



Poder Judiciário do
Estado do Rio de Janeiro



Escola da Magistratura do
Estado do Rio de Janeiro

ISSN 2238-7110

DIREITO EM MOVIMENTO

Um outro Direito é possível



Direito em Movimento, Rio de Janeiro, v. 21, n. 1,
p. 1-200, 1º sem. 2023

O RECURSO DE AMPARO E O SEU LUGAR NO “DIREITO CONSTITUCIONAL LUSÓFONO”

Kafft Kosta

Professor na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e no IPBeja.

Submissão em: 14/12/2022

Aprovado em: 05/04/2023 e 28/04/2023

RESUMO: O presente estudo foca-se no objectivo de aproximar a figura do recurso de amparo aos ordenamentos jurídicos dos países lusófonos. Pretende-se sondar, no Círculo Lusófono, a presença ou a ausência desse instituto, a presença de figuras jurídicas afins, as respectivas características típicas e a necessidade ou não do recurso de amparo. A abordagem eminentemente descritiva e comparativa aqui assumida assentou em algumas pré-compreensões que a reflexão sobre os dados colectados viria a corroborar em grande medida. É assim que surgem como resultados axiais: a utilidade e a necessidade de institutos como o recurso de amparo para a defesa concreta, cabal e definitiva dos direitos fundamentais de determinadas pessoas, independentemente da existência num sistema jurídico de mecanismos indirectos de defesa desses direitos. Fundamental é, todavia, a necessidade de agilização de medidas normativas adaptadas a cada ordenamento jurídico. Não há, nem tem de haver um recurso de amparo universal e *prêt-à-porter*.

PALAVRAS-CHAVE: Recurso de amparo; *Verfassunbeschwerde*; Fiscalização da constitucionalidade; Direito Comparado; Direito Constitucional Lusófono.

ABSTRACT: This study aims to analyze the figure of the Amparo Appeal in the context of the legal systems of Portuguese-speaking countries. It is intended to probe, in the Lusophone Circle, the presence or absence of this institute, the presence of similar legal figures, their typical characteristics, the need or not of the Amparo.

The eminently descriptive and comparative approach taken here was based on some hypotheses that the reflection on the collected data would largely corroborate. Here are the axial results: the usefulness and necessity of institutes as the Amparo Appeal for the concrete, full and definitive defense of the fundamental rights of certain people, regardless of the existence in a legal system of indirect mechanisms for defending these rights. However, it is essential to streamline regulatory measures adapted to each legal system. There is not, nor should there be, a universal and ready-to-wear Amparo Appeal.

KEYWORDS: *Amparo* appeal; *Verfassungsbeschwerde*; Review of the constitutionality; Comparative Law; Lusophone Constitutional Law.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo é uma adaptação – em obediência aos parâmetros quantitativos da Revista – do *paper* que serviu de base à minha conferência no Seminário Internacional de Direito Constitucional Lusófono, inaugurado no dia 5 de outubro de 2022, no Rio de Janeiro, com organização conjunta do Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro, da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro e do Fórum Permanente de Direito na Lusofonia.

No tema geral do Seminário (“Contexto Histórico e Desafios Actuais na Garantia de Direitos Fundamentais”), se encaixa o tema da minha conferência: *O Recurso de Amparo e o seu Lugar no Direito Constitucional Lusófono*. E o dia para reflectirmos sobre a garantia dos direitos fundamentais do cidadão dificilmente seria melhor do que este: 5 de outubro, o aniversário da Constituição Cidadã brasileira de 1988 e da instauração da República em Portugal (1910).

O *problema* central do presente trabalho reside no escrutínio do lugar ocupado (ou desocupado) pelo recurso de amparo nos ordenamentos jurídico-constitucionais dos nove Estados de língua portuguesa.

E, ao mencionarmos o recurso de amparo, não afastámos liminarmente o reconhecimento de institutos jurídicos similares, embora com designações diversas. Conceitos e teorias serão expostos e cotejados.

Uma *pergunta de partida*: que falta faz tal instituto garantístico em Estados lusófonos cujas Constituições não o consagram?

Que características individualizam o instituto nos Estados que dele dispõem?

Numa abordagem eminentemente descritiva e comparativa, irei filtrar os dados momentosos por tábuas comparativas, donde se extrairão sínteses comparativas.

Remeteremos, pois, directamente para o exposto nessas tábuas comparativas, encurtando o corpo do texto e tornando-o mais desenhado, porque escorrido e sucinto.

2. O PROBLEMA ONTOLÓGICO DO “DIREITO CONSTITUCIONAL LUSÓFONO” E DA “FAMÍLIA CONSTITUCIONAL LUSÓFONA”: INTERROGAÇÕES E HIPÓTESES

A assertividade desse título disfarça as dúvidas e discussões que pairam na doutrina, a propósito da *existência* de um “Direito Constitucional Lusófono”.

Será que existe e em que medida tal *entidade* existe?

Num trabalho de investigação publicado em 2018 e 2019, enfrentei tal questão magna com as seguintes indagações (KOSTA, E KAFFT, 2019, p. 14-16):

«Factores consubstanciadores de um Decisivo Denominador Comum do Círculo Constitucional Lusófono (um *Círculo Epistémico-constitucional Comum*):

- a) Língua oficial comum;
- b) Linguajar jurídico-constitucional comum;
- c) *Software* jurídico-constitucional comum;
- d) Base formativo-académica comum, inspirada, em relevante medida, na coluna professoral lusitana;
- e) A influência da Constituição portuguesa de 1976¹.

