

5

A Constituição da República e a omissão do Estado brasileiro em internalizar as normas convencionais internacionais de direitos humanos

A defesa da tese da incorporação automática dos tratados de direitos humanos como norma constitucional, tem como uma de suas principais justificativas a o argumento de que, caso tal doutrina não prevaleça, o Poder Executivo estaria autorizado a postergar *ad infinitum* a vigência interna dos pactos internacionais de direitos humanos, deixando desprotegidos os direitos humanos tutelados por estes. Uma interpretação atenta da Constituição permite contestar essa conclusão, haja vista que da Lei Fundamental brasileira se vislumbra não só a possibilidade de se responsabilizar o Estado em função de tal omissão, como, também, a utilização de instrumentos destinados a suprir a inércia do Executivo em incorporar os tratados internacionais.

5.1

O esgotamento dos recursos internos como requisito para a obtenção da proteção internacional dos direitos humanos

Cabe relevar, aqui, que para que seja invocada a proteção pelos órgãos que compõem o sistema internacional de direitos humanos, assim como ocorre nos casos em que se pretende invocar a responsabilidade internacional de um Estado perante os órgãos judiciais internacionais, se impõe que o interessado esgote todos os meios e recursos judiciais e administrativos que o ordenamento interno do Estado apontado como infrator disponibiliza.¹ Essa regra se justificaria por duas razões: A primeira consiste no fato de que o indivíduo, ao optar por ingressar em um Estado estrangeiro aceita se submeter às leis que regem a todos os que se encontram sob sua jurisdição, a segunda razão que justifica a aplicação dessa regra decorre da presunção de que os ordenamentos de todos os Estados se

¹ DINH, Nguyen Quoc. **Droit International Public**. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1975, pp. 643-644.

equivalentes na ordem internacional, assim merecendo igual respeito e confiança na suas respectivas capacidades de administrar justiça.² A regra foi desenvolvida tendo em vista o instituto da proteção diplomática, tendo em vista violações ao direito do indivíduo, enquanto estrangeiro, e como uma prevenção contra a interferência indevida de um Estado nos assuntos internos de outro.³ Em princípio, seria de se estranhar a aplicação da fórmula do esgotamento dos recursos internos naquilo do concerne à proteção internacional dos direitos humanos, eis que poderia ser considerada como uma limitação indevida a efetiva proteção dos direitos humanos.

Na prática é o contrário que se verifica, pois o seu reconhecimento, mais ainda, a sua consignação expressa nos tratados internacionais de direitos humanos impede que a soberania seja utilizada como escusa para a não participação em referidas convenções. Ademais, a adoção de referida cláusula serve de incentivo a instituição de remédios internos confiáveis isto é de órgãos judiciais imparciais, de modo a assegurar uma pronta e eficaz reparação ao indivíduo lesado.⁴ Como é fácil constatar, a regra do esgotamento dos recursos interno, ao permitir que o litígio se solucione internamente, presta homenagem à soberania estatal, impedindo a extrapolação do conflito para o campo internacional, dessa forma em muito auxiliando na redução dos conflitos e tensões entre os integrantes da sociedade internacional.⁵ É bom sublinhar que para a caracterização da responsabilidade do Estado por uma violação de direito internacional não depende da observância de tal regra, antes um requisito processual, do que uma regra de natureza substantiva. Como tal, condiciona a admissibilidade de uma reclamação perante os órgãos jurisdicionais internacionais, mas jamais a caracterização da constituição do ilícito internacional.

A prática internacional mostra que a regra de esgotamento dos recursos internos é geralmente objeto de previsão expressa nos tratados internacionais de direitos humanos. É o que ocorre no caso do Pacto de São José de Costa Rica, em

² DINH, Nguyen Quoc . **Droit International Public**. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1975, p. 644.

³ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **O Esgotamento de Recursos Internos no Direito Internacional**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1984, pp. 113-115.

⁴ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **O Esgotamento de Recursos Internos no Direito Internacional**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1984, p. 119.

⁵ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **O Esgotamento de Recursos Internos no Direito Internacional**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1984, p. 119.

que o seu artigo 46, (1), “a”, impõe que somente serão admitidas petições quando tenham sido exauridos os remédios locais, de acordo com os princípios gerais de direito internacional. A generalidade dessa cláusula impõe que sua interpretação de se dê de acordo com o fato de que o sistema internacional de proteção aos direitos humanos foi erigido para proteger o indivíduo enquanto indivíduo. A regra deve encontrar seu limite na denegação de acesso à justiça aos indivíduos pelo Estado violador, esteja a se tratar de uma negativa explícita, esteja a se cuidar de um acesso meramente formal, simulado, incapaz de produzir os efeitos esperados de uma justiça imparcial e independente.⁶

No que diz respeito à proteção internacional dos direitos humanos, a regra deve ser interpretada de acordo com o seu beneficiário principal, o indivíduo que teve o seu direito violado, e em consonância com o caráter objetivo das normas internacionais de proteção aos direitos humanos. Compreendida desta forma, os Estados devem ser incentivados a, de um lado, promover o aprimoramento dos seus instrumentos locais de proteção e, de outro, restringir a quantidade de objeções formais à admissibilidade dos recursos perante os órgãos internacionais.⁷ Como a seguir será demonstrado, o Estado brasileiro é pródigo em instrumentos aptos a conferir uma efetiva proteção dos direitos humanos no plano interno inclusive naquilo que toca a falha do Estado de incorporar os tratados internacionais de direitos humanos.

5.2

A proteção judicial conferida pela Constituição da República em face da omissão do Estado em internalizar os tratados internacionais de direitos humanos, ratificados pelo Brasil, que estejam em vigor

O artigo 5º da Constituição da República assegura, por meio de seu inciso XXXV, que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, o que significa que a jurisdição é um direito constitucional, mais do que isso, “... um direito-garantia, sem o qual nenhum dos direitos, reconhecidos e

⁶ DINH, Nguyen Quoc . **Droit International Public**. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1975, p. 644.

⁷ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **O Esgotamento de Recursos Internos no Direito Internacional**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1984, p. 177.

declarados ou constituídos pela Lei Magna ou por outro documento legal, tem exercício assegurado e lesão ou ameaça desfeita eficazmente.”⁸ Por ser a jurisdição monopólio estatal ao mesmo tempo que um direito fundamental, esta aparece como uma prestação, indeclinável e inafastável, do Estado para com o seus cidadãos. Justamente por ser dotada de tais atributos a jurisdição “... tem que ser onipresente. Nada de sua atribuição se pode subtrair...”⁹

Consistindo a omissão do Estado em adimplir com o comando constitucional que impõe a internalização dos tratados internacionais de direitos humanos, em vigor, que tenham sido ratificados pelo Brasil, em ato duplamente lesivo por inviabilizar a promoção e a proteção dos direitos humanos tutelados pelas normas convencionais internacionais, se impõe invocar a tutela jurisdicional a fim de que seja viabilizado o exercício dos direitos que, apesar de reconhecido pelo Executivo e pelo Legislativo como dignos de proteção, tem sua concretização inexplicavelmente diferida pelos responsáveis por sua promulgação e definitiva internalização.

