

RECURSO DE AMPARO CONSTITUCIONAL - UMA LACUNA NO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS

Lucas Mello Rodrigues¹

Resumo: O presente estudo busca demonstrar a relevância do recurso de amparo constitucional para salvaguardar os direitos, garantias e liberdades fundamentais, afinal, as Constituições modernas, em sua ampla maioria, dão especial destaque a tais direitos e de nada adianta positivizar direitos sem disponibilizar meios eficazes para protegê-los. Daí porque observa-se uma hialina lacuna no ordenamento jurídico português, porquanto embora a Constituição Portuguesa dispense especial atenção aos direitos e garantias fundamentais, não dispõe de instrumentos jurídicos que possibilitem o acesso ao Tribunal Constitucional quando esses direitos são violados por atos políticos, administrativos, decisões jurisdicionais ou pelos próprios particulares. Obstáculos são apontados, mas todos podem ser superados a fim de positivizar o recurso de amparo ou instituto análogo no ordenamento jurídico português.

Palavras-chaves: Garantias Fundamentais. Recurso de Amparo. Direito Português. Lacuna.

1 INTRODUÇÃO

Os direitos e garantias fundamentais exercem, na atualidade, um importante papel. Não é por outro motivo que as Constituições modernas, em quase sua totalidade, dispensam especial atenção às garantias e liberdades fundamentais.

Não obstante, há situações em que a violação a tais direitos é clara e se faz necessária a intervenção do Poder Judiciário para fazer cessar a lesão e restaurar os direitos violados.

As Cortes Constitucionais, nesse cenário, exercem importante papel, seja nas ações voltadas ao controle de constitucionalidade abstrato, seja quando da realização de tal controle no caso concreto, sem ignorar os institutos específicos voltados a salvaguardar os direitos e garantias fundamentais.

No ordenamento jurídico brasileiro, por exemplo, a lesão ou ameaça de lesão à liberdade de locomoção é tutelada pelo instituto do *habeas corpus*. Há institutos outros que tutelam os direitos fundamentais quando da omissão do legislador ou de violação de direitos ou garantias fundamentais, tal como ocorre, respectivamente, com o Mandado de Injunção e a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental.

¹ Advogado, pós-graduado em Direito Processual pela PUC Minas, pós-graduado em Didática do Ensino Superior e EAD pela Faculdade Educacional da Lapa - FAEL, mestrando em Ciências Jurídicas pela Universidade Autónoma de Lisboa - UAL.

Nesse contexto, o presente estudo subdivide-se em três partes, todas umbilicalmente ligadas. A primeira aborda as características gerais do recurso de amparo com espeque no ordenamento jurídico espanhol, no qual esse instituto foi consagrado no texto constitucional desde o ano de 1970, exercendo papel inquestionável na tutela dos direitos fundamentais. A segunda discorre sobre a ausência, no âmbito da Justiça Constitucional, de instituto similar ao recurso de amparo no ordenamento português, situação que fomenta críticas ao sistema português de fiscalização da constitucionalidade. Na terceira e última parte, destaca-se a importância do recurso de amparo e os principais obstáculos à sua consagração no ordenamento jurídico português, obstáculos esses, vale dizer, que podem ser superados.

Para tanto, adota-se como método de abordagem o dedutivo e como técnica de pesquisa a documental indireta, pois se busca na doutrina, legislação, artigos, dentre outras fontes, elementos para a compreensão do problema.

2 ASPECTOS GERAIS DO RECURSO DE AMPARO CONSTITUCIONAL A PARTIR DO ORDENAMENTO JURÍDICO ESPANHOL

O recurso de amparo, em apertada síntese, tem por objetivo a tutela dos direitos fundamentais e das liberdades públicas, o direito à igualdade e o direito à vida, dentre outros desta mesma natureza.

Ricardo Jorge da Ascensão Lopes Correia² apresenta três características principais do recurso de amparo. Para o autor a primeira delas é que o recurso tem natureza subsidiária, só podendo ser utilizado quando esgotadas as vias ordinárias judiciais. A segunda característica é a especialização que reveste o instituto, já que o objetivo é o exame de eventuais violações de direitos constitucionais, não sendo possível a análise de legislação ordinária. A terceira e última característica consiste no seu caráter extraordinário, ou seja, não é um simples mecanismo de proteção aos direitos fundamentais, exatamente porque se faz necessário esgotar as demais vias para fazer cessar qualquer violação a direitos.

De acordo com Ricardo Correia³, desde o ano de 1978 a Constituição Espanhola consagra o recurso de amparo, influenciada, a um só tempo, pela própria legislação espanhola,

² CORREIA, Ricardo Jorge da Ascensão Lopes. **Recurso de Amparo: um instituto fundamental**. Lisboa: Universidade Católica Portuguesa, 2014. Dissertação (Mestrado Forense), p. 05.

³ *Idem*. p. 11.

pela consagração do instituto no Direito Mexicano⁴ e, também, por institutos similares, como a queixa constitucional no ordenamento jurídico alemão e pelo recurso de direito público na legislação sueca.