¹ Fala Paulo Otero da «projectão externa por “contágio”» e por “plágio” da Constituição Portuguesa de 1976. A projectão por “contágio” inclui, por exemplo, a Constituição Brasileira de 1988 e a de Moçambique de 2004; a projectão por “plágio” coloca as Constituições de Cabo Verde, São Tomé e Príncipe, Guiné-Bissau, Timor-Leste,

Mas, apesar dos *factores de convergência* (e de *divergência*), *potenciadores* da futura afirmação de um “sistema constitucional lusófono” ou, ao menos, de um *Círculo Constitucional Lusófono* (“comunidade constitucional lusófona”), seria hoje temerário falar-se, hoje, de um *sistema constitucional lusófono* ou de uma *família constitucional lusófona*;

Entrevê-se uma *comunidade constitucional lusófona* (expressão mais inócua, a partir de um certo ângulo). Mas, no mínimo (e é o ponto da situação – o nosso *Mínimo Denominador Comum*), temos por firmemente enraizada uma *Plataforma Constitucional Lusófona*, um *Círculo Constitucional Lusófono*. É este o grande *acquis* que clama por fortalecimento e ampliação (KOSTA, 2019, p. 14-16).

3. O RECURSO DE AMPARO E INSTITUTOS AFINS: CONCEPTUALIZAÇÃO, PROBLEMATIZAÇÃO E GARANTIA DA CONSTITUCIONALIDADE

3.1 Definição do Conceito e Memória Histórica

Começemos com uma definição do conceito de que iremos tratar.

O *recurso de amparo constitucional* (*juicio de amparo*, *ação constitucional de defesa*, *queixa constitucional*, *Beschwerde*, *Verfassungsbeschwerde* ou, apenas, *amparo*) é um instrumento processual especial de tutela de direitos fundamentais da pessoa (com o fito de os *reconhecer* ou *restabelecer*) e, a título ancilar, de defesa *objectiva* da Constituição, traduzível no acesso a um tribunal (*e.g.*, cimeiro e competente para a fiscalização da constitucionalidade), ao qual se requer, a título principal, a defesa de um certo direito fundamental.

Estamos hoje no Rio de Janeiro, Brasil, América do Sul a debruçar-nos sobre um instituto jurídico que deu os seus primeiros passos nesta América, um pouco mais acima: no México, na segunda Constituição do Estado federado de Yucatan, de 16 de maio de 1841, há 181

a Lei Constitucional de Angola «e, em certa medida» a Constituição de Angola de 2010 (OTERO, 2010, p. 250-251) (« projecção externa por “contágio” e por “plágio” da Constituição portuguesa de 1976).

Sobre a “transplantação de modelos constitucionais do Norte para o Sul”, ver KOSTA, E. KAFFT. *Estado de Direito - O Paradigma Zero: Entre Lipoaspiração e Dispensabilidade*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 293. Em 2018-2019, falei, em relação a tais plágios, de uma «aproximação mimética (à conta, nomeadamente, do prestígio do Direito Constitucional português». (KOSTA, E. KAFFT. 2019, p. 126-127).

anos, como se vê², solução que migrou, mais tarde, para a Constituição Federal do México.

Parece-nos fundada a hipótese de o amparo mexicano ter a inspirar a sua construção dois afluentes:

1º - *The Federalist Papers*, de 1788 (Hamilton, Madison e Jay); a salientar a *Judicial review* dos EUA (HEROLES e REYES, 1994, p. 343, ss);

2º - Aléxis de Tocqueville (com a obra “De la Démocratie en Amérique”, vol. I, 1835, logo editado em castelhano, em 1836, na capital francesa).

Este doble influjo tendrá decisiva importância en el nacimiento del juicio de amparo en el Yucatán y, más tarde, a nível federal, como assimismo en la constitucionalización de procedimientos de control jurisdiccional de la constitucionalidad (SEGADO, 2019, p. 190).

Crê-se que o *design* da figura de *juicio de amparo* tenha cabido ao Deputado de Yucatan Manuel Rejón, no seio da comissão integrada pelos Deputados Pedro Pérez e Darío Escalante e criada pelo Congresso Constitucional de Yucatan em 1840, com a missão de propor linhas de reforma da Constituição de 1825. O resultado é o Projecto de Constituição da lavra dos 3 autores, assinado a 23.12.1840.

Da Constituição do Estado mexicano de Yucatan de 1841, o *juicio de amparo* passaria para a Acta Constitutiva e de Reformas que o Congresso Constituinte dos Estados Unidos Mexicanos sancionaria em 18.5.1847, promulgada a 21.5.1847 – cometendo-se a sua decisão ao poder judicial federal e direccionada para a defesa dos direitos, liberdades e garantias do indivíduo. Daqui, migraria para a Constituição Federal de 5.2.1857 (art. 101/I)³ e seria

2 O art. 8º da Constituição de Yucatan de 1841 dispõe: «Los jueces de primera instancia ampararán en el goce de los derechos garantidos por el artículo anterior [um catálogo abrangente de 12 grupos de direitos], a los que pidan su protección contra cualesquier funcionarios que no correspondan al orden judicial, decidiendo breve y sumariamente las cuestiones que se susciten sobre los asuntos indicados».

Art. 9º: «De los atentados cometidos por los jueces contra los citados derechos, conocerán sus respectivos superiores con la misma preferéncia de que se há hablado en el artículo precedente; remediando desde luego el mal que se les reclame, y enjuiciando inmediatamente al conculcador de las mencionadas garantías».

Por força do art. 62/1º, compete à Corte Suprema de Justiça «Amparar en el goce de sus derechos a los que le pidan su protección contra las leyes y decretos de la legislatura que sean contrarias al texto literal de la constitución, o contra las providencias del gobernador, cuando en ellas se hubiese infringido el código fundamental en los términos expresados, limitándose en ambos casos, a reparar el agravio en la parte en que la constitución hubiese sido violada».

3 «Los tribunales de la federación resolverán toda controversia que se suscite: I. Por leyes o actos de cualquiera autoridad que violen las garantías individuales».

recebido em lei ordinária – a Lei de Amparo, de 1861, que inaugurou a positividade em diplomas infraconstitucionais – e para a Constituição de 1917 (a “Constituição de Querétaro”, alçada a capital do México em 1916).