Assim, duas hipóteses se apresentam como aptas a permitir a efetiva implementação da norma sonegada, resultando a reparação pelos danos sofridos em função da mora na incorporação dos tratados internacionais como recurso derradeiro ou de natureza suplementar, nos casos em que a proteção não puder ser concedida antes da superveniência do dano. A primeira é a utilização do mandado de injunção para a obtenção de uma norma temporária, em substituição, às normas que deveriam ter sido internalizadas. A segunda, a impetração de mandado de segurança destinado a obter ordem que determine a promulgação da norma internacional ratificada. Decorrendo dessa mora incompreensível danos para o indivíduo, mister reconhecer o direito do lesado de reclamar do Estado, por meio do judiciário a reparação do dano causado, a fim de que seja restaurada a esfera jurídica do indivíduo. A implementação de qualquer dessas duas soluções depende de se aceitar a possibilidade de responsabilidade do Estado em função de omissão do ato legislativo. Caracterizada a omissão estatal como juridicamente relevante,

⁸ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes *in* TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coordenador) **As Garantias do Cidadão na Justiça**. São Paulo: Editora Saraiva, 1993, p. 42.

⁹ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes *in* TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coordenador) **As Garantias do Cidadão na Justiça**. São Paulo: Editora Saraiva, 1993, p. 45.

estão erigidos os alicerces que possibilitarão sustentar os argumentos em prol da utilização dos remédios providos pela Constituição de 1988.

5.2.1

A responsabilidade civil do Estado brasileiro por omissão de ato legislativo

Além da responsabilização internacional do Estado infrator, o ordenamento jurídico brasileiro também prevê a possibilidade de que qualquer um, em caso de lesão ou prejuízo à sua esfera jurídica, exija judicialmente a reparação do dano, seja este moral ou material. A Constituição de 1988 é pródiga em dispositivos que asseguram esse direito. O inciso V, do artigo 5º, da Carta, por exemplo, assegura o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem, enquanto que o inciso X, do mesmo artigo, garante o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente da intimidade, da vida privada, da honra ou da imagem das pessoas. Do mesmo modo, o inciso XXXV, também do artigo 5º, determina que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

No caso específico da responsabilidade do Estado, o artigo 37 da Lei Fundamental brasileira, deixa claro em seu § 6º que:

§ 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Como se extrai da leitura de indigitado dispositivo, no Brasil, a responsabilidade civil do Estado para ser caracterizar prescinde de culpa, bastando para tanto que da ação ou omissão do agente Estatal resulte uma lesão a terceiros. O dever de reparar independe do fato de ser a ação ou omissão do agente público ato ilícito, sendo suficiente que o dano causado resulte para quem o sofreu em um ônus maior do que o que é imposto aos demais integrantes da sociedade. Aqui, cabe notar que, para caracterizar a responsabilidade civil, mister que haja uma violação do direito de terceiro e não o apenas o sacrifício desse direito, isto é, que o direito do administrado pereça como consequência direta de um ato lícito do

Estado.¹⁰ Explica-se, em alguns casos o próprio ordenamento autoriza o Estado a fazer perecer um direito privado, também tutelado pela legislação, em atendimento ao superior interesse público, indenizando em pecúnia o titular daquele direito.¹¹ Isso difere daquelas situações em que o dano não se encontra no conteúdo do ato lícito, mas dele decorre indiretamente, gerando, ai sim a responsabilidade estatal.¹² Em ambos os casos, o titular do interesse prejudicado tem o direito de exigir do Estado a recomposição de sua esfera jurídica, seja pela restituição ou pela reparação, por meio de ressarcimento ou indenização.

O Estado se encontra em posição privilegiada em comparação com àqueles que se encontram sob sua jurisdição. Não só detém o monopólio do uso da força, mas “... é o próprio Poder Público quem dita os termos de sua presença no seio da coletividade e é ele quem estabelece o teor e a intensidade de seu relacionamento com os membros do corpo social.”¹³ O Estado cumpre suas funções no benefício de toda a população, não sendo lícito que alguns sejam excessivamente onerados em benefício dos demais.¹⁴

No caso de uma violação direta a um direito fundamental, a caracterização da responsabilidade civil do Estado é uma tarefa fácil, pois a própria noção de Estado de direito implica na noção de Estado responsável.¹⁵

Se houve conduta estatal lesiva a bem jurídico garantido de terceiro o princípio da igualdade – inerente ao Estado de Direito – é suficiente para reclamar a restauração do patrimônio jurídico do lesado. Qualquer outra indagação será despicienda, por já haver configurado situação que reclama em favor do atingido o patrocínio do preceito da isonomia.¹⁶

Assim, por exemplo, se a construção de um edifício para albergar uma cadeia pública desvaloriza o preço dos imóveis vizinhos, os proprietários têm o

¹⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 14ª edição, revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p.836.

¹¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 14ª edição, revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p.836.

¹² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 14ª edição, revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p.837.

¹³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 14ª edição, revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p.839.

¹⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, 11ª edição, São Paulo: Editora Atlas S.A., 1999, p. 500.

¹⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 14ª edição, revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p.852.

¹⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 14ª edição, revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p.853.

direito de reclamar uma indenização por essa desvalorização. O mesmo se diga a respeito de atos ilícitos praticados por agentes públicos em nome do Estado. Por exemplo, aquele que foi preso ilegalmente tem o direito de pedir uma indenização do Estado pelos danos sofridos. A dificuldade surge é nos casos em que o dano se dá em função da omissão do Estado, é esse o problema que interessa ao presente trabalho. Como acima restou estabelecido, o Brasil, por força do artigo 4º da Convenção de Havana, bem como pelo fato de serem aplicáveis aos tratados ratificados pelo Brasil as regras instituídas pela Constituição para a promulgação de Leis Ordinárias, o dever de internalizar, por meio da promulgação e publicação, os tratados internacionais ratificados pelo Executivo. O problema que disso surge é se a demora ou omissão do Estado em praticar o ato do procedimento legislativo destinado a tornar a norma internacional obrigatória no ordenamento interno gera, ante a causação de um dano a um indivíduo, responsabilidade para o Estado.