Nos termos do art. 53º, nº 2, da Constituição Espanhola, qualquer cidadão do povo pode obter a tutela das liberdades e dos direitos a que se referem o art. 14º e a 1ª Seção do Capítulo II, perante os Tribunais ordinários, por meio de um procedimento pautado nos princípios da preferência e sumariedade e, se for o caso, através do recurso de amparo, este diretamente no Tribunal Constitucional⁵.

Na Espanha, o Tribunal Constitucional funciona em duas câmaras: a primeira é composta pelo presidente do tribunal e mais cinco membros; a segunda pelo vice-presidente e outros cinco membros, nomeados pelo Tribunal Pleno por maioria de votos. Tais câmaras são encarregadas de julgar recursos de amparo⁶.

No direito espanhol a lesão a direito fundamental, a ser amparado pelo amparo constitucional, pode ser de natureza objetiva ou subjetiva. Sendo subjetiva, tem legitimidade para interpor o recurso de amparo aquele que foi particularmente lesado. Porém, se a lesão for de natureza objetiva, ou seja, inerente a toda uma comunidade, também são legitimados o Ministério Público e o Defensor do Povo⁷.

Ricardo Correia⁸ discorre sobre os pressupostos para a interposição do recurso de amparo no ordenamento espanhol. Ressalta o autor que se faz necessária efetiva violação a um direito ou liberdade fundamental. Esse pressuposto decorre da excepcionalidade do recurso de amparo que tem caráter extraordinário, o que também veda que o Tribunal venha a conhecer assuntos relativos à legalidade das normas.

O segundo requisito para a interposição consiste na constatação de violação a direito ou liberdade fundamental e que esta violação não tenha sido reparada nas vias ordinárias. Logo, é

⁴ O recurso de amparo é um instituto clássico, previsto na Constituição do México de 1875 (SILVA, Roberto Luiz; SANTOS, Keyla Cristina Farias dos - Participação, democracia e cidadania dos povos indígenas no contexto internacional através dos sistemas europeu e interamericano de direitos humanos. **Conpedi Law Review**, v. 1, n. 16, p. 136-160, 2016, p. 148).

⁵ CORREIA, Ricardo Jorge da Ascensão Lopes. **Op. Cit.**, p. 11.

⁶ SILVA, José Igor Macedo - **A transformação do Supremo Tribunal Federal em um Tribunal Constitucional autêntico por meio de Emenda à Constituição**. Campina Grande: Universidade Estadual da Paraíba, 2016. 29 fls. Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização em Direito Constitucional), p. 08.

⁷ CORREIA, Ricardo Jorge da Ascensão Lopes. **Op. Cit.**, p. 12.

⁸ *Ibidem*.

imprescindível, para a interposição do recurso de amparo, que o indivíduo tenha esgotados os recursos adequados ao reparo da lesão⁹.

Ademais, o recurso de amparo tem natureza subsidiária, motivo pelo qual a existência de outro recurso hábil a sanar a violação a liberdades ou direitos fundamentais obsta a sua interposição.

Desta feita, como se extrai das considerações supra, não pode o recurso de amparo ser interposto contra ato legislativo. Tal questão é criticada por Ricardo Correia¹⁰, que disserta tratar-se de uma forma de minimizar a “figura da auto-questão de inconstitucionalidade”.

O autor prossegue citando que em Portugal os atos legislativos podem ser analisados pelo Tribunal Constitucional. Logo, após ser uma norma declarada inconstitucional ou ilegal, no caso concreto, em três situações distintas, deve o Tribunal Constitucional declará-la inconstitucional ou ilegal¹¹.

Dando seguimento à análise das peculiaridades do instituto e sua disciplina no direito espanhol, verifica-se a problemática do prazo, não uniformizado, tendo em vista que o recurso de amparo pode ser intentado em vias processuais diversas.

Tem-se, assim, o prazo de vinte dias, a contar da decisão proferida em processo judicial, quando a violação do direito ou liberdade tem origem em ação ou omissão da Administração Pública; é de trinta dias o prazo, a contar da notificação da decisão proferida em sede judicial, quando a lesão a direitos ou liberdades for proveniente de ato ou omissão de um órgão judicial; é de três meses o prazo para interposição quando a violação a direito ou liberdade tenha como fundamento decisão ou ato desprovido de valor legal¹².

Anote-se que em se tratando de ação ou omissão de um órgão judicial, o recurso de amparo somente pode ser proposto após esgotadas todas as vias ordinárias.

No que tange decisão ou atos desprovidos de valor legal, não se faz necessário esgotar a via judicial, ou seja, o recurso de amparo pode ser interposto diretamente junto ao Tribunal Constitucional Espanhol. Trata-se de exceção à regra.

Mister esclarecer, ainda, que o requerente, por expressa determinação legal, ao interpor o recurso de amparo deve apresentar, de forma clara, curta e concisa, os fatos que sustentam o recurso e, ainda, indicar quais os preceitos constitucionais foram violados, sem prejuízo de

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ CORREIA, Ricardo Jorge da Ascensão Lopes. **Op. Cit.**, p. 13.