3.2 Notas Identitárias do *Juicio de Amparo* Mexicano

- a) O controlo é por via de acção;
- b) Nasce da iniciativa particular;
- c) O controlo concentra-se, especialmente, no Tribunal de cúpula;
- d) Os efeitos da decisão judicial é apenas *inter partes*.

3.3 Do séc. XIX ao séc. XXI: a Difusão Global do Amparo

O século XIX testemunharia a difusão do *Juicio de Amparo* por vários territórios da América Latina. Os tempos seguintes foram tempos de adopção do instrumento, ali e noutras latitudes do Globo.

Das antigas colónias espanholas para a antiga metrópole Espanha, 90 anos se passaram, até o instituto do recurso de amparo constitucional ser aqui adoptado, pela primeira vez, pela Constituição de 1931 (que atribuía o poder de julgar ao “Tribunal de Garantias Constitucionales”). A experiência prosseguiria na Constituição Espanhola de 1978, na Lei Orgânica do Tribunal Constitucional nº 2/1979, de 3 de outubro (art. 41-58, LOTC) e na jurisprudência do TC.

A Alemanha, com a sua réplica intitulada *Verfassunbeschwerde* (*Queixa Constitucional*), só consagraria o amparo constitucional em 1951, através da *Bundesverfassungsgerichtsgesetz* (a Lei do Tribunal Constitucional Federal Alemão), nos arts. 90 a 95, antecipando-se em 18 anos à previsão constitucional da figura (art. 93/1/4.a GG)⁴.

É lapidar o art. 41/1/2 da LOTC.

Art. 41/2 da LOTC espanhol:

«El recurso de amparo constitucional protege a todos los ciudadanos, en los términos que la presente Ley establece, frente a las violaciones de los derechos y libertades a que se refiere el apartado anterior, originadas por dis-

4 Com um quadro expressivo de casos, ver SCHWABE, Jürgen. **Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Organização da tradução portuguesa por Leonardo Martins. Tradução por Beatriz Hennig *et al.* Berlin / Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2005, p. 801-818, 893-898.

posições, actos jurídicos o simple vía de hecho de los poderes públicos del Estado, las Comunidades Autónomas y demás entes públicos de carácter territorial, corporativo o institucional, así como de sus funcionarios os agentes».

No art. 41/1 da LOTC, determina-se:

«Los derechos y libertades reconocidos en los artículos catorce a veintinueve de la Constitución serán susceptibles de amparo constitucional, en los casos y formas que esta Ley establece, sin perjuicio de su tutela general encomendada a los Tribunales de Justicia. Igual protección será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo treinta de la Constitución».

Na França, em 2008, por via de revisão constitucional à Constituição de 1958, foi instaurada a «excepção de inconstitucionalidade», que permite o reenvio pré-judicial da questão do Conselho de Estado e do Tribunal de Cassação para o Conselho Constitucional. Trata-se de uma fiscalização incidental de questões relativas à violação de direitos e liberdades, através do reenvio para o Conselho Constitucional – algo próximo do *recurso de amparo* ou da *queixa constitucional* germânica.

3.4. Coordenadas Teóricas Decorrentes da Definição Conceptual do Ponto 3.1.

Revisitemos a definição adoptada atrás.

O *recurso de amparo* constitucional (*juicio de amparo*, *acção constitucional de defesa*, *queixa constitucional*, *Beschwerde*, *Verfassungsbeschwerde* ou, apenas, *amparo*) é um instrumento processual especial de tutela de direitos fundamentais da pessoa (com o fito de os *reconhecer* ou *restabelecer*) e, a título ancilar, de defesa *objectiva* da Constituição, traduzível no acesso a um tribunal (*e.g.*, cimeiro e competente para a fiscalização da constitucionalidade), ao qual se requer, a título principal, a defesa de um certo direito fundamental.

O conceito aqui apresentado é o ponto de encontro de uma bifurcação formada pelo eixo subjectivo da tutela de direitos fundamentais dos cidadãos e pelo eixo objectivo da tutela da própria Constituição (SEGADO, 2019, p.761).

Por outro lado, há que reconhecer (via contrária significaria redundância, caos e ineficiência) na ferramenta do amparo constitucional uma

via distinta, não culminante, das vias comuns de protecção de direitos fundamentais nos demais tribunais (TCE, ON-LINE).

Quem goza de legitimidade processual activa, no recurso de amparo constitucional?

A resposta da Constituição Espanhola de 1978 está no art. 162/1, b): «toda a pessoa natural ou jurídica que invoque um interesse legítimo, assim como o *Defensor del Pueblo* e o *Ministerio Fiscal*» (LEI ORGANICA, Nº 42012).

Equacionemos agora a problemática da subsidiariedade, isto é, da exaurição prévia dos meios judiciais comuns de reconhecimento e reposição de direitos fundamentais. Foi a imagem de marca do modelo espanhol de amparo, abrangendo todos os segmentos, menos um (precisamente aquele caso dos actos sem força de lei emanados pelo órgão legislativo), do amparo.

A Lei do Tribunal Constitucional Federal Alemão, no seu art. 90 (2), dita a seguinte norma, a respeito dos pressupostos da *Verfassungsbeschwerde*: *se a via judicial estiver proporcionada contra a violação dos direitos fundamentais previstos no art. 90 (1), a queixa constitucional pode ser intentada apenas depois de ter sido esgotada a via judicial*. Ressalva, porém, essa lei que o TC Federal pode decidir imediatamente, antes do esgotamento da via judicial, sobre uma queixa constitucional feita, quando tiver um *significado geral ou suceder ao proponente um prejuízo grave e inevitável, caso ela seja remetida antes à via judicial*. Salva-guarda que a Lei Orgânica do TC espanhol nº 2/1979, de 3 de outubro, não contempla. Essa lei do TC espanhol aperta mais a rede ao exigir, como condição de admissibilidade do recurso de amparo, que o interessado *invoque no processo a violação do direito fundamental, logo que tomar conhecimento desse facto*.

