves - **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Editora JusPodivm, 9.^a ed., 2017. ISBN 978-85-442-1428-2. p. 366.

se ao exame de eventuais violações de direitos constitucionais, não sendo um mecanismo ordinário de proteção dos direitos fundamentais, mas de natureza extraordinária.⁶⁵

No caso brasileiro, o sistema jurídico produzido ao longo dos anos, ao contrário de outros modelos do direito comparado, não atribui a uma única classe de ação a função essencial de proteção e garantia dos direitos fundamentais, sendo elas as ações constitucionais do *habeas corpus*, *habeas data*, do mandado de segurança, do mandado de injunção, da ação civil pública e da ação popular.⁶⁶

O *habeas corpus* destina-se à proteção do direito à liberdade, preservando o direito de ir e vir; o *habeas data* visa assegurar o conhecimento de informações pessoais constantes de bancos de dados de entidades governamentais; o mandado de segurança é instrumento de proteção de direitos individuais ou coletivo líquido e certo contra ato ou omissão de autoridade pública não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*.⁶⁷

O mandado de injunção atua na ausência de norma regulamentadora que impeça o exercício de direitos ou liberdades constitucionais; a ação popular e a ação civil pública são instrumentos de proteção de interesses difusos e coletivos ou de Entidades de que o Estado participe, revelaram-se importantes meios de participação social na garantia de direitos e deveres fundamentais.⁶⁸

José de Melo Alexandrino, em estudo comparado com a Lei Fundamental da Alemanha, atesta que no ordenamento jurídico brasileiro, embora não exista um recurso específico como o recurso de amparo ou a recurso constitucional para a proteção de direitos fundamentais, “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.”⁶⁹

Para aquele referido professor os remédios existentes no ordenamento jurídico brasileiro, apesar de não se equipararem ao recurso de amparo contemplam a proteção aos direitos fundamentais, em especial o *habeas corpus*, o mandado de segurança e mandado de

⁶⁵ PACHECO, Leonardo da Silveira – **Recurso de Amparo Constitucional**. Revista Direito Sem Fronteiras – Universidade Estadual do Oeste do Paraná. Foz do Iguaçu. V. 1, n.º 2, 2017. [Em linha]. [Consult. Jan 2018]. Disponível em <https://e-revista.unioeste.br/index.php/direitosemfronteiras/article/view/18853>.

⁶⁶ *Idem. Ibidem.*

⁶⁷ *Idem. Ibidem.*

⁶⁸ *Idem. Ibidem.*

⁶⁹ ALEXANDRINO, José de Melo – **Sim ou não ao recurso de amparo?** Revista Julgar, n.º 11, 2010. [Em linha]. [Consult jan 2018]. Disponível em file:///C:/Users/denis/Downloads/041-049-Recurso-de-amparo.pdf

injunção: ora para coibir a limitação do direito de ir e vir, ora para garantir por via de extensão toda sorte de ‘direitos líquidos e certos’, ora por via da “desvitalização dos efeitos da decisão”.⁷⁰

O sistema de proteção dos direitos fundamentais é integralizado por um complexo de mecanismos, dotados de natureza normativa, institucional ou processual, tendentes a assegurar sua plena realização.⁷¹

O mecanismo de proteção normativa “é singularizado pela cláusula pétrea ou limitação material explícita ao poder constituinte derivado reformador, traduzido pela impossibilidade de reforma sobre o cerne imodificável da Constituição, em razão da norma introduzida no art. 60, § 4º, inc. IV, da CRFB.”⁷² O Egrégio Supremo Tribunal Federal brasileiro pacificou sua jurisprudência no sentido de que qualquer reforma constitucional não poderia alcançar os institutos enumerados taxativamente no art. 60, § 4º, da CRFB, de forma a descaracterizá-los ou afastá-los de sua essência.⁷³

Há ainda os mecanismos institucionais de proteção consubstanciando-se no Poder Judiciário, nas Funções Essenciais à Justiça e nos Tribunais de Contas. O “Poder Judiciário, porque dedicado ao exercício da jurisdição orgânica, desempenhada no controle de constitucionalidade, na qual compete aos órgãos do Poder Judiciário negar a eficácia de leis e atos normativos que impliquem violação dos direitos fundamentais objetivamente considerados, mas também a jurisdição das liberdades, desencadeada pelos remédios constitucionais, na qual compete aos organismos do Poder Judiciário anular os atos administrativos que importem violação dos direitos fundamentais subjetivamente considerados.”⁷⁴

As “Funções Essenciais à Justiça, porque deliberadas à provedoria da justiça, pelas instituições da Advocacia Pública, Defensoria Pública e Ministério Público, de sorte a

⁷⁰ALEXANDRINO, José de Melo – **Sim ou não ao recurso de amparo?** Revista Julgar, n.º 11, 2010. [Em linha]. [Consult jan 2018]. Disponível em file:///C:/Users/denis/Downloads/041-049-Recurso-de-amparo.pdf

⁷¹ COELHO, Rosa Júlia Pla - **Mecanismos de Proteção dos Direitos Fundamentais na União Europeia**. Brasília: Editora Ordem dos Advogados do Brasil, 2005. ISBN 978-85-872-6057-4. p. 34.

⁷² SAMPAIO, Nelson de Souza - **O poder de Reforma Constitucional**. Belo Horizonte: Nova Alvorada, 3.ª ed., 1995. p. 97.

⁷³ MORAES, Guilherme Peña de - **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Atlas, 10.ª ed., 2018. ISBN 978-85-970-1568-3. p. 187.

⁷⁴ *Idem. Ibidem.*

viabilizar a proteção de interesses difusos, coletivos, individuais homogêneos e individuais indisponíveis.”⁷⁵

Por fim, os “Tribunais de Contas porque destinados ao controle da execução orçamentária, com destaque para a apreciação das contas preparadas pelo Chefe do Poder Executivo, sem embargo do julgamento das contas prestadas pelos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos, como também daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público, à análise da legalidade dos atos de admissão de pessoal e concessão de aposentadoria, reformas e pensões para fins de efetivação do registro, a realização de inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial no âmbito das unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, a fiscalização da aplicação de recursos transferidos por acordos administrativos e a aplicação de sanções, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas. Igualmente, na hipótese de ameaça ou lesão a direito fundamental sob fiscalização, a efetividade das decisões finais dos Tribunais de Contas é garantida pela possibilidade de expedição de medidas cautelares.”⁷⁶

A proteção processual, por sua vez, verifica-se pelos remédios constitucionais, que se definem como ações constitucionais cujo objetivo é efetivar as garantias constitucionais dos direitos fundamentais.

No ordenamento jurídico brasileiro, “os direitos individuais e metaindividuais, líquidos e certos, ameaçados ou lesados por atos imputados a autoridades públicas ou agentes delegados, eivados de ilegalidades ou abusos de poder são alcançados pelo mandado de segurança, à luz do art. 5º, incisos LXIX e LXX”,⁷⁷ “bem assim os direitos subjetivos cujo exercício esteja impossibilitado pela ausência da norma regulamentadora são acobertados pelo mandado de injunção, a teor do art. 5º, inciso LXXI, ambos da CRFB/88.”⁷⁸ A tutela da liberdade de locomoção, “ameaçada ou lesada, em decorrência de violência ou coação, dotada de ilegalidade ou abuso de poder, e o conhecimento, retificação, anotação, contestação ou explicação de dados pessoais constantes nos assentamentos de registros ou banco de dados de

⁷⁵MORAES, Guilherme Peña de - **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Atlas, 10.ª ed., 2018. ISBN 978-85-970-1568-3. p. 187.

⁷⁶ *Idem. Op. Cit.* p.189.

⁷⁷ MEIRELLES, Hely Lopes - **Mandado de Segurança**. São Paulo: Editora Malheiros, 28.ª ed., 2005. ISBN 978-85-742-0675-2. p. 21.

⁷⁸ STRECK, Lênio Luiz. **Mandado de Injunção no Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1991. ISBN 978-85-755-9091-1. p. 32.

entes governamentais ou de caráter público podem ser objetivados pelo habeas corpus e habeas data ⁷⁹, de acordo com o art. 5º, incisos LXVIII e LXXII ⁸⁰, como também a invalidação de atos, contratos ou acordos administrativos ilegais, ilegítimos ou ilícitos e lesivos ao domínio público, meio ambiente, patrimônio histórico e cultural e outros interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos pode ser obtida pela ação civil pública e ação popular, ⁸¹ em atenção aos artigos 5º, inciso LXXIII, e 129, inciso III, todos da CRFB.” ⁸²

Em Portugal, Jorge Miranda afirma que o Tribunal Constitucional Português não é um tribunal de direitos fundamentais. De competência restrita a apreciação da conformidade dos atos legislativos face à lei fundamental, não ampara a ofensa cometida pelos poderes públicos a bens e interesses jus fundamentais da pessoa humana. ⁸³

Todavia, o acesso ao direito e à tutela jurisdicional está constitucionalizado no n.º 5, do artigo 20.º, da CRP, sendo este o meio alternativo de defesa para os direitos fundamentais que estão consignados no ordenamento jurídico português.

Além disso, através do controle concreto da constitucionalidade de normas jurídicas, o Tribunal Constitucional tem a oportunidade de aplicar normas e princípios constitucionais relativos aos direitos fundamentais, mas sem deixar de ressaltar que essa intervenção do TC não tem a amplitude, nem a eficácia do recurso de amparo. ⁸⁴

O professor Vital Moreira defende que “(...) o recurso de constitucionalidade em fiscalização concreta no sistema português cumpre algumas das funções do recurso de amparo e mecanismos semelhantes.” ⁸⁵

O referido autor destaca seu entendimento quando afirma que “[...] ora, é de salientar justamente que a jurisprudência do Tribunal Constitucional tem permitido, ainda que de

⁷⁹ TUCCI, Rogério Lauria - *Habeas Corpus, Ação e Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 1978. p. 70.

⁸⁰ ALVIM, José Eduardo Carreira - *Habeas Data*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. ISBN 978-85-309-1362-0. p. 7.

⁸¹ ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de - *Ação Popular*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2.ª ed., 2008. ISBN 978-85-605-2005-3. p. 31.

⁸² MANCUSO, Rodolfo de Camargo - *Ação Civil Pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.ª ed., 1992. ISBN 978-85-203-0984-4. p. 17.

⁸³ MIRANDA, Jorge - *Manual de Direito Constitucional – Direitos Fundamentais, Tomo VI*. Coimbra: Coimbra Editora, 4.ª ed., 2013. ISBN 978-97-232-2118-3. p. 42.

⁸⁴ CORREIA, Fernando Alves - *A Justiça Constitucional em Portugal e em Espanha. Encontros e Divergências*. Revista de Direito, Vol. 7, n.º 2, 1998. [Em linha]. [Consult Feb 2018]. Disponível em https://minerva.usc.es/xmlui/bitstream/handle/10347/7672/pg_035-072_dereito7-2.pdf?sequence=1&isAllowed=y

⁸⁵ MOREIRA, Vital - *O Tribunal Constitucional Português: a Fiscalização Concreta no Quadro de um Sistema Misto de Justiça Constitucional*. Revista Sub Judice, n.º 20/21, jan/jun 2001. [Em linha]. [Consult Feb 2018]. Disponível em <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1388/856>

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.”⁸⁶

Por outro lado, nota-se que a jurisprudência do Tribunal Constitucional busca vias de acesso pela construção de um conceito funcional de norma e a extensão do objeto de recurso a interpretações normativas e a normas virtuais.⁸⁷

A doutrina busca justificar tal interpretação judicial de norma, como forma de reduzir o desequilíbrio e o caráter redutor do sistema, asseverando que o TC no exercício que lhe é privativo de controle de constitucionalidade da norma, pode despir-lhe de determinadas características materiais intrínsecas, como de generalidade e de abstração, para adotando a concepção funcional, passar a ser toda e qualquer disposição contida em ato legislativo.^{88/89}

Paradoxalmente o Tribunal Constitucional tem velado pela conformidade constitucional do ordenamento jurídico português, atento as mudanças internas e externas, sobretudo dos Estados próximos, todavia, excluindo da sua apreciação aquilo que não constitua norma jurídica, tal como as decisões judiciais e administrativas.

Vale ainda destacar que os meios tutelares dispostos aos indivíduos para proteção de direitos na CRP não se limitam a via jurisdicional, mas também a via administrativa e não contenciosa uma forma idônea de realização de direitos. São eles o direito de resistência e o direito de petição. Ainda, encontramos na legislação infraconstitucional (Leis 43/1990 e 45/2007) mecanismos de proteção de certo bem ou interesse de índole geral, comunitária ou social. As reclamações e queixas podem ser utilizadas na proteção de direitos pessoais.⁹⁰

O instrumento da reclamação vale destacar, permite a impugnação de determinado ato administrativo ou a qualquer outro de soberania dirigido ao próprio autor do ato, pretendendo-se a sua revogação ou modificação (artigo 2º nº 3 da Lei 43/1990).

⁸⁶ MOREIRA, Vital - **O Tribunal Constitucional Português: a Fiscalização Concreta no Quadro de um Sistema Misto de Justiça Constitucional**. Revista Sub Judice, n.º 20/21, jan/jun 2001. [Em linha]. [Consult Feb 2018]. Disponível em <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1388/856>

⁸⁷ NOVAIS, Jorge Reis – **Direitos Fundamentais: Triunfos contra a maioria**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. ISBN 978-97-232-1445-1. p. 163

⁸⁸ COSTA, José Manuel M. Cardoso da – **A Jurisdição Constitucional em Portugal**. Coimbra: Almedina, 3.ª ed., 2019. ISBN 978-97-240-7895-3. p. 34.

⁸⁹ NOVAIS, Jorge Reis – **Direitos Fundamentais: Triunfos contra a maioria**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. ISBN 978-97-232-1445-1. p. 163

⁹⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 7.ª ed., 2003. ISBN 978-97-240-2106-5. p. 512.

Contudo, algumas decisões do TC vão de encontro ao entendimento acima, no ferimento direto a CRP, ao afastar a apreciação daquele tribunal lesão de direito fundamental.

No Acórdão n.º 369/2007, de 26 de junho, o posicionamento prevalecente foi no sentido de que somente a reclamação constitucional ou recurso de amparo é que viabiliza o recurso de constitucionalidade.⁹¹

Em outra decisão, o TC foi taxativo ao limitar o alcance do recurso de constitucionalidade previsto na alínea *b*), do n.º 1, do artigo 280.º, da CRP e no n.º 1, do artigo 70.º da LOTC, ao sentenciar: “Na verdade, não foi acolhida pelo legislador português uma via de recurso equiparável ao da acção constitucional de defesa de direitos fundamentais, ou recurso de amparo. A competência do Tribunal Constitucional, como sublinha Rui Medeiros, abrange “a fiscalização da constitucionalidade de uma regra abstractamente enunciada para uma aplicação genérica e não simplesmente o controlo da concreta decisão de um caso jurídico. (cfr. A Decisão de Inconstitucionalidade, Lisboa, 1999, pág. 339).”⁹²

De toda sorte, o modelo português de protecção jurisdicional dos direitos fundamentais longe está de garantia aos moldes do recurso de amparo.

2.O recurso de amparo constitucional

Há pelo menos três modalidades de recurso de amparo: o amparo judicial, o amparo constitucional e o amparo internacional.⁹³

Mas, o que interessa ao presente estudo é o amparo constitucional, remédio heroico e extraordinário, que constitui a última instância na protecção de direitos fundamentais e que tem a pretensão de, subsidiariamente, superar uma possível falha em tal protecção pela justiça ordinária.

As principais características do recurso de amparo constitucional, que serão ressaltadas e analisadas neste trabalho, prendem-se a sua natureza subsidiária (*i*), ou seja, apenas permite que indivíduos lesados nos seus direitos fundamentais proponham uma acção

⁹¹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL - **ACÓRDÃO N.º 369/2007 3.ª SECÇÃO**, Rel: Conselheira Maria Lúcia Amaral. [Em linha]. [Consult Out 2018]. Disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20070369.html>

⁹² TRIBUNAL CONSTITUCIONAL - **ACÓRDÃO N.º 551/2001 3.ª SECÇÃO**, Rel: Conselheiro Tavares da Costa. [Em linha]. [Consult Out 2018]. Disponível em https://www.pgdlisboa.pt/jurel/cst_busca_actc.php?ano_actc=2001&numero_actc=551

⁹³ CORREIA, Ricardo Jorge da Ascensão Lopes – **Recurso de Amparo - Um Instituto Fundamental**. Lisboa: Universidade Católica Portuguesa, 2014. 50 f. Dissertação em mestrado em direito.

ao Tribunal Constitucional depois de discutirem a questão fático-jurídica nas vias judiciais ordinárias; a uma especialização (ii) relativamente ao amparo judicial, posto que o seu âmbito material cinge-se ao exame de eventuais violações de direitos constitucionais, não se intrometendo na análise da legalidade ordinária; por último o seu carácter extraordinário (iii), não sendo um mecanismo ordinário de proteção dos direitos fundamentais.

A abrangência do recurso de amparo talvez seja a sua característica mais notável, à medida que se presta a questionar qualquer atuação dos poderes públicos que possa lesionar direitos fundamentais.

Trata-se de ação autônoma e seu objeto pode coincidir total ou parcialmente com a pretensão deduzida perante os juízes e tribunais ordinários.⁹⁴

Seu carácter extraordinário não permite que se demande qualquer questão, mas somente àquelas ligadas à violação de direitos fundamentais.⁹⁵

Para que haja um pronunciamento do Tribunal Constitucional é necessário que a questão tenha sido discutida nas instâncias inferiores, abrindo, assim, uma via de acesso àquele tribunal. Dá-se a esse percurso o nome de subsidiariedade, característica própria do recurso de amparo.⁹⁶

3.A reclamação constitucional na Alemanha

Na Alemanha, a reclamação constitucional foi introduzida pela Lei do Tribunal Constitucional Federal Alemão (LTCFA), através dos artigos 90 e 96 e, posteriormente constitucionalizados.

Constitucionalmente previsto no art. 93, nº 1, al. 4a, da Constituição Federal Alemã (LFRFA) que dispõe que o Tribunal Constitucional Federal decide sobre os recursos de inconstitucionalidade que podem ser interpostos por todo cidadão com a alegação de ter sido prejudicado pelo poder público nos seus direitos fundamentais ou num dos seus direitos nela contidos.⁹⁷

⁹⁴ PACHECO, Leonardo da Silveira – **Recurso de Amparo Constitucional**. Revista Direito Sem Fronteiras – Universidade Estadual do Oeste do Paraná. Foz do Iguaçu. V. 1, n.º 2, 2017. [Em linha]. [Consult. Jan 2018]. Disponível em <https://e-revista.unioeste.br/index.php/direitosemfronteiras/article/view/18853>.

⁹⁵ *Idem. Ibidem.*

⁹⁶ *Idem. Ibidem.*

⁹⁷ **LEI FUNDAMENTAL DA REPÚBLICA FEDERAL DA ALEMANHA**, de 23 de maio de 1949. Texto do Título IX. O Poder Judiciário “Artigo 93 [Competência do Tribunal Constitucional Federal] (1) O Tribunal

Concebido como mecanismo de garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos lesados por decisão administrativa, judicial ou ato normativo, a queixa constitucional, tem seu rol expresso na Constituição Federal Alemã e nos direitos de natureza análoga aos direitos fundamentais com previsão no art. 90, n° 1, da Lei do Tribunal Constitucional Federal Alemão.⁹⁸

O recurso constitucional tem, neste ponto, caráter *sui generis*: em suas duas modalidades (diretamente contra ato normativo ou contra decisão judicial), ela não se desenvolve contraditoriamente e não há que se falar em “partes processuais” propriamente ditas.⁹⁹

Por outro lado, resiste-se à ideia de que ele seja mais um instrumento de controle objetivo da constitucionalidade de normas, pois sua razão de ser residiria, segundo boa parte da literatura especializada, tão somente na defesa dos direitos fundamentais do indivíduo.¹⁰⁰

Todavia, a tendência da jurisprudência do TCFA é a interpretação do § 13, n° 8, da Lei do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha¹⁰¹ no sentido de aproveitar o ensejo oferecido por uma queixa constitucional para realizar um controle objetivo da constitucionalidade das normas, de tal sorte que a grande quantidade de tais queixas contribua decisivamente para o desenvolvimento do direito constitucional positivo.¹⁰²

Constitucional Federal decide: [...] 4a. sobre os recursos de inconstitucionalidade, que podem ser interpostos por todo cidadão com a alegação de ter sido prejudicado pelo poder público nos seus direitos fundamentais ou num dos seus direitos contidos nos artigos 20 §4, 33, 38, 101, 103 e 104; (...). [Em linha]. [Consult. Jan 2018]. Disponível em <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>

⁹⁸ PACHECO, Leonardo da Silveira – **Recurso de Amparo Constitucional**. Revista Direito Sem Fronteiras – Universidade Estadual do Oeste do Paraná. Foz do Iguaçu. V. 1, n.º 2, 2017. [Em linha]. [Consult. Jan 2018]. Disponível em <https://e-revista.unioeste.br/index.php/direitosemfronteiras/article/view/18853>

⁹⁹ *Idem. Ibidem.*

¹⁰⁰ MARTINS, Leonardo - **Tribunal Constitucional Federal Alemão: Decisões Anotadas sobre Direitos Fundamentais – V 1**. São Paulo: Fundação Konrad-Adenauer, 2016. ISBN 978-85-750-4203-8.