¹¹ *Ibidem*.

¹² *Ibidem*.

fixação do amparo que busca junto à Corte Constitucional para restaurar ou conservar o direito ou liberdade, objeto da lesão.

Há, em outros ordenamentos jurídicos, institutos semelhantes ao recurso de amparo, a exemplo da queixa constitucional no Direito Alemão. Todavia, como observa Ricardo Correia¹³, o amparo constitucional espanhol é mais abrangente, já que a queixa constitucional alemã conduz tão somente à anulação da decisão recorrida e ao conseqüente reenvio dos autos ao tribunal competente, enquanto o recurso de amparo espanhol conduz à declaração de nulidade da decisão, ato ou resolução, ao reconhecimento do direito ou liberdade pública e, ainda, ao reestabelecimento da integridade do direito ou liberdade lesionado. Para tanto, a legislação prevê mecanismos para a conservação dos direitos.

Finalmente, cumpre registrar que a decisão proferida no recurso de amparo gera efeito apenas entre as partes, ou seja, não conduz à declaração de inconstitucionalidade da lei, semelhante ao que ocorre no controle de inconstitucionalidade difuso, no Direito Brasileiro.

3 CLAMOR DO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS POR UM RECURSO DE AMPARO

As Constituições modernas têm, como característica marcante, a consagração de direitos e garantias fundamentais, a exemplo da Constituição brasileira de 1988, que se destaca pelo amplo rol de direitos fundamentais assegurados não apenas no art. 5º, mas também em outros dispositivos constitucionais. E, para resguardar tais direitos, também prevê institutos para a sua tutela.

O Brasil, de acordo com Marcus Firmino Santiago, Renata de Assis Calsing e Júlio Edstron S. A Santos¹⁴, no que tange o modelo de controle de constitucionalidade, se inspirou no modelo norte-americano, o que possibilita a verificação da validade e adequação constitucional das normas por duas vias; a difusa, por qualquer instância do Poder Judiciário; e a concentrada, pela Corte Constitucional.

O controle de constitucionalidade ampara-se na supremacia e na rigidez da Constituição, com o objetivo de preservar os fundamentos basilares do Estado de Direito e garantir a unidade do sistema, por meio da proibição de normas infraconstitucionais que se apresentem incompatíveis com as regras e princípios constantes na Lei Maior.

¹³ CORREIA, Ricardo Jorge da Ascensão Lopes. **Op. Cit.** p. 14.

¹⁴ SANTIAGO, Marcus Firmino; CALSING, Renata de Assis; SANTOS, Júlio Edstron S. A Expansão da Jurisdição Constitucional pela via difusa: Um estudo das experiências de Espanha e Itália. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, v. 22, n. 1, p. 29-40, 2015, p. 30.

É para fazer valer a supremacia da Constituição que existe o controle de constitucionalidade, e este possui várias classificações segundo a doutrina. Uma dessas classificações é quanto ao momento, podendo ser preventivo ou repressivo.

Continuam os autores destacando que apesar desta característica, em alguns pontos o sistema de controle de constitucionalidade se filia ao modelo europeu, que atribui exclusividade à uma Corte Constitucional para averiguar, de forma concentrada e abstrata, a adequação constitucional das normas¹⁵. A Corte Constitucional, nesse caso, é instância apartada dos demais Poderes.

Mais adiante Santiago, Calsing e Santos¹⁶ destacam que essa tendência verificada no Brasil, de adotar exclusivamente o controle concentrado de constitucionalidade, “discrepa da tendência verificada em diversos países europeus”, que apresentam, já há algum tempo, tendência em romper com as concepções tradicionais que cunharam a jurisdição constitucional europeia.

A Constituição Portuguesa também dispensa especial atenção aos direitos, liberdades e garantias fundamentais, consoante dessume-se dos seus arts. 24.º e seguintes. Porém, o particular possui somente uma forma, indireta, de buscar a tutela constitucional em caso de violação aos direitos fundamentais, situação que torna difícil a concretização destes direitos. Apesar disso, e das tentativas de se constitucionalizar o recurso de amparo, até o presente momento não se conseguiu consagrá-lo.

No ordenamento jurídico brasileiro não há previsão de um recurso de amparo, todavia, outros mecanismos se apresentem viáveis à tutela dos direitos e garantias fundamentais perante a Corte Constitucional (STF).

Consoante Carlos Frederico Bastos Pereira¹⁷, embora o Brasil não conte com um recurso de amparo, há entendimento de que os recursos constitucionais buscam claramente tutelar os aspectos objetivo e subjetivos dos direitos fundamentais, em resposta aos modernos sistemas de Corte Constitucional.

Tal como o Brasil, o Direito Português também não conta com o recurso de amparo, mas há críticas quanto à eficiência dos instrumentos hoje existentes para a salvaguarda dos direitos, garantias e liberdades fundamentais no solo português.

¹⁵ SANTIAGO, Marcus Firmino; CALSING, Renata de Assis; SANTOS, Júlio Edstron S. **Op. Cit.**, p. 30.