Postula Francisco Fernández Segado, ancorando-se no art. 41.3 LOTC espanhol, de 1979, que *o recurso de amparo constitucional só pode fundar-se na infracção ou errônea interpretação (por arbitrária, irrazoável ou indevidamente restritiva do livre exercício de direitos fundamentais) de preceitos constitucionais, não se podendo fazer nele, em sintonia com o anterior, outras pretensões senão aquelas dirigidas a restabelecer ou preservar os direitos ou liberdades que motivaram a formulação do recurso* (SEGADO, 2019).

A *Verfassungsbeschwerde* germânica e o recurso de amparo mexicano podem ser pontos de chegada de controlos por via principal, para serem concretamente garantidos certos direitos fundamentais.

E quais são os actos passíveis de recurso de amparo constitucional?

O ordenamento espanhol desde cedo esclareceu no art. 42 ss. da LOTC que são os seguintes os actos das entidades públicas fundamentadoras do recurso de amparo constitucional:

Do poder legislativo, mas sem valor de lei; do poder executivo; do poder judicial; aqueles que ponham em causa o direito à objecção de consciência.

O ordenamento alemão aponta, por seu turno, para os seguintes actos do poder público:

Do poder legislativo, com valor de lei (leis auto-exequíveis); do poder executivo; do poder judicial.

Quais são os efeitos da decisão sobre um recurso de amparo?

Uma resposta é dada pelo art. 164/1 da Constituição Espanhola: constituem caso julgado «a partir do dia seguinte à sua publicação; é irre-corrível».

É um instituto edificante. Todavia, faz-se acompanhar de delicados problemas logísticos: o Tribunal Constitucional não é infinitamente expansível, conquanto pareça sê-lo a litigância constitucional sobre direitos fundamentais. E se se concretizar tal avalanche de *amparos* constitucionais, a ponto de acontecerem sistematicamente *engarrafamentos processuais* no Tribunal Constitucional ou no Tribunal que assume essas vestes?

As doutrinas alemãs, espanhola, mexicana, portuguesa, entre outras, têm ensaiado propostas no sentido de aliviar tal engarrafamento processual.

O problema é crucial e desafiante, para a viabilização do instituto. Falta-se de selecção de requerimentos operada pelo TC, em ordem a levar a julgamento apenas aqueles que, para lá da defesa de interesses subjectivos do requerente, tenham uma considerável importância, na perspectiva do sistema de justiça constitucional, entre outros requisitos supostamente objectivistas.

Ora, a filtragem na admissibilidade dos recursos de amparo com base num critério aparentemente objectivista pode (por assentar numa margem de livre apreciação do julgador) transportar subjectivismos insondáveis...

4. O RECURSO DE AMPARO E INSTITUTOS AFINS: ORDENAMENTOS JURÍDICOS LUSÓFONOS (COMPARAÇÃO E SÍNTESE)

4.1 Tábua Comparativa sobre o Instituto do Amparo na Lusofonia

Estados + Sínteses Comparativas Vectores de Comparação	1. Existe ou ão o Amparo (c/ este <i>nomen iuris</i> ou outro)?
Angola	Não
Brasil	Não
Cabo Verde	Sim [art. 20/1, a), b); Art. 219/1, e) – competência do TC para o Amparo]
Guiné-Bissau	Não
Guiné Equatorial	Sim [Art. 13/1, i)]
Moçambique	Não
Portugal	Não
S. Tomé e Príncipe	Não
Timor-Leste	Não
Problematização e Síntese Comparativa	7 dos 9 Estados não têm “Amparo”

Estados + Sínteses Comparativas Vectores de Comparação	2. Há ou houve projectos de lei ou de Constituição que adoptem o Amparo?
Angola	---
Brasil	---
Cabo Verde	---
Guiné-Bissau	Sim (após a guerra de 1998-1999 – aprovado pela ANP e engavetado pelo PR; de 2022 – frustrada a sua aprovação pela dissolução da ANP)
Guiné Equatorial	---
Moçambique	---
Portugal	Houve tentativas de introdução do Amparo, em 1989 (revisão constitucional) e 1997, nomeadamente. Todas goradas.
S. Tomé e Príncipe	---
Timor-Leste	---
Problematização e Síntese Comparativa	Houve algumas tentativas de positivação do Amparo em alguns Estados. Num caso (G-B), só não vingou (após a Guerra de 1998/1999 e em 2022) pelo facto de o pacote de revisão constitucional não consagrar uma maior concentração de poderes no PR – o que motivou vetos de gaveta e dissolução do Parlamento, para abortar a discussão e eventual aprovação do diploma.

Estados + Sínteses Comparativas	3. Regime geral de tutela contenciosa de direitos fundamentais
Vectores de Comparação	
Angola	Sim:- Art. 29/1/5 (Acesso ao Direito e Tutela Jurisdicional Efectiva); Art. 174/2; Art. 27; Fiscalização concreta [181/2, d, e)].
Brasil	- Art. 107/II, § 3 CB (Tribunais Regionais Federais/ Câmaras regionais e acesso à justiça); art. 115/II, § 2.º, Tribunais Regionais do Trabalho/ Câmaras Regionais e acesso à justiça; art. 125, § 6.º e acesso à justiça. art. 107/II, § 2.º; art. 109/XI, § 5.º;
Cabo Verde	- Art. 21/1/: direito de acesso à justiça e de tutela de direitos «em prazo razoável». - Art. 21/6: Manda que por lei sejam criados «procedimentos judiciais céleres e prioritários que assegurem a tutela efectiva e em tempo útil contra ameaças ou violações» dos direitos, liberdades e garantias - Art. 241, e), g): «tutela jurisdicional efectiva dos seus direitos e interesses legalmente protegidos»; direito à indemnização pelos danos. - Art. 277: Fiscalização concreta da constitucionalidade
Guiné-Bissau	- Art. 32: direito de acesso à justiça - Art. 126 -Fiscalização incidental da constitucionalidade, culminando a questão pré-judicial no Plenário do STJ, cuja decisão tem eficácia erga omnes...
Guiné Equatorial	---
Moçambique	- Art. 62/1: «acesso dos cidadãos aos tribunais»; - Artigo 246: Fiscalização concreta da constitucionalidade
Portugal	- Art. 20: Acesso ao direito e tutela jurisdicional efectiva (MIRANDA, 2016, p. 313 ss.). - Art. 109 CPTA (intimação para protecção de direitos, liberdade e garantias). - Art. 280: Fiscalização concreta da constitucionalidade.
S. Tomé e Príncipe	- Art. 20: Acesso aos tribunais. - Art.129: Fiscalização incidental da constitucionalidade, culminando a questão pré-judicial no TC. - Art. 149: Fiscalização concreta da constitucionalidade
Timor-Leste	- Artigo 26.º: Acesso aos tribunais. - Artigo 152.º: Fiscalização concreta da constitucionalidade.
Problematização e Síntese Comparativa	- Com Amparo ou sem Amparo, a tutela contenciosa dos direitos fundamentais é uma realidade na Lusofonia [frágil, imperfeita, deficitária, indirecta (neste último caso, em 7 países), mas vai fazendo o seu caminho – ou talvez não...]