¹⁰¹ **LEI DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL DA ALEMANHA**, de 12 de março de 1951. Seção 13 “O Tribunal Constitucional Federal decide [...] 8º em outras conflitos jurídico-públicos entre a Federação e os estados, entre estados distintos ou no interior de um estado, na medida em que outra via legal não estiver oferecida (...)” [Em linha]. [Consult. Jan 2018]. Disponível em <http://www.gesetze-im-internet.de/bverfgg/index.html>

¹⁰² MARTINS, Leonardo - **Tribunal Constitucional Federal Alemão: Decisões Anotadas sobre Direitos Fundamentais – V 1**. São Paulo: Fundação Konrad-Adenauer, 2016. ISBN 978-85-750-4203-8.

De acordo com Catarina Santos Botelho, a existência da reclamação constitucional na Alemanha, “tem possibilitado a integração dos cidadãos e tem construído uma consciência social para a matéria dos direitos fundamentais e da sua salvaguarda”.¹⁰³

A queixa constitucional é uma ação extraordinária. Dela pode se valer qualquer pessoa submetida ao poder público alemão para suspender medida estatal que represente uma violação de direito fundamental do qual seja titular. Compete originária e exclusivamente ao TCFA o julgamento da reclamação é, assim como no caso do controle objetivo de normas. Enquanto ação extraordinária, a queixa constitucional não se apresenta como um recurso processual a mais, previsto pela jurisdição processual constitucional, tal qual ocorre com o recurso extraordinário brasileiro, próprio do seu sistema difuso de controle de constitucionalidade. Não se trata, portanto, de complemento extraordinário ao sistema processual ordinário de recursos, mas de ação constitucional específica, de instância única e subsidiária.¹⁰⁴

A legitimidade ativa encontra-se disposta no § 90, 1, da BVerfGG, que dispõe no sentido de que qualquer pessoa pode propor a queixa constitucional.

Como esta tem por conteúdo a arguição de violação de direitos fundamentais, pressupõe-se, tão somente, que a legitimidade ativa seja restrita aos titulares do direito fundamental específico violado.

Existem direitos fundamentais que não se restringem a nenhuma categoria de pessoas (exemplo: liberdade de expressão do pensamento do art. 5, 1, LFRFA) e direitos fundamentais restritos aos cidadãos alemães, como, entre poucos outros, a liberdade de reunião (art. 8, 1, LFRFA).¹⁰⁵

Neste último caso, a legitimidade ativa está restrita ao cidadão alemão. Pessoas jurídicas de direito privado podem propor reclamação constitucional, se a condição de titularidade do direito fundamental material prevista no art. 19.º, 3, da LFRFA estiver

¹⁰³ BOTELHO, Catarina Santos, **A Tutela Directa dos Direitos Fundamentais: Avanços e Recuos na Dinâmica Garantística das Justiças Constitucional, Administrativa e Internacional**. Coimbra: Almedina, 2010. ISBN 978-97-240-4106-3.

¹⁰⁴ MARTINS, Leonardo - **Tribunal Constitucional Federal Alemão: Decisões Anotadas sobre Direitos Fundamentais – V 1**. São Paulo: Fundação Konrad-Adenauer, 2016. ISBN 978-85-750-4203-8.

¹⁰⁵ **LEI FUNDAMENTAL DA REPÚBLICA FEDERAL DA ALEMANHA**, de 23 de maio de 1949. [Em linha]. [Consult. Jan 2018]. Disponível em <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>

presente: “Os direitos fundamentais também são válidos para as pessoas jurídicas sediadas no país, conquanto, pela sua essência, sejam aplicáveis às mesmas”.¹⁰⁶

Ademais, pessoas jurídicas de direito público não podem propor a queixa constitucional, salvo se a violação arguida for relativa a direito fundamental, cuja área de proteção específica implique numa relação sistemática com a pessoa jurídica de direito público em pauta, ou como o TCFA formula: “quando elas defenderem direitos fundamentais em uma área na qual elas são [devem ser] independentes do Estado.”¹⁰⁷

A capacidade processual verificasse naquele que está legitimado a promover a queixa e demais atos processuais, constituindo ou não um mandatário.

Sua verificação dependerá exclusivamente do julgamento do grau de amadurecimento ou sanidade mental do impetrante, possuindo também os menores, em alguns casos, legitimidade.¹⁰⁸

O objeto da reclamação constitucional pode ser qualquer ato, ação ou omissão do poder público alemão, de qualquer dos três poderes, que viole um direito fundamental.

O § 90, 1, da LTCF é expresso ao admitir a queixa constitucional somente quando o reclamante argui a violação de um de seus direitos fundamentais. Esta norma encerra, segundo a jurisprudência do TCFA, algumas condições fundamentais.

Segundo uma de suas decisões, “a admissibilidade de reclamações constitucionais pressupõe a afirmação do reclamante, da qual se depreenda que um de seus direitos fundamentais está sendo violado por ato do poder público. Isto significa que o ato do poder público tem que ser apto a atingir uma posição jurídica de direito fundamental, própria do reclamante, de maneira direta e atual.”¹⁰⁹

A primeira condição, de natureza objetiva, refere-se à possibilidade da violação de direito fundamental, fazendo-se depreender das alegações feitas na peça da reclamação constitucional que, pelo menos em tese, uma violação de direito fundamental possa ter ocorrido.

¹⁰⁶ **LEI FUNDAMENTAL DA REPÚBLICA FEDERAL DA ALEMANHA**, de 23 de maio de 1949. [Em linha]. [Consult. Jan 2018]. Disponível em <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>

¹⁰⁷ MARTINS, Leonardo - **Tribunal Constitucional Federal Alemão: Decisões Anotadas sobre Direitos Fundamentais – V 1**. São Paulo: Fundação Konrad-Adenauer, 2016. ISBN 978-85-750-4203-8.

¹⁰⁸ *Idem. Ibidem.*

¹⁰⁹ *Idem. Ibidem.*

Além da possibilidade de violação, que deve ser constatada *a priori*, o prejuízo sofrido decorrente da violação do direito deve ser próprio, atual e direto. O pré-requisito “próprio” refere-se ao fato da reclamação só poder ser utilizada para a defesa de direito fundamental por seu titular. O pré-requisito “atual” diz respeito à necessidade do ato já ou ainda estar violando direito fundamental do reclamante. Já o pré-requisito “direto” significa que o ato atacado, no caso uma lei abstrata, viola diretamente o direito fundamental do reclamante.

Fora esses dois pré-requisitos preliminares, deve haver necessidade da proteção: a necessidade da proteção, enquanto condição da reclamação estará presente quando verificado o esgotamento da possibilidade de proteção ordinária, observando-se o princípio da subsidiariedade da tutela jurisdicional constitucional.

O § 90, 2, da LTCFA exige o esgotamento das instâncias ordinárias para a admissão de uma reclamação constitucional, se aquelas forem previstas pela legislação. Em suma: o reclamante deve se valer de todas as possibilidades processuais para o afastamento da violação afirmada.¹¹⁰

O princípio da subsidiariedade representa mais um óbice que se liga à condição do esgotamento das instâncias ordinárias. A subsidiariedade se refere às possibilidades extras de resistência ao ato do poder público sem a atuação do TCF, como procurar se valer, no âmbito de um processo penal, de outros possíveis meios processuais (processuais civis, por exemplo), com os quais o reclamante se livre de malefícios provocados pela violação, que poderia, assim, pela via indireta, ser evitada.

Paralelamente a essa necessidade do esgotamento da via jurisdicional e ao princípio da subsidiariedade em sentido estrito, existe a possibilidade, prevista no § 90, 2 (LTCFA), de o TCFA decidir sobre uma reclamação constitucional antes mesmo de esgotadas as instâncias ordinárias. Segundo o teor desse dispositivo, o TCFA poderá decidir, antes de esgotadas as instâncias ordinárias, se: a reclamação tiver significado geral (i) ou, se o reclamante estiver

¹¹⁰ **LEI DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL DA ALEMANHA**, de 12 de março de 1951. Seção 90, “(1) Qualquer pessoa pode propor o recurso constitucional no Tribunal Constitucional Federal com a alegação de estar sendo violada pelo Poder Público, em algum dos seus direitos fundamentais ou em algum dos seus direitos contidos no art. 20.^a, alínea 4, art. 33.^o, 38.^o, 101.^o, 103.^o e 104.^o, da Lei Fundamental. (2) Se está proporcionada a via judicial contra a violação, o recurso constitucional, então, somente pode ser proposto após o esgotamento da via judicial. O Tribunal Constitucional Federal pode, todavia, decidir imediatamente, antes do esgotamento da via judicial, acerca de um recurso constitucional proposto, quando ele é de significado geral ou suceder ao promovente um prejuízo grave e inevitável, caso ele for remetido primeiro à via judicial”. (...)” [Em linha]. [Consult. Jan 2018]. Disponível em <http://www.gesetze-im-internet.de/bverfgg/index.html>

correndo risco de sofrer um prejuízo grande e irremediável (ii) se, antes, tiver que procurar a tutela jurisdicional ordinária(iii).

A reclamação constitucional deve ser apresentada na forma escrita e fundamentada. Na fundamentação, há de se demonstrar qual ato do poder público viola qual direito fundamental. A peça deve ser instruída com documentos comprobatórios. Não há a necessidade de representação advocatícia. O prazo para propor a reclamação constitucional contra decisão judicial é de um mês. No caso mais raro da reclamação contra ato normativo, o prazo é de um ano.

A reclamação constitucional está condicionada a um juízo de admissibilidade obrigatório.

O art. 94, 2, da Constituição Federal Alemã dispõe que “uma lei ordinária pode prescrever um processo de admissibilidade para as reclamações constitucionais”.

Esta autorização constitucional foi concretizada pelo § 93, a LTCFA, que elabora um rol de hipóteses nas quais o TCFA tem a obrigação de admitir a reclamação constitucional.

A reclamação não poderá ser rejeitada quando: a ela se ligar um significado constitucional (i); e quando for necessária para a imposição dos direitos fundamentais (ii).

Procedimentalmente, o cidadão lesado em seu direito fundamental, deve apresentar por escrito, ao TCFA, a sua queixa constitucional apontando o direito que, supostamente, teria sido violado e qual o ato ou omissão da autoridade pública que lesou a sua esfera jurídica subjetiva.¹¹¹

Registre-se, todavia, em observância ao princípio da subsidiariedade, o manejo do recurso constitucional ao TCF é franqueado somente quando esgotadas as vias judiciais

¹¹¹ PACHECO, Leonardo da Silveira – **Recurso de Amparo Constitucional**. Revista Direito Sem Fronteiras – Universidade Estadual do Oeste do Paraná. Foz do Iguaçu. V. 1, n.º 2, 2017. [Em linha]. [Consult. Jan 2018]. Disponível em <https://e-revista.unioeste.br/index.php/direitosemfronteiras/article/view/18853>

existentes¹¹², solicitando a tutela das decisões judiciais de última instância e com valor de caso julgado, revelando, assim, a natureza extraordinária do referido mecanismo.¹¹³

O art. 34, n.º 2 da LTCFA prevê o pagamento de uma taxa se o recurso constitucional for utilizado de forma abusiva.¹¹⁴

O prazo para a propositura da reclamação constitucional, em regra, é de um mês a contar da notificação da decisão, havendo diferença de prazo conforme a origem do ato atacado.¹¹⁵

Portanto, podemos concluir, em última análise, que a queixa constitucional do Direito Alemão é um mecanismo que possui uma função subjetiva de proteção de posições individuais; que tem por objeto o controle de atos do poder público; e que pressupõe uma violação específica de um direito fundamental.

¹¹² **LEI FUNDAMENTAL DA REPÚBLICA FEDERAL DA ALEMANHA**, de 23 de maio de 1949. IX O Poder Judiciário, “Artigo 94 [Composição do Tribunal Constitucional Federal] [...] (2) Uma lei federal regulará a sua organização e processo, determinando os casos em que as suas decisões terão força de lei. Poderá impor como condição para os recursos de inconstitucionalidade, que se tenha esgotado previamente as vias legais e prever um processo especial de adoção dos processos”.

¹¹³ PACHECO, Leonardo da Silveira – **Recurso de Amparo Constitucional**. Revista Direito Sem Fronteiras – Universidade Estadual do Oeste do Paraná. Foz do Iguaçu. V. 1, n.º 2, 2017. [Em linha]. [Consult. Jan 2018]. Disponível em <https://e-revista.unioeste.br/index.php/direitosemfronteiras/article/view/18853>

¹¹⁴ **LEI DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL DA ALEMANHA**, de 12 de março de 1951. Seção 34, n.º 2: “O Tribunal Constitucional Federal pode impor uma taxa de até 2.600 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.” [Em linha]. [Consult. Jan 2018]. Disponível em <http://www.gesetze-im-internet.de/bverfgg/index.html>

¹¹⁵ **LEI DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL DA ALEMANHA**, de 12 de março de 1951. Seção 93 “(1) O recurso constitucional deve ser proposto e deve ser fundamentado dentro de um mês. O prazo inicia com a notificação ou comunicação informal da decisão redigida em forma completa, quando ela, consoante às prescrições jurídico-processuais determinadoras, deve ser realizada de ofício. Nos outros casos o prazo inicia com a proclamação da decisão ou, quando ela não deve ser proclamada, com a sua comunicação diversa ao promovente; se, nisso, não for dado ao promovente uma cópia da decisão em forma completa, o prazo da primeira frase, por meio disso, então, será interrompido a fim de que o promovente solicite, por escrito ou no protocolo da secretaria, a dação de uma decisão redigida em forma completa. A interrupção persiste até quando a decisão em forma completa for dada ao promovente pelo Tribunal Constitucional Federal ou lhe for remetida, de ofício ou por uma das partes no procedimento. (2) Se um promovente estava impedido, sem culpa, de observar esse prazo, deve ser-lhe concedido, a pedido, o restabelecimento. O pedido deve ser feito nas duas semanas seguintes à eliminação do obstáculo. Os fatos para a fundamentação do pedido devem ser demonstrados na propositura ou no procedimento referente ao pedido. O ato jurídico omitido deve ser reparado dentro do prazo da propositura; caso isso já tenha ocorrido, o restabelecimento também pode ser concedido sem pedido. Após um ano, a partir do fim do prazo inobservado, o pedido é inadmissível. A culpa do mandatário equipara-se à culpa de um promovente. (3) Se o recurso constitucional dirige-se contra uma lei ou contra um outro ato de poder público, contra o qual não há uma via judicial aberta, o recurso constitucional, então, somente pode ser proposto dentro de um ano, a partir da entrada em vigor da lei ou da promulgação do ato de poder público. (4) Se uma lei entrou em vigor antes do dia 1 de abril de 1951, o recurso constitucional, então, pode ser proposto até o dia 1 de abril de 1952. [Em linha]. [Consult. Jan 2018]. Disponível em <http://www.gesetze-im-internet.de/bverfgg/index.html>

4.O recurso de amparo em Espanha

O recurso de amparo espanhol é uma garantia constitucional contra a violação ou lesão efetiva de direitos fundamentais e liberdades públicas.

O recurso de amparo foi positivado na Constituição Espanhola (CE) de 1978, no Capítulo IV – Das garantias das liberdades e direitos fundamentais, através do art. 53.º, n.º 2, que dispõe: “2. Qualquer cidadão poderá reclamar a tutela das liberdades e direitos reconhecidos no artigo 14 e na Secção primeira do Capítulo segundo perante os Tribunais ordinários mediante um procedimento baseado nos princípios da preferência e da sumariedade e, se for o caso, através do recurso de amparo perante o Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicável à objeção de consciência reconhecida no artigo 30.”¹¹⁶

Permitiu que qualquer cidadão obtenha a tutela das liberdades e direitos que são enumerados no artigo 14.º até o artigo 29.º, do Capítulo II, Secção 1ª – Dos direitos fundamentais e das liberdades públicas, além do direito previsto no art. 30.º, n.º 2, em procedimento sumário, perante os tribunais ordinários, ou através do recurso de amparo perante o Tribunal Constitucional.¹¹⁷

¹¹⁶ **CONSTITUIÇÃO ESPANHOLA** – de 29 de dezembro de 1978. [Em linha]. [Consult jan 2020]. Disponível em [file:///C:/Users/denis/Downloads/BOE-387_Constitucion_Espanola_Constituicao_Espanhola%20\(3\).pdf](file:///C:/Users/denis/Downloads/BOE-387_Constitucion_Espanola_Constituicao_Espanhola%20(3).pdf)

¹¹⁷ **CONSTITUIÇÃO ESPANHOLA** – de 29 de dezembro de 1978. “Artigo 14 - Os espanhóis são iguais ante a lei, sem que possa prevalecer discriminação alguma por razão de nascimento, raça, sexo, religião, opinião ou qualquer outra condição ou circunstância pessoal ou social. Artigo 15 - Todos têm direito à vida e à integridade física e moral, sem que em nenhum caso, possam ser submetidos à tortura nem a penas ou tratamentos desumanos ou degradantes. Fica abolida a pena de morte, salvo no que possam dispor as leis penais militares para tempo de guerra. Artigo 16 - 1. É garantida a liberdade ideológica, religiosa e de culto dos indivíduos e das comunidades sem mais limitação, nas suas manifestações, que a necessária para a manutenção da ordem pública protegida por lei. 2. Ninguém será obrigado a declarar sobre a sua ideologia, religião ou crenças. 3. Nenhuma confissão terá carácter estatal. Os poderes públicos terão em conta as crenças religiosas da sociedade espanhola e manterão as necessárias relações de cooperação com a Igreja Católica e as demais confissões. Artigo 17 - 1. Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança. Ninguém pode ser privado da sua liberdade, senão com a observância do estabelecido neste artigo e nos casos e na forma previstos na lei. 2. A detenção preventiva não poderá durar mais que o tempo estritamente necessário para a realização das averiguações tendentes ao esclarecimento dos factos, e, em todo o caso, no prazo máximo de setenta e duas horas, o detido deverá ser posto em liberdade ou à disposição da autoridade judicial. 3. Toda a pessoa detida deve ser informada de forma imediata, e de modo que lhe seja compreensível, dos seus direitos e das razões de sua detenção, não podendo ser obrigada a declarar. Garante-se a assistência de advogado ao detido nas diligências policiais e judiciais, nos termos que a lei estabeleça. 4. A lei regulará um procedimento de “habeas corpus” para colocar à imediata disposição judicial toda a pessoa detida ilegalmente. Da mesma forma, por lei se determinará o prazo máximo de duração da prisão preventiva. Artigo 18 - 1. É garantido o direito à honra, à intimidade pessoal e familiar e à própria imagem. 2. O domicílio é inviolável. Nenhuma entrada ou busca se poderá fazer-se aí sem o consentimento do titular ou resolução judicial, salvo em caso de flagrante delito. 3. É garantido o segredo das comunicações e, em especial, das postais, telegráficas e telefónicas, salvo resolução judicial. 4. A lei limitará o uso da informática para garantir a honra e a intimidade pessoal e familiar dos cidadãos e o pleno exercício dos seus direitos. Artigo 19 - Os espanhóis têm direito a escolher livremente a sua residência e a circular pelo Território nacional. Também, têm direito a entrar e sair livremente de Espanha nos termos que a lei estabeleça.