Pois bem, a omissão do Estado, apta a gerar a sua responsabilização, somente se caracteriza quando o Estado tem o dever legal de impedir o resultado danoso, vez que nestes casos não é o Poder Público o autor do ato lesivo.¹⁷ “*Não bastará, então, para o configurar-se responsabilidade estatal, a simples relação entre ausência do serviço (omissão estatal) e o dano sofrido.*”¹⁸ É bom se ter em mente que o que aqui se pretende sustentar é a responsabilidade estatal decorrente da sua omissão de seu órgão legislativo em encerrar o processo legislativo. Omissão esta, diga-se, que dependendo do caso poderá ter origem, tanto no Executivo, quanto no Legislativo, mas cujo responsável será sempre a União. A doutrina e a jurisprudência pátrias se mostram refratárias em admitir a possibilidade da responsabilizar o Estado, mesmo nos casos em que o ato (comissivo) legislativo gera um dano direito para o indivíduo. Vários são os argumentos lançados para dar sustentação a essa irresponsabilidade do Estado frente os danos causados em função dos atos legislativos. Dentre estes argumentos três se destacam:

¹⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 14ª edição, revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p.855.

¹⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 14ª edição, revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p.855.

1. o Poder Legislativo atua no exercício da **soberania**, podendo alterar, revogar, criar ou extinguir situações, sem qualquer limitação que não decorra da própria Constituição;
2. o Poder Legislativo edita normas gerais e abstratas dirigidas a toda a coletividade; os ônus delas decorrentes são iguais para todas as pessoas que se encontram na mesma situação, não quebrando o princípio da igualdade de todos perante os ônus e encargos sociais;
3. os cidadãos não podem responsabilizar o Estado por atos de parlamentares por eles mesmos eleitos.¹⁹

Contra esses argumentos respostas não faltam. De pronto, são jogados ao chão pela lembrança de que todos os Poderes do Estado estão obrigatoriamente sujeitos à Constituição, Lei Suprema que vincula a atividade de todos aqueles que se encontram no Estado por ela regido. Por isso, a prática de qualquer ato, inclusive legislativo, contrário à Constituição Brasileira e que ocasione danos para terceiros, dentro do território estatal, deve ser considerado ilícito, por exorbitar da competência legislativa imposta pela Carta Republicana e do mandato parlamentar outorgado pelo povo, por conseguinte, gerando para o Estado a responsabilidade civil.²⁰

Além disso, assim como cabe ao Estado reparar o dano sofrido ao patrimônio de terceiro, em função da prática de um ato lícito, por não ser justo que um indivíduo arque com uma parcela desigual dos ônus decorrentes de um serviço que deve beneficiar a toda a população igualmente, também causa espécie ao Direito que uma lei incida onerosamente de forma desigual sobre uma pequena parcela da população.²¹ Cumpre notar, que aqui não se está a indagar a culpa do legislador sobre o dano ocasionado pelo ato. Assim como ocorre com as demais hipóteses de responsabilidade do Estado, o que se está a indagar é a ocorrência de um dano, causado por um órgão estatal em detrimento do direito de um indivíduo.

Ora, se é impossível construir uma teoria subjetiva da responsabilidade do legislador, é, contudo viável entender que toda sociedade organizada supõe a realização de um equilíbrio entre os direitos do Estado e os direitos dos cidadãos. O indivíduo sofre as imposições do Estado. Se, porém, os encargos rompem a

¹⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, 11ª edição, São Paulo: Editora Atlas S.A., 1999, p. 509.

²⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 5ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 136.

²¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **O problema da responsabilidade do Estado por actos ilícitos**. Coimbra: Livraria Almedina, 1974, p. 147.

necessária proporcionalidade, e sobrevém o dano, a distribuição dos ônus e encargos sociais fundamenta a responsabilidade civil do Estado legislador.²²

Não bastasse isso, os argumentos de que as leis são gerais e abstratas e de que os danos, quando causados pelo Estado, decorrem da atuação concreta da Administração (Executivo), se procedente no modelo liberal de organização estatal, não mais pode vingar como absoluto nos tempos atuais. A velocidade com que novas situações, carentes de regulação, surgem na vida moderna, impõe “... reacções estaduais tendentes a resolver problemas concretos e singulares, situações de necessidade carecidas de remédio urgente, dotadas de executividade imediata e aderentes a um facto determinado...”²³ Logo, independentemente dos motivos que ensejem sua edição, irrelevante mesmo a questão de sua constitucionalidade, se um determinado ato legislativo produzir, dentre seus efeitos, o perecimento de direitos individuais “... a distribuição de encargos e vantagens sociais exige que o lesado seja ressarcido do prejuízo que eventualmente houver suportado.”²⁴

Admitida a possibilidade de que o Estado venha a ser responsabilizado por um dano causado em função da promulgação de um determinado ato legislativo, se impõe pesquisar quanto a possibilidade de que uma inércia na edição de um ato legislativo determinado venha a gerar para o Estado o dever de reparar os danos causados por essa sua omissão. Como aponta Canotilho:

Dentre as imposições constitucionais, algumas há carecidas de suficiente determinabilidade, cabendo ao legislador o *dever constitucional* de lhes dar operatividade prática, de forma a que elas constituam efectivamente direito actual e actuante.²⁵

A caracterização da omissão do Estado é tarefa extremamente difícil, principalmente no caso presente quando o ato cuja implementação se busca muito se aproxima da discricionariedade que informa os um ato políticos. O argumento da discricionariedade de que se socorre o Estado brasileiro quando este,

²² PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 5ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 137.

²³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **O problema da responsabilidade do Estado por actos ilícitos**. Coimbra: Livraria Almedina, 1974, p. 149.

²⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 5ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 137.

²⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **O problema da responsabilidade do Estado por actos ilícitos**. Coimbra: Livraria Almedina, 1974, p. 163.

invocando a soberania, busca se eximir do cumprimento das obrigações internacionais que assumiu, nenhum efeito pode surtir para elidir a responsabilidade do Estado pela sua omissão em fazer viger as normas convencionais de direito internacional. Aqui não está a se sustentar apenas responsabilização do Estado por não ter o Poder Legislativo iniciado e concluído o processo legislativo destinado a editar norma apta a concretizar um direito fundamental previsto constitucionalmente, mas sim ver reconhecido o dever do Estado de reparar danos causados em função de uma norma que, aprovada após o regular trâmite processual legislativo, **somente** não está a produzir efeitos em função do descumprimento de um comando constitucional que determina expressamente a prática de um ato procedimental, qual seja a promulgação da norma convencional já aprovada pelo Legislativo e ratificada pelo Executivo. No caso, o § 7º, do artigo 65 da Constituição de 1988 impõe explicitamente que “se a lei não for promulgada dentro de quarenta e oito horas pelo Presidente da República, nos casos dos § 3º e § 5º, o Presidente do Senado a promulgará, e, se este não o fizer em igual prazo, caberá ao Vice-Presidente do Senado fazê-lo.” Trata-se, pois, de uma norma constitucional impositiva, uma ordem de legislar que impõe “... um dever concreto e permanente, materialmente determinado, que, no caso de não ser cumprido, dará origem a uma *omissão inconstitucional*.”²⁶ Se esta omissão gerar para uma parcela da população ou para um indivíduo determinado um sacrifício de um direito ou ônus desigual ao suportado pelo restante da população se impõe a conclusão de que este pode exigir judicialmente a reparação do dano.

5.2.2

Do cabimento do mandado de injunção para suprir a omissão do Estado brasileiro em internalizar os tratados internacionais.

Como visto acima, “A omissão legislativa só é autónoma e juridicamente relevante quando se conexas com uma *exigência constitucional de acção...*”,²⁷

²⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional** e Teoria da Constituição. 2ª edição, Coimbra: Livraria Almedina, 1998, p. 1046.

²⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “Tomemos a Sério o Silêncio dos Poderes Públicos – O Direito à Emissão de Normas Jurídicas e a Protecção Judicial contra as Omissões Normativas” in

restando estabelecido que tal dever de agir, a necessidade de promulgação dos tratados internacionais em vigor que tenham sido ratificados pelo Brasil, decorre do disposto pelo §7º do artigo 65 da Carta Republicana, caracterizada está uma omissão. Por se tratar, nos casos quem as normas a serem internadas se destinem à proteção dos direitos humanos, mais ainda, dispositivos que dentre seus efeitos concretizem as normas de direito fundamental estatuídas pela Constituição resta evidente que tal omissão deve ser sanada o mais rápido possível. Não basta garantir àqueles lesados por tal omissão o direito de ver os danos sofridos reparados, pois, como já foi aqui afirmado, muitas vezes não é possível restaurar o *status quo ante*, nem reparar de forma adequada a lesão infligida à esfera jurídica individual. As normas de direitos humanos visam não só a proteger o indivíduo, mas também a promoção de suas potencialidades, tarefa que, por vezes, pode se tornar ineficaz em função da demora ou omissão em implementar o instrumental jurídico e administrativo necessário para sua concretização.

A gravidade de uma omissão de tal monta fez como que o Poder Constituinte constitucional consagrasse na Constituição de 1988 dois remédios distintos aptos a viabilizar a reclamação de tutela jurisdicional destinada a forçar a prática do ato omitido. A primeira consiste no mandado de injunção, instrumento previsto no inciso LXXI, do art. 5º da Carta e que será concedido sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. O segundo remédio constitucional instituído pela Constituição da República consiste na ação direta de inconstitucionalidade por omissão, instituto sediado no art. 103, § 2º, da Lei Magna que preconiza que uma vez declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias. Caso a providência seja de competência de órgão administrativo, este tem o prazo de trinta dias para dela desincumbir-se.

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão, na forma em que foi prevista pelo Constituinte, parece de pouca serventia para assegurar um pronto adimplemento com o dever constitucional de legislar. Caso reconhecida a omissão do Legislativo nos autos de uma ação direta de inconstitucionalidade, a sentença

procedente tem natureza declaratória, ou seja, é desprovida de sanção vez que se limita a admitir a inércia de quem tinha o dever de legislar.²⁸ Não só o dispositivo constitucional não prevê uma sanção efetiva a ser aplicada ao Legislativo ou seus integrantes no caso de que, uma vez cientificados, permaneçam inertes, como também, ao contrário do que se verifica na Alemanha,²⁹ não conferiu ao Judiciário a competência para, ante a imobilidade do Parlamento, editar a norma reclamada, mesmo que a título provisório.

Parece-nos, então, que o instrumento é mais uma tentativa de chamar a atenção do povo para eventual inação, *otium* do Poder Legislativo, e que poderá provocar reação social de desprestígio em relação à tarefa que deveria cumprir. Não há dúvida que, neste sentido, a inconstitucionalidade por omissão deve provocar resultados ‘psicológicos’ nos representantes do povo.³⁰

Ao contrário do que ocorre com o mandado de injunção, remédio que, nos termos da Carta Republicana, tem como legitimado o próprio titular do direito lesado, a ação direta de inconstitucionalidade, seja motivada pela edição de legislação contrária à Lei Fundamental, seja ensejada em função da omissão do Legislativo em adimplir com seus deveres constitucionais, somente é passível de ser ajuizada pelos integrantes do rol consignado no artigo 103 da Constituição de 1988, ou seja, o Presidente da República, as Mesas do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, a Mesa de Assembléia Legislativa, o Governador de Estado, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, o partido político com representação no Congresso Nacional e a confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. Por isso, o mandado de injunção se apresenta como o instrumento hábil à concreta efetivação da norma internacional cuja vigência os demais Poderes teimam em sonegar.

A impetração do mandado de injunção depende da existência de requisitos específicos sem os quais sua utilização é descabida. Para que a impetração se

Paulo: Editora Saraiva, 1993, p.354.

²⁸ QUARESMA, Regina. **O Mandado de Injunção e a Ação de Inconstitucionalidade por Omissão** Teoria e Prática. 2ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 62.

²⁹ BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e A Efetividade de Suas Normas.** Limites e Possibilidade da Constituição Brasileira. 3ª edição, atualizada e ampliada, Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1996, p. 163.

