

REMÉDIOS CONSTITUCIONAIS NA AMÉRICA LATINA: UM BREVE PANORAMA HISTÓRICO-COMPARATIVO DAS GARANTIAS FUNDAMENTAIS NO BRASIL E DO AMPARO LATINO-AMERICANO¹

CONSTITUTIONAL WRITS IN LATIN AMERICA: A BRIEF HISTORICAL-COMPARATIVE
PROSPECT OF GUARANTEES IN BRAZIL AND THE LATIN AMERICAN ACTION OF “AMPARO”

Luís Fernando Sgarbossa²

Geziela Iensue³

Resumo

O tema dos remédios ou garantias fundamentais é um capítulo extremamente relevante do estudo do Direito Processual Constitucional. No entanto, o excessivo enfoque na ordem jurídica nacional impede uma compreensão crítica mais profunda sobre as instituições da jurisdição constitucional das liberdades. O presente artigo propõe-se a realizar uma breve exploração, por meio dos métodos histórico e comparativo, dos remédios ou garantias fundamentais no Brasil e na América Latina. Após um resgate histórico do desenvolvimento dos remédios constitucionais no direito brasileiro o presente estudo expõe o instituto do amparo, remédio fundamental de origem mexicana e difundido por toda a América Latina, ressaltando semelhanças e diferenças com as garantias constitucionais brasileiras. Particular atenção é dedicada ao problema da oponibilidade dos remédios constitucionais em face de particulares, na busca de fomentar uma reflexão crítica sobre os institutos do processo constitucional brasileiro destinado à tutela de direitos fundamentais.

Palavras-chave: Garantias fundamentais. Brasil. América Latina. Amparo.

¹ Artigo submetido em 08/12/2015, pareceres de aprovação em 02/02/2016 e 10/02/2016, aprovação comunicada em 18/02/2016.

² Professor permanente do Mestrado em Direito da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul – UFMS. Professor Adjunto A da Faculdade de Direito da UFMS. Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná – UFPR. Mestre em Direito pela UFPR. E-mail: <fernandosgarbossa@terra.com.br>.

³ Pesquisadora bolsista de Desenvolvimento Científico Regional da Fundação de Apoio ao Desenvolvimento do Ensino, Ciência e Tecnologia do Estado de Mato Grosso do Sul – FUNDECT em parceria com o Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPQ, nível C, vinculada ao Programa de Mestrado em Direitos Humanos da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul – UFMS. Professora voluntária da graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul – UFMS. Doutora em Direito pela Universidade Federal do Paraná – UFPR. E-mail: <igeziela@gmail.com>.

Abstract

The subject of constitutional writs is an extremely important chapter in the study of Constitutional Law. However, excessive focus on national law prevents a deeper critical understanding of these institutions. This paper seeks to explore, from the historical and comparative methods, the constitutional remedies in Brazil and Latin America. After a brief historical review of the development of constitutional remedies in Brazilian constitutional law this study exposes the action of “amparo”, originated in Mexican constitutional law and spread throughout Latin America, highlighting similarities and differences with Brazilian constitutional guarantees. Particular attention is given to the problem of enforceability of constitutional remedies in the face of private, seeking to promote a critical reflection on the institutes of the Brazilian constitutional law for the protection of fundamental rights.

Keywords: Constitutional writs. Brazil. Latin America. Action of “Amparo”.

Sumário: 1. Introdução. 2. Garantias ou remédios fundamentais. 3. Desenvolvimento histórico dos remédios constitucionais no Brasil. 3.1. Direito de petição. 3.2. Habeas corpus. 3.3. Mandado de segurança. 3.4 Habeas data. 3.5 Mandado de injunção. 4. O Amparo latino-americano. 5. Conclusão. 6. Referências.

6 INTRODUÇÃO

O presente artigo propõe-se a explorar brevemente a temática dos remédios e garantias constitucionais no Brasil e na América Latina em uma perspectiva histórica e comparada. Após abordar a polissemia das expressões garantias fundamentais, garantias constitucionais e análogas, far-se-á um breve histórico do surgimento e desenvolvimento dos remédios constitucionais na ordem jurídica brasileira, desde a Constituição do Império de 1824 até a vigente Constituição Federal de 1988.

Em seguida buscar-se-á traçar um panorama comparativo dos remédios e garantias fundamentais brasileiros com o instituto do amparo, remédio constitucional de origem mexicana difundido em praticamente todos os Estados latino-americanos, bem como introduzido em ordenamentos jurídicos da Europa, Ásia e África.

Ao final buscar-se-á demonstrar algumas das semelhanças e diferenças existentes entre o instituto do amparo e as garantias fundamentais previstas em nosso ordenamento, com atenção particular no aspecto relativo à sua eficácia horizontal ou oponibilidade contra particulares.

No presente estudo não será possível um aprofundamento detalhado do instituto do amparo, tendo em vista as peculiaridades de cada ordenamento nacional

latino-americano que o recebeu. Tampouco serão abordados institutos importantes da jurisdição constitucional das liberdades do direito europeu, ressalvadas menções ocasionais a título de enriquecimento da abordagem.

7 GARANTIAS OU REMÉDIOS FUNDAMENTAIS

A terminologia da doutrina constitucionalista não é pacífica quanto ao conceito de garantias constitucionais ou garantias fundamentais, bem como de remédios constitucionais, verificando-se certa imprecisão conceitual e pluralidade terminológica. (SILVA, 2011)⁴.

Para fins do presente estudo considerar-se-ão abrangidos pela expressão garantias fundamentais os instrumentos jurídicos de tutela dos direitos fundamentais. Assim, ao conceito de garantia fundamental correspondem os mecanismos e institutos jurídicos especificamente destinados à tutela dos direitos fundamentais, como os *writs* constitucionais clássicos, abrangendo ainda os mecanismos de tutela extrajudicial dos direitos fundamentais, como o direito de petição.⁵

A conexão entre direitos e garantias fundamentais é íntima, e independentemente das discussões que permeiam a temática relativa à conceituação dos direitos fundamentais (SARLET, 2012), interessa aqui examinar alguns de seus princípios e caracteres que serão particularmente relevantes para a análise de sua tutela judicial e extrajudicial e, portanto, para o estudo das garantias fundamentais.

De se recordar especialmente o princípio da tutela jurídica, que se traduz na exigência de que o Estado proveja meios eficazes e satisfatórios para prevenir ou

⁴ A distinção radica naquilo que Calogero Pizzolo (2006, p. 115-117) denomina “via do reconhecimento” e “via da proteção”. Assim, alguns autores distinguem as garantias constitucionais em garantias constitucionais gerais e especiais. (SILVA, 2011). Outros autores falam em garantias institucionais. (BONAVIDES, 2008). Quanto à expressão remédios constitucionais, parece possível perfilar a corrente de entendimento segundo a qual direitos constituiriam disposições declaratórias e garantias disposições assecuratórias das primeiras, ressalvando-se o caráter tênue e em certa medida ambíguo da distinção.