Este direito não poderá ser limitado por motivos políticos ou ideológicos. Artigo 20 - 1. Reconhecem-se e protegem-se os direitos: a) A expressar e difundir livremente os pensamentos, ideias e opiniões mediante a palavra, por escrito ou qualquer outro meio de reprodução. b) À produção e criação literária, artística, científica e técnica. c) À liberdade de cátedra. d) A comunicar ou receber livremente informação veraz por qualquer meio de difusão. A lei regulará o direito à cláusula de consciência e ao segredo profissional no exercício destas liberdades. 2. O exercício destes direitos não se pode restringir mediante nenhum tipo de censura prévia. 3. A lei regulará a organização e o controle parlamentar dos meios de comunicação social dependentes do Estado ou de qualquer ente público e garantirá o acesso aos ditos meios dos grupos sociais e políticos significativos, respeitando o pluralismo da sociedade e das diversas línguas de Espanha. 4. Estas liberdades estão limitadas pelo respeito aos direitos reconhecidos neste Título, nos preceitos das leis que os desenvolvem e, especialmente, no direito à honra, à intimidade, à própria imagem e à protecção da juventude e da infância. 5. Só poderá decretar-se a apreensão de publicações, gravações e outros meios de informação por decisão judicial. Artigo 21 - 1. Reconhece-se o direito de reunião pacífica e sem armas. O exercício deste direito não necessitará autorização prévia. 2. Nos casos de reuniões em lugares de trânsito público e manifestações será dada comunicação prévia à autoridade, que só poderá proibi-las quando existam razões fundadas de alteração da ordem pública, com perigo para pessoas ou bens. Artigo 22 - 1. Reconhece-se o direito de associação. 2. As associações que persigam fins ou utilizem meios tipificados como um delito são ilegais. 3. As associações constituídas ao amparo deste artigo deverão inscrever-se num registo para efeitos somente de publicidade. 4. As associações só poderão ser dissolvidas ou suspensas nas suas actividades em virtude de decisão judicial fundamentada. 5. Proíbem-se as associações secretas e as de carácter paramilitar. Artigo 23 - 1. Os cidadãos têm direito a participar nos assuntos públicos, directamente ou por meio de representantes, livremente eleitos em eleições periódicas por sufrágio universal. 2. Da mesma forma, têm direito a aceder em condições de igualdade às funções e cargos públicos, segundo os requisitos estabelecidos pelas leis. Artigo 24 - 1. Todas as pessoas têm direito a obter a tutela efectiva dos juízes e tribunais no exercício dos seus direitos e interesses legítimos, sem que, em nenhum caso, possa produzir-se indefensão. 2. Da mesma forma, todos têm direito ao Juiz ordinário pré-determinado pela lei, à defesa e à assistência de advogado, a ser informados da acusação formulada contra eles, a um processo público sem demoras indevidas e com todas as garantias, a utilizar os meios de prova pertinentes para a sua defesa, a não declarar contra si próprios, a não confessar-se culpados e à presunção de inocência. A lei regulará os casos em que, por razão de parentesco ou de segredo profissional, não se estará obrigado a declarar sobre factos presumivelmente delituosos. Artigo 25 - 1. Ninguém pode ser condenado ou sancionado por acções ou omissões que no momento de produzir-se não constituam delito, falta ou infracção administrativa, segundo a legislação vigente nesse momento. 2. As penas que privem de liberdade e as medidas de segurança estarão orientadas para a reeducação e reinserção social e não poderão consistir em trabalhos forçados. O condenado a pena de prisão que estiver cumprindo a mesma gozará dos direitos fundamentais deste Capítulo, exceptuando os que se vejam expressamente limitados pelo conteúdo da sentença condenatória, o sentido da pena e a lei penitenciária. Em todo o caso, terá direito a um trabalho remunerado e aos benefícios correspondentes da Segurança Social, assim como ao acesso à cultura e ao desenvolvimento integral da sua personalidade. 3. A Administração civil não poderá impor sanções que, directa ou subsidiariamente, impliquem privação de liberdade. Artigo 26 - Proíbem-se os Tribunais de Honra no âmbito da Administração civil e das organizações profissionais. Artigo 27 - 1. Todos têm o direito à educação. Reconhece-se a liberdade de ensino. 2. A educação terá por objecto o pleno desenvolvimento da personalidade humana no respeito aos princípios democráticos de convivência e aos direitos e liberdades fundamentais. 3. Os poderes públicos garantem o direito que assiste aos pais para que os seus filhos recebam a formação religiosa e moral que esteja de acordo com as suas próprias convicções. 4. O ensino básico é obrigatório e gratuito. 5. Os poderes públicos garantem o direito a todos à educação, mediante uma programação geral do ensino, com a participação efectiva de todos os sectores afectados e a criação de centros docentes. 6. Reconhece-se às pessoas quer individuais quer colectivas à liberdade de criação de centros docentes, dentro do respeito aos princípios constitucionais. 7. Os professores, os pais e, se for caso disso, os alunos participarão no controle e gestão de todos os centros sustentados pela Administração com fundos públicos, nos termos que a lei estabeleça. 8. Os poderes públicos inspeccionarão e homologarão o sistema educativo para garantir o cumprimento das leis. 9. Os poderes públicos ajudarão os centros docentes que reúnam os requisitos que a lei estabeleça. 10. Reconhece-se a autonomia das Universidades, nos termos que a lei estabeleça. Artigo 28 - 1. Todos têm direito a sindicalizar-se livremente. A lei poderá limitar ou exceptuar do exercício deste direito as Forças Armadas ou os Corpos armados e aos demais Corpos submetidos à disciplina militar e regulará as peculiaridades do seu exercício para os funcionários públicos. A liberdade sindical compreende o direito a fundar sindicatos e a filiar-se no de sua escolha, assim como o direito dos sindicatos a formar confederações e a formar organizações sindicais internacionais ou a filiar-se nas mesmas. Ninguém poderá ser obrigado a filiar-se num sindicato. 2. Reconhece-se o direito à greve dos trabalhadores para a defesa dos seus interesses. A lei que regule o exercício deste direito estabelecerá as garantias necessárias para assegurar a manutenção dos serviços essenciais da comunidade. Artigo 29 - 1. Todos os espanhóis terão direito de petição individual e colectiva, por

O art. 41.º, da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional Espanhol (LOTCE) ¹¹⁸e o art. 53.º, nº 2, da Constituição Espanhola, formam um sistema de proteção de direitos fundamentais, por meio de dois mecanismos, o amparo constitucional e o amparo judicial ou ordinário. Aquele interposto perante Tribunal Constitucional Espanhol (TCE) e este perante as diversas instâncias jurisdicionais ordinárias.

O amparo constitucional, em Espanha, visa à proteção de direitos e liberdades, em sede constitucional, quando as vias ordinárias de proteção não obtiverem êxito, sendo uma garantia subsidiária aos direitos fundamentais, na impossibilidade da jurisdição ordinária em conferir-lhes a proteção desejada, ou quando a justiça ordinária for a causadora da violação do direito fundamental por ação ou omissão. ¹¹⁹

Por ilação, o recurso de amparo, é mecanismo de salvaguarda de direitos e liberdades fundamentais de interesse individual, mas também de proteção da própria Constituição, através do Tribunal Constitucional, na qualidade de intérprete supremo dos preceitos constitucionais, vinculando todos os poderes públicos estatais as suas decisões¹²⁰.

Embora de índole eminentemente protetiva dos direitos fundamentais, pelo imposto no art. 41, nº 3 da LOTCE, não são todos os direitos que gozam de proteção por meio do recurso de amparo constitucional.

escrito, na forma e com os efeitos que determine a lei. 2. Os membros das Forças Armadas ou Corpos armados ou dos demais Corpos submetidos à disciplina militar poderão exercer este direito só individualmente e de acordo ao disposto na sua legislação específica. Artigo 30. [...] 2. A lei fixará as obrigações militares dos espanhóis e regulará, com as devidas garantias, a objecção de consciência, assim como as demais causas de isenção do serviço militar obrigatório, podendo impor, se for caso disso, uma prestação social em substituição. [Em linha]. [Consult jan 2020]. Disponível em file:///C:/Users/denis/Downloads/BOE-387_Constitucion_Espanola_Constituicao_Espanhola%20(3).pdf

¹¹⁸ **LEI ORGÂNICA DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPANHOL**, N.º 2 de 03 de outubro de 1979 – “Título III – Do recurso de amparo constitucional. Capítulo I – Da procedência e interposição do recurso de amparo constitucional. Artigo 41.º Um. Os direitos e liberdades reconhecidos nos artigos 14.º a 29.º da Constituição serão suscetíveis de amparo constitucional, nos casos e formas que esta lei estabelece, sem prejuízo da sua tutela geral encomendada aos tribunais de justiça. A mesma proteção será aplicável à objecção de consciência reconhecida no artigo 30.º da Constituição. Dois. O recurso de amparo constitucional protege, nos termos que esta lei estabelece, face às violações dos direitos e liberdade a que se refere o número anterior, originadas pelas disposições, atos jurídicos, omissões ou simples via de facto dos poderes públicos do Estado, das comunidades autónomas e demais entidades públicas de caráter territorial, corporativo ou institucional, assim como dos seus funcionários ou agentes. Três. Através do amparo constitucional não é possível fazer valer outras pretensões que não sejam as que visam o restabelecimento ou a preservação dos direitos ou liberdades, razões que levaram à formulação do recurso.” [Em linha]. [Consult Jan 2018]. Disponível em <https://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/normativa/Normativa/LOTC-pt.pdf>

¹¹⁹ PACHECO, Leonardo da Silveira – **Recurso de Amparo Constitucional**. Revista Direito Sem Fronteiras – Universidade Estadual do Oeste do Paraná. Foz do Iguaçu. V. 1, n.º 2, 2017. [Em linha]. [Consult. Jan 2018]. Disponível em <https://e-revista.unioeste.br/index.php/direitosemfronteiras/article/view/18853>.

¹²⁰ *Idem. Ibidem.*

Dispõe o artigo 41.º, três, da LOTCE que “através do amparo constitucional não se podem fazer valer outras pretensões que não sejam as dirigidas a restabelecer ou preservar os direitos ou liberdades em razão dos quais se formulou o recurso”¹²¹.

Os direitos fundamentais tutelados por meio do recurso de amparo estão previstos no art. 14, 1ª seção do capítulo II, da CE, sendo exemplos o direito à liberdade, à vida, integridade física e a honra, que gozam do mais alto grau de proteção jurídica.¹²²

Ficaram de fora dessa proteção os direitos sociais, afirmando Martinez Pardo que “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)”.¹²³

Porém, a jurisprudência tem exercido papel importante na ampliação da interpretação dos direitos fundamentais, ampliando o rol dos direitos protegidos pelo recurso de amparo, pela aplicação do princípio da igualdade, acabando por inserir outros direitos fundamentais que escapam da proteção por via de amparo.¹²⁴

Nas palavras do Professor Doutor Pedro Trovão do Rosário, “A tramitação do recurso de amparo contém-se essencialmente nos artigos 48.º a 58.º da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional *supra*, iniciando-se por pedido do interessado devidamente representado e assistido, devendo no seu requerimento indicar com clareza e concisão os elementos factuais e jurídicos que o motivam e fundamentam a sua pretensão. Deverá igualmente indicar os direitos fundamentais que na sua perspectiva foram violados, indicando com precisão o amparo que solicita”¹²⁵.

¹²¹ **LEI ORGÂNICA DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPANHOL**, N.º 2 de 03 de outubro de 1979 – [Em linha]. [Consult Jan 2018]. Disponível em <https://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/normativa/Normativa/LOTC-pt.pdf>

¹²² **CONSTITUIÇÃO ESPANHOLA** – de 29 de dezembro de 1978. [Em linha]. [Consult jan 2020]. Disponível em [file:///C:/Users/denis/Downloads/BOE_387_Constitucion_Espanola_Constituicao_Espanhola%20\(3\).pdf](file:///C:/Users/denis/Downloads/BOE_387_Constitucion_Espanola_Constituicao_Espanhola%20(3).pdf)

¹²³ PARDO, Vicente José Martinez - *El Recurso de Amparo Constitucional - Consideraciones Generales*. Revista Internauta de Prática Jurídica. Valencia, n.º 8, jul./dez. 2001. [Em linha]. [Consult Jan 2018]. Disponível em <https://www.uv.es/~ripj/>

¹²⁴ PACHECO, Leonardo da Silveira – **Recurso de Amparo Constitucional**. Revista Direito Sem Fronteiras – Universidade Estadual do Oeste do Paraná. Foz do Iguaçu. V. 1, n.º 2, 2017. [Em linha]. [Consult. Jan 2018]. Disponível em <https://e-revista.unioeste.br/index.php/direitosemfronteiras/article/view/18853>

¹²⁵ ROSÁRIO, Pedro Trovão do – **O Recurso Constitucional de Amparo**. Jurismat – Revista Jurídica. [Em linha]. Portimão, n.º 1, 2012. [Consult Dez 2021]. Disponível em <https://revistas.ulusofona.pt/index.php/jurismat/article/view/7664>

Deve ser destacado que, embora o amparo constitucional trate da proteção de direitos fundamentais, nem todas as pessoas naturais e jurídicas têm legitimidade postulatória.¹²⁶

São legitimados os cidadãos para pleitearem recurso de amparo, titulares de um direito tutelado por via do amparo, conforme prescrição da Constituição Espanhola nos artigos 53.º, nº 2 e 162.º, nº 1, al. b.¹²⁷

Da mesma forma as pessoas jurídicas são legitimadas ao manuseio de tal recurso. Concorrentemente, têm legitimidade os Defensores do Povo e o Ministério Público, sendo que este tem capacidade para intervir em todos os processos de amparo com o fim de defender a legalidade, os direitos dos cidadãos e o interesse público tutelado.¹²⁸

O queixoso tem o prazo de 20 (vinte dias) úteis para apresentar sua queixa, a contar da notificação da última resolução judicial recorrida, na forma do disposto no art. 44.º, nº 2, da LOTCE.¹²⁹

Os documentos necessários à interposição do amparo são enumerados no art. 49.º, da LOTCE, sendo o procedimento gratuito, cabendo ao Tribunal Constitucional impor custas ou sanções pecuniárias no caso de temeridade, má-fé ou abuso de direito na formulação do recurso.¹³⁰

Especificamente sobre o Estado Espanhol, deve ser anotado que sua legislação é restritiva, no que diz respeito à limitação de entrada e permanência de estrangeiros em situação irregular.¹³¹

¹²⁶ PACHECO, Leonardo da Silveira – **Recurso de Amparo Constitucional**. Revista Direito Sem Fronteiras – Universidade Estadual do Oeste do Paraná. Foz do Iguaçu. V. 1, n.º 2, 2017. [Em linha]. [Consult. Jan 2018]. Disponível em <https://e-revista.unioeste.br/index.php/direitosemfronteiras/article/view/18853>

¹²⁷ **CONSTITUIÇÃO ESPANHOLA** – de 29 de dezembro de 1978. [Em linha]. [Consult. jan 2020]. Disponível em [file:///C:/Users/denis/Downloads/BOE-387_Constitucion_Espanola_Constituicao_Espanhola%20\(3\).pdf](file:///C:/Users/denis/Downloads/BOE-387_Constitucion_Espanola_Constituicao_Espanhola%20(3).pdf)

¹²⁸ PACHECO, Leonardo da Silveira – **Recurso de Amparo Constitucional**. Revista Direito Sem Fronteiras – Universidade Estadual do Oeste do Paraná. Foz do Iguaçu. V. 1, n.º 2, 2017. [Em linha]. [Consult. Jan 2018]. Disponível em <https://e-revista.unioeste.br/index.php/direitosemfronteiras/article/view/18853>

¹²⁹ **LEI ORGÂNICA DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPANHOL**, N.º 2 de 03 de outubro de 1979 – [Em linha]. [Consult. Jan 2018]. Disponível em <https://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/normativa/Normativa/LOTC-pt.pdf>

¹³⁰ *Idem. Ibidem.*

¹³¹ PACHECO, Leonardo da Silveira – **Recurso de Amparo Constitucional**. Revista Direito Sem Fronteiras – Universidade Estadual do Oeste do Paraná. Foz do Iguaçu. V. 1, n.º 2, 2017. [Em linha]. [Consult. Jan 2018]. Disponível em <https://e-revista.unioeste.br/index.php/direitosemfronteiras/article/view/18853>

Todavia, sob a influência do TEDH a jurisprudência espanhola tem se inclinado há uma interpretação mais ampla na garantia dos direitos dos imigrantes, especialmente o direito a vida familiar.¹³²

Num primeiro momento, em razão das questões suscitadas nos enclaves Ceuta e Mellila, a jurisprudência busca discutir a regulamentação das “devoluciones en caliente” ou a incorporação de um discricionário exame de conhecimentos constitucionais e socioculturais no procedimento de aquisição da nacionalidade por residência.

Numa segunda oportunidade destacam-se as decisões do Tribunal Supremo Espanhol anulando diversos dispositivos do regulamento dos centros de internação de estrangeiros por serem contrários ao direito a vida familiar ou ao direito a intimidade pessoal, garantido, por sua vez, o Tribunal Constitucional Espanhol o exercício de tais direitos, por vezes, por meio do manejo do recurso de amparo.¹³³

Os tratados internacionais em vigor em Espanha estão no ápice da hierarquia do seu sistema jurídico nos termos dos artigos 96.º, 1 e 96.º, 2, da Constituição de 1978.¹³⁴

O Conselho de Estado, em seu parecer sobre o Projeto de alteração da Lei Orgânica dos Estrangeiros, transformado na LO 8/2000, pronunciou-se sobre o impacto do direito internacional no direito interno, afirmando: as normas de direito internacional em Espanha desfrutam de uma força especial. Isto significa que a parte dogmática da Constituição se aplica aos estrangeiros na forma do disposto no artigo 13.1 da C.E., não esgotando seus direitos, uma vez que eles podem vir, por hipótese diretamente dos tratados, e que a regra proposta (referência ao Projeto de Lei 8/2000), é complementar e instrumental e não de substituição.¹³⁵

¹³² MARTOS, José Antonio Montilla [et al.]. *Legislación, Jurisprudencia y Derechos de los Inmigrantes*. Tradução livre. Anuario CIDOB de la Inmigración 2015-2016. p. 292. [Em linha]. [Consult Jan 2018]. Disponível em https://www.cidob.org/es/publicaciones/serie_de_publicacion/anuario_cidob_de_la_inmigracion/el_ano_de_los_refugiados_anuario_cidob_de_la_inmigracion_2015_2016_nueva_epoca

¹³³ PACHECO, Leonardo da Silveira – **Recurso de Amparo Constitucional**. Revista Direito Sem Fronteiras – Universidade Estadual do Oeste do Paraná. Foz do Iguaçu. V. 1, n.º 2, 2017. [Em linha]. [Consult. Jan 2018]. Disponível em <https://e-revista.unioeste.br/index.php/direitosemfronteiras/article/view/18853>

¹³⁴ TRIAS, Eduard Sagarra - *La Discutible Constitucionalidad de la Regulación de las Devoluciones en Caliente*. Tradução livre. [Consult. Fev. 2017]. Disponível em: <http://www.abogacia.es/2015/04/29/la-discutible-constitucionalidad-de-la-regulacion-de-las-devoluciones-en-caliente-y-ii/>

¹³⁵ PACHECO, Leonardo da Silveira – **Recurso de Amparo Constitucional**. Revista Direito Sem Fronteiras – Universidade Estadual do Oeste do Paraná. Foz do Iguaçu. V. 1, n.º 2, 2017. [Em linha]. [Consult. Jan 2018]. Disponível em <https://e-revista.unioeste.br/index.php/direitosemfronteiras/article/view/18853>

Certo é que o Estado espanhol ratificou diversos acordos internacionais que tornam impossível legitimar práticas manifestamente violadoras dos direitos fundamentais dos indivíduos.¹³⁶

Vale lembrar o artigo 19.º, 2, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, proclama o princípio de não repulsão, plenamente aplicável, sobretudo quando afastar, expulsar ou extraditar alguém para um Estado significa sujeita-lo ao risco da pena de morte, tortura ou a outros tratamentos desumanos ou degradantes.¹³⁷

Em diversos acórdãos, o Tribunal Constitucional e o Supremo Tribunal de Justiça, declararam a supremacia hierárquica dos tratados frente a legislação ordinária.

O Tribunal Constitucional Espanhol, entendendo violados os artigos 13.º, 1 e 13.º, 4 da CE, com base no princípio da equiparação, reconhece aos estrangeiros o gozo dos direitos fundamentais e das liberdades públicas garantidas na constituição.¹³⁸

Situação problemática apresenta-se nos enclaves Ceuta e Mellila, pela entrada clandestina de refugiados da Síria, Iraque, Somália, Gaza ou República do Congo fugindo do conflito armado.