³⁰ FIGUEIREDO, Marcelo. **O Mandado De Injunção E A Inconstitucionalidade por Omissão.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991, p. 51.

justifique mister restar configurada a ausência de uma norma destinada a viabilizar o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. A possibilidade de impetração do writ of injunction é controversa naqueles casos em que a ausência de norma específica possa ser suprida por meio da interpretação ou da integração através do uso da analogia, costumes ou princípios gerais de direito.³¹ Principalmente neste último caso pode se argumentar que, podendo o direito fundamental ser exercido por meio de recurso a um princípio jurídico, não há que se falar em falta de norma. Se o sistema jurídico, o ordenamento, consegue prover uma solução normativa apta a permitir o exercício do direito fundamental, não se pode falar em ausência de norma, mas sim de regramento específico. A falta de norma não é sinônimo de norma inadequada, insatisfatória ou insuficiente, razão pela qual não cabe a impetração em tais casos, ao contrário do que ocorre quando se estiver a tratar de norma inconstitucional que, por ser considerada como juridicamente inexistente, autorizaria a impetração do writ.³² Apesar da relutância de alguns doutrinadores quanto ao rol dos direitos que podem ser tutelados por tal remédio constitucional, a sua finalidade, bem como a ausência de cláusula restritiva, impõem seja dado ao dispositivo a interpretação mais ampla possível, a fim de que sua proteção alcance a todos os direitos constitucionais.³³

O mandado de injunção, é bom que se diga, não é instrumento apto a ensejar a prática de um ato, por autoridade pública, destinado a suprir uma omissão lesiva aos direitos individuais. Para tanto, a Constituição de 1988 consagrou, no inciso LXIX, de seu artigo 5º, o mandado de segurança. A impetração do mandado de injunção tem por escopo lograr a edição de uma norma, provisória, destinada a regulamentar uma situação específica, em resolução a um litígio determinado e em proveito específico do impetrante. O que se pleiteia é uma ordem provisória que permita uma solução provisória, até a

³¹ QUARESMA, Regina. **O Mandado de Injunção e a Ação de Inconstitucionalidade por Omissão** Teoria e Prática. 2ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 88.

³² QUARESMA, Regina. **O Mandado de Injunção e a Ação de Inconstitucionalidade por Omissão** Teoria e Prática. 2ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1995, pp. 88-89.

³³ BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e A Efetividade de Suas Normas**. Limites e Possibilidade da Constituição Brasileira. 3ª edição, atualizada e ampliada, Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1996, p. 182.

edição da norma competente, apta a permitir que o impetrante possa exercer os seus direitos fundamentais.³⁴

... ao conceder o mandado, o órgão judicial não legisla, mas cinge-se a resolver o litígio concreto e individual que lhe foi submetido, apenas com a peculiaridade de formular previamente a norma, em vez de restringir-se a aplicar norma já constante do ordenamento – fenômeno bem conhecido no domínio da chamada ‘jurisdição de equidade’, de que não nos faltam outros exemplos no sistema jurídico brasileiro.³⁵

Apesar de a maior parte da doutrina brasileira reconhecer ao mandando de injunção essa capacidade, bem como admitir se tratar de uma medida auto-aplicável, o Supremo Tribunal Federal historicamente tem tolhido as potencialidades desse remédio, recusando-se a editar, em todas as vezes que sua jurisdição foi provocada, a norma destinada a solucionar o caso concreto. Em princípio, entendeu o STF por equiparar, quanto aos efeitos produzidos, o mandado de injunção à ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Ao examinar o Mandado de Injunção nº 107-3, o pleno do Supremo Tribunal Federal adotou a posição pela qual o mandado de injunção seria uma solução conferida ao indivíduo para lograr os mesmos efeitos obtidos pelos legitimados à propositura da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, qual seja, declarar a inconstitucionalidade da omissão e dar conhecimento ao órgão de sua inércia para a tomada das providências cabíveis para supri-la.³⁶ O mesmo argumento utilizado para criticar o instituto da ação direta de inconstitucionalidade por omissão é utilizado por Barbosa Moreira para criticar a conclusão a que então chegou o STF “Realmente: dar ciência da omissão ao órgão omissor é providência de todo em todo inócua, até porque, presumivelmente, ninguém melhor do que ele sabe que vem se omitindo...”³⁷

³⁴ FIGUEIREDO, Marcelo. **O Mandado De Injunção E A Inconstitucionalidade por Omissão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991, p. 29.

³⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Mandado de Injunção, Admissibilidade Licença Sindical de Funcionários do Estado, Mandado de Injunção nº 6/90” *in* **Direito Aplicado – Acórdãos e Votos**. Rio de Janeiro: Editora Forense pp. 362-363.

³⁶ Supremo Tribunal Federal Questão de ordem em Mandado de Injunção nº 107-3, Distrito Federal, Serviço de Jurisprudência, ementário nº 1.595-1, acórdão, p. 1.

³⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Mandado de Injunção, Admissibilidade Licença Sindical de Funcionários do Estado, Mandado de Injunção nº 6/90” *in* **Direito Aplicado – Acórdãos e Votos**. Rio de Janeiro: Editora Forense p. 361.

A decisão proferida naqueles autos foi objeto de um sem número de críticas que podem ou não ter influenciado na mudança na forma pela qual o Supremo Tribunal Federal passou a aplicar o instituto. Segundo noticia Luís Roberto Barroso,³⁸ a alteração no posicionamento do STF teria se verificado quando do julgamento de questão de ordem suscitada nos autos do Mandado de Injunção nº 283-5, que reclamava a concessão de injunção que suprisse a omissão da União em editar a lei prevista como necessária, pelo §3º, do art. 8º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para a concessão de reparação aos cidadãos vitimados por arbitrariedades cometidas pela Aeronáutica durante a ditadura militar. Da ementa do acórdão proferido naqueles autos se verifica que o Supremo deferiu o mandado de injunção para:

- a) declarar em mora o legislador com relação à ordem de legislar contida no art. 8º, §3º, ADCT, comunicando-o ao Congresso Nacional e à Presidência da República;
- b) assinar o prazo de 45 dias, mais 15 dias para a sanção presidencial, a fim de que se ultime o processo legislativo da lei reclamada;
- c) se ultrapassado o prazo acima, sem que esteja promulgada a lei, reconhecer ao impetrante a faculdade de obter, contra a União, pela via processual adequada, sentença líquida de condenação à reparação constitucional devida, pelas perdas e danos que se arbitrem;
- d) declarar que, prolatada a condenação, a superveniência de lei não prejudicará a coisa julgada, que, entretanto, não impedirá o impetrante de obter os benefícios da lei posterior, nos pontos em que lhe for mais favorável.³⁹

Assim, parece que o STF se limitou a reconhecer aquilo que já havia sido afirmado acima, no item 5.3.1, isto é, que o Estado brasileiro é civilmente responsável pelos danos resultantes de sua omissão em legislar. Note-se que a solução encontrada pelo Supremo Tribunal Federal em nada discrepa da solução encontrada acima, qual seja, que o lesado recorra às vias ordinárias. Com a devida vênia, parece que, tendo a Constituição expressamente consagrado o acesso à jurisdição como garantia individual, bem como assegurado o direito à indenização por danos sofridos, inclusive os de natureza moral, o remédio extraordinário do mandado de injunção deveria ter, assim como ocorre com o mandado de segurança, outro fim, que não simplesmente por em mora o Estado

³⁸ BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e A Efetividade de Suas Normas.** Limites e Possibilidade da Constituição Brasileira. 3ª edição, atualizada e ampliada, Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1996, p. 188.