¹⁶ *Idem.* p. 30-31.

¹⁷ PEREIRA, Carlos Frederico Bastos - **O modelo de precedentes do código de processo civil de 2015 e o fim da “objetivação do recurso extraordinário”: o supremo tribunal federal como uma verdadeira corte suprema.** 2016, p. 08.

Ricardo Correia¹⁸ ressalta que o recurso de amparo é responsável pelo fortalecimento dos direitos fundamentais, pois os operadores do direito e cidadãos reconhecem, na atualidade, a importância de tais direitos.

A despeito da importância do recurso de amparo no direito espanhol, o ordenamento jurídico português não conta com semelhante instituto.

Com efeito, Jorge Reis Novais apresenta um interessante paradoxo que deslumbra a relevância do tema: “se um cidadão português vê um seu direito fundamental constitucional ser desconsiderado (pela administração, por um magistrado, por um particular, por um legislador omissivo) pode recorrer ao *Tribunal Constitucional* de Estrasburgo, mas não pode recorrer ao Tribunal Constitucional de Bairro Alto”¹⁹.

Diante disso, Jorge Reis Novais²⁰ reconhece a existência de uma lacuna no sistema português de fiscalização da constitucionalidade, porquanto a justiça constitucional tem – ou ao menos deveria ter - como foco a defesa da Constituição, sobretudo dos direitos, garantias e liberdades nela elencados. Todavia, ao Tribunal Constitucional português compete tão-somente a fiscalização das normas, vale dizer, o Tribunal Constitucional não tem competência para apreciar lesão a garantias constitucionais decorrente de decisões e atos concretos perpetrados pela Administração Pública, Poder Judiciário ou pelos próprios particulares, por exemplo.

Nota-se, pois, que estão imunes à fiscalização de constitucionalidade, pelo Tribunal Constitucional português, “os atos políticos, os atos administrativos, as decisões jurisdicionais e os atos jurídico-privados”²¹. Isso ocorre justamente pela inexistência, no ordenamento jurídico português, de um recurso de amparo²².

Não destoando, Pedro Trovão do Rosário²³ salienta que o Tribunal Constitucional se limita à apreciação da conformidade constitucional de normas jurídicas, de modo que o ordenamento português não conhece o recurso de amparo.

¹⁸ CORREIA, Ricardo Jorge da Ascensão Lopes. **Op. Cit.**, p. 14.

¹⁹ NOVAIS, Jorge Reis - **Sistema Português de Fiscalização da Constitucionalidade – Avaliação Crítica**. Lisboa: AAFDL, 2017, p. 12.

²⁰ NOVAIS, Jorge Reis - **Op. Cit.**, p. 81-82.

²¹ CORREIA, Fernando Alves - **Direito Constitucional (A Justiça Constitucional)**. Coimbra: Editora Almedina, 2001, p. 76-77.

²² *Idem*, p. 78.

²³ ROSÁRIO, Pedro Trovão do - O Recurso Constitucional de Amparo. **JURISMAT**, Portimão, n.º 1, p. 43-63, 2012, p. 60.

Portanto, falta no ordenamento jurídico português “um instituto processual do tipo da “queixa constitucional” ou equivalente”²⁴ com o escopo de salvaguardar as garantias constitucionais do arbítrio do Estado-Juiz, do Estado-Administrador, do Estado-Legislador e dos próprios particulares. Aliás, a ausência desse instrumento coloca em xeque o direito à tutela jurisdicional efetiva previsto no art. 20º da Constituição Portuguesa, pois, consoante afirma José Joaquim Gomes Canotilho²⁵, não há falar-se em existência de proteção judicial efetiva em relação às decisões judiciais que lesionam direitos, evidentemente porque tais decisões não podem – elas propriamente ditas – ser questionadas perante o Tribunal Constitucional.

A propósito, Pedro Trovão do Rosário²⁶ leciona que o direito à tutela jurisdicional efetiva positivada na Constituição Portuguesa abriu “a porta à introdução de processos específicos de defesa dos direitos, liberdades e garantias pessoais, nomeadamente, o recurso de amparo”.

Antes disso, chegou a existir, em determinados momentos, tentativas de constitucionalização de um instrumento voltado ao controle de constitucionalidade e defesa de direitos, liberdade e garantias fundamentais.

Segundo Ricardo Correia²⁷, no ano de 1989, quando da revisão constitucional, por influência do Partido Comunista Português discutiu-se tal medida de forma mais aprofundada, sem, contudo, lograr êxito. Apesar disso, continua o autor, a referida reforma foi responsável por uma série de alterações no que tange o Direito Constitucional em Portugal.

Anos depois, quando foi novamente revista a Constituição Portuguesa no ano de 1997, foram aditados alguns dispositivos. Na oportunidade, por exemplo, assegurou-se aos cidadãos procedimentos mais céleres voltados a evitar ameaça ou lesão a direitos, liberdades e garantias pessoais. Apesar disso, o ponto que tratava da constitucionalização do recurso de amparo, ou mesmo de uma ação constitucional de defesa de tais direitos, não foi aprovado²⁸.