O desastre humano se intensifica à medida que a entrada clandestina pela fronteira com o Marrocos ocorre quando ultrapassadas duas cercas (“doble valla”) de seis metros de altura que separam milhares de imigrantes subsaarianos do sonho de sobrevivência.¹³⁹

As chamadas “devoluciones en caliente”, expulsões imediatas de imigrantes que ultrapassam as referidas cercas e ingressam em território espanhol, vêm sofrendo restrições do poder judiciário que determina a observância do devido processo de deportação para que aquelas ocorram.¹⁴⁰

¹³⁶ PACHECO, Leonardo da Silveira – **Recurso de Amparo Constitucional**. Revista Direito Sem Fronteiras – Universidade Estadual do Oeste do Paraná. Foz do Iguaçu. V. 1, n.º 2, 2017. [Em linha]. [Consult. Jan 2018]. Disponível em <https://e-revista.unioeste.br/index.php/direitosemfronteiras/article/view/18853>

¹³⁷ LÓPEZ ESCUDERO, Manuel [et al.] - *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea: comentario artículo por artículo*. Tradução livre. Bilbao: Fundación BBVA, 2008. Pág. 379. [Em linha]. [Consult. jan 2017]. Disponível em https://www.fbbva.es/wp-content/uploads/2017/05/dat/DE_2008_carta_drechos_fundamentales.pdf

¹³⁸ PACHECO, Leonardo da Silveira – **Recurso de Amparo Constitucional**. Revista Direito Sem Fronteiras – Universidade Estadual do Oeste do Paraná. Foz do Iguaçu. V. 1, n.º 2, 2017. [Em linha]. [Consult. Jan 2018]. Disponível em <https://e-revista.unioeste.br/index.php/direitosemfronteiras/article/view/18853>

¹³⁹ *Idem. Ibidem.*

¹⁴⁰ *Idem. Ibidem.*

Embora não tratando propriamente das “devoluciones en caliente”, decisão recente (10/03/2017) da Sala Segunda do Tribunal Constitucional Espanhol reafirma os direitos fundamentais dos estrangeiros em Espanha.¹⁴¹

Trata-se do Recurso de Amparo nº 1920-2015, promovido por Luis Enrique Lamadriz Torres, cidadão estrangeiro, contra a sentença da Seção Primeira da Sala de Contencioso-Administrativo do Tribunal Superior de Justiça da Comunidade Valenciana que confirmou, em apelação, a sentença do Julgado do Contencioso-Administrativo nº 2 de “Castellón”, que impôs ao requerente a sanção de expulsão do território espanhol, proibindo a sua entrada por um período de cinco anos.

Ficou estabelecido que a expulsão do território espanhol, no caso, viola direito fundamental através dos decretos judiciais impugnados, reconhecendo a nulidade destes e a retroação dos atos ao momento imediatamente anterior à publicação da sentença do Julgado do Contencioso-Administrativo número 2 de “Castellón”, para que o referido órgão judicial editasse uma nova resolução respeitosa do direito fundamental do recorrente, valorando de maneira específica as concretas circunstâncias pessoais e familiares, e particularmente médicas, pelo recorrente alegadas.

Contudo, essas e outras questões levaram ao crescimento vertiginoso do número de recursos de amparo, causando graves transtornos ao funcionamento interno do Tribunal, ocupando quase todo o tempo e os recursos humanos e materiais daquela Corte, motivando a reforma da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional, com a edição da LOTC nº 06/2007, de 24 de maio.¹⁴²

¹⁴¹ **BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO**. Publicação de 10/03/2017. *Sección del Tribunal Constitucional*. Tradução livre. [Em linha]. [Consult. Mar 2017]. Disponível em: http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2017-2615

¹⁴² **LEY ORGÁNICA 6/2007**, de 24 de mayo. *Exposicion de Motivos, II – “La experiencia acumulada tras más de 25 años de actividad del Tribunal Constitucional desde su creación ha puesto de manifiesto la existencia de una serie de situaciones y circunstancias en la realidad práctica que con el transcurso del tiempo han llegado a convertirse en problemas para el mejor resultado del trabajo del Tribunal. Entre ellas destaca, por un lado, el crecimiento del número de recursos de amparo hasta el punto de ocupar casi todo el tiempo y los medios materiales y personales del Tribunal. Por otro lado, la realidad de los hechos ha permitido también constatar la lentitud de los procedimientos que se desarrollan ante este Alto Tribunal, cuestiones todas ellas respecto de las que es el momento de dar respuesta legislativa. En este sentido, esta ley orgánica intenta dar solución a todo este conjunto de problemas, y para ello procede a adecuar la normativa para dar respuesta a los problemas y exigencias que se derivan de la realidad práctica del funcionamiento y organización del Tribunal Constitucional.”* [Em linha]. [Consult. Mar 2017]. Disponível em: <https://www.boe.es/boe/dias/2007/05/25/pdfs/A22541-22547.pdf>

O feito elevado de recursos de amparo não admitidos resultam em mais de 97%, quase todos inadmitidos por autorização legal, mediante o instituto da “providência”, tipo decisão que não requer motivação.¹⁴³

As modificações ao regime jurídico-processual de amparo destinam a dar nova configuração ao amparo para torna-lo mais eficaz e eficiente para cumprir os objetivos constitucionalmente previstos para esta instituição.¹⁴⁴

Para Francisco Fernández Segado, “A reforma propiciada pela lei Orgânica nº 6/2007 representou uma mudança radical na concepção do recurso de amparo, mudança esta que pode ser resumida na ideia de objetivação, por meio da qual não basta que o recorrente cumpra os requisitos processuais legalmente previstos para a interposição do recurso de amparo; não basta, tampouco, que este alegue e acredite que haja uma lesão aos seus direitos fundamentais, nem sequer que esta seja grave (...) algo mais passou a ser necessário: (...) a transcendência constitucional especial do recurso, para que a seção, mediante decisão majoritária, possa decidir acerca da admissão do recurso de amparo. Será necessário que o conteúdo do recurso justifique uma decisão sobre a questão de fundo, por parte do Tribunal Constitucional, em razão da sua transcendência constitucional especial”.¹⁴⁵

Portanto, já não é mais suficiente a existência de uma lesão evidente aos direitos fundamentais do indivíduo e que devem ser protegidos pelo o recurso de amparo. Passou-se a exigir ainda mais, ou seja, a transcendência constitucional especial do recurso.

O próprio TC desincumbiu-se de definir os parâmetros da transcendência constitucional especial diante do seu conceito extremamente aberto, conforme verificamos no seu portal da internet onde aponta que: para que o apelo seja viável é necessário que o problema levantado diante do Tribunal Constitucional justifique a decisão como resultado de sua transcendência constitucional especial. Essa transcendência especial será apreciada levando em consideração a importância da matéria para a interpretação da Constituição, para a sua aplicação ou para a sua eficácia geral e para determinação de conteúdo e âmbito dos direitos

¹⁴³ Providência é uma forma de decisão emitida pelo Tribunal Constitucional, que por lei não há necessidade de fundamentação.

¹⁴⁴ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *La Reforma del Tribunal Constitucional*. Anais da Real Academia de Ciência Morais e Política, Madrid, ano 58, n. 83 (curso Acadêmico 2005-2006), p.335 et seq.; em concreto, p. 341, 2006. [Em linha]. [Consult Jan 2017]. Disponível em https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-M-2006-10033500360

¹⁴⁵ SEGADO, Francisco Fernández. *La reforma del régimen jurídico-procesal del recurso de amparo em España*. *Revista de Derecho*, 2016. p. 92-93. [Em linha]. [Consult Jan 2017]. Disponível em <https://revistas.ucu.edu.uy/index.php/revistadederecho/article/view/840/843>

fundamentais e liberdades públicas. Quando há um problema ou uma faceta do direito ou liberdade fundamental público em que não há jurisprudência da Corte Constitucional (i); quando o Tribunal tiver oportunidade Constitucional para esclarecer ou alterar sua jurisprudência, como consequência de um processo reflexão interna ou pelo surgimento de novas realidades sociais ou mudanças regulamentos relevantes para configuração do conteúdo do direito fundamental, ou de uma mudança na jurisprudência dos órgãos de garantia responsável pela interpretação de tratados e acordos internacionais retificados pela Espanha (ii); quando a violação é relatada vem da lei ou outra disposição de carácter geral (iii); quando a violação causa uma interpretação jurisprudencial reiterada da lei que o Tribunal Constitucional considera prejudicial ao direito fundamental e considerar necessário proclamar outra interpretação de conforme a Constituição (iv); quando a doutrina do Tribunal Constitucional sobre o direito ou liberdade fundamental alegado no recurso está sendo geral e repetidamente violado pelo jurisdição ordinária, ou há resoluções procedimentos legais conflitantes, seja interpretando em uma doutrina constitucional diferente, aplicá-lo em alguns casos e não em outros (v); e quando a violação é relatada vem da lei ou outra disposição de carácter geral (vi).¹⁴⁶

De acordo com Segado, a opção pela objetivação é inequívoca e precisa e a comprovação desta afirmação está na comparação com o desenho do recurso constitucional alemão que para sua admissão requer que o recurso tenha significado jurídico-constitucional fundamental.¹⁴⁷

A transcendência constitucional especial trata de garantir ao TC que este não tenha que decidir sobre recursos de amparo que não contêm fundamentação suficiente ou base jurídico-constitucional e que com a reforma “pretende-se que os recursos de amparo fundamentem-se com maior precisão no que se refere à inovação do direito vulnerado, justificando-se a transcendência constitucional do recurso.”¹⁴⁸

¹⁴⁶ *JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL*. [Em linha]. [Consult. 23 NOV. 2020]. Disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/InformacionRelevante/PreguntasFrecuentes>

¹⁴⁷ SEGADO, Francisco Fernández. *La reforma del régimen jurídico-procesal del recurso de amparo em España*. *Revista de Derecho*, 2016. p. 92-93. [Em linha]. [Consult Jan 2017]. Disponível em <https://revistas.ucu.edu.uy/index.php/revistadederecho/article/view/840/843>

¹⁴⁸ CUESTA MARTÍNEZ, Alvaro *apud* Francisco Segado. *La Reforma del Régimen Jurídico-Procesal del Recurso de Amparo em España*. *Revista de Derecho*, 2016. p. 92-93. [Em linha]. [Consult Jan 2017]. Disponível em <https://revistas.ucu.edu.uy/index.php/revistadederecho/article/view/840/843>

III - OS TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E DA PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

1.0 Tribunal Constitucional Kelseniano

Em qualquer relatório acadêmico sobre controle de constitucionalidade devem ser trilhados os caminhos percorridos pelo jurista Hans Kelsen, considerando que o referido autor contribuiu sobremaneira para o desenvolvimento daquele controle. Suas argumentações resultaram na criação dos tribunais constitucionais, para efetiva avaliação de constitucionalidade de lei, dado que o legislador não pode estabelecer o controle sobre normas por ele produzidas.¹⁴⁹

A proposição de Kelsen quanto à criação de uma jurisdição constitucional, em especial de um tribunal constitucional, parte do princípio de que ninguém deve ser juiz em causa própria, não se podendo confiar à invalidação de uma lei inconstitucional ao mesmo órgão que a elaborou.¹⁵⁰

Para que haja compreensão dos modelos de garantias da Constituição, é necessário entender a concepção Kelsiana de Constituição, que tem por atributo a existência de uma Norma Fundamental. Norma que se constitui no próprio fundamento do Estado, regulando a produção de todas as outras normas. Por tal razão, essa concepção imagina a norma rígida, assegurando-lhe a maior estabilidade possível.

A partir desta concepção, verifica-se que a unidade do ordenamento jurídico deriva, pois, da relação de dependência com que as leis ordinárias eram produzidas em relação à Constituição, na medida em que as leis se encontram escalonadas hierarquicamente abaixo da Constituição.

Nesse contexto, a ideia central é a existência de uma constituição normativa. Na visão de Kelsen a noção de direito, assenta-se numa ordem normativa, isso porque “o fundamento de validade de uma norma apenas pode ser a validade de uma outra norma.”¹⁵¹

¹⁴⁹ PACHECO, Leonardo da Silveira – **Recurso de Amparo Constitucional**. Revista Direito Sem Fronteiras – Universidade Estadual do Oeste do Paraná. Foz do Iguaçu. V. 1, n.º 2, 2017. [Em linha]. [Consult. Jan 2018]. Disponível em <https://e-revista.unioeste.br/index.php/direitosemfronteiras/article/view/18853>

¹⁵⁰ *Idem. Ibidem.*

¹⁵¹ KELSEN, Hans - **Teoria Pura do Direito** - tradução João Baptista Machado. São Paulo: Editora Martins Fontes, 8.ª ed., 2009. ISBN 978-85-782-7205-0. p. 215.

Assim, extrai-se das lições do nominado autor que todas as normas devem ter necessariamente fundamento de validade numa mesma norma comum fundamental, formando uma ordem normativa, um sistema jurídico único, formando a ideia de piramidal, segundo a qual “a norma que representa o fundamento de validade de uma outra é, em face desta, uma norma superior. Mas a indagação do fundamento de validade de uma norma não pode, tal como a investigação da causa de um determinado efeito, perder-se no interminável. Tem de terminar numa norma que se pressupõe como a última e a mais elevada. Como norma mais elevada, ela tem de ser pressuposta, visto que não pode ser posta por uma autoridade, cuja competência teria de se fundar numa norma ainda mais elevada”.¹⁵²

Considerando a teoria normativa de Kelsen, podemos inferir que a constituição, norma superior, encontra-se mais elevado escalão do direito positivo, enquanto a sentença, norma para o caso concreto, tem o seu fundamento de validade na lei que, por sua vez, encontra seu fundamento de validade na constituição.¹⁵³

Portanto, no seu modelo de Constituição normativa, Kelsen defende a ideia segundo a qual a norma imediatamente inferior busca seu fundamento de validade na norma imediatamente superior, sendo que todas as normas de um dado ordenamento jurídico devem guardar compatibilidade com o texto da Constituição para serem válidas.

Todavia, exsurge a problemática de quem deve ser o responsável por verificar a compatibilidade das normas inferiores com a Constituição¹⁵⁴. A regularidade da lei e de normas inferiores era então aferida pela relação de correspondência de um grau inferior com um superior. Dessa forma, não só as normas individuais (sentença e atos administrativos) podiam ser conferidas com a lei, mas também estas podiam ser avaliadas frente à Constituição. Essa regularidade apenas poderia ser feita por um Tribunal Constitucional.¹⁵⁵

¹⁵² KELSEN, Hans - **Teoria Pura do Direito** - tradução João Baptista Machado. São Paulo: Editora Martins Fontes, 8.^a ed., 2009. ISBN 978-85-782-7205-0. p. 215.

¹⁵³ FERREIRA, Vinícios Xavier - **A polêmica travada entre Kelsen e Schmitt sobre quem deve ser o Guardião da Constituição e a recepção dessas teorias pela Constituição Federal de 1988**. [Em linha]. [Consult Jan 2018]. Disponível em <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/a-polemica-travada-entre-kelsen-e-schmitt-sobre-quem-deve-ser-o-guardiao-da-constituicao-e-a-recepcao-dessas-teorias-pela-constituicao-federal-de-1988/>

¹⁵⁴ *Idem. Ibidem.*

¹⁵⁵ BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. **Controle Concentrado de Constitucionalidade**. Revista de informação legislativa, v. 41, n.º 164, p. 87-103, out./dez. 2004. [Em linha]. [Consult Jan 2018]. Disponível em <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/1009>

Para Kelsen, seria ingenuidade política contar que um órgão encarregado pela Constituição de elaborar as leis, isto é, o parlamento, anularia uma lei votada por ele próprio pelo fato de outra Instância a ter declarado inconstitucional. O órgão legislativo, para Kelsen, se considera na realidade um livre criador do direito, e não um órgão de aplicação do direito, vinculado pela Constituição, quando, ao menos em plano teórico, ele o é sim, embora numa medida relativamente restrita. Portanto, segundo Kelsen, não é com o parlamento que se pode contar para efetuar a subordinação de todo o ordenamento jurídico à Constituição. É um órgão diferente dele, independente dele e, por conseguinte, também de qualquer outra autoridade estatal, que deve ser encarregado da anulação de seus atos inconstitucionais, isto é, uma jurisdição ou um tribunal Constitucional.¹⁵⁶

Nesse sentido, de acordo com a concepção Kelsiana, nem todo tribunal poderia analisar a constitucionalidade da lei. Se fosse possível a qualquer jurisdição a verificação da regularidade das normas gerais, haveria um limite que seria o caso específico sob exame e o resultado não conferiria unidade ao sistema, o que abriria campo a insegurança jurídica.

“A criação de um Tribunal Constitucional era, pois, de suma importância para Kelsen, principalmente no que diz respeito à Constituição Austríaca (cujo projeto lhe pertencia).”¹⁵⁷

Na Constituição Austríaca de 1920 havia previsão, nos artigos 137.º a 148.º, da criação do primeiro Tribunal Constitucional, a quem foi dada a competência primordial de anular leis que considerasse inconstitucionais. Caso o TC considerasse que a lei é inconstitucional, a decisão valeria contra todos, e a lei seria anulada, cassada, ou seja, perderia a eficácia a partir da decisão. Isso quer dizer que, até a sentença começar a ter eficácia, a lei seria válida e os atos celebrados com base nela permaneceriam inalterados; em contrapartida, a decisão, quando começasse a produzir efeitos, atingiria a todos os órgãos do Estado e aos cidadãos em geral.

Kelsen defendia que o Tribunal Constitucional deveria ser independente do Governo e do Parlamento; seus membros escolhidos pelo Parlamento entre juristas renomados. Como a

¹⁵⁶ FERREIRA, Vinícios Xavier - **A polêmica travada entre Kelsen e Schmitt sobre quem deve ser o Guardiã da Constituição e a recepção dessas teorias pela Constituição Federal de 1988**. [Em linha]. [Consult Jan 2018]. Disponível em <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/a-polemica-travada-entre-kelsen-e-schmitt-sobre-quem-deve-ser-o-guardiao-da-constituicao-e-a-recepcao-dessas-teorias-pela-constituicao-federal-de-1988/>

¹⁵⁷ BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. **Controle Concentrado de Constitucionalidade**. Revista de informação legislativa, v. 41, n.º 164, p. 87-103, out./dez. 2004. [Em linha]. [Consult Jan 2018]. Disponível em <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/1009>

Constituição lhe confere uma função tipicamente legislativa (derrogar leis), segue-se natural para Kelsen a escolha de seus membros pelo órgão legislativo, o que de pronto diferenciava os juízes daquela Corte dos demais, escolhidos pela Administração. “Sob o aspecto político, o Tribunal Constitucional possuía duas funções: garantir a idoneidade da democracia, oferecendo às minorias um instrumento para se defenderem das decisões da maioria, e ser também uma garantia para o Parlamento, na medida em que controlava também os regulamentos do Governo.”¹⁵⁸

A opção de um Tribunal Constitucional como guardião da Constituição, não exclusivo, passa a fazer parte da realidade de Kelsen a partir da Constituição austríaca de 1920. Naquela época, a Áustria, que era um Estado unitário (império), assume a formação de um Estado federativo de perfil democrático-parlamentar. Kelsen teve importante colaboração na redação da Constituição supramencionada, pois exerceu papel decisivo na criação de uma Corte Constitucional apta a fazer o controle constitucional de leis e atos administrativos individuais dos Estados-membros e da União. O exercício do controle concentrado de constitucionalidade não era a única atividade desenvolvida pela Corte, que desempenhava, também, o controle de legalidade e, ainda, decidia recursos após o esgotamento de instâncias.¹⁵⁹

“Haveria, enfim, duas formas de garantia da regularidade das normas. As chamadas garantias preventivas e as repressivas. O controle preventivo refere-se às formas políticas de responsabilização pessoal do órgão que promulgou a lei e o outro, repressivo, jurídico, consiste em nada menos que a não aplicação da lei.”¹⁶⁰ Dessa forma, existiriam duas espécies de inconstitucionalidade, quais sejam, formal e material; na primeira haveria um ato nulo (trata-se de uma pseudo lei) e, na segunda, o ato seria anulável (lei inconstitucional). Kelsen

¹⁵⁸ BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. **Controle Concentrado de Constitucionalidade**. Revista de informação legislativa, v. 41, n.º 164, p. 87-103, out./dez. 2004. [Em linha]. [Consult Jan 2018]. Disponível em <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/1009>

¹⁵⁹ FURLAN, Fabiano Ferreira. **A Corrupção como Fenômeno e seu Papel na Degradação do Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. 2011. 272 f. Tese de Doutorado em Direito Público. [Em linha]. [Consult Jan 2018]. Disponível em http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_FurlanFF_1.pdf

¹⁶⁰ BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. **Controle Concentrado de Constitucionalidade**. Revista de informação legislativa, v. 41, n.º 164, p. 87-103, out./dez. 2004. [Em linha]. [Consult Jan 2018]. Disponível em <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/1009> BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Revista de informação legislativa, v. 41, n. 164, p. 87-103, out./dez. 2004.

percebeu muito bem que a “anulação do ato inconstitucional representa a principal garantia e o meio mais eficaz de preservação da Constituição.”¹⁶¹

Denota-se que Kelsen mitigava a via difusa de controle de constitucionalidade, porquanto decisões e contradições proferidas no âmbito desse controle poderiam comprometer a própria autoridade da Constituição. “O controle difuso só era admitido pela Constituição austríaca de forma muito limitada, em especial, na aferição de questões preliminares que não autorizavam o ingresso na apreciação de mérito da matéria constitucional em si, como a verificação da mera existência da publicação de uma lei.”¹⁶²

Para Kelsen, a suposição de que política, como exercício do poder, só caberia ao legislativo, enquanto o juiz, como instrumento desse poder, apenas faria aplicar o ordenamento criado, é falsa. Na medida em que o legislador autoriza o juiz a avaliar interesses conflitantes, dentro de certos limites, bem como resolver esses conflitos, está conferindo-lhe um poder de criação do direito e, portanto, um poder que dá à função judiciária o mesmo caráter político que possui.¹⁶³ Assim, para Kelsen, o controle do conteúdo das leis, no exercício da jurisdição constitucional, conferia, na verdade, proteção das minorias contra as incursões de uma maioria.