devedor da prestação de legislar. Da mesma forma que se pode ingressar como uma ação anulatória de débito fiscal, é possível utilizar a via mandamental para impedir a autuação fiscal do contribuinte, utilizando os mesmo argumentos expendidos naquela. Os efeitos da decisão favorável serão os mesmos, isto é, o débito tributário não será cobrado. O mandado de segurança aparece como solução mais vantajosa porque, desde que cumpridos os requisitos para sua impetração, seu rito proporciona uma resposta mais urgente. O mandado de injunção, então, deveria ser reconhecido como um instrumento destinado a conferir uma pronta resposta do Poder Judiciário a omissão do Legislativo e não em apenas mais uma etapa processual a ser cumprida, mesmo porque a solução conferida pelo STF não impede que a omissão continue a lesionar a esfera jurídica do indivíduo. Como se indagou o Ministro Marco Aurélio ao votar no julgamento do MI nº 283, “Que concretização é essa que remete à via ordinária?”⁴⁰

A decisão proferida nos autos do MI nº 283-5 foi seguida de outra, de igual teor, nos autos do MI nº 284-3. A análise conjunta de ambas revelou que estas não eram desprovidas de predicados, vez que reconheciam que o mandado de injunção era apto à tutela de todos os direitos constitucionais, bem como que referido remédio, nos casos decididos por referidos acórdãos, tinha o condão de conferir eficácia plena à norma constitucional instituidora do direito reclamado.⁴¹ Uma solução mais afeta aos anseios da doutrina foi conferida pelo STF quando, ao decidir o Mandado de Injunção nº 232-1, em que o impetrante requeria a concessão de injunção destinada a implementar a lei destinada a regular a imunidade tributária prevista pelo art. 195, §7º, da Constituição da República e como estipulado pelo art. 59 do ADCT.⁴² Neste caso o STF resolveu que, em não sendo sanada a mora legislativa dentro do prazo fixado no acórdão, a imunidade tributária do requerente deveria ser considerada auto-aplicável, impedindo que o Estado constituísse contra aquele qualquer crédito de natureza tributária.

³⁹ Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 283-5, Distrito Federal, Serviço de Jurisprudência, ementário nº 1.642-1, acórdão, p. 1.

⁴⁰ Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 283-5, Distrito Federal, Serviço de Jurisprudência, ementário nº 1.642-1, acórdão, p. 27.

⁴¹ BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e A Efetividade de Suas Normas.** Limites e Possibilidade da Constituição Brasileira. 3ª edição, atualizada e ampliada, Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1996, p. 189 *apud* FLAK, Milton “Instrumentos Processuais de Defesa Coletiva”, conferência pronunciada em 20.07.92 na Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro.

Note-se, no entanto, que na hipótese aqui versada, o Tribunal não precisará suprir qualquer lacuna normativa. Limitar-se-á a considerar auto aplicável norma que conferia um direito, mas condicionava-o ao preenchimento de requisitos que a lei ditaria. Não há pois maior dificuldade, nem se exige do Judiciário uma atuação de integração da ordem jurídica.⁴³

O acórdão proferido nos autos do MI 232-1 foi o que mais próximo atendeu aos anseios da doutrina e de parte dos integrantes da Corte Constitucional, mais especificamente, aqueles expressados pelos Ministros Carlos Velloso, Célio Borja e Marco Aurélio que, como já haviam feito em julgamentos anteriores, pugnaram na sessão em que foi apreciada referida injunção, a necessidade de se dar ao instituto sua real interpretação, qual seja que sua aplicação se destina a dar real efetividade às normas constitucionais.⁴⁴ As reclamações contidas nesses votos minoritários permanecem alheias à maioria do Tribunal, pois a posição que até hoje predomina é a de que tal remédio constitucional se destina a viabilizar uma ação destinada a assegurar a reparação do dano sofrido em função da omissão do Estado em exercer sua função legislativa.⁴⁵

A recalcitrância do STF em dar ao mandado de injunção os efeitos proclamados pela doutrina tem um fundamento sólido, qual seja, o de que não poderia o Judiciário se imiscuir nas competências dos demais Poderes do Estado, substituindo-os em suas funções essenciais, sob pena de incorrer em grave ofensa ao princípio da separação de Poderes. A previsão constitucional do mandado de injunção não permitiria, no entender do próprio Supremo Tribunal Federal, a edição da norma regulamentadora.⁴⁶ Para alguns, o princípio da separação dos

⁴² Supremo Tribunal Federal Questão de ordem em Mandado de Injunção nº 232-1, Rio de Janeiro, Serviço de Jurisprudência, ementário nº 1.655-1, acórdão, p. 18

⁴³ BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e A Efetividade de Suas Normas.** Limites e Possibilidade da Constituição Brasileira. 3ª edição, atualizada e ampliada, Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1996, p. 190.

⁴⁴ Supremo Tribunal Federal Questão de ordem em Mandado de Injunção nº 232-1, Rio de Janeiro, Serviço de Jurisprudência, ementário nº 1.655-1, acórdão 49-60.

⁴⁵ Supremo Tribunal Federal Questão de ordem em Mandado de Injunção nº 562-9, Rio Grande do Sul, Serviço de Jurisprudência, ementário nº 2.115-2, acórdão.

⁴⁶ BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e A Efetividade de Suas Normas.** Limites e Possibilidade da Constituição Brasileira. 3ª edição, atualizada e ampliada, Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1996, pp. 186 e 187.

poderes sequer autorizaria notificar o Congresso Nacional para que este fosse instado a praticar ato de sua exclusiva competência política.⁴⁷

Aqui não será preciso perder tempo tentando repelir este entendimento com o argumento de que é a própria Carta de 1988 que outorgou essa competência legislativa, subsidiária e restrita, ao Judiciário ou que a interpretação da Lei Fundamental brasileira deve se dar de acordo a conferir a máxima efetivação de seus princípios fundamentais. Quando a efetivação de direitos fundamentais estiver a depender da adoção de norma contida em tratado internacional, ratificado pelo Brasil, em vigor no plano internacional, mas não internamente, a impetração de mandado de injunção encontra solução simples. Ao STF, uma vez provocado, basta declarar em vigor no país a norma internacional, na semelhança da medida tomada nos autos do MI 232-1, ou, alternativamente, editar provimento normativo, de caráter temporário, reproduzindo o texto da norma internacional, a fim de possibilitar o exercício do direito do impetrante.