⁵ Acompanha-se aqui a doutrina de Ivo Dantas (2007), ao falar em garantias fundamentais ou remédios constitucionais, componentes da Jurisdição Constitucional das Liberdades, imprescindível para a eficácia e concretização dos direitos fundamentais. Sobre a jurisdição constitucional das liberdades na Europa remete-se ao clássico estudo de Mauro Cappelletti, (1961).

reparar violações a direitos fundamentais. Tal princípio implica, para além de um mero acesso aos tribunais, um direito à tutela jurisdicional efetiva, através do *due process of law* em sua dupla dimensão – processual e substantiva⁶ –, considerado verdadeira materialização do princípio estruturante do Estado de Direito, como ensina Canotilho (2003).

Entre as funções apontadas pela doutrina relativamente aos direitos fundamentais particularmente relevantes para o presente estudo destacam-se a função da prestação social e a função de proteção perante terceiros (CANOTILHO, 2003). Da primeira decorre que a tutela satisfatória dos direitos fundamentais, quaisquer que sejam, dependerá não apenas de abstenções, mas especialmente de ações e de prestações estatais.⁷

A função de proteção perante terceiros, por sua vez, conduz ao delicado e importante tema da eficácia horizontal ou interprivada dos direitos fundamentais. A partir da constatação da possibilidade e da concreta ocorrência de violações de direitos fundamentais por particulares, a doutrina tem desenvolvido e a jurisprudência em certa medida acolhido a possibilidade da oponibilidade de direitos – e garantias – fundamentais a particulares, e da incidência de direitos fundamentais em relações entre particulares (MEDINA, 2010)⁸.

⁶ Para uma interessante análise histórica do desenvolvimento e das dimensões do *due process of law*, remete-se à monografia de Sebastião Tavares (2008) sobre o tema.

⁷ Assim, a criação de instituições e a disponibilização de meios e recursos necessários à tutela eficaz dos direitos fundamentais revelam-se imprescindíveis à prevenção ou reparação, quando possível, de sua violação. Daí a importância de algumas características dos remédios fundamentais que serão analisadas adiante, como a gratuidade, a eventual derrogação da exigência de capacidade postulatória, a sumariedade, a prioridade, a simplicidade ou informalidade, e a adequada estruturação de tribunais e a criação de órgãos como a defensoria pública. (CANOTILHO, 2003).

⁸ Como é sabido diversas correntes de pensamento se formaram em torno do problema da eficácia interprivada dos direitos fundamentais, estruturando-se em torno de concepções teóricas como as que sustentam a eficácia mediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, as que sustentam sua aplicabilidade imediata, bem como as teorias da imputação ao Estado e outras teorias ecléticas. Sobre o tema, remete-se a Steinmetz, 2004. Silva, 2011; Canaris, 2003, entre outros. O problema da eficácia perante particulares é relevante não apenas para os direitos fundamentais, mas também para as garantias fundamentais, dentro de certos limites. Assim, exemplificativamente, a possibilidade excepcional de impetração de *habeas corpus* contra ato de particular ou a admissão do amparo constitucional contra particulares são questões particularmente interessantes às quais se retornará adiante. Vejam-se, exemplificativamente, os julgados do Tribunal de Justiça de São Paulo e de Minas Gerais em RT 574/400 e 577/329, acerca

Feitas estas brevíssimas considerações sobre as garantias fundamentais ou remédios constitucionais e sua conexão instrumental para com os direitos fundamentais, convém revisar brevemente o desenvolvimento histórico dos referidos institutos no Direito Constitucional brasileiro para, após, cotejá-los com a instituição paralela denominada Amparo.

8 DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO DOS REMÉDIOS CONSTITUCIONAIS NO BRASIL

O presente item pretende analisar sinteticamente o desenvolvimento histórico dos remédios constitucionais no ordenamento jurídico brasileiro e as principais características de cada um. Aqui examinar-se-ão alguns aspectos centrais relativos ao direito de petição, ao *habeas corpus*, ao mandado de segurança, ao *habeas data* e ao mandado de injunção.⁹

8.1 Direito de petição

As origens do direito de petição remontam, no mínimo, ao *Bill of Rights* inglês de 1689, tendo sido difundido para diversos documentos e instrumentos, como a Declaração da Pensilvânia de 1776 e as constituições francesas de 1791 e 1793 (SILVA, 2011).

No Brasil encontrava-se previsto já na Constituição do Império de 1824, em seu artigo 179, inciso XXX. O remédio manteve-se em todas as constituições brasileiras posteriores, sendo previsto na primeira Constituição republicana de 1891 (art. 72, § 9º), na de 1934 (art. 113, 10), de 1937 (art. 112, 7), de 1946 (art. 141 § 37), de 1968 (art. 150 § 30), na de 1969 (art. 153 § 30) e na de 1988 (art. 5º, XXXIV, “a”).

de recusa em autorizar a saída de paciente de hospital onde estava internado antes do pagamento da conta e internação em clínica geriátrica, pelo filho, de pais idosos, contra a vontade destes, respectivamente. Na América do Sul particular destaque cabe ao famoso precedente conhecido como caso Samuel Kot, julgado na Argentina no ano de 1958. (PIZZOLO, 2006); (FERRER MAC-GREGOR, 2006, p. 174-198).

⁹ Sobre o desenvolvimento histórico das garantias constitucionais no Brasil veja-se Dantas, 2007, especialmente páginas 108 e seguintes.

Como é sabido, o direito de petição consiste na faculdade de se dirigir a qualquer autoridade pública apresentando petições, representações, reclamações e queixas em defesa de direitos, da constituição, das leis ou do interesse geral (SILVA, 2011).¹⁰

O direito de petição comporta as modalidades individual e coletiva, tendo cabimento contra ilegalidade ou abuso de poder e, como prerrogativa democrática que é, caracteriza-se pela gratuidade e informalidade.¹¹

É sabido que, em função de sua natureza de garantia constitucional e de seu caráter extrajudicial, a capacidade postulatória revela-se desnecessária, como já decidiu o Supremo Tribunal Federal. Por outro lado, a jurisprudência brasileira posiciona-se no sentido de que o direito de petição não pode constituir sucedâneo de ação penal, nem de ação rescisória, sendo inconfundível com o direito de ação.^{12/13}

8.2 *Habeas corpus*

Este é outro *writ* constitucional cuja origem remonta à Inglaterra medieval, sendo considerado o primeiro remédio constitucional (PIZZOLO, 2006), e cujo amplo escopo inicial tornava-o cabível até mesmo em matéria cível, inclusive no direito inglês (SIQUEIRA JR, 2010).¹⁴

¹⁰ A doutrina aponta para um duplo caráter do direito de petição, a saber, o de uma queixa ou reclamação e o de instrumento de manifestação da liberdade de opinião. O titular de tal garantia constitucional é qualquer pessoa, podendo sê-lo inclusive os estrangeiros; o destinatário, por sua vez, é qualquer autoridade pública.