Portanto, na visão do referido autor, compete à corte constitucional o controle concentrado de constitucionalidade, que em sua forma organizacional é composta por membros detentores de mandato, como prazo alargado.

O tribunal constitucional não julga nenhuma pretensão concreta, limita-se ao mero exame abstrato de compatibilidade lógica entre uma lei e a Constituição.¹⁶⁴

¹⁶¹ BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. **Controle Concentrado de Constitucionalidade**. Revista de informação legislativa, v. 41, n.º 164, p. 87-103, out./dez. 2004. [Em linha]. [Consult Jan 2018]. Disponível em <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/1009> BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Revista de informação legislativa, v. 41, n. 164, p. 87-103, out./dez. 2004.

¹⁶² KELSEN, Hans – **Jurisdição Constitucional**. Tradução Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2.ª ed., 2007. ISBN 978-85-782-7646-1.

¹⁶³ FURLAN, Fabiano Ferreira. **A Corrupção como Fenômeno e seu Papel na Degradação do Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. 2011. 272 f. Tese de Doutorado em Direito Público. [Em linha]. [Consult Jan 2018]. Disponível em http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_FurlanFF_1.pdf

¹⁶⁴ PACHECO, Leonardo da Silveira – **Recurso de Amparo Constitucional**. Revista Direito Sem Fronteiras – Universidade Estadual do Oeste do Paraná. Foz do Iguaçu. V. 1, n.º 2, 2017. [Em linha]. [Consult. Jan 2018]. Disponível em <https://e-revista.unioeste.br/index.php/direitosemfronteiras/article/view/18853>

Não constrói um juízo lógico de aplicação da lei ou não ao caso concreto, numa atividade judicial que pressupõe uma decisão a respeito de uma questão controvertida. Para Kelsen o tribunal constitucional é um legislador negativo, sustentando que uma lei com vício de nulidade, enquanto não for declarada inconstitucional pelo tribunal constitucional, presume-se válida, circunstância que veda aos juízes e tribunais ordinários deixar de aplicá-la.¹⁶⁵

Nesse sentido anota J. J. Gomes Canotilho que, consoante a formulação kelseniana de jurisdição constitucional, o controle de constitucionalidade não é propriamente uma atividade de fiscalização judicial, mas uma função constitucional autônoma, que se pode caracterizar como função de legislação negativa.¹⁶⁶

O tribunal constitucional Kelseniano é, sobretudo, “um elemento do sistema de medidas técnicas que tem como fim assegurar o exercício regular das funções estatais.”¹⁶⁷

“Não admira, assim, que quando Kelsen se envolveu na discussão hoje clássica sobre os modelos de garantia da supremacia da Constituição e sustentou a arrojada defesa da criação de um tribunal especializado, na Constituição, a sua proposta se concentrasse e no objetivo de assegurar, face à lei, a posição formal suprema da norma constitucional na pirâmide normativa.”¹⁶⁸

Sem grande esforço podemos concluir que o Tribunal Constitucional é um tribunal especializado em matéria constitucional, sobretudo no tocante as normas constitucionais de proteção aos direitos fundamentais, enquanto os tribunais ordinários têm nos seus quadros juízes com formação genérica, em relação a diversos ramos do direito, como o direito civil, penal, societário, etc. Por tal razão, sua formação constitucional é reduzida e pouco exigida no seu labor diário.

¹⁶⁵ PACHECO, Leonardo da Silveira – **Recurso de Amparo Constitucional**. Revista Direito Sem Fronteiras – Universidade Estadual do Oeste do Paraná. Foz do Iguaçu. V. 1, n.º 2, 2017. [Em linha]. [Consult. Jan 2018]. Disponível em <https://e-revista.unioeste.br/index.php/direitosemfronteiras/article/view/18853>

¹⁶⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes - **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Livraria Almedina, 7.ª ed., 2003. ISBN 978-97-240-2106-5. p. 833-834.

¹⁶⁷ KELSEN, Hans – **Jurisdição Constitucional**. Tradução Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2.ª ed., 2007. ISBN 978-85-782-7646-1. p. 109.

¹⁶⁸ NOVAES, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional**. Lisboa: AAFDL, reimpressão 2019. ISBN 978-97-262-9107-7. p. 154.

2.O Tribunal Constitucional Alemão

O ordenamento jurídico alemão, da mesma forma que o brasileiro e português, dispõe sobre o controle de constitucionalidade abstrato e difuso das normas, que é realizado somente pelo Tribunal Constitucional Federal.

O controle abstrato se dá nos moldes do modelo austríaco. Os legitimados à provocação do tribunal são o Governo Federal, um dos governos estaduais ou um terço dos membros do parlamento federal. Para a instauração de tal ação exige-se a controvérsia sobre a compatibilidade da lei federal ou estadual com a Constituição ou com a legislação federal. O controle abstrato não será interrompido em caso de desistência do pedido, haja vista a presença do interesse público na causa. Ademais, o Tribunal Constitucional Federal não está adstrito à causa de pedir da ação, podendo analisar todos os aspectos constitucionais da questão *sub judice*.¹⁶⁹

A legitimidade para postular a inconstitucionalidade abstrata de um determinado ato normativo ou um conflito de competência entre Governo Federal, Lander e/ou órgãos superiores do Estado, frente o Tribunal, foi atribuída ao Governo Federal, Governo Estadual e um terço, no mínimo, dos membros do Parlamento Federal (art. 93, § 2º).

No que se refere ao controle concreto das normas, todo juiz tem competência para criar um incidente de inconstitucionalidade, submetendo o julgamento do caso concreto à decisão sobre a constitucionalidade da norma que deve governar o caso, independente de uma demanda neste sentido por qualquer uma das partes, o que, no entanto, pode ocorrer. Se houver nos tribunais ou júzios inferiores discussão a respeito da constitucionalidade de uma norma aplicável a um caso concreto, o juiz deverá suspender o processo e submeter a questão ao Tribunal Constitucional Federal. Em resumo, todos os juízes podem aferir a inconstitucionalidade das leis, mas somente o Tribunal Constitucional Federal poderá declará-la.¹⁷⁰

¹⁶⁹ROMANO, Rogério Tadeu. **O Modelo Constitucional Alemão**. [Em linha]. [Consult jan 2017]. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/71877/o-modelo-constitucional-alemao>

¹⁷⁰*Idem. Ibidem.*

Por isso, é da competência exclusiva do TCF realizar o controle vinculante, ainda que este seja ensejado por um caso particular ou concreto¹⁷¹ (procedimentos do controle concreto ou da reclamação constitucional).

Ainda que a Lei Fundamental tenha conferido ao TCFA, em seu art. 92, literalmente somente o status de tribunal, o próprio tribunal e a opinião dominante na literatura especializada – e não por último a sua lei orgânica (LOTCTFA) – conferem-lhe a dignidade de “órgão constitucional”. À ideia de “órgão constitucional” não está somente ligada à existência de mais um órgão constitucional ao lado dos demais, mas de um órgão a eles sobreposto, no que tange à interpretação e aplicação de normas constitucionais. Chegou-se a lhe outorgar até mesmo o polêmico status de “intérprete autêntico” da Constituição.¹⁷²

O status de órgão constitucional em si resulta da interpretação sistemática dos dispositivos específicos da Lei Fundamental e da Lei Orgânica do TCFA, que fazem uma oposição do TCFA em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário (art. 92.º GG)¹⁷³ e a “todos os órgãos constitucionais” (§ 1.º, 1, BVerfGG).¹⁷⁴

Assim, o TCFA não seria tão somente independente em relação aos demais órgãos constitucionais (Presidência Federal, Chanceler Federal, Câmara Federal e Conselho Federal), como, de resto, todo tribunal é. Ele teria também autonomia para decidir questões sobre a interpretação da Constituição em última instância, como “defensor máximo da Constituição.”
175

A maior parte das competências do Tribunal Constitucional Federal encontra-se descrita, em termos gerais, no art. 93.º da Lei Fundamental. Trata-se basicamente de

¹⁷¹ MARTINS, Leonardo - **Tribunal Constitucional Federal Alemão: Decisões Anotadas sobre Direitos Fundamentais – V 1**. São Paulo: Fundação Konrad-Adenauer, 2016. ISBN 978-85-750-4203-8.

¹⁷² *Idem. Ibidem.*

¹⁷³ **LEI FUNDAMENTAL DA REPÚBLICA FEDERAL DA ALEMANHA**, de 23 de maio de 1949. IX. O Poder Judiciário. Artigo 92.º [Organização do Poder Judiciário] “O Poder Judiciário é confiado aos juízes; ele é exercido pelo Tribunal Constitucional Federal, pelos tribunais federais previstos nesta Lei Fundamental e pelos tribunais dos Estados.” [Em linha]. [Consult. Jan 2018]. Disponível em <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>

¹⁷⁴ **LEI DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL DA ALEMANHA**, de 12 de março de 1951. Parte I Constituição e competência do Tribunal Constitucional Federal. § 1.º, 1 “O Tribunal Constitucional Federal é perante todos os outros órgãos constitucionais um tribunal da Federação, autônomo e independente.” [Em linha]. [Consult. Jan 2018]. Disponível em <http://www.gesetze-im-internet.de/bverfagg/index.html>

¹⁷⁵ PACHECO, Leonardo da Silveira – **Recurso de Amparo Constitucional**. Revista Direito Sem Fronteiras – Universidade Estadual do Oeste do Paraná. Foz do Iguaçu. V. 1, n.º 2, 2017. [Em linha]. [Consult. Jan 2018]. Disponível em <https://e-revista.unioeste.br/index.php/direitosemfronteiras/article/view/18853>.

competência para apreciar conflitos entre a Federação e os Länder¹⁷⁶; entre os órgãos supremos do Estado; o controle abstrato das normas inconstitucionais; o controle concreto das normas, decorrente de um determinado conflito; as denúncias relativas a abusos de direito por cidadãos ou parlamentares, assim como a inconstitucionalidade de partidos políticos que ponham em risco o regime democrático e a República Federal da Alemanha; por fim, foi aberta a possibilidade a todo o cidadão de recorrer ao Tribunal Constitucional Federal com o objetivo de assegurar seus direitos fundamentais, através de recurso constitucional.¹⁷⁷

3.O Tribunal Constitucional Espanhol

O Tribunal Constitucional Espanhol consiste em um órgão especial de jurisdição, composto por 12 juízes-conselheiros, é o encarregado do exercício da jurisdição constitucional, tendo sobre a mesa os princípios estruturantes do constitucionalismo contemporâneo da dignidade da pessoa humana e da igualdade.

O legislador não o colocou dentro da estrutura judicial ordinária, provavelmente para realçar a sua atribuição de guardião da Constituição Espanhola, bem como de todos os seus preceitos. Dentre as suas atribuições, possivelmente, a mais importante é dar proteção dos direitos fundamentais e o controle das leis.

O Tribunal, intérprete supremo da Constituição (art. 1.º, 1, da LOTCE) é competente, a teor dos artigos 161.º e 163.º, para: realizar o controle abstrato de constitucionalidade das leis e disposições normativas com força de lei, deflagrado com o ajuizamento do denominado recurso de inconstitucionalidade; promover o controle concreto de constitucionalidade das normas com força de lei, sempre que um órgão jurisdicional visualize a sua possível incompatibilidade com a Constituição, suscitando uma questão de inconstitucionalidade; e julgar o recurso de amparo por violação dos direitos de liberdade previstos no art. 53.º, 2, da Constituição. Além disso, lhe compete apreciar os conflitos de competência entre o Estado e as Comunidades Autônomas ou os destas entre si; e as demais matérias previstas na Constituição ou nas leis orgânicas (art. 161.º, 1, da Constituição), incluindo-se as últimas na

¹⁷⁶ Länder significa Estados (plural).

¹⁷⁷ **LEI FUNDAMENTAL DA REPÚBLICA FEDERAL DA ALEMANHA**, de 23 de maio de 1949. IX. O Poder Judiciário. Artigo 93.º [Competência do Tribunal Constitucional Federal] “(1) O Tribunal Constitucional Federal decide: [...] 4a. sobre os recursos de inconstitucionalidade, que podem ser interpostos por todo cidadão com a alegação de ter sido prejudicado pelo poder público nos seus direitos fundamentais ou num dos seus direitos contidos nos artigos 20 §4, 33, 38, 101, 103 e 104 [...]” [Em linha]. [Consult. Jan 2018]. Disponível em <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>

categoria das leis reforçadas, exigidas para a regulação de matérias específicas e que pressupõem um procedimento legislativo mais complexo.¹⁷⁸ A Lei Orgânica do Tribunal dispunha sobre o recurso prévio de inconstitucionalidade das leis orgânicas e dos Estatutos de Autonomia, competência suprimida pela Lei Orgânica n.º 4/1985. Como se constata, diversamente dos modelos italiano e brasileiro, mas aproximando-se do português e do alemão, a competência do Tribunal pode ser elastecida pela legislação infraconstitucional, sendo a mais ampla dentre os congêneres europeus.¹⁷⁹

Estão legitimados à propositura do recurso de inconstitucionalidade, ação de competência originária do Tribunal Constitucional, o Presidente do Governo, o Defensor do Povo, cinquenta Deputados, cinquenta Senadores, os órgãos colegiados executivos das Comunidades Autônomas e as respectivas Assembleias (art. 162.º, 1, a, da Constituição), neste último caso com a exigência de que o ato impugnado afete a sua autonomia (art. 32.º, 2 da LOTCE).¹⁸⁰

Insta mencionar que os demais órgãos jurisdicionais, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, após aferir a verossimilhança do vício alegado e a relevância da norma na solução da lide, devem suscitar uma questão de inconstitucionalidade perante o Tribunal Constitucional, o que importa em uma aproximação ao modelo de controle difuso. A semelhança com o modelo norte-americano aumenta em relação ao controle das normas infralegais -(v.g.: os regulamentos), cuja constitucionalidade somente será aferida pelos juízes e tribunais ordinários (art. 6.º da Lei Orgânica do Poder Judicial). Levantada a questão, serão ouvidos o Ministério Fiscal e as partes sobre a pertinência de apresentá-la ao Tribunal, o que pressupõe o preenchimento de três requisitos: a norma deve ter força de lei, deve ser determinante para a lide e pode ser contrária à Constituição. A questão não tem efeito suspensivo em relação ao processo, mas impede a prolação da sentença em relação à matéria objeto de apreciação pelo Tribunal (art. 35.2. da LOTCE).¹⁸¹

¹⁷⁸ MORAIS, Carlos Blanco de - **As Leis Reforçadas: As Leis Reforçadas pelo Procedimento no Âmbito dos Critérios Estruturantes das Relações Entre Actos Legislativos**. Coimbra: Coimbra Editora, 1998. ISBN 978-97-232-0826-9. p. 498.

¹⁷⁹ ENTERRÍA, Eduardo Garcia de - *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*. Editora Aranzadi, 2006. ISBN 978-84-470-2552-7. p. 135.

¹⁸⁰ *Idem. Ibidem.*

¹⁸¹ *Idem. Ibidem.*

O recurso de amparo tem previsão normativa nos artigos 53.º, 2, 161.º, b e 164.º, 1, da Constituição Espanhola. Os artigos 41.º a 58.º (título III) da LOTCE n.º 2/79, estabelecem algumas regras acerca do procedimento e julgamento do recurso constitucional.

A finalidade deste instituto é a de proteger, em sede constitucional, os direitos e as liberdades quando as vias ordinárias de proteção não obtiverem êxito ou produzirem resultados insatisfatórios. Trata-se de uma garantia subsidiária aos direitos fundamentais, quando for constatado que a jurisdição ordinária não foi capaz de conferir-lhes o grau de proteção desejado, ou ainda quando a própria justiça ordinária for a causadora da situação de vulnerabilidade do direito fundamental através de suas ações ou omissões. Além disso, o recurso tem por fim a proteção da própria Constituição, assegurando-se ao Tribunal a qualidade de intérprete supremo dos preceitos constitucionais.¹⁸²

Contudo, não são todos os direitos fundamentais protegidos por meio do amparo constitucional, mas apenas alguns deles, como os direitos de liberdade reconhecidos no Artigo 14.º ao Artigo 29.º, bem como no Artigo 30.º, 2, todos da Constituição Espanhola. No Artigo 14.º, 1.ª, seção do capítulo 2.º, do título I, estão dispostos os direitos relacionados com a liberdade, tais como a vida, integridade física e honra, os quais em razão de sua importância, enquanto direitos essenciais à pessoa humana, gozam do mais alto grau de proteção jurídica.¹⁸³

Nada obstante, o TCE tem estendido ao máximo a proteção aos direitos fundamentais por meio do recurso de amparo. Através de critérios de interpretação, foi feita uma ampliação dos direitos protegidos, sobretudo por meio do princípio estruturante da igualdade, abarcando também, por exemplo, os direitos sociais.

Dentre os legitimados a interpor o recurso de amparo estão os cidadãos, consoante prescreve a Constituição Espanhola em seu Artigo 53.º, 2, e Artigo 162.º, 1, b. Qualquer indivíduo, espanhol ou estrangeiro, pode apresentar recurso de amparo, desde que invoque um interesse legítimo, ou seja, o seu direito esteja protegido pelo recurso. As pessoas jurídicas também são legitimadas a utilizar-se de tal recurso. Por fim, os Defensores do povo e o Ministério Público, sendo este último capacitado a intervir em todos os processos de amparo para defender a legalidade, os direitos dos cidadãos e o interesse público. Ademais, em se

¹⁸²AZEVEDO, André Mauro Lacerda - **O Recurso de Amparo Espanhol**. [Em linha]. [Consult Feb 2018]. Disponível em <https://andremauro2.jusbrasil.com.br/artigos/121816406/o-recurso-de-amparo-espanhol>

¹⁸³ *Idem. Ibidem.*

tratando de pessoas jurídicas de direito público “o Tribunal Constitucional Espanhol não admite serem elas legitimadas a interpor recurso de amparo, já que são criações do próprio Estado, e não é o amparo instrumento hábil para satisfazer interesses estatais, e sim os dos particulares frente ao Estado. No entanto, o mesmo tribunal admite a possibilidade do ente público se socorrer do amparo constitucional quando atuar na defesa dos direitos processuais expressos no Artigo 24.º, da Constituição Espanhola, sobretudo quando exista ligação com o princípio da igualdade, excluindo-se do referido artigo as hipóteses de privilégios e prerrogativas”.¹⁸⁴

Outrossim, há, ainda, a possibilidade de legitimação por substituição, como é o caso da substituição *causa mortis*; e a substituição processual, cuja ocorrência se verifica nos casos de incapacidade e menoridade do autor do direito fundamental violado ou ameaçado.

Por fim, faz-se necessário mencionar a legitimação coletiva das associações e sindicatos quando atuam na defesa de interesses dos seus membros ou associados, bem como uma espécie mais peculiar de legitimação ativa, que é aquela relacionada à relação étnica ou social existente entre o autor do amparo e aquele que teve seu direito fundamental violado. Neste caso, o TCE acolheu a tese de parte legítima de uma pessoa judia para propor recurso de amparo contra as declarações de um ex-integrante da WAFFEN S. S., que em periódico ridicularizou o holocausto sob o argumento de que defendia o direito fundamental a honra.

Nas instâncias ordinárias a ilegitimidade da referida pessoa para propor ação reparatoria da honra foi questionada e acolhida, sob o fundamento de que o direito não lhe pertencia nem aos seus familiares.