Em 2004, quando realizada a penúltima revisão constitucional, tentou-se novamente revisar o disposto no art. 20º, para então constitucionalizar o recurso de amparo²⁹. Assim, foi

²⁴ COSTA, José Manuel M. Cardoso da. **A Jurisdição Constitucional em Portugal**. 3.^a ed., Coimbra: Editora Almedina, 2007, p. 31.

²⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. v. 1, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 409.

²⁶ ROSÁRIO, Pedro Trovão do – **Op. Cit.**, p. 60.

²⁷ CORREIA, Ricardo Jorge da Ascensão Lopes. **Op. Cit.**, p. 16.

²⁸ *Idem.* p. 17.

²⁹ CORREIA, Ricardo Jorge da Ascensão Lopes. **Op. Cit.**, p. 18.

introduzido o art. 20º-A, conferido ao Tribunal Constitucional a competência para julgar o recurso de defesa dos atos ou omissões que violassem liberdades ou garantias fundamentais. No entanto, a proposta recebeu “o regozijo do PS, do PSD e do CDS-PP e a reprovação dos restantes partidos com assento na Assembleia”.

Na atualidade, “É reconhecido que o actual sistema de tutela dos direitos fundamentais é insensível ao “primado da pessoa na Constituição” uma vez que, numa situação de ofensa a um bem jusfundamental da pessoa humana, levado a cabo por um poder público, não goza de nenhuma tutela especial por parte da justiça constitucional. O que, perante o actual sistema de recurso em fiscalização concreta, é um pouco antinómico”³⁰.

Em meio a esse cenário, matérias não tão importantes ficam a cargo do Tribunal Constitucional, enquanto não há mecanismos adequados para os casos de violação de direitos, garantias e liberdades fundamentais³¹. Nas palavras de Pedro Trovão do Rosário, pode-se citar, à guisa de exemplo, o mesmo que “ter uma Ferrari na Ilha do Corvo (...)”³², notadamente pela expertise dos membros que compõe o Tribunal Constitucional e a ausência de protagonismo na defesa dos direitos, garantias e liberdades fundamentais no que toca aos atos do Estado-Juiz, do Estado-Administrador, do Estado-Legislador e dos próprios particulares.

Cumprir registrar que o Tribunal Constitucional somente foi criado na Revisão Constitucional de 1982. Originariamente, a Constituição de 1976 atribuiu ao Conselho da Revolução a apreciação da constitucionalidade das normas e, inclusive, declarar sua inconstitucionalidade com força obrigatória geral³³.

Com a militarização do então “Tribunal Constitucional”, ressoa até compreensível a inexistência de um recurso de amparo no texto inicial da Constituição Portuguesa, sobretudo porque admitia-se “a subsistência até à primeira revisão constitucional de um órgão de soberania composto por militares”³⁴.

No entanto, a partir da primeira revisão (1982), com a criação do Tribunal Constitucional, não se encontra razão jurídico-constitucional plausível para sustentar a inexistência de um recurso de amparo.

³⁰ CORREIA, Ricardo Jorge da Ascensão Lopes. **Op. Cit.**, p. 25.

³¹ *Ibidem*.

³² ROSÁRIO, Pedro Trovão do. **Educadores: Justiça Constitucional e Recurso de Amparo**. UALMedia Rádio. 20/03/2017. [Em linha]. [Consult. 14 Mar. 2018]. Disponível em: <<http://www.ualmedia.pt/ra/?v=3934>>.

³³ Art. 146º do texto originário da CRP/76.

³⁴ MIRANDA, Jorge. **Curso de Direito Constitucional**, Vol. 1. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2016 p. 88.

Resta evidente, portanto, que os questionamentos quanto à não consagração do recurso de amparo não se justificam, mormente ante a ineficácia dos institutos atualmente consagrados no Direito Português.

4 PRINCIPAIS OBSTÁCULOS AO RECURSO DE AMPARO NO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS. UMA SUPERAÇÃO POSSÍVEL E NECESSÁRIA

Ricardo Correia³⁵, buscando compreender as questões afetas à rejeição do recurso de amparo no ordenamento jurídico português, os divide em quatro obstáculos.

O primeiro obstáculo, segundo o autor, é a dificuldade de harmonização entre o sistema de fiscalização concreto de constitucionalidade e o recurso de amparo constitucional³⁶.

Muito embora o direito português conte com instrumentos que permitam o controle de constitucionalidade no caso concreto e em abstrato, está muito longe, no que tange a eficácia, do recurso de amparo. Portanto, é inevitável as discussões quanto a implementação do instituto, ou algum instrumento constitucional semelhante, sempre pensando na salvaguarda dos direitos fundamentais.

O controle de constitucionalidade é uma característica das chamadas constituições rígidas, isto é, para que o texto constitucional seja alterado é necessário a realização de um procedimento especial e solene previsto na própria Constituição, sendo essa a garantia de sua imperatividade, por meio da verificação da compatibilidade de uma lei ou ato com a Constituição.