¹¹ Importante observar, portanto, que tal garantia fundamental compreende direito a uma resposta em prazo razoável, esteja tal disposição expressa (como é o caso da Constituição da República Portuguesa de 1976, art. 52, 1) ou não, sob pena de completa descaracterização do instituto. A doutrina considera a omissão sanável por meio de mandado de segurança. (SILVA, 2011).

¹² STF, Inq. 1111-8/BA e art. 5º, LIX; AI 233.712 AgR-AgR; STF, Ag. Rg. Pet. 762/BA.

¹³ Convém recordar ainda que o direito de petição vincula-se com uma importante instituição do Direito Processual Constitucional, a reclamação constitucional. A doutrina aponta o direito de petição, bem como o princípio da competência da competência como fundamentos daquele instituto de origem pretoriana e posterior consagração constitucional e legal, cuja finalidade é preservar a autoridade das decisões dos Tribunais ou combater a invasão de suas competências, cassando e anulando decisões de órgãos inferiores que incidam nas referidas condutas. Constituição Federal, art. 102, I,"f", art. 105, I,"f" e, ainda, art. 103-A, § 3º, bem como Lei n. 8.038/90, arts. 13 a 18. (MEDINA, 2010)

¹⁴ Originalmente constituía um modo de levar alguém perante o tribunal, donde seu amplo cabimento e suas várias modalidades na Inglaterra. Naquele país foi o *Habeas Corpus Amendment Act* de

O remédio constitucional do *habeas corpus* é um dos mais antigos do ordenamento jurídico brasileiro e em vários países latino-americanos (PIZZOLO, 2006). Embora previsto sob a Constituição do Império em nível infraconstitucional¹⁵, ganhou assento constitucional a partir da primeira Constituição da República, de 1891 (art. 72 § 22), tendo sido repetido desde então em todas as constituições posteriores (SIQUEIRA JR, 2010).¹⁶

Originalmente o instituto no Brasil era dotado de um escopo bastante amplo, o que originou a denominada “doutrina brasileira do *habeas corpus*”, que o compreendia como um remédio tutelar de direitos subjetivos de qualquer natureza, doutrina esta que influenciou inclusive outros países latino-americanos (MEDINA, 2010; SIQUEIRA JR, 2010; SILVA, 2011).¹⁷

Foi a partir de 1926 que, em virtude de uma Emenda à Constituição então vigente, que o instituto conheceu uma redução de escopo, passando a ser compreendido como um remédio destinado a tutelar apenas a liberdade de locomoção, e passando a ser considerado instituto com natureza jurídica de uma ação penal constitucional (SILVA, 2011).

O objeto atualmente tutelado por tal remédio constitucional é a liberdade de locomoção em face de coação de qualquer natureza (SILVA, 2011), e ele ostenta diversas características relevantes para a compreensão e reflexão sobre os remédios constitucionais em geral.

Uma importante nota peculiar é sua oponibilidade a autoridade pública ou particular. Diversamente do mandado de segurança, cabível contra órgãos públicos

1678 que promoveu a redução de escopo, fazendo do instituto um instrumento de proteção da liberdade ambulatoria tão-somente – destino semelhante ao do instituto no Brasil, como se verá em seguida. (SILVA, 2011; SIQUEIRA JR, 2010).

¹⁵ Código Criminal de 1832, art. 340. Sob a Constituição Imperial houve quem sustentasse inclusive tratar-se de um remédio constitucional implícito, entre eles Pontes de Miranda e José de Alencar. (SILVA, 2011).

¹⁶ Assim, foi previsto na Constituição de 1934 (art. 113, 23); na Constituição de 1937 (art. 122, 16); na Constituição de 1946 (art. 141 § 23); na Constituição de 1967 (art. 150 § 20); na Constituição de 1969 (art. 153 § 20); e, finalmente, na vigente Constituição de 1988 (art. 5, LXVIII). Ressalve-se que a garantia fundamental foi parcialmente suspensa após 1968 pelo Ato Institucional n. 5, art. 10. Sob a ordem constitucional instaurada pela Constituição da República de 1988, o instituto do *habeas corpus* encontra assento constitucional no art. 5º, LXVIII, sendo regulado principalmente no Código de Processo Penal, Decreto-Lei n. 3.689/41 (arts. 647-667). (MEDINA, 2010)

¹⁷ Rui Barbosa se notabilizou ao sustentar o cabimento do *habeas corpus* relativamente a qualquer caso de ameaça ou violação de direitos por abuso de poder ou ilegalidade, tendo inclusive utilizando-o com êxito por diversas vezes, tendo suas teses sido acolhidas inclusive pelo Supremo Tribunal Federal. (MEDINA, 2010).

ou a eles legalmente equiparados, o *habeas corpus* tem sido admitido inclusive contra particulares, ainda que excepcionalmente, registrando a jurisprudência brasileira casos interessantes.

Outro aspecto relevante é o fato de que não se exige o requisito do interesse de agir para a legitimação ativa¹⁸, podendo ser impetrado por qualquer pessoa em favor do paciente, além de existir a possibilidade de concessão *ex officio*, características decorrem de sua natureza de ação popular (SIQUEIRA JR., 2010).

Ainda há que se observar que tal remédio constitucional dispensa capacidade postulatória¹⁹, o que visa favorecer a tutela judicial da liberdade, juntamente com as características do informalismo e da urgência que caracterizam o instituto.

O menor rigor formal decorre da natureza da ação e de seu objeto, a saber, ação penal constitucional visando à tutela preventiva ou reparadora de ameaça ou lesão ao direito de ir e vir constitucionalmente tutelado por ato abusivo ou ilegal.²⁰

8.3 Mandado de segurança

O mandado de segurança consiste em remédio constitucional criado pela Constituição da República de 1934 (art. 113, 33) estando presente em praticamente todas as demais²¹, exceto a de 1937.²²

¹⁸ Art. 654 do Código de Processo Penal brasileiro.

¹⁹ Lei n. 8.906/94, art. 1º § 1º.

²⁰ Embora haja restrição constitucionalmente prevista para o cabimento do remédio quanto a punições disciplinares militares (Constituição Federal de 1988 art. 142 § 2º), há que se observar, no entanto, que a restrição constitucional referida impede que através do *habeas corpus* se possibilite o exame da punição disciplinar quanto ao mérito, mas não quanto à legalidade. Desse modo mesmo as punições disciplinares militares podem ser objeto de impetração do remédio em estudo em casos de ilegalidade, como, exemplificativamente, violação da competência, excesso de prazo, violação do devido processo legal, entre outros. (MEDINA, 2010); (SIQUEIRA JR., 2010).