Contudo, o Tribunal Constitucional Espanhol admitiu a possibilidade de existir legitimação ordinária de um membro de determinado grupo ético, social e inclusive religioso, quando a ofensa se dirigir contra todos os membros do grupo, menosprezando-o, fazendo surgir sentimentos hostis, de repúdio e de ódio em toda comunidade social, fato que resulta na legitimação de qualquer um dos indivíduos membros do grupo a patrocinar a defesa de seu direito. Foi o que decidiu a STC 214/1991.¹⁸⁵

¹⁸⁴ AZEVEDO, André Mauro Lacerda - **O Recurso de Amparo Espanhol**. [Em linha]. [Consult Feb 2018]. Disponível em <https://andremauro2.jusbrasil.com.br/artigos/121816406/o-recurso-de-amparo-espanhol>

¹⁸⁵ Referència número: 214/1991. Tipo: **SENTENCIA**. Fecha de Aprobación: 11/11/1991. Publicación BOE: 19911217 [«BOE» núm. 301]. Sala: Sala Primera: Excmos. Sres. Tomás, García-Mon, de la Vega, Leguina, López y Gimeno. Ponente: don Vicente Gimeno Sendra. Número registro: 101/1990. Recurso tipo: Recurso de amparo “Tratándose de un derecho personalísimo, como es el honor, la legitimación activa corresponderá,

O trâmite processual do recurso de amparo está regulado do art. 48.º ao art. 58.º, da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional. O interessado, assistido por um procurador, interpõe o recurso expondo com clareza e concisão os fatos que o fundamenta, além de indicar os direitos fundamentais violados ou ameaçados e o instrumento de efetivação desta violação. O demandante tem o prazo de 20 (vinte dias) úteis para apresentar sua queixa, conforme prescreve o art. 44.º, 2, da LOTCE, que se inicia a partir da notificação da última resolução judicial recorrida. O procedimento é gratuito, podendo ao Tribunal Constitucional impor custas ou sanções pecuniárias no caso de temeridade, má-fé ou abuso de direito na formulação do recurso. O pré-questionamento também é outro aspecto que não vem sendo tratado com muito rigor pelo Tribunal Constitucional Espanhol, bastando ao recorrente expor ou alegar alguma matéria que tenha conteúdo do direito fundamental tutelado por via do amparo. Admitido o recurso, o juiz competente remeterá suas atuações em 10 dias. Recebidas as atuações, abrir-se-ão vistas ao promotor, aos interessados, ao Ministério Fiscal e, se existir, ao interessado da administração pública através do Advogado do Estado.¹⁸⁶

4.O Tribunal Constitucional Português

Com vigência da Constituição da República de 1976 e, mais precisamente, com a revisão de 1982 foi instituída uma jurisdição constitucional autônoma em Portugal, mas não significa dizer que o direito português ignorasse qualquer espécie de modalidade de garantia contenciosa da Constituição. Reconhecia-se expressamente aos tribunais portugueses, no caso concreto, a faculdade de apreciarem a constitucionalidade das leis que houvessem de aplicar e recusarem essa aplicação quando julgassem a lei inconstitucional. A Constituição de 1911 revelou-se como um documento constitucional precursor no espaço europeu, ao introduzir no

en principio, al titular de dicho derecho fundamental. Esta legitimación originaria no excluye, ni la existencia de otras legitimaciones (v. Gr., la legitimación por sucesión de los descendientes, contemplada en los arts. 4 y 5 de la L. O. 11/982 de Protección del Derecho al Honor), ni que haya de considerarse también como legitimación originaria la de un miembro de un grupo étnico o social determinado, cuando la ofensa se dirigiera contra todo ese colectivo, de tal suerte que, menospreciando a dicho grupo socialmente diferenciado, se tienda a provocar en el resto de la comunidad social sentimientos hostiles o, cuando menos, contrarios a la dignidad, estima personal o respeto al que tienen derecho todos los ciudadanos con independencia de su nacimiento, raza o circunstancia personal o social (arts. 10.1 y 14 C. E.). 6. La legitimación, en puridad, no constituye excepción o presupuesto procesal alguno que pudiera condicionar la admisibilidad de la demanda o la validez del proceso. Antes bien, es un requisito de la fundamentación de la pretensión y, encuanto tal, pertenece al fondo del asunto.” [Em linha]. [Consult Feb 2018]. Disponível em <https://hj.tribunalconstitucional.es/cs-CZ/Resolucion/Show/1853>

¹⁸⁶ AZEVEDO, André Mauro Lacerda - **O Recurso de Amparo Espanhol**. [Em linha]. [Consult Feb 2018]. Disponível em <https://andremauro2.jusbrasil.com.br/artigos/121816406/o-recurso-de-amparo-espanhol>

ordenamento jurídico português, por inspiração direta da Constituição brasileira de 1891, o sistema de controle difuso da constitucionalidade, segundo o modelo norte-americano.¹⁸⁷

Segundo a revista comemorativa de aniversário de trinta anos do Tribunal Constitucional, sua “função primeira é a de fiscalizar a constitucionalidade de normas jurídicas, ou seja, a de controlar a conformidade das demais normas (ex., normas que constem de leis, de decretos-leis, de decretos legislativos regionais, etc.) com os princípios e regras da Constituição. É nesta função que mais avulta o seu papel de “guardião” ou garante último da Constituição.”¹⁸⁸

A composição do Tribunal Constitucional observa a representação de juízes de outros tribunais, juristas e professores, doutores, mestres ou licenciados em Direito, todos no pleno gozo dos seus direitos civis e políticos. A Assembleia da República elege 10 integrantes e estes escolhem os outros 3 integrantes, formando assim a sua composição plena de 13 Juízes Conselheiros.

A Constituição da República Portuguesa (CRP) concebe um sistema misto de controle de constitucionalidade. Esse sistema contempla a fiscalização concreta da inconstitucionalidade¹⁸⁹, a qual é sempre sucessiva, bem como a fiscalização da inconstitucionalidade abstrata¹⁹⁰, em sua forma preventiva e sucessiva, e ainda a fiscalização da constitucionalidade por omissão.¹⁹¹

¹⁸⁷ COSTA, José Manuel M. Cardoso da. **A Jurisdição Constitucional em Portugal**. Coimbra: Almedina, 3.^a ed., 2007. ISBN 978-97-240-3253-5. p. 11.

¹⁸⁸ **TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**: o que é/ para que serve/ como funciona. Revista de Comemoração do 30º Aniversário do Tribunal Constitucional, 2013. [Em linha]. [Consult Feb 2018]. Disponível em <https://w3.tribunalconstitucional.pt/prisma/SearchResultDetail.aspx?mf=56145&DDB=>

¹⁸⁹ **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA**, de 2 de Abril de 1976. Parte IV - Garantia e revisão da Constituição, Título I - Fiscalização da constitucionalidade, “Artigo 280.º (Fiscalização concreta da constitucionalidade e da legalidade), 1. Cabe recurso para o Tribunal Constitucional das decisões dos tribunais: a) Que recusem a aplicação de qualquer norma com fundamento na sua inconstitucionalidade; b) Que apliquem norma cuja inconstitucionalidade haja sido suscitada durante o processo [...]”. [Em linha]. [Consult Feb 2018]. Disponível em <https://www.ministeriopublico.pt/iframe/constituicao-da-republica-portuguesa>

¹⁹⁰ **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA**, de 2 de Abril de 1976. Parte III - Organização do Poder Político, Título V - Tribunais, Capítulo I - Princípios gerais, “Artigo 204.º (Apreciação da inconstitucionalidade) – “Nos feitos submetidos a julgamento não podem os tribunais aplicar normas que infrinjam o disposto na Constituição ou os princípios nela consignados”. [Em linha]. [Consult Feb 2018]. Disponível em <https://www.ministeriopublico.pt/iframe/constituicao-da-republica-portuguesa>

¹⁹¹ **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA**, de 2 de Abril de 1976. Parte IV - Garantia e revisão da Constituição, Título I - Fiscalização da constitucionalidade, “Artigo 278.º (Fiscalização preventiva da constitucionalidade), 1. “O Presidente da República pode requerer ao Tribunal Constitucional a apreciação preventiva da constitucionalidade de qualquer norma constante de tratado internacional que lhe tenha sido submetido para ratificação, de decreto que lhe tenha sido enviado para promulgação como lei ou como decreto-lei ou de acordo internacional cujo decreto de aprovação lhe tenha sido remetido para assinatura. [...]”. [Em

O controle concreto ou difuso da constitucionalidade caracteriza-se pela aferição da lei com a Constituição diante de um caso concreto. A matéria constitucional a ser decidida será sempre incidental ao julgamento da causa deduzida em juízo pelas partes, demandando do julgador, singular ou colegiado, decisão a respeito da inconstitucionalidade ou não da norma a ser aplicada.

O controle abstrato ou concentrado da constitucionalidade evidencia-se pela verificação da compatibilidade da lei, em tese, frente à Constituição, tarefa atribuída exclusivamente ao Tribunal Constitucional (TC).¹⁹²

No controle abstrato por ação o Tribunal Constitucional não aprecia a inconstitucionalidade como questão incidental, mas sim como objeto principal do processo, emitindo juízo de valor acerca da constitucionalidade formal e material de determinada norma jurídica em tese, resultando em uma decisão de efeito *erga omnes*, com força geral, obrigatória e vinculante para os órgãos do Poder Judiciário, bem como para os demais poderes constituídos.¹⁹³

Como dito antes, o controle concentrado da constitucionalidade também pode ser exercido preventivamente, com o objetivo de impedir que uma norma contrária a Constituição entre em vigor. Assim, antes da norma ser promulgada pelo Presidente da República, antes mesmo de produzir qualquer efeito jurídico poderá ser questionada preventivamente, por representação primeira do chefe do executivo (nº1 do art. 278º) e concorrentemente pelos sujeitos constantes dos números sucessivos do referido artigo, sendo que a Constituição da República Portuguesa atribui competência exclusiva ao Tribunal Constitucional para exercer tal fiscalização.¹⁹⁴

Destaca-se que, embora o TC tenha competência exclusiva para a fiscalização abstrata preventiva, a pronúncia de inconstitucionalidade de uma norma por aquele tribunal, afastada pela Assembleia da República, poderá ser objeto de reapreciação em controle repressivo, dada

linha]. [Consult Fev 2018]. Disponível em <https://www.ministeriopublico.pt/iframe/constituicao-da-republica-portuguesa>

¹⁹² **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA**, de 2 de Abril de 1976. Parte III - Organização do Poder Político, Título VI – Tribunal Constitucional, “Artigo 223.º (Competência) – 1. Compete ao Tribunal Constitucional apreciar a inconstitucionalidade e a ilegalidade, nos termos dos artigos 277.º e seguintes”. [Em linha]. [Consult Fev 2018]. Disponível em <https://www.ministeriopublico.pt/iframe/constituicao-da-republica-portuguesa>.

¹⁹³ PACHECO, Leonardo da Silveira – **Recurso de Amparo Constitucional**. Revista Direito Sem Fronteiras – Universidade Estadual do Oeste do Paraná. Foz do Iguaçu. V. 1, n.º 2, 2017. [Em linha]. [Consult. Jan 2018]. Disponível em <https://e-revista.unioeste.br/index.php/direitosemfronteiras/article/view/18853>

¹⁹⁴ *Idem. Ibidem.*

sua natureza sucessiva, seja concreta ou abstrata. Assim, leciona J.J. Gomes Canotilho, “o Tribunal Constitucional pode sempre vir a considerar, em controle sucessivo, de novo inconstitucionais, as normas já objecto de idêntica decisão em sede de controle prévio”.¹⁹⁵

Prosseguindo o n.º 1, do art. 283.º, da CRP, adota expressamente a fiscalização da inconstitucionalidade por omissão, compondo o sistema português de controle de constitucionalidade.¹⁹⁶ A CRP, em seu art. 288.º, letra I, dispõe sobre a fiscalização de constitucionalidade por ação ou por omissão de normas jurídicas, impondo limite à revisão constitucional, neste particular.¹⁹⁷

Nas palavras de J.J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, “o princípio da constitucionalidade não diz respeito apenas as acções do Estado; abrange também as omissões ou inacções do Estado. A Constituição não é somente um conjunto de normas proibitivas e de normas de organização e competência (limite negativo de atividade do Estado): é também um conjunto de normas positivas, que exigem do Estado e dos seus órgãos uma atividade, uma ação (limite positivo da atividade do Estado). O incumprimento dessas normas, por inércia do Estado, ou seja, por falta total de medidas (legislativas ou outras) ou pela sua ineficiência, deficiência ou inadequação, traduz-se igualmente numa infração da Constituição – inconstitucionalidade por omissão.”¹⁹⁸

A referida fiscalização tem por objeto verificar a ausência de medidas legislativas para tornar uma norma constitucional programática exequível e com eficácia plena.

Declarada a inconstitucionalidade da norma-preceito programática e comunicado ao legislativo competente, na sua inércia, não há como o Tribunal Constitucional adotar medida que supra a omissão. No dizer de Jorge Miranda “a verificação da inconstitucionalidade por

¹⁹⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 7.ª ed., 2003. ISBN 978-97-240-2106-5. p. 512.

¹⁹⁶ **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA**, de 2 de Abril de 1976. Parte IV – Garantia e Revisão da Constituição, Título I – Fiscalização da Constitucionalidade, “Artigo 283.º (Inconstitucionalidade por omissão) – 1. A requerimento do Presidente da República, do Provedor de Justiça ou, com fundamento em violação de direitos das regiões autónomas, dos presidentes das Assembleias Legislativas das regiões autónomas, o Tribunal Constitucional aprecia e verifica o não cumprimento da Constituição por omissão das medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais.” [Em linha]. [Consult Feb 2018]. Disponível em <https://www.ministeriopublico.pt/iframe/constituicao-da-republica-portuguesa>

¹⁹⁷ **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA**, de 2 de Abril de 1976. Parte IV – Garantia e Revisão da Constituição. Título II – Revisão Constitucional, “Artigo 288.º (Limites matérias da revisão) As leis de revisão constitucional terão de respeitar [...] – 1) A fiscalização da constitucionalidade por acção ou por omissão de normas jurídicas; [...]” [Em linha]. [Consult Feb 2018]. Disponível em <https://www.ministeriopublico.pt/iframe/constituicao-da-republica-portuguesa>.

¹⁹⁸ CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital - **Constituição da República Portuguesa Anotada – V II**. Coimbra: Coimbra Editora, 4.ª ed., 2007. ISBN 978-97-232-1839-8.

omissão não cria qualquer obrigação jurídica para o órgão legislativo, apenas declara uma obrigação preexistente.”¹⁹⁹

5.O Supremo Tribunal Federal Brasileiro e o modelo de controle de constitucionalidade no Brasil

À semelhança de Portugal, o Brasil também adotou o sistema misto de controle de constitucionalidade. Porém, diferentemente daquele, a Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) não atribui diretamente aos juízes e tribunais a competência para o controle concreto da constitucionalidade, mas de forma oblíqua, por meio do inciso XXXV, do art. 5.º, que dispõe: “A lei não excluirá da apreciação do poder Judiciário lesão ou ameaça de direito.”²⁰⁰.

Esse controle misto foi desenvolvido a partir de diferentes concepções filosóficas e diverso contexto histórico, destacando-se o modelo brasileiro, sendo um exemplo mais eminente do modelo misto. Se as influências do modelo difuso de origem norte-americana foram decisivas para a adoção inicial de um sistema de fiscalização judicial da constitucionalidade das leis e dos atos normativos em geral. Com o desenvolvimento das instituições democráticas o resultado foi um peculiar sistema de jurisdição constitucional, “cujo desenho e organização reúnem, de forma híbrida, características marcantes de ambos os clássicos modelos de controle de constitucionalidade.”²⁰¹

Nos países, como o Brasil, que adotam a rigidez constitucional há de se observar os procedimentos de garantia da supremacia constitucional no que tange à criação, edição e aplicação das normas legislativas e normativas. Ou seja, para que um ato jurídico tenha validade dentro desse sistema é imprescindível a sua concordância com a previsão constitucional.²⁰²

¹⁹⁹ MIRANDA, Jorge - **Manual de Direito Constitucional – Direitos Fundamentais, Tomo VI**. Coimbra: Coimbra Editora, 4.ª ed., 2013. ISBN 978-97-232-2118-3.

²⁰⁰ **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL** – São Paulo: Editora Saraiva, 55.ª ed., 2018. ISBN 978.854.722.74.

²⁰¹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet - **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 4.ª ed., 2009. ISBN 978-85-020-7819-2.

²⁰² PACHECO, Leonardo da Silveira – **Recurso de Amparo Constitucional**. Revista Direito Sem Fronteiras – Universidade Estadual do Oeste do Paraná. Foz do Iguaçu. V. 1, n.º 2, 2017. [Em linha]. [Consult. Jan 2018]. Disponível em <https://e-revista.unioeste.br/index.php/direitosemfronteiras/article/view/18853>

Essa observação constituiu-se em um controle de constitucionalidade, que é a verificação da adequação de um ato jurídico à Constituição, podendo ocorrer de forma preventiva ou repressiva.²⁰³

Ocorre preventivamente quando se busca impedir a entrada em vigor de ato inconstitucional. No Brasil pode se dar em duas hipóteses: na Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) e por meio de veto jurídico do Presidente da República.²⁰⁴

A primeira hipótese preventiva se dá no nascedouro da norma legislativa. À CCJ cumpre verificar a adequação desse projeto de lei ou de emenda à própria Constituição Federal, no que diz respeito aos aspectos formais do processo legislativo, ao seu conteúdo e a sua harmonia com o texto constitucional.²⁰⁵

A segunda hipótese diz respeito à possibilidade que tem o Presidente da República de vetar o projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional por entendê-lo inconstitucional, nos termos do Artigo 66, § 1º, da Constituição da República Federativa do Brasil: “Art. 66. A Casa na qual tenha sido concluída a votação enviará o projeto de lei ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará. § 1º Se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto. [...]”²⁰⁶

O controle é considerado repressivo quando a verificação da constitucionalidade dos atos jurídicos é realizada por meio do Poder Judiciário, podendo ser difuso ou concentrado.

O modelo difuso se assemelha ao português, permitindo que qualquer juiz ou tribunal declare a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos independentemente do tipo de processo.²⁰⁷

²⁰³ PACHECO, Leonardo da Silveira – **Recurso de Amparo Constitucional**. Revista Direito Sem Fronteiras – Universidade Estadual do Oeste do Paraná. Foz do Iguaçu. V. 1, n.º 2, 2017. [Em linha]. [Consult. Jan 2018]. Disponível em <https://e-revista.unioeste.br/index.php/direitosemfronteiras/article/view/18853>

²⁰⁴ *Idem. Ibidem.*

²⁰⁵ *Idem. Ibidem.*

²⁰⁶ **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL** – São Paulo: Editora Saraiva, 55.ª ed., 2018. ISBN 978.854.722.74.

²⁰⁷ **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL** – Observado o princípio da reserva de plenário constante no Art. 97. “Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.” São Paulo: Editora Saraiva, 55.ª ed., 2018. ISBN 978.854.722.74.

Assim como o modelo norte-americano os juízes possuem um amplo poder para o controle da constitucionalidade dos atos do poder público.²⁰⁸

No caso, a discussão de inconstitucionalidade se restringe ao caso concreto, a admissão da matéria arguida pode ser declarada por qualquer juiz, de qualquer instância judicial que se recusará a aplicar uma determinada norma por entendê-la em desacordo com a Constituição. Trata-se de decisão incidental cuja declaração antecede o exame do mérito, podendo ainda, via recursal, ser questionada na Suprema Corte.²⁰⁹

Já o controle abstrato é concentrado no Supremo Tribunal Federal, o qual é competente para processar e julgar ações autônomas que se destinam exclusivamente a dirimir controvérsia constitucional.²¹⁰

Segundo Gilmar Mendes, o modelo abstrato recebeu ênfase da Constituição de 1988, uma vez que, praticamente, todas as controvérsias constitucionais relevantes passaram a ser submetidas ao Supremo Tribunal Federal mediante processo de controle abstrato.²¹¹

Por meio da via abstrata, em defesa da supremacia da Constituição Federal, podem ser instauradas ações diretas visando questionar constitucionalidade de atos normativos, exclusivamente perante o Supremo Tribunal Federal. Para esse fim prevê a legislação pátria a ação direta de inconstitucionalidade, ação direta de inconstitucionalidade por omissão, ação declaratória de constitucionalidade, arguição de descumprimento de preceito fundamental e ação indireta de inconstitucionalidade interventiva.²¹²

Diferentemente do controle difuso os efeitos são *ex tunc, erga omnes* e vinculante para todo o Poder Judiciário bem como para os demais órgãos da Administração Pública direta e indireta, havendo possibilidade de modulação de efeitos nos casos em que a retroação da

²⁰⁸ MENDES, Gilmar Ferreira – **O Controle de Constitucionalidade e Processo de Deliberação: Legitimidade, transparência e segurança jurídica nas decisões das cortes supremas.** – Palestra STF. [Em linha]. [Consult Jan 2019]. Disponível em https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/EUA_GM.pdf

²⁰⁹ PACHECO, Leonardo da Silveira – **Recurso de Amparo Constitucional.** Revista Direito Sem Fronteiras – Universidade Estadual do Oeste do Paraná. Foz do Iguaçu. V. 1, n.º 2, 2017. [Em linha]. [Consult. Jan 2018]. Disponível em <https://e-revista.unioeste.br/index.php/direitosemfronteiras/article/view/18853>

²¹⁰ *Idem. Ibidem.*

²¹¹ MENDES, Gilmar Ferreira – **O Controle de Constitucionalidade e Processo de Deliberação: Legitimidade, transparência e segurança jurídica nas decisões das cortes supremas.** – Palestra STF. [Em linha]. [Consult Jan 2019]. Disponível em https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/EUA_GM.pdf

²¹² PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo – **Direito Constitucional Descomplicado.** São Paulo: Editora Método, 15.ª ed., 2016. ISBN 978-85-7309-6820-5.

decisão resulte em violação severa da segurança jurídica ou de outro valor de excepcional interesse social.