Em primeiro lugar, a Constituição e as suas normas encontram-se no topo da pirâmide jurídica sob a qual está estruturado o ordenamento jurídico. Ela veicula normas jurídicas de caráter fundamental, dispondo sobre os direitos e garantias dos indivíduos; a estruturação, definição e limitação do poder; o estabelecimento dos Poderes do Estado; as formas de aquisição e perda do poder político; a forma de elaboração de outras normas jurídicas; e a definição das competências legislativas e administrativas dos entes políticos que compõem o Estado, entre outras determinações.

Nas palavras de José Igor Macedo Silva³⁷, “a Constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país”, ou seja, é a lei suprema, porquanto nela são consagradas as estruturas

³⁵ CORREIA, Ricardo Jorge da Ascensão Lopes. **Op. Cit.**, p. 19.

³⁶ *Idem.* p. 20.

³⁷ SILVA, José Igor Macedo – **Op. Cit.**, p. 47.

do Estado e dos seus órgãos, bem como as normas fundamentais. Isso lhe confere superioridade perante as outras normas jurídicas.

Em segundo lugar, para o reconhecimento da supremacia da Constituição e de sua força vinculante é necessário haver formas e modos de controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos do Poder Público para garantir sua supremacia.

Conforme Uadi Lammêgo Bulos³⁸, mesmo sendo a Constituição dotada de supremacia ela não está imune a abusos e violações, e é exatamente aí que reside a razão de ser do controle de constitucionalidade, sendo um instrumento para ser acionado em caso de violação à ordem suprema do Estado.

A respeito do princípio da supremacia constitucional, Sylvio Motta e William Douglas³⁹ ensinam tratar-se de uma característica das Constituições escritas, rígidas ou semirrígidas, conferindo-lhe superioridade em relação às demais normas, motivo pelo qual Gerges Burdeau, por exemplo, divide as normas em constitucionais e ordinárias, sendo aquelas superiores.

Por sua vez, José Igor Macedo Silva⁴⁰ afirma que o princípio da supremacia requer que todas as situações jurídicas se conformem com os princípios e preceitos da Constituição.

Ainda, de acordo com Barroso⁴¹, a supremacia constitucional apresenta-se como superlegalidade formal, sendo a Constituição a fonte primária da produção normativa, e como superlegalidade material, pois subordina toda a atividade normativa estatal.

Já para Alexandre de Moraes⁴², o controle de constitucionalidade configura-se como garantia de supremacia dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição que, além de configurarem limites ao Poder do Estado, são também uma parte da legitimação do próprio Estado, determinando seus deveres.

Neste mesmo entorno o constitucionalista Uadi Lammêgo Bulos⁴³ leciona que o controle de constitucionalidade “é o instrumento de garantia da supremacia constitucional. Serve para defender a constituição das investidas praticadas pelos poderes públicos, e, também, dos atos privados atentatórios à magnitude de seus preceitos.”

³⁸ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 187.

³⁹ MOTTA, Sylvio; DOUGLAS, William - **Controle de constitucionalidade: uma abordagem teórica e jurisprudencial**. 3. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004, p. 5-6.

⁴⁰ SILVA, José Igor Macedo – **Op. Cit.**, p. 51.

⁴¹ BARROSO, Luís Roberto - **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 23.

⁴² MORAES, Alexandre de - **Direito constitucional**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 636.

⁴³ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 188.

Porém, as críticas são tecidas ao sistema português por não permitir que o indivíduo, de forma direta, provoque a Corte Constitucional para ver resguardados os seus direitos.

De fato, se há institutos que tutelam de forma menos eficaz, há de se reconhecer que a não consagração do recurso de amparo gera problemas aos jurisdicionados quando presente uma lesão a direitos fundamentais. Portanto, a rejeição acaba comprometendo o exercício de tais direitos, o que justifica o argumento de harmonização entre o sistema existente e o recurso de amparo consagrado em outros ordenamentos, a exemplo da Espanha, como já dito⁴⁴.

E sobre o tema, Ricardo Correia⁴⁵ chama a atenção para a “quase” tutela adequada dos direitos e liberdades fundamentais, que decorre de institutos semelhantes ao recurso de amparo, mas que não possuem o seu alcance. Em meio a esse cenário há uma errônea impressão de que as liberdades e garantias fundamentais se encontram tuteladas, mas em face de uma violação percebe-se a fragilidade destes instrumentos.

O segundo obstáculo se pauta na necessidade de se esgotar as instâncias da justiça administrativa, para só então buscar, junto ao Tribunal Constitucional, a tutela dos direitos fundamentais.

Tal posicionamento, porém, acaba por contribuir para a concretização da lesão às liberdades ou garantias fundamentais. Ao exigir que se esgote as vias administrativas desponta um meio alternativo à tutela dos direitos fundamentais e retira do Tribunal Constitucional o papel que lhe é inerente, que é a defesa dos direitos fundamentais⁴⁶.

Prossegue Ricardo Correia destacando que o fato de ter sido a justiça administrativa priorizada na reforma de 2004, não afasta a necessidade de intervenção do Poder Judiciário, por meio da justiça constitucional, na tutela dos direitos e garantias fundamentais.