²¹ Assim fez-se presente no texto constitucional, portanto, na Constituição de 1946 (art. 141 § 24); na Constituição de 1967 (art. 150 § 21); na Constituição de 1969 (art. 153 § 21); e na vigente Constituição da República.

²² Os mandados de segurança seguiam o mesmo procedimento do *habeas corpus* até o ano de 1936, quando, a partir da entrada em vigor da Lei 191/36 passaram a observar o procedimento próprio nela previsto. Sob a Constituição de 1937, silente a seu respeito, o remédio constitucional permaneceu em vigor, regulado seu procedimento pela Lei n. 191/36 e, posteriormente, regulado

A Constituição de 1988 reiterou a previsão do mandado de segurança individual em seu art. 5º, inciso LXIX, e inovou na matéria, ao instituir uma nova modalidade do remédio, a saber, o mandado de segurança coletivo, no mesmo art. 5º, inciso LXX (SILVA, 2011).

Há importantes precedentes relativamente à criação do mandado de segurança individual pelo constituinte em 1934, nomeadamente a doutrina da proteção possessória dos direitos pessoais²³ e a já referida doutrina brasileira do *habeas corpus* (MEDINA, 2010).²⁴

Trata-se de uma ação constitucional especial de tutela de direitos individuais ou coletivos cujo objetivo é a proteção de direito líquido e certo (MEDINA, 2010). Ostenta natureza jurídica de ação civil constitucional que visa obter a concessão de segurança, consistente em ordem judicial para fazer cessar coação ilegal ou abusiva, lesiva a direito líquido e certo, ou impedir sua ocorrência (SIQUEIRA JR., 2010).²⁵

O mandado de segurança individual possui como legitimados ativos pessoas naturais ou jurídicas, de direito público ou privado, desde que sejam as próprias titulares do direito líquido e certo violado ou ameaçado (MEDINA, 2010).²⁶

A legitimidade passiva compreende autoridades públicas ou agentes de pessoa jurídica no exercício de atribuições públicas, ou ainda pessoas naturais

pelo Código de Processo Civil, Lei n. 1.608/39. Após passou a ser regulado pela Lei n. 1.533/51 e, mais recentemente, pela Lei n. 12.016/2009.

²³ Trata-se da célebre tese sustentada por Rui Barbosa no interdito possessório manejado no caso da Escola Politécnica do Rio de Janeiro em 1896. (MEDINA, 2010).

²⁴ Quanto às diferentes variações desta há que se distinguir entre as posições da acepção lata do *habeas corpus*, sustentada pelo Ministro Enéas Galvão, e a denominada “teoria do direito escopo”, que exige o requisito do nexa com liberdade de locomoção, na esteira de entendimento sufragado pelo Ministro Pedro Lessa. Tal doutrina, como já afirmado, obteve inclusive reconhecimento pretoriano, notadamente no período compreendido entre os anos de 1909 e de 1926, tendo sido utilizada para a defesa de direitos políticos, da liberdade de imprensa, de prerrogativas funcionais, da composição de Assembleias Legislativas e até mesmo para garantir a posse de Governadores. São célebres os casos de *habeas corpus* manejados pelos governadores Nilo Peçanha, no ano de 1914, e Raul Fernandes, no ano de 1923, ambos do Estado do Rio de Janeiro. (MEDINA, 2010).

²⁵ Sobre a possibilidade de manejo de mandado de segurança para combater ato inconstitucional veja-se Dantas, 2007, p. 446 e ss. Sobre a possibilidade de manejo do *writ* contra a coisa julgada inconstitucional, veja-se a mesma obra, pp. 586 e ss.

²⁶ Há previsão de hipóteses de substituição processual como aquela prevista no art. 3º de Lei n. 12.016/09 e, ainda, legitimação extraordinária na hipótese de mandado de segurança coletivo, previsto no inciso LXX do art. 5º da Constituição da República.

atuando no exercício de atribuições do poder público (Lei n. 12.016/09, art. 1º § 1º), sendo o remédio constitucional considerado inoponível contra atos de particulares (SIQUEIRA JR., 2010).²⁷ O mandado de segurança individual ou coletivo pode ser manejado contra atos comissivos ou contra omissões, podendo ser preventivo ou repressivo.²⁸

A sentença proferida em sede de mandado de segurança ostenta natureza executória (SIQUEIRA JR., 2010) e mesmo quando presente conteúdo declaratório possui consequência ou objetivo executório, como, por exemplo, os mandados de segurança envolvendo matéria tributária.

A Lei n. 12.016/09 prevê prazo decadencial de 120 dias para a impetração do mandado de segurança, salvo relações jurídicas continuativas ou de trato sucessivo, cujos períodos se renovam periodicamente²⁹. Referida lei estabelece um procedimento sumaríssimo e escrito, com prioridade sobre todos os demais, exceto *habeas corpus* (art. 7º, § 4º e 20), na esteira do que já previa a legislação anterior.

O mandado de segurança não comporta dilação probatória, tampouco a produção de prova testemunhal, tendo sido admitida apenas e tão-somente prova exclusivamente documental.^{30/31}

²⁷ Excetuada a hipótese dos partidos políticos, conforme previsto expressamente pelo art. 1º § 1º da Lei n. 12.016/99. (MEDINA, 2010).

²⁸ O mandado de segurança preventivo exige, para seu cabimento, que reste evidenciado justo receio ou ameaça concreta, e não meras ilações, conjecturas ou temores do titular do direito. A jurisprudência consolidada não admite mandado de segurança contra lei em tese (Súmula 266 STF), e considera que o remédio constitucional não pode ser usado como sucedâneo de recurso. Quanto ao mandado de segurança coletivo, debate-se a doutrina sobre a eventual necessidade de autorização dos associados, nos termos do art. 5º, inciso XXI da Constituição. A melhor orientação parece consistir naquela que considera a autorização necessária para a tutela de direitos subjetivos individuais, mas dispensável para a tutela de direitos coletivos. Quanto aos partidos políticos, legitimados para a propositura do mandado de segurança coletivo, há discussão sobre serem legítimos para a propositura do remédio apenas na defesa do interesse de seus membros ou na de qualquer cidadão. No que diz respeito a tal problema, parece mais adequado sustentar tratar-se de instrumento hábil para a defesa dos direitos subjetivos dos associados assim como de direitos difusos ou coletivos.

²⁹ O Supremo Tribunal Federal já pacificou o entendimento sobre a constitucionalidade do prazo decadencial, editando a Súmula n. 632.

³⁰ Embora a lei de regência do instituto preveja hipótese especial de exibição de documento em seu art. 6º §§ 1º e 2º.