Estados + Sínteses Comparativas Vectores de Comparação	4. Características do Amparo
Angola	---
Brasil	---
Cabo Verde	<p>Art. 20/1, a), - Legitimidade processual activa: b): todos os indivíduos. - Órgão decisor: TC - Fins: tutela dos direitos, liberdades e garantias fundamentais do requerente. - Objecto: actos ou omissões dos poderes públicos lesivos dos direitos, liberdades e garantias fundamentais - Regra da subsidiariedade do amparo constitucional (depois de esgotadas todas as vias de recurso ordinário). - Forma: “simple requerimento” do interessado; - Urgência e sumariedade.</p>
Guiné-Bissau	---
Guiné Equatorial	<p>Art. 102/2, a): Legitimidade processual activa: «toda persona natural o causa-habiente que invoque un interés legítimo». - Art. 125, 126, d): recurso de amparo ante o “Defensor del Pueblo”. - Art. 101/2, b) CGE: «Compete ao Tribunal Constitucional: b) Conhecer dos recursos de amparo constitucional contra as disposições e actos que violem os direitos e liberdades reconhecidos na Lei Fundamental»</p>
Moçambique	---
Portugal	---
S. Tomé e Príncipe	---
Timor-Leste	---
Problematização e Síntese Comparativa	<p>Nos 2 Estados que adoptaram o instituto do Amparo (Cabo Verde e Guiné Equatorial), não temos ainda dados completos para mensurar a proficiência desse remédio, seja em termos da aparelhagem institucional e técnica, seja em termos de resultados práticos tangíveis. Em Cabo Verde, testemunharam-me alguns magistrados do topo uma tendência para o uso do amparo com intuitos puramente dilatatórios. Assinalam ainda um deficit de regulação infraconstitucional do instituto.</p>

Estados + Sínteses Comparativas	5. Regime jurídico alternativo ou complementar ao Amparo?
Vectores de Comparação	
Angola	- Art. 212-A: acesso ao Provedor de Justiça. - Art. 29/1/5: «5. Para defesa dos direitos, liberdades e garantias pessoais, a lei assegura aos cidadãos procedimentos judiciais caracterizados pela celeridade e prioridade, de modo a obter tutela efectiva e em tempo útil contra ameaças ou violações desses direitos». - Art. 181/2, d), e): fiscalização concreta da constitucionalidade.
Brasil	- Art. 97 (fiscalização concreta); - Art. 5.º, LXIX, 102/I, d), 102/II, a), art. 105/I, b), art. 108/I, c)/VIII, art. 114/IV (Mandado de Segurança...); Art. 5.º, LXXI, 102/I, q), 102/II, a), art. 105/I, h) (Mandado de Injunção:); Art. 102/III, § 1.º (Arguição por Descumprimento de Preceito Fundamental). (AMARAL, 2010)
Cabo Verde	- Art. 276: fiscalização concreta da constitucionalidade.
Guiné-Bissau	- Art. 126: fiscalização incidental da constitucionalidade (difusa na base – pré-judicialidade – e concentrada no STJ).
Guiné Equatorial	---
Moçambique	- Art. 244/2, g): Legitimidade activa para desencadear a fiscalização sucessiva abstracta (2.000 cidadãos); - Art. 246/1: fiscalização concreta da constitucionalidade.
Portugal	- Art. 280: fiscalização concreta da constitucionalidade. - Art. 20/5: «Para defesa dos direitos, liberdades e garantias pessoais, a lei assegura aos cidadãos procedimentos judiciais caracterizados pela celeridade e prioridade, de modo a obter tutela efectiva e em tempo útil contra ameaças ou violações desses direitos». - Art. 109 ss. CPTA: Intimação para Protecção de Direitos, Liberdades e Garantias
S. Tomé e Príncipe	- Art. 149: fiscalização concreta da constitucionalidade.
Timor-Leste	- Art. 152: fiscalização concreta da constitucionalidade.
Problematização e Síntese Comparativa	Onde não existe Recurso de Amparo, há um instrumento sucedâneo (precário, indirecto e insuficiente). Por exemplo: o recurso de constitucionalidade (Angola, Cabo Verde, Moçambique, Portugal, S. Tomé, Timor); a fiscalização incidental (Guiné-Bissau); a fiscalização abstracta, espoletada por um grupo de cidadãos (Moçambique); Mandado de segurança e de injunção (Brasil). Comando constitucional para o legislador criar mecanismos conducentes à tutela efectiva e célere dos direitos de liberdade pessoais

Estados + Sínteses Comparativas Vectores de Comparação	6. Exemplos institucionais de Tutela Não Contenciosa de Direitos Fundamentais
Angola	Provedor de Justiça (art. 212-A): «Os cidadãos e as pessoas colectivas podem apresentar à Provedoria de Justiça queixas por acções ou omissões dos poderes públicos, que as aprecia sem poder decisório, dirigindo aos órgãos competentes as recomendações necessárias para prevenir e reparar injustiças».
Brasil	Art. 134: «A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal». (GAULIA, 2020, p. 167)
Cabo Verde	Provedor de Justiça (art. 253)
Guiné-Bissau	Não há.
Guiné Equatorial	Defensor del Pueblo (art. 122 ss.)
Moçambique	Provedor de Justiça (artº 255)
Portugal	Provedor de Justiça (art. 23)
S. Tomé e Príncipe	Não há.
Timor-Leste	Provedor de Direitos Humanos e Justiça (art. 27.º) ⁶
Problemática e Síntese Comparativa	- A tutela não contenciosa de direitos fundamentais não tem respaldo constitucional em 2 países, mas tem-no nos 9 restantes.