O terceiro obstáculo consiste na possibilidade de ser a decisão proferida no âmbito do recurso de amparo a violadora do direito, liberdade ou garantia fundamental. Em tais situações, os que criticam e rechaçam a consagração do recurso de amparo no direito português defendem que possibilitar o pronunciamento dos Tribunais ordinários em matéria constitucional contribuiria para um conflito entre estes e o Tribunal Constitucional⁴⁷.

Ainda em relação ao terceiro obstáculo, defendem que o Tribunal Constitucional é, por sua natureza, o especializado na análise das questões afetas à tutela dos direitos fundamentais,

⁴⁴ CORREIA, Ricardo Jorge da Ascensão Lopes. **Op. Cit.**, p. 20.

⁴⁵ CORREIA, Ricardo Jorge da Ascensão Lopes. **Op. Cit.**, p. 27.

⁴⁶ *Idem*, p. 21.

⁴⁷ *Idem*, p. 22.

enquanto os Tribunais ordinários nem sempre possuem juízes com formação constitucional, não sendo viável exigir pronunciamento diário sobre questões relacionadas à justiça constitucional⁴⁸.

O quarto e último obstáculo à consagração do recurso de amparo no Direito Português consiste no receio de um grande número de ações no âmbito dos tribunais e, principalmente no Tribunal Constitucional, o que comprometeria o funcionamento deste⁴⁹.

De fato, como enfatiza Eliseo Aja Fernández⁵⁰, em análise à reforma implementada na Espanha no ano de 2007 no que diz respeito à justiça constitucional, um dos problemas do recurso de amparo foi o grande número de recursos. Porém, há de se considerar a análise dos recursos de admissibilidade, pois se por um lado há uma maior demanda, por outro há também maior rejeição de recursos.

Na mesma senda lecionam Santiago, Calsing e Santos⁵¹, ressaltando a responsabilidade das instâncias inferiores tutelar e promover os direitos fundamentais, ou seja, a tutela destes direitos não pode ficar apenas a cargo da Corte Constitucionais. Logo, ainda que as reformas legislativas visem diminuir o número de recursos de amparo e, assim, contribuir para o bom funcionamento da Corte Constitucional, não retira desta o dever de tutelar as liberdades e direitos fundamentais, em conjunto com os juízes ordinários, que também tem o dever de afastar eventual incompatibilidade entre a legislação infraconstitucional e o texto da constituição.

Significa dizer, portanto, que o recurso de amparo é instituto voltado às lesões de direitos fundamentais que forem relevantes, pois não sendo, injustificado é o manejo do recurso em comento.

Em que pese tais observações, não se pode ignorar que já há, no direito português, um controle difuso, na análise dos casos concretos, e um controle concentrado, que é realizado pelo Tribunal Constitucional. Logo, tal objeção não encontra razão de ser.

Ricardo Correia⁵² ainda lembra que medidas foram adotadas pelo Tribunal Constitucional Português para possibilitar decisões sumárias, ampliar os casos de condenação por litigância de má-fé, dentre outras, para evitar um grande número de ações.

No Brasil, por exemplo, a repercussão geral é uma forma de obstar o grande número de ações no âmbito do Supremo Tribunal Federal. A Emenda Constitucional nº 45/2004

⁴⁸ CORREIA, Ricardo Jorge da Ascensão Lopes. **Op. Cit.**, p. 22.

⁴⁹ *Idem*, p. 23.

⁵⁰ FERNÁNDEZ, Eliseo Aja - **Estado autonómico y reforma federal**. Madrid: Alianza Editorial, 2014, p. 257.

⁵¹ SANTIAGO, Marcus Firmino; CALSING, Renata de Assis; SANTOS, Júlio Edstron S. – **Op. Cit.**, p. 29.

⁵² CORREIA, Ricardo Jorge da Ascensão Lopes. **Op. Cit.**, p. 24.

introduziu, no ordenamento jurídico brasileiro, diversas modificações, dentre as quais consta o instituto da repercussão geral no recurso extraordinário, ao alterar o art. 102, § 3º da Constituição da República.

A repercussão geral é “um mecanismo de filtragem que torna o recurso extraordinário realmente excepcional, pois pode fazer com que ele deixe de ser visto como um direito do jurisdicionado”⁵³, representando a derradeira tentativa de solucionar a persistente crise do Supremo Tribunal Federal⁵⁴.

Desta feita, além dos requisitos gerais de admissibilidade dos recursos, deverá o recurso extraordinário atender, ainda, ao requisito da repercussão geral.

Portanto, há de se repensar, no Direito Português, a resistência à consagração do recurso de amparo, seja porque o atual sistema não proporciona efetiva proteção dos direitos, liberdades e garantias fundamentais, seja porque os obstáculos supracitados podem ser contornados.

CONCLUSÃO

O recurso de amparo constitui um remédio jurídico que busca, em sua essência, a tutela dos direitos, garantias e liberdades fundamentais, proporcionando ao particular meios para provocar a Corte Constitucional a se pronunciar em caso de lesão a tais direitos.