³¹ Há a previsão de concessão de liminar, desde que presentes os requisitos do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*. Os efeitos da liminar não cassada nem revogada produzem-se até a superveniência de sentença concessiva ou denegatória da segurança, e a liminar se sujeita a perempção ou caducidade a ser declarada *ex officio* ou a requerimento do Ministério Público. V. arts. 2º e 7º III e § 3º, bem como o art. 15 e §§ 1º e 2º da Lei 12.016/2009.

A sentença concessiva da segurança ostenta natureza mandamental, consistindo em ordem para fazer cessar a coação ou se abster de praticar o ato – ou para praticá-lo, caso objete omissão ilegal ou abusiva.³²

8.4 *Habeas data*

O *habeas data* consiste em garantia fundamental criada pela Constituição Federal de 1988, que o previu em seu art. 5º, inciso LXXII, ao lado de outras inovações, como o mandado de segurança coletivo e o mandado de injunção (SIQUEIRA JR., 2010; MEDINA, 2010).³³

O remédio tem cabimento com vistas ao conhecimento de informações sobre a pessoa do impetrante, a retificação de tais informações ou, ainda, a anotação de explicação ou contestação sobre fatos constantes do registro, sempre relativamente a bancos de dados públicos ou de caráter público (MEDINA, 2010).

A legitimidade ativa cabe à pessoa a quem se referirem as informações, entendendo a doutrina tratar-se de ação personalíssima e, portanto, intransmissível (SILVA, 2011). Pode o *habeas data* ser manejado por pessoa natural ou jurídica (Súmula 227 STJ), brasileira ou estrangeira (SIQUEIRA JR., 2010).³⁴

³² Observe-se a exceção constante do art. 14 § 4º da Lei de regência do instituto. Em virtude da natureza mandamental da ação, sua execução se dá *ex officio* e independente de caução. Quanto à natureza jurídica desta ação constitucional, debate-se a doutrina. Para Pontes de Miranda, adepto da teoria quádrupla de Kuttner e Goldschmidt, a ação ostentaria natureza mandamental. Há quem entenda que o pedido que define a natureza, que pode ser declaratória, constitutiva ou condenatória, mas parece ser correto entender que o teor mandamental prevalece sobre eventual teor declaratório, constitutivo ou condenatório secundário, pois a prestação jurisdicional pretendida com o manejo do *writ* é exatamente a obtenção de um mandamento cujo descumprimento caracteriza crime de desobediência, ensejando além da responsabilidade penal, responsabilidade administrativa, civil e, eventualmente, político-administrativa, podendo caracterizar crime de responsabilidade. Sobre a discussão veja-se Medina, 2010; e Siqueira Jr., 2010.

³³ No Brasil o *habeas data*, ao lado do *habeas corpus* e do mandado de segurança forma um conjunto de instrumentos constitucionais para a garantia de direitos fundamentais através de tutela jurisdicional urgente e imediata que Calogero Pizzolo chama de tríade garantista. (PIZZOLO, 2006). De acordo com a doutrina, o instituto possui inspiração nas constituições portuguesa de 1976 e Espanhola de 1978, havendo previsão de instituto análogo em outras constituições, como as da Argentina, do Peru, do Equador, da Venezuela e do Paraguai. (MEDINA, 2010). Sobre o *habeas data* no direito venezuelano, veja-se Bazán, 2005, p. 43-109.

³⁴ A lei de regência do remédio estabelece um procedimento administrativo prévio em seus artigos 2º a 4º, exigindo-se a prova da recusa (art. 8º) para restar caracterizado o interesse de agir. A competência para o processo e julgamento é definida segundo o foro da autoridade coatora.

A Lei n. 9.507/97 regula o procedimento do *habeas data* nos artigos 8º a 15, estabelecendo um procedimento escrito, concentrado e sumaríssimo, análogo ao do mandado de segurança (SIQUEIRA JR., 2010).³⁵

Os processos de *habeas data* gozam de prioridade sobre todos os demais, exceto *habeas corpus* e mandado de segurança. O manejo deste remédio constitucional exige prova pré-constituída, com comprovação documental de plano, não admitindo dilação probatória.³⁶

A natureza da ação é mandamental, uma vez que o impetrante objetiva obter a prolação de ordem judicial que dispensa atos processuais executórios e cujo descumprimento enseja responsabilidade da autoridade coatora (MEDINA, 2010).

8.5 Mandado de injunção

Este remédio constitucional constitui outra inovação da constituição de 1988, encontrando seu assento no art. 5º, inciso LXXI da mesma (SILVA, 2010). A modalidade coletiva é construção pretoriana que foi paulatinamente consagrada, inclusive na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.³⁷

O mandado de injunção pode ser proposto pelo titular de direito, liberdade ou prerrogativa constitucional obstada por omissão inconstitucional relativa ao dever de regulamentar, seja pessoa natural, pessoa jurídica de direito público ou privado, e até mesmo entes despersonalizados (MEDINA, 2010).

Trata-se de mecanismo do controle difuso de constitucionalidade, cujo escopo é o de sanar a violação de direitos decorrente de omissão inconstitucional no

³⁵ O *habeas data* caracteriza-se pela gratuidade, constitucionalmente prevista (art. 5º, LXVII) e extensiva ao procedimento administrativo por disposição expressa da Lei 9.507/97, art. 21.

³⁶ A Lei n. 9.507/97 foi omissa quanto ao cabimento de liminar, o que gera dissenso doutrinário. Paulo Roberto Gouvêa Medina entende possível eventual antecipação de tutela (art. 273, I do Código de Processo Civil). (MEDINA, 2010).

³⁷ MI n. 20 e MI 361 (1994). A doutrina costuma apontar como as origens remotas do instituto a Inglaterra do século XIV, especialmente a atuação da jurisdição da *Equity*, exercida pelo Tribunal da Chancelaria, a partir da valoração dos elementos do caso e princípios de justiça material. Alguns buscam suas origens próximas Origens no *writ of injunction*, ação existente nos Estados Unidos da América, assim como na garantia da *Equal protection clause* (14ª Emenda à Constituição norte-americana de 1787). (MEDINA, 2010); (SILVA, 2010). A despeito de suposta inspiração no instituto denominado *writ of injunction* norte-americano e da semelhança nominal com este, a melhor orientação parece ser aquela que afirma serem inconfundíveis os institutos.

dever de regulamentar e ostentando, portanto, efeitos *inter partes* ou eventualmente coletivos, mas não gerais.³⁸

O objeto do mandado de injunção consiste na falta de norma regulamentadora de preceito constitucional e o objetivo do remédio é assegurar o pleno exercício de direitos, liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à soberania, à cidadania e à nacionalidade (MEDINA, 2010).³⁹

Entre as posições sobre os efeitos do mandado de injunção encontram-se, sabidamente, a posição não concretista e as posições concretista mediata e imediata. Parece acertado o entendimento no sentido de que ao mandado de injunção deve ser conferida função normativa e concretizadora (SILVA, 2011).⁴⁰

A posição prevalecente entende que o mandado de injunção, por sua natureza, não comporta liminar, embora haja dissidência na doutrina. Os efeitos do julgamento no sentido da procedência do remédio constitucional são *ex nunc* ou irretroativos no que diz respeito a seu caráter constitutivo (SIQUEIRA JR., 2010).