5 Sobre a figura, cfr. GOUVEIA, Jorge Bacelar. **Direito Constitucional de Timor-Leste**. Lisboa / Díli: IDILP/FDUNL/CEDIS, 2012, p. 357-358.

4.2 Alguns Detalhes

Destaco os dois casos claros de consagração do *recurso de amparo*: Guiné Equatorial e Cabo Verde.

Destaco, do outro lado, dois casos de esforço para explorar mecanismos existentes para que os direitos fundamentais das pessoas sejam defendidos, quer pela via do contencioso administrativo, quer do judicial comum, quer pelas vias não contenciosas. Vejo o caso de Portugal e do Brasil.

Veja-se, no caso brasileiro, o potencial do mandado de segurança⁶ e do mandado de injunção (deficitariamente usado) (VELLOSO, 2009, p. 361-362).

No ordenamento português (art. 20/5 CRP), repare-se no comando constitucional para o legislador criar mecanismos conducentes à tutela efectiva e célere dos direitos de liberdade pessoais⁷. Uma norma apelativa heteroexequível, muito naturalmente⁸.

Vejamos a figura da “intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias” desenhada no Código de Processo nos Tribunais Administrativos em Portugal. O ponto de partida para o art. 109 CPTA é 20/1 CRP: «Para defesa dos direitos, liberdades e garantias pessoais, a lei assegura aos cidadãos procedimentos judiciais caracterizados pela celeridade e prioridade, de modo a obter tutela efectiva e em tempo útil contra ameaças ou violações desses direitos».

O CPTA, na esteira do 20/1 CRP (norma constitucional perceptiva, mas não exequível por si mesma⁹), complementa: «A intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias pode ser requerida quando a célere emissão de uma decisão de mérito que imponha à Administração a adopção de uma conduta positiva ou negativa se revele indispensável para assegurar o exercício, em tempo útil, de um direito, liberdade ou garantia, por não ser possível ou suficiente, nas circunstâncias do caso, o decretamento de uma providência cautelar».

6 Que correspondem a um *habeas corpus* civil (contra actos arbitrários e ilegais da autoridade), cuja finalidade é proteger direitos individuais líquidos, certos e incontestáveis (sejam direitos de liberdade ou quaisquer outros).

7 Com o tratamento de uma extensa lista de mecanismos inscritos na tutela jurisdicional e de tutela não contenciosa dos direitos fundamentais, vide (MIRANDA, 2016, p. 313-323).

8 Descrevendo a situação em termos convergentes com o que aqui se explicitou, cfr. (NOVAIS, 2010, p. 202).

9 Poderia ser a via pela qual o ordenamento jurídico português lograria consagrar institutos como o “mandado de segurança” ou o “recurso de amparo”, assevera Jorge Miranda (MIRANDA, 2016, p. 318).

Vejam os o potencial da fiscalização concreta da constitucionalidade¹⁰. Até onde poderá ir, a ponto de ficar a ideia da dispensabilidade do *amparo constitucional*?

Como syndicar, nessas geografias, sem recurso de amparo, uma sentença ou acórdão que, sem mais, fira de morte um direito de liberdade? É que de pouco valerá, nesses casos extremos, a laboriosa construção jurisprudencial-doutrinal do *conceito funcional de norma*.

Como syndicar aí certos actos políticos violadores de direitos, liberdades e garantias de um cidadão?

A *tábua comparativa* atrás fornecida revela-nos a *síntese comparativa* a seguir reproduzida:

1ª - Sete dos nove Estados não possuem recurso de amparo.

2ª- Houve algumas tentativas de positivação do amparo em alguns Estados. Num caso (Guiné-Bissau), só não vingou (após a Guerra de 1998/1999 e em 2022) pelo facto de o pacote de revisão constitucional não consagrar uma maior concentração de poderes no Presidente da República – o que motivou vetos de gaveta e dissolução do Parlamento, para, nomeadamente, abortar a discussão e eventual aprovação do diploma.

3ª - Com amparo ou sem amparo, a tutela contenciosa dos direitos fundamentais é uma realidade na Lusofonia [frágil, imperfeita, deficitária, indirecta (neste último caso, em sete países), mas vai fazendo o seu caminho – ou talvez não...].

4ª - Nos dois Estados que adoptaram o instituto do amparo (Cabo Verde e Guiné Equatorial), não temos ainda dados completos para mensurar a proficiência desse remédio, seja em termos da aparelhagem institucional e técnica, seja em termos de resultados práticos tangíveis¹¹.

10 Em geral, mas também no quadro do Direito Constitucional angolano, sobre a “irradiação” total no corpo do ordenamento jurídico da fiscalização sucessiva concreta da constitucionalidade, cfr. (MACHADO, Jónatas E. M. / COSTA, Paulo Nogueira da. ARAÚJO, 2018, p. 254).