IV - AS TENTATIVAS DE INCLUSÃO DE UM RECURSO CONSTITUCIONAL DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO PORTUGUESA

1. Breves comentários sobre as tentativas de um recurso constitucional na Constituição da República Portuguesa

A Constituição Portuguesa prevê expressamente a revisão constitucional²¹³ o que recentemente ocorreu nos anos de 1982, 1989, 1992, 1997, 2001, 2004, 2005 e 2010, ainda não concluída.²¹⁴

Nalgumas daquelas revisões tentou-se elevar a categoria constitucional uma ação direta de controle da constitucionalidade para defesa de direitos, garantias e liberdade fundamentais, todavia, com insucesso.

Na Revisão Constitucional de 1989, apesar de alterações importantes introduzidas, sobretudo no tocante ao sistema de justiça constitucional e o Tribunal Constitucional²¹⁵, a materialização de uma ação direta e imediata de fiscalização da constitucionalidade para defesa de garantias, liberdades e direitos fundamentais não se concretizou.²¹⁶

Na Revisão Constitucional de 1997 buscou-se o aditamento do n.º 5 ao art. 20.º, que remetia à legislação infraconstitucional a criação de mecanismo de proteção às ameaças ou violações aos direitos, liberdades e garantias pessoais, de sugestão do eminente Professor Jorge Miranda, com a introdução de um recurso constitucional que se aproximava de um

²¹³ **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA**, de 2 de Abril de 1976. Parte IV – Garantia e Revisão da Constituição, Título II – Revisão Constitucional, “Artigo 284.º (Competência e tempo de revisão) – 1. A Assembleia da República pode rever a Constituição decorridos cinco anos sobre a data da publicação da última lei de revisão ordinária. 2. A Assembleia da República pode, contudo, assumir em qualquer momento poderes de revisão extraordinária por maioria de quatro quintos dos Deputados em efetividade de funções.” [Em linha]. [Consult. Fev 2018]. Disponível em <https://www.ministeriopublico.pt/iframe/constituicao-da-republica-portuguesa>

²¹⁴ **ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA**. Revisões constitucionais. [Em linha]. [Consult. 16 ABR. 2020]. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/RevisoesConstitucionais/Paginas/default.aspx>

²¹⁵ MIRANDA, Jorge - **Manual de Direito Constitucional – Direitos Fundamentais, Tomo VI**. Coimbra: Coimbra Editora, 4.ª ed., 2013. ISBN 978-97-232-2118-3

²¹⁶ **ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA** – Divisão de informação legislativa parlamentar – Processos de Revisão Constitucional (1982 a 2020). [Em linha]. [Consult. Fev 2021]. Disponível em: https://ficheiros.parlamento.pt/DILP/Publicacoes/Legislacao/48.RevisoesConstitucionais/48.fevereiro_2021.pdf

“recurso de amparo” ou de “uma ação de constitucional de defesa”, mas que, todavia, não foi aprovada.²¹⁷

A Revisão Constitucional de 2004 trouxe a discussão, novamente, à instituição de um recurso constitucional denominado de “Recurso de Amparo” que reconhecia o direito de defesa para o Tribunal Constitucional, dos atos ou omissões de natureza processual dos tribunais, que violassem direitos, liberdades ou garantias, desde que esgotados, previamente, as vias de recurso ordinário.

Não obstante as frustrações legislativas, parte da doutrina portuguesa ainda protesta pela necessidade de inclusão de um recurso constitucional de proteção aos direitos fundamentais, criticando a sua ausência, o que se observa nas considerações de José de Melo Alexandrino: “[...] na perspectiva da ciência do direito constitucional, a inexistência de um mecanismo de amparo constitucional tem um triplo efeito dogmático negativo: (1) por um lado, torna irrelevante a distinção básica entre norma, direito e posição, confundindo diversos planos (e, na realidade, anulando o plano do direito fundamental como situação compreensiva e o plano das diversas posições jus-fundamentais em que o direito fundamental normalmente se decompõe); (2) por outro lado, desvaloriza totalmente o plano absolutamente inafastável da violação (ou afectação ilegítima) do conteúdo de um direito fundamental ou de uma posição de direito fundamental; (3) por fim, raramente o Tribunal constitucional se ocupa com a tarefa, que a si deveria especialmente caber, de se debruçar sobre o âmbito de proteção de cada direito fundamental e sobre o tipo de afectações de que o mesmo é passível (é isso que na realidade fazem todas as jurisdições de amparo, sejam as internas ou internacionais, e é essa a debilidade dos sistemas desprovidos de amparo, perante a instância internacional).”²¹⁸

Note-se que a inclusão do recurso de amparo ao texto constitucional português, nas revisões citadas, passou pelo Artigo 20.º, tendo Gomes Canotilho afirmado que “o direito a tutela jurisdiccional efectiva consta da Constituição Portuguesa – Artigo 20º, nºs 1 e 4 –, sendo

²¹⁷ **ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA** – Divisão de informação legislativa parlamentar – Processos de Revisão Constitucional (1982 a 2020). [Em linha]. [Consult. Fev 2021]. Disponível em: https://ficheiros.parlamento.pt/DILP/Publicacoes/Legislacao/48.RevisoesConstitucionais/48.fevereiro_2021.pdf

²¹⁸ ALEXANDRINO, José de Melo – **Direitos Fundamentais – Introdução Geral**. Estoril: Editora Principia, 2.ª ed., 2015. ISBN 978-98-971-6032-5. p. 23.

após a revisão de 1997, a porta à introdução de processos específicos de defesa dos direitos, liberdades e garantias pessoais, notadamente, o recurso de amparo.”²¹⁹

2.Considerações e críticas ao recurso de amparo

Em que pese a sua importância na defesa da efetividade dos direitos fundamentais, críticas são aviadas contra o recurso de amparo, destacando-se o excessivo número de recursos apresentados anualmente perante o TCE e a invasão de competência da jurisdição ordinária por aquele tribunal.

Pablo Pérez Tremps ressalta que existem insuficiências com relação ao referido instrumento jurídico, sendo sua configuração o problema principal.²²⁰

Para o referido autor o amparo tem se transformado em trabalho excessivo para o TCE. Além disso, o recurso de amparo tem causado problemas de articulação entre o próprio Tribunal Constitucional e os juízes e tribunais ordinários.

Continua afirmando que no silêncio do legislador o governo apresentou projeto de lei visando a modificação de alguns aspectos relacionados ao amparo, sendo uma das propostas de reforma, o aumento da subsidiariedade do amparo, fortalecendo o papel de juízes e tribunais ordinários na tarefa de garantir os direitos fundamentais.²²¹

Para solucionar o excesso de recursos de amparo Manuel Aragón Reyes sugere a introdução do *certiorari* norte-americano, com as devidas adaptações, ante os poderes discricionários atribuídos ao Tribunal Constitucional quando a admissão de recursos de amparo.²²²

²¹⁹ ROSÁRIO, Pedro Trovão do – **O Recurso Constitucional de Amparo**. Jurismat – Revista Jurídica. [Em linha]. Portimão, n.º 1, 2012. [Consult Dez 2021]. Disponível em <https://revistas.ulusofona.pt/index.php/jurismat/article/view/7664>

²²⁰TREMPS, Pablo Pérez - **El Recurso de Amparo en el Ordenamiento Español - El Proceso Constitucional de Amparo**. *Revista de Jurisprudencia y Doctrina, año I, n.º 2, 2005 - n.º especial de Justicia Constitucional* **apud** AMARAL, Karina Almeida do – **Algumas Considerações sobre o Recurso de Amparo**. *Compilações Doutrinárias – Verbo Jurídico*, 2010. [Em linha]. [Consult Jul 2018]. Disponível em <https://xdoc.mx/preview/algumas-consideracoes-sobre-o-recurso-de-amparo-5dffcef0439b8>

²²¹ *Idem. Ibidem.*

²²² REYES, Manuel Aragón - **Algunas Consideraciones Sobre el Recurso de Amparo**. *Derecho Procesal Constitucional*. Coord. Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Tomo III, 2003. **apud** AMARAL, Karina Almeida do – **Algumas Considerações sobre o Recurso de Amparo**. *Compilações Doutrinárias – Verbo Jurídico*, 2010. [Em linha]. [Consult Jul 2018]. Disponível em <https://xdoc.mx/preview/algumas-consideracoes-sobre-o-recurso-de-amparo-5dffcef0439b8>

A sugestão sofre críticas e até mesmo o citado autor não acredita ser algo positivo a *certiorari* norte-americano, na medida em que o Tribunal Constitucional deve ser qualificado como tribunal cidadão.²²³

Para os supracitados autores o amparo em Espanha parece estar tendo problemas práticos graves, demandando soluções alternativas como forma de atenuar tais dificuldades.²²⁴

Porém, como foi possível perceber, parte dos problemas estruturais do TCE foi resolvido com a vigência da Lei Orgânica n.º 6/2007, embora criticada por parte da doutrina espanhola que afirma que na realidade a apreciação da transcendência constitucional especial fica a critério da maioria dos magistrados da Seção – e, talvez, na prática, em muitos casos ao do assessor do Tribunal correspondente – decidir sobre a não admissão do recurso de amparo e se levarmos em conta “que até agora o Tribunal não tem sido muito respeitoso ao princípio da igualdade, sendo que o status do demandante exerce uma influência importante na hora de decidir os amparos, podemos imaginar como será apreciada a transcendência constitucional quando forem se pronunciar acerca da admissibilidade do amparo.”²²⁵

3.O recurso de amparo em números do Tribunal Constitucional Espanhol

De acordo com os dados estatísticos anualmente publicados no site oficial da Corte, a atividade jurisdicional do Tribunal Constitucional Espanhol encontra-se consolidada a fim de oferecer informações aos interessados.

Abaixo, quadros comparativos constando informações acerca da origem dos recursos de amparo, tipos de partes recorrentes e os direitos fundamentais por estes invocados:

²²³ REYES, Manuel Aragón - *Algunas Consideraciones Sobre el Recurso de Amparo. Derecho Procesal Constitucional*. Coord. Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Tomo III, 2003. *apud* AMARAL, Karina Almeida do – **Algunas Considerações sobre o Recurso de Amparo**. Compilações Doutrinárias – Verbo Jurídico, 2010. [Em linha]. [Consult Jul 2018]. Disponível em <https://xdoc.mx/preview/algumas-consideracoes-sobre-o-recurso-de-amparo-5dffcef0439b8>

²²⁴ AMARAL, Karina Almeida do – **Algunas Considerações sobre o Recurso de Amparo**. Compilações Doutrinárias – Verbo Jurídico, 2010. [Em linha]. [Consult Jul 2018]. Disponível em <https://xdoc.mx/preview/algumas-consideracoes-sobre-o-recurso-de-amparo-5dffcef0439b8>

²²⁵ GONZALEZ PÉREZ, Jesús. *Encuesta sobre la Reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Teoría y Realidad Constitucional*, 2006. [Em linha]. [Consult Feb 2018]. Disponível em <file:///C:/Users/denis/Downloads/Dialnet--6800278.pdf>

a) – Origem dos recursos de amparo²²⁶

Procedência Parlamentar (art. 42 LOTC)	13
Procedência jurisdicional	7.190
Civil	1.184
Penal	3.429
Penitenciário	169
Contencioso-administrativo	1.898
Social	409
Militar	33
Outros	68
Total:	7.203

b) – Recorrentes que apresentaram recursos de amparo²²⁷

Recorrente	Número de recursos
Particulares	6.196
Pessoas Jurídicas de Direito Privado	912
Entes Públicos	92
Defensor do Povo	1
Ministério Fiscal	2
Total	7.203

²²⁶ **TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.** Memória 2005. *Estadísticas Jurisdiccionales del Tribunal Constitucional Español.* Tradução livre. [Em linha]. [Consult. Mar 2017]. Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.es/es/memorias/Estadisticas/ESTADISTICAS-2015.pdf>

²²⁷ *Idem. Ibidem.*

c) – **Direitos fundamentais invocados**²²⁸

Direito fundamental invocado	Total	Porcentagem
Igualdade (art. 14 CE)	992	13,77%
Tutela judicial (art. 24 CE)	5.416	75,19%
Outros direitos e liberdades:	1.851	25,69%
Vida e integridade (art. 15 CE)	171	2,37%
Liberdade ideológica e religiosa (art. 16 CE)	20	0,27%
Liberdade e seguridade (art. 17 CE)	332	4,61%
Honra, intimidade e imagem (art. 18 CE)	280	3,89%
Liberdade de residência e circulação (art. 19 CE)	20	0,27%
Liberdades de expressão (art. 20 CE)	44	0,61%
Reunião (art. 21 CE)	10	0,14%
Associação (art. 22 CE)	15	0,21%
Participação em assuntos públicos (art. 23 CE)	192	2,66%
Legalidade penal (art. 25 CE)	680	9,44%
Interdição dos tribunais de honra (art. 26 CE)	1	0,01%
Educação (art. 27 CE)	9	0,12%
Liberdade de sindicalizar e fazer greve (art. 28 CE)	65	0,90%
Petição (art. 29)	12	0,16%
Objecção de consciência (art. 30.2 CE)	-	-

No ano de 2019 o Tribunal Constitucional Espanhol apresentou no seu portal da internet um quadro dos anos de 2015 a 2019, permitindo a comparação do número de recursos de amparo daqueles, bem como a verificação da redução na inadmissão do mesmo, por decisões sem motivação ou por providência.

²²⁸ **TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**. Memória 2005. *Estadísticas Jurisdiccionales del Tribunal Constitucional Español*. Tradução livre. [Em linha]. [Consult. Mar 2017]. Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.es/es/memorias/Estadísticas/ESTADÍSTICAS-2015.pdf>

d) – Memoria 2019/Quadro 17 ²²⁹

Assuntos resolvidos	2015	2016	2017	2018	2019
<u>Recursos de amparo</u>					
Por sentença	96	88	53	55	117
Por sentença do Pleno	17	10	4	11	25
Por sentença da Sala	79	78	49	44	92
Por auto de inadmissão	--	3	8	4	4
Por providência de inadmissão	7.880	7.026	5.690	6.168	6.218
Por outras causas	535	478	433	484	153
Total =	8.511	7.594	6.185	6.715	6.494

²²⁹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Memória 2005. *Estadísticas Jurisdiccionales del Tribunal Constitucional Español*. Tradução livre. [Em linha]. [Consult. Mar 2017]. Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.es/es/memorias/Estadisticas/ESTADISTICAS-2015.pdf>

Conclusão

O presente trabalho teve por propósito a análise do recurso de amparo como mecanismo de proteção dos direitos fundamentais, cuja regulação específica e sistemática perante alguns dos ordenamentos jurídicos europeus animou até certo ponto a comunidade jurídica portuguesa, o que não foi acompanhado pelo legislador constitucional revisor.

Para entendermos a opção do legislador de alguns países da comunidade europeia, pelo recurso de amparo como garantia e proteção dos direitos fundamentais, e a negativa do legislador português por sua incorporação constitucional, bem como a não adoção de ação ou recurso com igual espectro jurídico, pelo legislador brasileiro, fizemos uma incursão no constitucionalismo e nos direitos fundamentais, desde o surgimento daquele e a positivação destes até o constitucionalismo contemporâneo. Analisamos ainda as construções doutrinárias sobre as suas dimensões, eficácia e aplicabilidade, tudo no capítulo I.

No capítulo II detemo-nos no exame dos mecanismos constitucionais de proteção aos direitos fundamentais, notadamente em Portugal e no Brasil, e fizemos um breve histórico sobre o recurso de amparo na realidade europeia, fazendo uma introdução ao instituto jurídico quanto a sua natureza jurídica, destinatários e intérprete.

Demonstramos a cizânia existente nas decisões do Tribunal Constitucional português quanto ao conhecimento do recurso constitucional previsto na CRP, para proteção ou reparação de direitos fundamentais violados, na inexistência de um recurso específico para tais garantias, aos moldes do recurso de amparo espanhol ou da reclamação constitucional alemã, como um alerta a respeito da relevância de tal instituto jurídico num contexto sistemático de proteção dos direitos fundamentais.

Apontamos um a um dos mecanismos de proteção, na panóplia de ações constitucionais para defesa dos direitos fundamentais, garantidos constitucionalmente, no Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais, Capítulo I – Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, Artigo 5.º, da Constituição da República Federativa do Brasil, que determina que “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]”²³⁰

²³⁰ **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL**. São Paulo: Editora Saraiva, 55.ª ed., 2018. ISBN 978.854.722.74.

Embora acreditemos que no plano das decisões judiciais os direitos fundamentais são prestigiados, no plano da aplicação direta e imediata das normas fundamentais, que transbordam a constituição isto não ocorre. No campo metafísico no qual tudo é garantido, porém, na realidade, os direitos fundamentais são pouco ou nada concretizados.

Tratamos ainda, especificamente, da reclamação constitucional alemã e do recurso de amparo espanhol, apoiado na jurisprudência e em casos pontuais, como as “devoluciones em caliente” e a situação problemática dos enclaves de Ceuta e Melilla como porta de entrada clandestina de refugiados de diversas nações em conflito armado.

O capítulo III foi dedicado aos tribunais constitucionais desde a concepção de Kelsen, sendo tratados especificamente os tribunais constitucionais alemão, espanhol, português e brasileiro.

Destacamos, em razão do próprio título deste trabalho, as tentativas de inclusão de um recurso constitucional de proteção dos direitos fundamentais na Constituição da República Portuguesa, enumerando cada uma das revisões constitucionais que, por opção de política legislativa, não foi dado seguimento as propostas e, conseqüentemente, aprovação que objetivavam corrigir o déficit de proteção.

No mesmo capítulo apresentamos algumas considerações e críticas da comunidade jurídica espanhola e portuguesa ao recurso de amparo e aproveitamos para ilustrar nosso trabalho com algumas estatísticas e quadro comparativo do recurso em amparo em Espanha.

A conclusão a que chegamos a partir do presente trabalho é de que as revisões constitucionais ocorridas em Portugal foram frustradas pela não aprovação de uma medida protetiva dos direitos fundamentais contra ato dos poderes públicos, executivo, legislativo e judicial, de preservação e intangibilidade de direitos elevados à categoria constitucional e, por si, limitador do poder estatal, respondendo pelo equilíbrio do próprio Estado.

A existência de uma ação constitucional extraordinária e subsidiária à disposição do particular, cidadão ou não, de cariz português na comunicação direta com o Tribunal Constitucional, reforçaria a evolução do direito constitucional, ao mesmo tempo em que consolidaria o Estado Democrático de Direito, cujo valor principal é a dignidade da pessoa humana.

As críticas aviadas contra o recurso de amparo em Espanha são injustas e inconsistentes, à medida que o número excessivo de amparo demonstra a importância do instituto para seus destinatários e não o contrário, e a alegada invasão de competência da jurisdição ordinária pelo Tribunal Constitucional não se sustenta em si mesma, pelo fato que a jurisdição especializada tem sua competência definida pela LOTCE e pela própria Constituição, sendo a decisão do Tribunal Constitucional suprema em relação às instâncias ordinária, vinculando todos os órgãos do Poder Judicial, acrescentando que o recurso de amparo será sempre apreciado subsidiariamente.

Portanto, após análise de determinadas constituições europeias, sobretudo as constituições Alemã e Espanhola, resta claro que em Portugal inexistente um mecanismo, *de lege ferenda*, do tipo da reclamação constitucional alemã ou do recurso de amparo constitucional espanhol, mas há um sistema de controle normativo de fiscalização concreta que, efetivamente, desempenha parcialmente função análoga à do recurso de amparo espanhol.

Não se olvida que o recurso de constitucionalidade português, junto ao Tribunal Constitucional, tenha limitação quanto ao seu manejo contra a violação de direitos fundamentais por meio de normas jurídicas ou atos normativos públicos, porém seu escopo é alargado, por parte da jurisprudência daquele tribunal, no que diz respeito à interpretação daquelas quando aplicadas a casos concretos.