Em virtude da ausência de regulamentação, até a presente data, do art. 5º, LXXI, da Constituição Federal, o procedimento adotado para o processo e julgamento do mandado de injunção tem sido o da Lei n. 12.016/2009, por analogia e por disposição expressa da Lei n. 8.038/1990 nesse sentido (art. 24) (MEDINA, 2010).

Em suma, o Direito Processual Constitucional brasileiro conta com um conjunto de remédios ou garantias, a maioria de natureza processual, que tutelam diversos direitos e liberdades fundamentais.

A maioria desses remédios ostentam características comuns a diversas instituições equivalentes no Direito Comparado, como a sumariedade, a

³⁸ Veja-se Dantas, 2007. Na versão coletiva são legitimados ativos os mesmos do mandado de segurança, quais sejam sindicato, entidade de classe, partido político (MI 369-6 DF).

³⁹ A jurisprudência tem assentado entendimento no sentido de que não cabe mandado de injunção para assegurar direito previsto em Lei Complementar ou direito previsto no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT (STF). A legitimidade passiva é do poder, órgão ou autoridade com poder de regulamentar, restringindo-se, portanto, a pessoas estatais. Os particulares não possuem legitimidade passiva em sede de mandado de injunção (MI 352-1/RS).

⁴⁰ É sabido que a jurisprudência do STF abandonou a orientação não concretista, adotando a orientação concretista, ora mediata, ora imediata. Consultem-se as célebres decisões do STF nos MI 107-3 DF (1989), MI 168-5/RS (1990), MI 283-3 DF (1991), MI 355-6 (1994), MI 232-1/RJ (2006), MI 670-ES (2006), MI 708-DF (2007). Veja-se Medina, 2010; Siqueira Jr., 2010.

informalidade, a prioridade e a gratuidade. Há, contudo, algumas limitações no que diz respeito à dispensa de capacidade postulatória, oponibilidade contra particulares e outros aspectos, que ficam ressaltados especialmente ao se examinar remédios constitucionais estrangeiros, como o Amparo latino-americano, que será objeto do item sucessivo.

9 O AMPARO LATINO-AMERICANO

Para examinar com maior profundidade a temática dos remédios constitucionais, após o breve esboço histórico traçado, convém abordar a jurisdição constitucional das liberdades por meio do método comparativo.

Para tanto, analisar-se-á sumariamente o instituto do amparo constitucional, de origem mexicana, um instrumento bastante amplo de tutela jurisdicional dos direitos fundamentais, que conheceu grande difusão ao longo dos séculos XIX e XX.⁴¹

O instituto do amparo origina-se no Direito Constitucional mexicano, sendo que posteriormente conheceu grande difusão pela América Latina, Europa e, mais recentemente, África e Ásia. Indicam-se comumente como seus antecedentes e inspiração o *Habeas Corpus Act* inglês de 1679, além da influência da Constituição norte-americana de 1781 e do célebre *leading case Marbury v. Madison*, de 1803. (FERRER MAC-GREGOR, 2006).

A despeito de tal origem ser bastante difundida e celebrada, e sem recusar a evidente influência do Direito Constitucional norte-americano sobre o Direito Constitucional mexicano, há quem advirta para a influência de outros sistemas jurídicos na criação do instituto.

Héctor Fix-Zamudio, por exemplo, aponta para origens hispânicas da denominação do instituto, derivado, segundo ele e com base em Felipe Tena Ramírez, de instituições homônimas do direito castelhano e, ainda, nos processos

⁴¹ Renunciar-se-á, portanto, a qualquer pretensão mais ambiciosa, como uma que abrangesse os *writs* constitucionais anglo-americanos e os remédios constitucionais a Europa central, por inviabilidade de uma abordagem tão ampla no presente estudo. A escolha é em grande medida arbitrária, tendo por objetivo, como qualquer comparação jurídica, extrair conclusões a partir da comparação, consistentes em juízos de semelhança e dessemelhança que possam contribuir para ampliar o conhecimento do objeto, no caso, os remédios constitucionais cotejados.

forais do direito aragonês, institutos protetores dos direitos dos governados (FIX-ZAMUNDIO, 1993).⁴²

A criação do amparo é atribuída a Manuel Crescencio García Rejón y Alcalá (1799-1849), jurista mexicano que foi autor do projeto de constituição do Estado de Yucatán de 1840, aprovado em 1841, e que previa e regulava o instituto em seus artigos 8º, 9º e 62. Posteriormente o instituto foi estabelecido em nível federal pelo artigo 25 do ato de reformas de 1847 e, posteriormente, na Constituição Federal de 1857 (arts. 101 e 102) e, finalmente, na atual Constituição de 1917 (arts. 103 e 107) (FERRER MAC-GREGOR, 2006; FIX-ZAMUNDIO, 1993).

O amparo foi recepcionado na América Central e na Espanha em um primeiro momento (século XIX e primeira metade do século XX), sendo recepcionado posteriormente em países da América do Sul, nomeadamente Argentina, Venezuela, Bolívia, Equador e Paraguai (décadas de 1950 e 1960) e, por fim, Peru, Chile, Uruguai, Colômbia e República Dominicana (décadas de 1970 a 1990). Mais recentemente conheceu difusão pelo leste europeu, África e Ásia (FERRER MAC-GREGOR, E. 2006).⁴³

O instituto mexicano é extremamente amplo em seu escopo, sendo possível identificar atualmente ao menos cinco dimensões, a saber, o denominado amparo liberdade – instituto que faz as vezes do *habeas corpus* – o amparo contra decisões judiciais – instituto equivalente ao recurso de cassação – o amparo contra leis – instituto de impugnação de inconstitucionalidade – o amparo como contencioso administrativo e, por fim, o amparo social, instrumento de proteção de camponeses e populações rurais, existente após o ano de 1963.⁴⁴

Alguns países latino-americanos em lugar de recepcionar o amparo acolheram acepção ampla do *habeas corpus*, como é o caso do Peru. Em outros países da América Latina o instituto não foi introduzido por ato legislativo, mas passou-se a depreendê-lo a partir da cláusula de recepção automática, como fazem a Argentina e República Dominicana, sendo que em alguns países, como a

⁴² Nesse sentido, e para aprofundar tal temática, remete-se à obra de Fairén Guillén, 1971.

⁴³ Como observa Calogero Pizzolo (2006), a incorporação do instituto em outras ordens jurídicas é mais tardia.