11 Eis algumas referências jurisprudenciais sobre o Recurso de Amparo, em Cabo Verde (nos exemplos recolhidos, apenas um caso mereceu desfecho ou pronúncia favorável das instituições que aqui se pronunciaram): a) Acórdão 36/2022 do TC, de 12 de Agosto; b) Acórdão 57/2020 do TC, de 22 de Dezembro; c) Parecer, 23/04/2008, Recurso de Amparo, Procuradoria-Geral da República: sobre um dos pressupostos da admissibilidade do Amparo; d) Lei 109/IV/94, de 24 de Outubro (Recurso de Amparo e de Habeas Data); e) Promoção do PGR no Rec. De amparo 15/2008 - o amparo constitucional como meio de defesa extraordinário dos direitos fundamentais; f) Promoção do PGR no Rec. de amparo 2/2008 - sobre um dos pressupostos da admissibilidade do Amparo (esgotamento prévio das vias de recurso ordinário); g) Promoção do PGR no Rec.

Em Cabo Verde, testemunharam-me alguns magistrados do topo uma tendência para o uso do amparo com intuítos puramente dilatatórios. Assinalam ainda um *deficit* de regulação infraconstitucional do instituto.

5^a - Onde não existe Recurso de Amparo, o sistema oferece ao cidadão um instrumento sucedâneo (precário, indirecto e insuficiente). Por exemplo: o recurso de constitucionalidade (Angola, Brasil, Cabo Verde, Moçambique, Portugal, S. Tomé e Príncipe, Timor); a fiscalização incidental (Guiné-Bissau); a fiscalização abstracta, espoletada por um grupo de cidadãos (Moçambique); Mandado de segurança e de injunção (Brasil). (GAULIA, 2022, p. 157, 165, 166)

6^a - A tutela não contenciosa de direitos fundamentais não tem respaldo constitucional em dois países, mas tem-no nos nove restantes.

Algum engenho do legislador e dos pensadores do Direito, na lusofonia, vai servindo para colmatar o vazio da inexistência de mecanismos como o *amparo constitucional*, mas parece-me chegada a hora de abraçar o pacote completo e coerente do amparo, em vez de se ir esticando e remendando ferramentas fabricadas para outras utilizações¹².

de amparo 1/72008 - sobre um dos pressupostos da admissibilidade do Amparo (esgotamento prévio das vias de recurso ordinário).

Tendo em vista, designadamente, o reequacionar da instituição *Defensor del Pueblo*, vide, da autoria do Governo equato-guineense o “Informe intermedio de Guinea Ecuatorial para el 3.º Ciclo del Examen Periódico Universal”, de Maio de 2022, a respeito da implementação das recomendações recebidas durante o 3.º Ciclo do EPU (2019) sobre a protecção dos direitos humanos nesse país. Cfr. Informe intermedio de Guinea Ecuatorial para el 3.º Ciclo del Examen Periódico Universal. Disponível em <https://www.ohchr.org/sites/default/files/2022-05/Equatorial-Guinea-3rd-cycle-mid-term-report.pdf>. Acesso em: 7-12-2022.

12 Num sentido contrário - ao destacar a inaptidão dos tribunais constitucionais para garantir a tutela directa de direitos fundamentais e o bloqueamento processual associável ao recurso de amparo -, vide MEDEIROS, Rui. A Decisão de Inconstitucionalidade. Lisboa: Universidade Católica, 1999, p. 352 ss. Contrapomos que o elevado risco de engarramento processual não deve matar no ovo o instituto do Amparo, mas, antes, estimular a sua formulação realista e eficiente. A favor, vincadamente, do Amparo em Portugal, ver, por exemplo: NOVAIS, Jorge Reis. **As Restrições aos Direitos Fundamentais Não Expressamente Autorizadas pela Constituição**. 2.º ed. Coimbra: Wolters Kluwer/Coimbra Editora, 2010, p. 203; ALEXANDRINO, José Melo. **Lições de Direito Constitucional**, vol I. 3.º ed. Lisboa: AAFDL, 2018, p. 278. Em geral, sobre o modelo português de fiscalização da constitucionalidade, vide MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo VI. 3.º ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 168 ss. O autor estica o normativo constitucional [art. 280/1, b), 23/1, 281/2, b), 238/1] em direcção a um maior acesso dos cidadãos à justiça constitucional, em caso de violação por normas jurídicas dos direitos, liberdades e garantias (*id.*, *ibid.*, p. 178). CANOTILHO, J. J. Gomes / MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 239 ss. OTERO, Paulo. **Ensaio sobre o Caso Julgado Inconstitucional**. Lisboa: Lex, 1993, p. 121 ss. (preconiza um recurso atípico extraordinário de sentenças e acórdãos que violem de forma imediata e directa uma norma constitucional, uma vez esgotadas as vias de recurso ordinário). MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça Constitucional**. Tomo I. 2.º ed. Coimbra: 2006, p. 329 ss. Ver ainda LULS, Sandra Margarida Lopes. **O recurso de amparo em Portugal: uma solução possível?** Lisboa: Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, 2004 [relatório de mestrado], p. 6.

Um recurso de amparo constitucional de direitos fundamentais deve, efectiva, conclusiva e rapidamente, amparar. Não deve soçobrar sob o jugo de expedientes de marasmo e adiamento processuais.

Afirmar essa via passa pela via de juízes de alto nível técnico e ético, senhores de uma reconhecida *auctoritas*. Não devem cair, todavia, na tentação suicidiária de um hiperativismo judicial soberbo e irrealista, menosprezador do princípio constitucional da separação de poderes.

A lei da oferta e procura da Ciência Económica, seguindo os postulados smithianos, terá alguma aplicabilidade na utilização de expedientes similares ao recurso de amparo para um tribunal cimeiro? Prescreve a Lei: se a oferta de um produto é maior e a procura, menor, o preço do produto tende a baixar (com este resultado, desestimula-se a *produção* e incentiva-se a *compra*); se a oferta é menor e a procura, maior, o preço tende a subir (com este resultado, estimula-se a *produção* e desincentiva-se a *compra*).