Porém, a comunidade doutrinária portuguesa anseia pela criação de instituto amparo constitucional, ainda que com feição minimalista, para que o cidadão possa reclamar perante o Tribunal Constitucional a violação de seus direitos fundamentais pelo poder público.

Referências bibliográficas

Legislação

ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA – Divisão de informação legislativa parlamentar – Processos de Revisão Constitucional (1982 a 2020). [Em linha]. [Consult. Fev 2021]. Disponível em: https://ficheiros.parlamento.pt/DILP/Publicacoes/Legislacao/48.RevisoesConstitucionais/48.fevereiro_2021.pdf

ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA. Revisões constitucionais. [Em linha]. [Consult. 16 ABR. 2020]. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/RevisoesConstitucionais/Paginas/default.aspx>

BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO. Publicação de 10/03/2017. *Sección del Tribunal Constitucional*. Tradução livre. [Em linha]. [Consult. Mar 2017]. Disponível em: http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2017-2615

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL – São Paulo: Editora Saraiva, 55.^a ed., 2018. ISBN 978.85-472-2748-7. 528 p.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA – [Em linha]. [Consult Fev 2018]. Disponível em <https://www.ministeriopublico.pt/iframe/constituicao-da-republica-portuguesa>

CONSTITUIÇÃO ESPANHOLA – de 29 de dezembro de 1978. [Em linha]. [Consult jan 2020]. Disponível em [file:///C:/Users/denis/Downloads/BOE-387_Constitucion_Espanola_Constituicao_Espanhola%20\(3\).pdf](file:///C:/Users/denis/Downloads/BOE-387_Constitucion_Espanola_Constituicao_Espanhola%20(3).pdf)

DECRETO-LEI N.º 163/2006, DE 08 DE AGOSTO [Em linha]. [Consul Fev 2020]. Disponível em <http://dre.pt/dre/detalhe/decreto-lei/163-2006-538624>

LEI DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL DA ALEMANHA, de 12 de março de 1951. [Em linha]. [Consult. Jan 2018]. Disponível em <http://www.gesetze-im-internet.de/bverfgg/index.html>

LEI FUNDAMENTAL DA REPÚBLICA FEDERAL DA ALEMANHA, de 23 de maio de 1949. [Em linha]. [Consult. Jan 2018]. Disponível em <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>

LEI ORGÂNICA DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPANHOL, N.º 2 de 03 de outubro de 1979 – [Em linha]. [Consult Jan 2018]. Disponível em <https://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/normativa/Normativa/LOTC-pt.pdf>

LEI ORGÂNICA DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Lei n.º 28/82, de 15 de Novembro – [Em linha]. [Consult Fev 2018]. Disponível em https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=423&tabela=leis#:~:text=%3A%3A%20Lei%20n.%C2%BA%2028%2F82%2C%20de%2015%20de%20Novembro&text=O%20Tribunal%20Constitucional%20exerce%20a,e%20tem%20sede%20em%20Lisboa.

LEY ORGÁNICA 6/2007, de 24 de mayo [Em linha]. [Consult. Mar 2017]. Disponível em: <https://www.boe.es/boe/dias/2007/05/25/pdfs/A22541-22547.pdf>

Específica

ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de - **Ação Popular**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2.ª ed., 2008. ISBN 978-85-605-2005-3.

ALEXANDRINO, José de Melo – **Direitos Fundamentais – Introdução Geral**. Estoril: Editora Principia, 2.ª ed., 2015. ISBN 978-98-971-6032-5.

ALEXANDRINO, José de Melo – **Sim ou não ao recurso de amparo?** Julgar – Revista Jurídica. [Em linha]. Lisboa, n.º 11, 2010. [Consult Fev 2018]. Disponível em <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2015/10/041-049-Recurso-de-amparo.pdf>

ALVIM, José Eduardo Carreira - **Habeas Data**. Rio de Janeiro: Forense, 2001. ISBN 978-85-309-1362-0.

AMARAL, Karina Almeida do – **Algumas Considerações sobre o Recurso de Amparo**. Compilações Doutrinárias – Verbo Jurídico, 2010. [Em linha]. [Consult Jul 2018]. Disponível em <https://xdoc.mx/preview/algumas-consideracoes-sobre-o-recurso-de-amparo-5dffcef0439b8>

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 5.ª ed., 2001. ISBN 978-85-020-3527-0.

AZEVEDO, André Mauro Lacerda - **O Recurso de Amparo Espanhol**. [Em linha]. [Consult Fev 2018]. Disponível em <https://andremauro2.jusbrasil.com.br/artigos/121816406/o-recurso-de-amparo-espanhol>

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. **Controle Concentrado de Constitucionalidade**. Revista de informação legislativa, v. 41, n.º 164, p. 87-103, out./dez. 2004. [Em linha]. [Consult Jan 2018]. Disponível em <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/1009>

BARROSO, Luís Roberto - **A Judicialização da Vida e o Papel do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2018. ISBN 978-85-450-0404-2.

BARROSO, Luís Roberto - **Neoconstitucionalismo e a Constitucionalização do Direito - O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil**. [Em linha]. [Consult. Fev 2020]. Disponível em https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista33/Revista33_43.pdf

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas - Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2ª ed., 1993.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco - **Dicionário de Política- Vol. 1**. Brasília: Editora Universidade de Brasília. 11.ª ed., 1983. ISBN 85-230-0309-6.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editora, 15.ª ed., 2004. ISBN 978-85-742-0621-9.

BOTELHO, Catarina Santos, **A Tutela Directa dos Direitos Fundamentais: Avanços e Recuos na Dinâmica Garantística das Justiças Constitucional, Administrativa e Internacional**. Coimbra: Almedina, 2010. ISBN 978-97-240-4106-3.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 7.ª ed., 2003. ISBN 978-97-240-2106-5.

CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital - **Constituição da República Portuguesa Anotada – V II**. Coimbra: Coimbra Editora, 4.ª ed, 2007. ISBN 978-97-232-1839-8.

CASTRO, José-Luis Cascajo; LUNO, Antonio Enrique Pérez; CID, Benito de Castro; TORRES, Carmelo Gomes - **Los Derechos Humanos: Significacion, Estatuto Jurídico y Sistema**. Sevilha: Universidade de Sevilha, 1979. ISBN 84-740-5142-8.

COELHO, Rosa Júlia Pla - **Mecanismos de Proteção dos Direitos Fundamentais na União Europeia**. Brasília: Editora Ordem dos Advogados do Brasil, 2005. ISBN 978-85-872-6057-4.

CORREIA, Fernando Alves - **A Justiça Constitucional em Portugal e em Espanha. Encontros e Divergências**. Revista de Direito, Vol. 7, n.º 2, 1998. [Em linha]. [Consult Feb 2018]. Disponível em https://minerva.usc.es/xmlui/bitstream/handle/10347/7672/pg_035-072_dereito7-2.pdf?sequence=1&isAllowed=y

CORREIA, Ricardo Jorge da Ascensão Lopes – **Recurso de Amparo - Um Instituto Fundamental**. Lisboa: Universidade Católica Portuguesa, 2014. 50 f. Dissertação em mestrado em direito.

COSTA, José Manuel M. Cardoso da – **A Jurisdição Constitucional em Portugal**. Coimbra: Almedina, 3.ª ed., 2007. ISBN 978-97-240-3253-5.

CUESTA MARTÍNEZ, Alvaro *apud* Francisco Segado. **La Reforma del Régimen Jurídico-Procesal del Recurso de Amparo em España**. Revista de Derecho, 2016. p. 92-93. [Em linha]. [Consult Jan 2017]. Disponível em <https://revistas.ucu.edu.uy/index.php/revistadederecho/article/view/840/843>

CUNHA JÚNIOR, Dirley da - **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Editora JusPodvm, 13.ª ed., 2019. ISBN 978-85-442-2450-2.

ENTERRÍA, Eduardo Garcia de - **La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional**. Editora Aranzadi, 2006. ISBN 978-84-470-2552-7.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves - **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Editora JusPodvm, 9.ª ed., 2017. ISBN 978-85-442-1428-2.

FERREIRA, Vinícios Xavier - **A polêmica travada entre Kelsen e Schmitt sobre quem deve ser o Guardião da Constituição e a recepção dessas teorias pela Constituição Federal de 1988**. [Em linha]. [Consult Jan 2018]. Disponível em <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/a-polemica-travada-entre-kelsen-e-schmitt-sobre-quem-deve-ser-o-guardiao-da-constituicao-e-a-recepcao-dessas-teorias-pela-constituicao-federal-de-1988/>

FURLAN, Fabiano Ferreira. **A corrupção como fenômeno e seu papel na degradação do estado democrático de direito**. Belo Horizonte: Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. 2011. 272 f. Tese de Doutorado em Direito Público. [Em linha]. [Consult Jan 2018]. Disponível em http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_FurlanFF_1.pdf

GONZALEZ PÉREZ, Jesús. *Encuesta sobre la Reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*. *Teoria y Realidade Constitucional*, 2006. [Em linha]. [Consult Fev 2018]. Disponível em <file:///C:/Users/denis/Downloads/Dialnet--6800278.pdf>

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *La Reforma del Tribunal Constitucional*. Anais da Real Academia de Ciência Morais e Política, Madrid, ano 58, n. 83 (curso Acadêmico 2005-2006), p.335 et seq.; em concreto, p. 341, 2006. [Em linha]. [Consult Jan 2017]. Disponível em https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-M-2006-10033500360

GOUVEIA, Jorge Bacelar. **Manual de Direito Constitucional**. Coimbra: Editora Almedina, 6.ª ed., 2018. ISBN: 978-97-240-6795-7.

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL. [Em linha]. [Consult. 23 NOV. 2020]. Disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/InformacionRelevante/PreguntasFrecuentes>

KELSEN, Hans – **Jurisdição Constitucional**. Tradução Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2.ª ed., 2007. ISBN 978-85-782-7646-1.

KELSEN, Hans - **Teoria Pura do Direito** - tradução João Baptista Machado. São Paulo: Editora Martins Fontes, 8.ª ed., 2009. ISBN 978-85-782-7205-0.

LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos**. São Paulo: Companhia das Letras, 6ª. ed., 2006. ISBN 978-85-716-4011-5.

LOEWESNTEIN, Karl - *Teoría de La Constitución*. Tradução por Alfredo Galego Anabitarte. Barcelona: Ed. Ariel. 2.ª ed.,1973. p.78. Apoio às Disciplinas – Universidade de São Paulo [Em linha]. [Consult Fev 2018]. Disponível em https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5572739/mod_resource/content/1/%5BLoewenstein%20-%20Teori%CC%81a%20de%20la%20Constitucio%CC%81n.pdf

LÓPEZ ESCUDERO, Manuel [et al.] - *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea: comentario artículo por artículo*. Tradução livre. Bilbao: Fundación BBVA, 2008. Pág. 379. [Em linha]. [Consult jan 2017]. Disponível em https://www.fbbva.es/wp-content/uploads/2017/05/dat/DE_2008_carta_drechos_fundamentales.pdf

MANCUSO, Rodolfo de Camargo - **Ação Civil Pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.^a ed., 1992. ISBN 978-85-203-0984-4.

MARTINS, Leonardo - **Tribunal Constitucional Federal Alemão: Decisões Anotadas sobre Direitos Fundamentais – V 1**. São Paulo: Fundação Konrad-Adenauer, 2016. ISBN 978-85-750-4203-8.

MARTOS, José Antonio Montilla [et al.]. *Legislación, Jurisprudência y Derechos de los Inmigrantes*. Tradução livre. Anuario CIDOB de la Inmigración 2015-2016. p. 292. [Em linha]. [Consult Jan 2018]. Disponível em https://www.cidob.org/es/publicaciones/serie_de_publicacion/anuario_cidob_de_la_inmigracion/el_ano_de_los_refugiados_anuario_cidob_de_la_inmigracion_2015_2016_nueva_epoca

MCILWAIN, Charles apud TAVARES, André Ramos – **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 18.^a ed., 2020. ISBN 978-85-536-1640-4.

MEIRELLES, Hely Lopes - **Mandado de Segurança**. São Paulo: Editora Malheiros, 28.^a ed., 2005. ISBN 978-85-742-0675-2.

MENDES, Gilmar Ferreira – **O Controle de Constitucionalidade e Processo de Deliberação: Legitimidade, transparência e segurança jurídica nas decisões das cortes supremas**. – Palestra STF. [Em linha]. [Consult Jan 2019]. Disponível em https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/EUA_GM.pdf

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet - **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 4.^a ed., 2009. ISBN 9788502078192.

MIRANDA, Jorge - **Manual de Direito Constitucional – Direitos Fundamentais, Tomo IV**. Coimbra: Coimbra Editora, 6.^a ed., 2015. ISBN 978-97-232-2340-8.

MIRANDA, Jorge - **Manual de Direito Constitucional – Direitos Fundamentais, Tomo VI**. Coimbra: Coimbra Editora, 4.^a ed., 2013. ISBN 978-97-232-2118-3

MORAES, Alexandre. **Os 10 anos da Constituição Federal**. São Paulo: Editora Atlas, 1999. ISBN 978-85-224-2078-0.

MORAES, Guilherme Peña de - **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Atlas, 10.^a ed., 2018. ISBN 978-85-970-1568-3.

MORAIS, Carlos Blanco de - **As Leis Reforçadas: As Leis Reforçadas pelo Procedimento no Âmbito dos Critérios Estruturantes das Relações Entre Actos Legislativos**. Coimbra: Coimbra Editora, 1998. ISBN 978-97-232-0826-9.

MOREIRA, Vital - **O Tribunal Constitucional Português: a Fiscalização Concreta no Quadro de um Sistema Misto de Justiça Constitucional**. Revista Sub Judice, n.º 20/21, jan/jun 2001. [Em linha]. [Consult Fev 2018]. Disponível em <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1388/856>

NEVES, Marcelo - **A Constitucionalização Simbólica**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 3.^a ed, 2011. ISBN 978-85-782-7356-9.

NOVAES, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional**. Lisboa: AAFDL, reimpressão 2019. ISBN 978-97-262-9107-7.

NOVAIS, Jorge Reis – **Direitos Fundamentais: Triunfos Contra a Maioria**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. ISBN 978-97-232-1445-1.

NOVELINO, Marcelo - **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Editora JusPodivm, 11.^a ed., 2016. ISBN 978-85-442-0827-4.

PACHECO, Leonardo da Silveira – **Recurso de Amparo Constitucional**. Revista Direito Sem Fronteiras – Universidade Estadual do Oeste do Paraná. Foz do Iguaçu. V. 1, n.º 2, 2017. [Em linha]. [Consult. Jan 2018]. Disponível em <https://e-revista.unioeste.br/index.php/direitosemfronteiras/article/view/18853>

PARDO, Vicente José Martínez - **El Recurso de Amparo Constitucional - Consideraciones Generales**. Revista Internauta de Práctica Jurídica. Valencia, nº 8, jul./dez. 2001. [Em linha]. [Consult Jan 2018]. Disponível em <https://www.uv.es/~ripj/>

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo – **Direito Constitucional Descomplicado**. São Paulo: Editora Método, 15.^a ed., 2016. ISBN 978-85-7309-6820-5.

PINHEIRO, Ana Cristina Augusto; NEVES, Helena do Passo - **Direito Contemporâneo: Temas Diversos e a Importância da Pesquisa no Universo Jurídico**. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2019. ISBN 978-85-937-4163-0.

RE 855.178 RG, Rel. Min. Luiz Fux, j. 5-3-2015, P, *DJE* de 16-3-2015, Tema 793. [Em linha]. [Consult Out 2015]. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8015671>

Referencia número: 214/1991. Tipo: SENTENCIA. Fecha de Aprobación: 11/11/1991. Publicación BOE: 19911217 [«BOE» núm. 301]. [Em linha]. [Consult Fev 2018]. Disponível em <https://hj.tribunalconstitucional.es/cs-CZ/Resolucion/Show/1853>

REYES, Manuel Aragón - *Algunas Consideraciones Sobre el Recurso de Amparo. Derecho Procesal Constitucional*. Coord. Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Tomo III, 2003. *apud* AMARAL, Karina Almeida do – **Algumas Considerações sobre o Recurso de Amparo**. Compilações Doutrinárias – Verbo Jurídico, 2010. [Em linha]. [Consult Jul 2018]. Disponível em <https://xdoc.mx/preview/algumas-consideracoes-sobre-o-recurso-de-amparo-5dffcef0439b8>

ROMANO, Rogério Tadeu. **O modelo Constitucional Alemão**. [Em linha]. [Consult jan 2017]. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/71877/o-modelo-constitucional-alemao>

ROSÁRIO, Pedro Trovão do – **O Recurso Constitucional de Amparo**. *Jurismat – Revista Jurídica*. [Em linha]. Portimão, n.º 1, 2012. [Consult Dez 2021]. Disponível em <https://revistas.ulusofona.pt/index.php/jurismat/article/view/7664>

SAMPAIO, Nelson de Souza - **O poder de Reforma Constitucional**. Belo Horizonte: Nova Alvorada, 3.^a ed., 1995.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 13.^a ed., 2018. ISBN 978-85-9590-025-7.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Guilherme; MITIDIERI, Daniel - **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 6.^a ed., 2017. ISBN 978-85-472-1446-3.

SCALQUETTE, Ana Claudia Silva - **Sistema Constitucional das Crises: Os Direitos Fundamentais Face a Situações Extremas**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2004. ISBN 978-85-752-5294-9.

SEGADO, Francisco Fernández. *La reforma del régimen jurídico-procesal del recurso de amparo em España*. *Revista de Derecho*, 2016. [Em linha]. [Consult Jan 2017]. Disponível em <https://revistas.ucu.edu.uy/index.php/revistadederecho/article/view/840/843>

SILVA, José Afonso da - **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros Editores, 37.^a ed., 2013. ISBN 978-85-392-0213-3.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. São Paulo: Editora Malheiros, 3.^a ed., 1999. ISBN 978-85-742-0045-3.

STRECK, Lênio Luiz - **Hermenêutica e Aplicação do Direito: Os Limites da Modulação dos Efeitos em Controle Difuso de Constitucionalidade - O Caso dos Crimes Hediondos. Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

STRECK, Lênio Luiz. **Mandado de Injunção no Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1991. ISBN 978-85-755-9091-1.

TAVARES, André Ramos - **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 18.^a ed., 2020. ISBN 978-85-536-1640-4.

TREMPS, Pablo Pérez - **El Recurso de Amparo en el Ordenamiento Español - El Proceso Constitucional de Amparo**. *Revista de Jurisprudencia y Doctrina*, año I, n.º 2, 2005 - n.º especial de Justicia Constitucional *apud* AMARAL, Karina Almeida do – **Algumas Considerações sobre o Recurso de Amparo**. *Compilações Doutrinárias – Verbo Jurídico*, 2010. [Em linha]. [Consult Jul 2018]. Disponível em <https://xdoc.mx/preview/algumas-consideraoes-sobre-o-recurso-de-amparo-5dffcef0439b8>

TRIAS, Eduard Sagarra - **La Discutible Constitucionalidad de la Regulación de las Devoluciones en Caliente**. Tradução livre. [Consult. Fev. 2017]. Disponível em: <http://www.abogacia.es/2015/04/29/la-discutible-constitucionalidad-de-la-regulacion-de-las-devoluciones-en-caliente-y-ii/>

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL - **ACÓRDÃO N.º 369/2007 3.ª SECCÃO**, Rel: Conselheira Maria Lúcia Amaral. [Em linha]. [Consult Out 2018]. Disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20070369.html>

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL - **ACÓRDÃO N.º 551/2001 3.ª SECCÃO**, Rel: Conselheiro Tavares da Costa. [Em linha]. [Consult Out 2018]. Disponível em https://www.pgdlisboa.pt/jurel/cst_busca_actc.php?ano_actc=2001&numero_actc=551

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Memória 2005. *Estadísticas Jurisdiccionales del Tribunal Constitucional Español*. Tradução livre. [Em linha]. [Consult. Mar 2017]. Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.es/es/memorias/Estadisticas/ESTADISTICAS-2015.pdf>

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: o que é/ para que serve/ como funciona. Revista de Comemoração do 30.º Aniversário do Tribunal Constitucional, 2013. [Em linha]. [Consult Fev 2018]. Disponível em <https://w3.tribunalconstitucional.pt/prisma/SearchResultDetail.aspx?mfn=56145&DDB=>

TUCCI, Rogério Lauria - *Habeas Corpus, Ação e Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 1978.

VILLARIM, Cláudio Colaço - **Do Constitucionalismo Antigo ao Neoconstitucionalismo: Evolução Histórica**. Conteúdo Jurídico – Portal Eletrônico. [Em linha]. [Consult. Fev 2019]. Disponível em <https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/51662/do-constitucionalismo-antigo-ao-neoconstitucionalismo-evolucao-historica>