Percebeu-se que embora o Brasil não conte com tal recurso, há institutos outros que permitem a efetiva tutela dos direitos e garantias fundamentais, o que não ocorre em Portugal.

Também restou claro que não é recente o recurso de amparo, previsto na Constituição Mexicana do final do século XIX, embora na atualidade tal instituto ganhe relevância em virtude da sua disciplina no direito espanhol.

Nota-se que o Tribunal Constitucional Português é composto por membros com notória expertise na seara constitucional. Negá-lo protagonismo na defesa dos direitos fundamentais outorgados aos cidadãos significa minimizar o seu potencial. Trata-se de um Tribunal plenamente capacitado para aferir e coibir arbitrariedades praticadas em detrimento dos jurisdicionados via recurso de amparo constitucional.

A despeito das tentativas infrutíferas de consagração do instituto no âmbito do Direito Português, obstáculos são enfrentados. Apesar disso, estudos demonstram a necessidade de se aprofundar no tema e, principalmente, fomentar debates quanto a ineficácia dos institutos

⁵³ BERMAN, José Guilherme. **Repercussão geral no recurso extraordinário: origens e perspectivas**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 106.

⁵⁴ ASSIS, Araken de. **Manual dos Recursos**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 680.

atualmente existentes, que não são suficientes para a efetiva tutela constitucional, não se coadunando com as modernas constituições e a necessidade de fortalecimento dos direitos fundamentais.

É premente, pois, a necessidade de positivação do recurso de amparo ou instrumento similar no ordenamento português, porquanto não basta a existência dos direitos. Deve haver, concomitantemente, mecanismos eficazes para resguardar os direitos existentes e, em se tratando de direitos, garantias e liberdades fundamentais, ninguém melhor do que o Tribunal Constitucional para tutelá-los mediante acesso direto dos cidadãos mediante, nomeadamente, recurso de amparo.

REFERÊNCIAS

- ASSIS, Araken de - **Manual dos Recursos**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- BARROSO, Luís Roberto - **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BERMAN, José Guilherme - **Repercussão geral no recurso extraordinário: origens e perspectivas**. Curitiba: Juruá, 2009.
- BULOS, Uadi Lammêgo - **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- CANOTILHO, J. J. Gomes - **Constituição da República Portuguesa Anotada**. v. 1, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2007.
- CORREIA, Fernando Alves - **Direito Constitucional (A Justiça Constitucional)**. Coimbra: Editora Almedina, 2001.
- CORREIA, Ricardo Jorge da Ascensão Lopes - **Recurso de Amparo: um instituto fundamental**. 2014. 50 fl. Lisboa: Universidade Católica Portuguesa, 2014. Dissertação (Mestrado Forense).
- COSTA, José Manuel M. Cardoso da - **A Jurisdição Constitucional em Portugal**. 3.^a ed., Coimbra: Editora Almedina, 2007.
- FERNÁNDEZ, Eliseo Aja - **Estado autonómico y reforma federal**. Madrid: Alianza Editorial, 2014.
- MIRANDA, Jorge - **Curso de Direito Constitucional**, Vol. 1. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2016.
- MORAES, Alexandre de - **Direito constitucional**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2017.
- MOTTA, Sylvio; DOUGLAS, William - **Controle de constitucionalidade: uma abordagem teórica e jurisprudencial**. 3. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.

NOVAIS, Jorge Reis - **Sistema Português de Fiscalização da Constitucionalidade – Avaliação Crítica**. Lisboa: AAFDL, 2017.

PEREIRA, Carlos Frederico Bastos - **O modelo de precedentes do código de processo civil de 2015 e o fim da “objetivação do recurso extraordinário”: o supremo tribunal federal como uma verdadeira corte suprema**. 2016.

ROSÁRIO, Pedro Trovão do - O Recurso Constitucional de Amparo. **JURISMAT**, Portimão, n.º 1, p. 43-63, 2012.

 Educadores: Justiça Constitucional e Recurso de Amparo – UAL Media Rádio. 20/03/2017. [Em linha]. [Consult. 14 Mar. 2018]. Disponível em: <<http://www.ualmedia.pt/ra/?v=3934>>.

SANTIAGO, Marcus Firmino; CALSING, Renata de Assis; SANTOS, Júlio Edstron S - A Expansão da Jurisdição Constitucional pela via difusa: Um estudo das experiências de Espanha e Itália. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, v. 22, n. 1, p. 29-40, 2015.

SILVA, José Igor Macedo - **A transformação do Supremo Tribunal Federal em um Tribunal Constitucional autêntico por meio de Emenda à Constituição**. Campina Grande: Universidade Estadual da Paraíba, 2016. 29 fls. Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização em Direito Constitucional).

SILVA, Roberto Luiz; SANTOS, Keyla Cristina Farias dos - Participação, democracia e cidadania dos povos indígenas no contexto internacional através dos sistemas europeu e interamericano de direitos humanos. **Conpedi Law Review**, v. 1, n. 16, p. 136-160, 2016.