Na medida em que haja uma hiper-utilização (uma *procura* substancial) do instituto do amparo (muita *procura*) e, em contrapartida, não haja capacidade de resposta equipolente dos tribunais cimeiros (pouca *oferta*), é a degradação do instituto que ocorre (a redução do seu *valor*, do seu *preço*) – contrariamente ao princípio da macroeconomia, que determinaria, no caso vertente, o aumento do *valor*, *preço* do *produto*.

5. CONCLUSÃO

Concluo com uma defesa da instauração e inteligente adaptação nos ordenamentos lusófonos do *amparo constitucional* de direitos de liberdade, em ordem a garantir-se a defesa concreta, cabal e definitiva dos direitos fundamentais das pessoas, independentemente da existência, num sistema jurídico dado, de mecanismos indirectos de tutela desses direitos. Fundamental é, todavia, a necessidade de agilização de medidas normativas adaptadas a cada ordenamento jurídico. Não existe, nem tem de haver um recurso de amparo universal e *prêt-à-porter*.

O catálogo extenso e rico de direitos fundamentais numa Constituição e noutras plataformas normativas, internas e externas, é muito pouco, se os cidadãos não tiverem remédios judiciais céleres, eficientes e dissuasores

contra restrições ou cerceamentos abusivos desses direitos pelos poderes públicos, designadamente. Porque: *ubi ius ibi remedium!* Sem tais *remédios*, tudo se resumiria a um lirismo fundamentalista ingénuo ou cínico.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, José Melo. *Lições de Direito Constitucional*, vol I. 3.^a ed. Lisboa: AAFDL, 2018.

AMARAL, Karina Almeida do. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: uma tentativa falhada de introdução do recurso de amparo*. Lisboa: Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, 2010. [dissertação de mestrado].

ARAÚJO, Raul Carlos Vasques. *Introdução ao Direito Constitucional Angolano*. Luanda: CEDP / UAN, 2018.

BASTOS, Celso Ribeiro / MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 24.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

CANOTILHO, J. J. Gomes / MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

GAULIA, Cristina Tereza. *A Experiência da Justiça Itinerante: O Espaço de encontro da Magistratura com a População Brasileira*. Rio de Janeiro: Mauad X, 2020.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. *Direito Constitucional de Timor-Leste*. Lisboa / Díli: IDILP/FDUNL/CEDIS, 2012.

HENRIQUES FILHO, Ruy Alves. *Direitos fundamentais e processo*. Porto Alegre: 2008.

HEROLES, Jesús REYES. *El Liberalismo Mexicano*. Vol. III. 3.^a ed. México: FCE, 1994.

KOSTA, E. KAFFT. *Sistemas de Governo na Lusofonia: Zonas e Relações de Poder*. Reimpressão. Lisboa: AAFDL, 2019.

KOSTA, E. KAFFT. *Estado de Direito - O Paradigma Zero*: Entre Lipoaspiração e Dispensabilidade. Coimbra: Almedina, 2007.

LUÍS, Sandra Margarida Lopes. *O recurso de amparo em Portugal: uma solução possível?* Lisboa: Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, 2004 [relatório de mestrado].

MACHADO, Jónatas E. M. / COSTA, Paulo Nogueira da. *Direito Constitucional Angolano*. Coimbra: Coimbra Editora / Wolters Kluwer, 2011.

MEDEIROS, Rui. *A Decisão de Inconstitucionalidade*. Lisboa: Universidade Católica, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira / COELHO, Inocêncio Mártires / BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4.^a ed. São Paulo: IDP / Saraiva, 2009.

MENDES-Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais de caráter judicial e garantias constitucionais do processo. In MENDES, Gilmar Ferreira / COELHO, Inocêncio Mártires / BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4.^a ed. São Paulo: IDP / Saraiva, 2009, p. 577 ss., 587-588 [mandado de segurança: p. 577 ss.; mandado de injunção, p. 587-588].

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo VI. 3.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

MIRANDA, Jorge. *Curso de Direito Constitucional*, I. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2016.

MIRANDA, Jorge / KOSTA, E. KAFFT. *As Constituições dos Estados de Língua Portuguesa*: Uma Visão Comparativa. Curitiba/Lisboa: Juruá, 2013.

MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça Constitucional*. Tomo I. 2.^a ed. Coimbra: 2006.

NOVAIS, Jorge Reis. *As Restrições aos Direitos Fundamentais Não Expressamente Autorizadas pela Constituição*. 2.^a ed. Coimbra: Wolters Kluwer/Coimbra Editora, 2010.

OTERO, Paulo. **Direito Constitucional Português**, I. Coimbra: Almedina, 2010, p. 250-251.

OTERO, Paulo. *Ensaio sobre o Caso Julgado Inconstitucional*. Lisboa: Lex, 1993.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**. 2.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

SARLET, Ingo. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988* na Constituição Federal de 1988. 10.^a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais*: Estudos de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: EDITORA: Lumen Juris, 2006.

SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Organização da tradução portuguesa por Leonardo Martins. Tradução por Beatriz Hennig *et al.* Berlin / Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2005.

SEGADO, Fernández. *La Justicia Constitucional: una Visión de Derecho Comparado*, Tomo III – La Justicia Constitucional en América Latina y en España. Madrid: Dykinson, 2019.

SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 9.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVA, Virgílio Afonso da. Os Direitos Fundamentais e a Lei: a Constituição brasileira tem um sistema de reserva legal? In: SOUZA, Cláudio Pereira de / SARMENTO, Daniel (coord.). *Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécies*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SOUZA, Cláudio Pereira de / SARMENTO, Daniel (coord.). *Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécies*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Os Direitos Humanos e os Mecanismos Constitucionais de sua Defesa. In MIRANDA, Jorge / SILVA, Marco António Marques da (Coord.), *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*. 2.^a ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 357-365.

DOCUMENTOS

Informe intermedio de Guinea Ecuatorial para el 3.º Ciclo del *Examen Periódico Universal*. Disponível em <https://www.ohchr.org/sites/default/files/2022-05/Equatorial-Guinea-3rd-cycle-mid-term-report.pdf>. Acesso em: 7-12-2022