⁴⁴ Sobre a temática veja-se Pizzolo, 2006. Sobre o caráter subsidiário do amparo espanhol confira-se Dantas, 2007, p. 685. Sobre o mesmo ponto em outros ordenamentos veja-se Pizzolo, 2006, que se refere ao caráter extraordinário do amparo, bem como ao requisito por vezes existente do esgotamento das vias administrativas.

República Dominicana, o amparo constitui construção pretoriana. A maioria dos países que o adotam, porém, constitucionalizou e legalizou o instituto. (FERRER MAC-GREGOR, E. 2006).

Fix-Zamudio identificou o amparo nos ordenamentos jurídico-constitucionais latino-americanos mais variados, como, por exemplo, os da Argentina, da Bolívia, da Costa Rica, de El Salvador, da Guatemala, de Honduras, da Nicarágua, do Panamá, do Paraguai, do Peru, do Uruguai e da Venezuela, além, é claro, do México (FIX-ZAMUNDIO, 1993).

O autor identifica, ainda, influência do instituto de origem mexicana sobre diversos documentos e instrumentos internacionais de proteção de direitos humanos. Cita especificamente a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem de 1948 (art. XVIII), a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 (art. 8º), o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966 (art. 2ª, 3) e, ainda, a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 (art. 25) (FIX-ZAMUNDIO, 1993).

A nomenclatura do instituto é variada, havendo registro das expressões ação de amparo, recurso de amparo, juízo de amparo, garantia de amparo, direito de amparo, assim como recurso de proteção (Chile) e ação de tutela (Colômbia) (FERRER MAC-GREGOR, 2006).

Sua natureza jurídica é controvertida, havendo autores que o classificam como ação, meio de impugnação, recurso, instituição política, instituição de controle, interdito, quase-processo, processo jurisdicional autônomo, entre outros (FERRER MAC-GREGOR, 2006; PIZZOLO, 2006).

No México, a instituição em estudo ostenta uma tutela omnicomprensiva, não existindo nenhuma outra garantia constitucional direta e específica. Ou seja, no direito mexicano a garantia constitucional em exame serve, de modo geral, para a tutela de todos os direitos e liberdades fundamentais. Calogero Pizzolo observa que em países como o México e a Venezuela o amparo é genérico, sendo que o *habeas corpus* é considerado um subtipo do amparo. (PIZZOLO, 2006).⁴⁵

Na maioria dos países que o adotam, no entanto, a liberdade ambulatoria, que é tutelada em geral pelo *habeas corpus* concebido como remédio constitucional

⁴⁵ Sobre o amparo venezuelano e seu desenvolvimento, confira-se Brewer-Carías, 1988, p. 1703-1759.

autônomo. Em alguns casos também se exclui a tutela relativa a dados pessoais, tendencialmente reservada ao *habeas data*, como na Argentina, consagrando-se o que alguns denominam de tríade garantista (amparo, *habeas corpus* e *habeas data*).

No que tange à legitimidade ativa, esta é tende a ser reconhecida, de modo geral, a qualquer pessoa natural ou jurídica que seja titular dos direitos fundamentais objeto de proteção.⁴⁶ Verifica-se, ainda, uma tendência em reconhecer a legitimidade de outros órgãos, na qualidade de legitimados extraordinários, como o *Ombudsman* e as associações, registrando-se, ainda, casos de amparo coletivo, como na Argentina (FERRER MAC-GREGOR, 2006).

São legitimados passivos, de modo geral, tanto autoridades públicas quanto agentes privados. Isso faz com que o amparo desempenhe o papel de importante instrumento para a proteção horizontal ou interprivada dos direitos fundamentais (FERRER MAC-GREGOR, 2006).⁴⁷

A ação de amparo ostenta a sumariedade que é típica das instituições integrantes da jurisdição constitucional das liberdades, evidenciada pela previsão de prazos bastante reduzidos (PIZZOLO, 2006).

Com efeito, Calogero Pizzolo identifica alguns princípios processuais regentes do amparo, notadamente a brevidade dos prazos, a gratuidade, o cumprimento imediato das decisões, a não-suspensão em estado de exceção, entre outros, como a oralidade, a publicidade de a informalidade (PIZZOLO, 2006).

Ensina Eduardo Ferrer Mac-Gregor que em princípio são impugnáveis pelo amparo todo ato de ameaça ou violação concretos de direitos e liberdades fundamentais. No entanto há que se observar a existência do que Calogero Pizzolo denomina requisitos materiais, que podem ser expansivos ou limitativos do remédio, como, por exemplo, poder ou não ser manejado contra atos passados, presentes ou

⁴⁶ Como observa Pizzolo (2006), a legitimação ativa pode ser interpretada ampliativa ou restritivamente em diferentes sistemas jurídicos nacionais. Sobre outros aspectos referentes à legitimação ativa em diferentes países latino-americanos remete-se ao estudo do autor.

⁴⁷ Cabe citar, como precedente célebre, o caso “Samuel Kot”, julgado na Argentina no ano de 1958. Ressalve-se que da análise comparativa depreendem-se três possibilidades, quais sejam, amparo contra atos de autoridades públicas apenas e amparo contra atos de autoridades públicas ou de agentes privados, que outorga, sem dúvida, proteção mais ampla. Enquadram-se na segunda hipótese a Argentina, o Paraguai, a Bolívia e o Peru, entre outros. (PIZZOLO, 2006).

futuros, ou ainda, a existência de exigências como as de “lesão grave” ou “arbitrariedade manifesta”, conforme cada ordenamento jurídico positivo particular (PIZZOLO, 2006).

A despeito disso, registram-se poucos casos de cabimento contra normas de caráter geral, notadamente em alguns países da América Central (FERRER MAC-GREGOR, 2006), diversamente do que ocorre quanto a alguns institutos análogos existentes na Europa (*Verfassungsbeschwerde* alemã, notadamente).⁴⁸

10 CONCLUSÃO

A temática das garantias fundamentais ou remédios constitucionais revela-se extremamente relevante na teoria constitucional contemporânea, visto que os direitos fundamentais não prescindem de uma tutela adequada para sua eficácia e concretização.

O breve panorama histórico-comparativo aqui traçado sobre os remédios constitucionais revela o paulatino desenvolvimento da pluralidade de instrumentos existentes no Brasil e sua evolução ao longo da história constitucional brasileira, pela via constituinte ou pretoriana. A perspectiva comparativa com a instituição equivalente do amparo, por sua vez, revela similitudes e dessemelhanças relevantes.

De um ponto de vista geral percebe-se que todos os institutos analisados possuem pontos importantes de convergência. A simplicidade, a informalidade, a celeridade, o procedimento sumário, a gratuidade, a prioridade, são características partilhadas por diversos dos instrumentos de efetivação dos direitos fundamentais no Brasil e da América Latina.