Não há, em tal hipótese, que se falar em usurpação de competência constitucional, haja vista que após a aprovação do tratado pelo Congresso Nacional, observado o mesmo rito previsto para a aprovação de legislação ordinária, obtida a ratificação pelo Executivo e uma vez decorrido o prazo constitucional previsto para a promulgação e publicação das Leis Ordinárias, esses poderes já teriam esgotado o núcleo essencial de sua competência constitucional na matéria. A decisão do Poder Judiciário que ao apreciar mandado de injunção assegurar eficácia à norma internacional de direitos humanos estará, tão-somente, reforçando uma opção política já tomada pelos demais Poderes ao lhe conferir aplicabilidade à norma por estes editada.

5.2.3

O mandado de segurança como instrumento constitucional destinado a assegurar a incorporação da norma de direito internacional de direitos humanos.

O mandado de segurança é, por disposição do artigo 5º, LXIX, da Constituição o remédio destinado a "... proteger direito líquido e certo, não amparado por "habeas-corpus" ou "habeas-data", quando o responsável pela

⁴⁷ Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 283-5, Distrito Federal, Serviço de Jurisprudência, ementário nº 1.642-1, acórdão, p. 28.

ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.” Do ditame constitucional se deduz que o mandado de segurança seria uma ação constitucional sujeita a pelo menos uma condição específica para o seu exercício, além daquelas comuns ao exercício do direito de ação em geral. Esta condição seria a necessidade que não só tenha o impetrante um interesse juridicamente tutelado, mas que se esteja a invocar a proteção de direito líquido e certo. Na acepção de Barbi, para que seja considerado como líquido e certo, se impõe que a moldura fática que sustenta a pretensão do impetrante seja incontestada, cabendo ao Juiz determinar se o direito socorre à impetração.⁴⁸

A caracterização do objeto do mandado de segurança independe da natureza do direito que se pretende tutelar, seja este público ou privado, o que importa é que a lesão ou ameaça que esteja a invadir a esfera jurídica do impetrante parta do Estado no exercício de atividade pública.⁴⁹ “A existência de um ato do Poder Público ou a recusa ilegal pela autoridade (no que se traduz a obrigação legal de o praticar) é essencial para autorizar o mandado de segurança.”⁵⁰ Assim, o writ of mandamus poder ser reclamado contra ação ou omissão do Estado desde que evidenciado o seu caráter lesivo. No que toca a caracterização da parte autora, aplicam-se as regras pertinentes do Código de Processo Civil, qual seja, somente o titular de um direito se encontra legitimado a pleiteá-lo judicialmente, admitindo-se, em algumas hipóteses a substituição processual.⁵¹ Por expressa determinação do inciso LXX, alíneas “a” e “b”, do artigo 5º da Constituição de 1988, é possível a impetração por mandado de segurança coletivo, pelas pessoas legitimadas por estes dispositivos, tais como associações, com o intuito de tutelar o direito de seus associados.

Dado o caráter da função Executiva, qual seja a de concretizar os comandos normativos abstratos editados pelo Legislativo, via de regra é contra os

⁴⁸ BARBI, Celso Agrícola. **Do Mandado de Segurança** 7ª edição, revista, aumentada e atualizada de acordo com o código de processo civil de 1973 e legislação posterior, Rio de Janeiro: Forense, 1993 p.61.

⁴⁹ BARBI, Celso Agrícola. **Do Mandado de Segurança** 7ª edição, revista, aumentada e atualizada de acordo com o código de processo civil de 1973 e legislação posterior, Rio de Janeiro: Forense, 1993 p.92.

⁵⁰ NUNES, José de Castro **Do Mandado de Segurança** 9ª edição, atualizada por José de Aguiar Dias, Rio de Janeiro: Forense, 1988, p.75

atos da Administração Pública que são dirigidas as impetrações. Isto não significa, porém que somente os atos do poder Executivo podem ser impugnados pela via mandamental. Não só os atos praticados pelo presidente da República e seus subalternos podem ser atacados por meio do writ, como também, todo e qualquer ato, de **natureza administrativa**, pode ser objeto da impetração. Já a Constituição de 1946 teria conferido ao instituto a incumbência de servir como meio de proteção de todos os direitos que possam vir a ser “... violados, não simplesmente pelo Poder Executivo, mas por qualquer poder...”⁵² A doutrina há muito firmou que o princípio da separação dos poderes não implica em um monopólio excludente, por parte de cada um dos Poderes do Estado, das funções que os caracterizam. Ao mesmo tempo em que, por exemplo, o Executivo tem, por força do art. 62 da Constituição, o poder de editar medidas provisórias, o Legislativo exerce jurisdição originária nos casos de julgamento de crimes de responsabilidade das altas autoridades da República, como se aduz do art. 52, I e II, da Carta da República. Os atos administrativos do Legislativo são aqueles “...inerentes à autonomia e ao bom funcionamento daquele Poder.”⁵³

Estabelecida a possibilidade de impetração de mandado de segurança contra ato ou omissão do Poder Legislativo ou do Presidente da República, cumpre agora estabelecer se a omissão dos chefes desses Poderes em adimplir com o procedimento legislativo pode ensejar uma bem sucedida impetração do writ of mandamus. Antes, porém, é bom que se frise que a análise da possibilidade de impetração contra o Presidente da República é irrelevante para a solução que se pretende conferir ao problema. Partindo da premissa anteriormente estabelecidas que os tratados internacionais de direitos humanos obedecem a processo legislativo em quase tudo idêntico aquele utilizado para a aprovação de leis ordinárias, a omissão do Presidente da República é, ou deveria ser, suprida pela ação do Presidente ou do Vice - Presidente do Senado, nos termos do §7º, do artigo 65 da Carta Republicana. Estes os derradeiros responsáveis pela

⁵¹ BARBI, Celso Agrícola. **Do Mandado de Segurança** 7ª edição, revista, aumentada e atualizada de acordo com o código de processo civil de 1973 e legislação posterior, Rio de Janeiro: Forense, 1993 p.63.

⁵² NUNES, José de Castro **Do Mandado de Segurança** 9ª edição, atualizada por José de Aguiar Dias, Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 72.

⁵³ BARBI, Celso Agrícola. **Do Mandado de Segurança** 7ª edição, revista, aumentada e atualizada de acordo com o código de processo civil de 1973 e legislação posterior, Rio de Janeiro: Forense, 1993 122 p.

promulgação das leis ordinárias no país. Por força do artigo 102, I, “d” da Constituição da República, em tal situação o mandado de segurança deverá ser impetrado contra a Mesa do Senado, na pessoa de seu Presidente.