Aliás, tais características são e devem ser, de resto, típicas de muitos institutos do Direito Processual Constitucional em geral e da jurisdição constitucional

⁴⁸ Sobre os institutos análogos ao amparo no direito da Europa central, como o “recurso constitucional” (*Verfassungsbeschwerde*) austríaco e alemão, remete-se ao clássico estudo de Cappelletti sobre a jurisdição constitucional da liberdade (vide referências bibliográficas). Consulte-se, ainda, a introdução à jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão feita por Leonardo Martins na versão em língua espanhola da obra de Schwabe. (SCHWABE, 2005).

das liberdades em particular, dada a autonomia do processo constitucional em relação a outros âmbitos do direito processual.

No entanto, da análise do regime jurídico e da jurisprudência relativa a tais remédios vez por outra se depreende que as normas que visam simplificar o procedimento e permitir um julgamento célere e uma tutela eficaz, constitucionalmente e temporalmente adequada, por vezes têm sido convertidos, de maneira um tanto equivocada, em requisitos formais que se revelam, ao fim e ao cabo, óbices a tal finalidade.

Recordem-se, como ilustração, os requisitos e exigências muitas vezes exagerados para a concessão de tutela de direitos fundamentais em sede de mandado de segurança, de acordo com a jurisprudência brasileira.

Exigências exageradas, excessiva rigidez formal e apego a aspectos puramente processuais, por exemplo, podem atuar no sentido contrário do *telos* originário do regime sumário dos remédios e, conseqüentemente, do âmbito do constitucionalmente adequado, deixando de operar no sentido de proporcionar uma tutela célere e eficaz e passando a impedir a tutela judicial adequada de uma miríade de situações de ameaça ou violação de direitos fundamentais que a exigiriam.⁴⁹

Outros aspectos chamam a atenção, especialmente a questão relativa à eficácia interprivada ou perante particulares. Embora a jurisprudência brasileira admita excepcionalmente a eficácia interprivada de alguns remédios constitucionais, como é o caso do *habeas corpus* manejado contra particulares, ainda é forte a compreensão no sentido de que tais remédios operariam essencialmente contra o poder público ou contra agentes privados exercendo funções públicas ou a elas equiparadas.

É o caso, uma vez mais, do mandado de segurança, uma vez mais, cuja previsão constitucional já restringe o âmbito dos possíveis legitimados passivos. Nisso percebe-se um descompasso entre tal garantia constitucional e aquela que por

⁴⁹ Confira-se a crítica análoga de Calogero Pizzolo (2006) quanto às teses jurisprudenciais restritivas quanto ao cabimento do amparo. Com efeito a crítica não se circunscreve ao direito brasileiro, e atinge, muitas vezes, o próprio instituto do amparo, em face de exigência de observância mais ou menos estrita do requisito da subsidiariedade, por exemplo, entre outros fatores.

vezes é considerada seu equivalente funcional, o amparo, remédio constitucional que, como visto, em diversos ordenamentos, embora não em todos, é cabível contra ofensas oriundas de agentes do poder público e de particulares.

É importante lembrar que para que haja ofensa a direitos fundamentais não é essencial que a ofensa a direitos fundamentais emane de órgãos públicos, e que talvez seja o caso de temperar as restrições da legitimidade passiva quando isso for necessário para obter tutela judicial adequada para ameaças ou lesões graves a direitos fundamentais não sanáveis por *habeas corpus* ou por *habeas data*.

Ao que parece algumas das teorias da eficácia horizontal ou *erga omnes* dos direitos fundamentais poderiam servir de supedâneo teórico para justificar, em casos excepcionais, o cabimento do *writ of mandamus* tendo por coator um agente privado.

De todo modo, diversos aspectos importantes relativos aos diversos aspectos processuais dos institutos aqui brevemente cotejados foram deixados de lado, por impossibilidade de seu tratamento no presente estudo. Tais aspectos parecem ainda reclamar e merecer atenção em pesquisas científicas que aprofundem aspectos importantes e particulares de tais instituições, no sentido de aprofundar sua compreensão e, quiçá, aprimorar os remédios constitucionais nacionais.

11 REFERÊNCIAS

- BONAVIDES, Paulo. **Direito Constitucional**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BREWER-CARÍAS, Allan R. Situación actual del derecho de Amparo en Venezuela. In: Universidade Autônoma do México, **Estudios en homenaje al Doctor Héctor Fix-Zamundio e sus treinta años como investigador de las Ciencias Jurídicas**. Tomo III. Cidade do México: Instituto de Investigações Jurídicas, 1988, 1703-1759.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet, Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003.
- CAPPELLETTI, Mauro. **Jurisdicción Constitucional de la Libertad, La**. Trad. Héctor Fix-Zamundio. Cidade do México: Universidade Autônoma do México, 1961.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- DANTAS, Ivo. **Constituição & Processo**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Curitiba: Juruá, 2007.

- FAIRÉN GUILLÉN, Víctor. **Antecedentes aragoneses de los juicios de amparo.** Cidade do México: Universidade Autônoma do México, 1971.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Breves notas sobre el amparo latino-americano desde el Derecho Procesal Constitucional comparado. **Dikaión: Lo Justo**, ano 20, n. 15, Chía (Colômbia), nov. 2006, p. 174-198.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. **Panorámica del Derecho Procesal Constitucional y Convencional.** Madrid: Marcial Pons, 2013.
- FIX-ZAMUNDIO, Héctor. El juicio de Amparo mexicano y el recurso constitucional federal alemán (breves reflexiones comparativas). **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, ano XXVI, n. 77, Cidade do México, mai./ago. 1993, p. 461-488.
- FIX-ZAMUNDIO, Héctor. **Ensayos sobre el Derecho de Amparo.** Cidade do México: Universidade Autônoma do México, 1993.
- MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. **Direito Processual Constitucional.** 4. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional.** Tomo IV: Direitos Fundamentais. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2008.
- PEREIRA, Sebastião Tavares. **Devido processo substantivo.** Florianópolis: Conceito, 2008.
- PIZZOLO, Calogero. Las fórmulas sobre amparo en el Derecho Constitucional Latinoamericano: primer avance sobre su estudio y análisis comparativo. **Dikaión: Lo Justo**, ano 20, n. 15, Chía (Colômbia), nov. 2006, ano 15, n. 10, p. 115-117.
- SARLET, Ingo. **Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na perspectiva constitucional.** 11 ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- SCHWABE, Jürgen. **Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão.** Trad. Beatriz Hennig *et al.* Montevideu: Fundação Konrad Adenauer, 2005.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 34. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2011.
- SILVA, Virgílio Afonso da. **Constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares.** São Paulo: Malheiros, 2005.
- SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton. **Direito Processual Constitucional.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- STEINMETZ, Wilson. **Vinculação dos particulares a Direitos Fundamentais.** São Paulo: Malheiros, 2004.
- TAVARES, S. P. **Devido Processo Substantivo (substantive due process).** Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.