O maior empecilho à possibilidade de se pela utilização do mandado de segurança nesse caso é a dúvida sobre se o indivíduo tem ou não um direito subjetivo à edição de um ato legislativo, objeção que se funda, de um lado no caráter abstrato e impessoal da norma, de outro na natureza política, e, portanto eminentemente discricionária, do ato a ser praticado. O que não se afigura como passível de questionamento é o fato de que o indivíduo tem o direito líquido e certo de ver protegido o seu direito de exercer os seus direitos fundamentais. Já ficou estabelecido que o Estado está obrigado a reparar os danos causados pela sua omissão em legislar quando existe um dever constitucional de fazê-lo. No caso dos tratados internacionais já ratificados pelo Brasil, o diploma legal já se encontra aprovado pelo Congresso Nacional, está apenas no aguardo do ato que declare a sua existência e a sua vigência na ordem interna. Não se está a propor a utilização do mandado de segurança, pois, para a formulação de um novo comando normativo, mas sim a defender a possibilidade de sua impetração para que o processo legislativo previsto pela Constituição seja cumprido até o final.

O processo legislativo, tendo, atualmente contorno constitucional de observância obrigatória em todas as Câmaras (arts. 59 a 69) e normas regimentais próprias de cada corporação, tornou-se passível de controle judicial para resguardo da legalidade de sua tramitação e legitimidade da elaboração da lei. Claro está que o Judiciário não pode adentrar o *mérito* das deliberações da Mesa, das Comissões ou do Plenário, nem deve perquirir as opções políticas que conduziram à aprovação ou rejeição dos projetos, proposições ou vetos, mas pode e deve – quando se argúi lesão de direito individual – verificar se o processo legislativo foi atendido em sua plenitude, inclusive na tramitação regimental.⁵⁴

Justamente fundado em tal argumento⁵⁵ é que o Supremo Tribunal Federal há muito reconhece a possibilidade de impetração, por parlamentar, de mandado de segurança destinado a assegurar a observância do processo legislativo. Assim,

⁵⁴ MEIRELLES, Hely Lopes **Direito Administrativo Brasileiro**. 20ª edição, atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emanuel Burle Filho, São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 1995, p. 611.

⁵⁵ Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 22.503-3, Distrito Federal, Serviço de Jurisprudência, ementário nº 1.872-03, acórdão, p. 403.

nos autos do MS nº 22.503-3 do Distrito Federal, o Ministro Marco Aurélio ao fundamentar o seu voto afirmou,

Ora, os participantes dos trabalhos legislativos, porque representantes do povo, quer de segmentos majoritário, quer de minoritários, têm o direito público subjetivo de ver respeitadas na tramitação de projetos, de proposições, as regras normativas em vigor, tenham estas ou não estatura constitucional. Mais do que isso é possível dizer-se serem destinatários do dever de buscarem, em qualquer campo a predominância de tanto quanto esteja compreendido na ordem jurídico - constitucional. Ao fazê-lo, honram o compromisso inerente aos mandatos em que investidos, contribuindo para a manutenção do almejado – e hoje proclamado pela Lei Básica – Estado Democrático de Direito.⁵⁶

O voto proferido pelo Ministro Marco Aurélio ao examinar a admissibilidade do writ tem por viga mestra o respeito ao devido processo legal legislativo. O respeito ao processo legislativo, na forma em que este se encontra regulamentado, é essencial para a democracia, mais ainda se esta regulação se encontrar sediada no texto constitucional, sob pena de se instituir o caos no processo legiferante.⁵⁷ “As normas instrumentais, tenham ou não idoneidade constitucional, conferem a certeza quanto aos meios a serem usados...”⁵⁸ A natureza política de uma medida praticada pelo Legislativo ou Pelo Executivo não significa que estas se encontrem afastadas do controle do Poder Judiciário. A qualificação política diz respeito ao juízo de oportunidade e conveniência da prática destas medidas, não significando, porém, que tal discricionariedade possa ser exercitada fora dos parâmetros normativos que as condicionam e a legitimam.⁵⁹ Por isso, o Ministro Celso Mello ao proferir seu voto em referido julgamento asseverou

Impende acentuar, neste ponto, que as prescrições normativas de estatura constitucional ou as normas mandatórias de índole regimental, que condicionam, **de maneira vinculante**, a elaboração das leis e das emendas à Constituição, não se sujeitam a juízos de pura discricionariedade, quando não de evidente arbítrio, dos órgãos que compõem as corporações legislativas. É que estas **não podem nem**

⁵⁶ Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 22.503-3, Distrito Federal, Serviço de Jurisprudência, ementário nº 1.872-03, acórdão, pp. 400 e 401.

⁵⁷ Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 22.503-3, Distrito Federal, Serviço de Jurisprudência, ementário nº 1.872-03, acórdão, p. 415.

⁵⁸ Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 22.503-3, Distrito Federal, Serviço de Jurisprudência, ementário nº 1.872-03, acórdão, p. 415.

⁵⁹ NUNES, José de Castro **Do Mandado de Segurança** 9ª edição, atualizada por José de Aguiar Dias, Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 161.

dispor e nem agir contra o que prescreve a Constituição, sob pena de a Lei Fundamental do Estado degradar-se à **inadmissível** condição de um instrumento jurídico secundário, destituído de significado e desprovido de qualquer relevância.⁶⁰

A observância do devido processo legislativo constitui-se em verdadeira garantia fundamental, assegurando a conformidade formal do procedimento legislativo e, assim, a sua legitimidade, com o princípio democrático e a Constituição. Do entendimento firmado pelo STF a legitimidade dos parlamentares para a impetração do mandado de segurança contra violação do processo legislativo, firmada a possibilidade de impetração do writ contra ato comissivo lesivo ao devido processo legiferante, cabe examinar se o indivíduo lesado pela omissão do legislador em promulgar o tratado internacional de direitos humanos dispõe dessa mesma legitimidade. A resposta a essa pergunta pressupõe analisar o processo legislativo sob a perspectiva da soberania popular. O parlamentar não é o titular do direito de legislar, enquanto parcela do poder político esta atribuição é exercida em nome do povo, o verdadeiro criador e destinatário de todo o ordenamento jurídico, como, aliás, consagra o parágrafo único do art. 1º da Constituição de 1988.

Ao impetrar o mandado de segurança para proteger a lisura do processo legislativo, o parlamentar está agindo em função da delegação que recebeu do povo e não, como decorreria das regras processuais pertinentes, em nome próprio. Para o Supremo Tribunal Federal o direito subjetivo público do parlamentar de ver o rito procedimental legislativo estabelecido na Constituição decorre, não do direito de participação do parlamentar nos atos do Legislativo mas, antes, do direito do povo em ter assegurado, como garantia fundamental, o respeito aos procedimentos previamente estabelecidos de formação da opinião e da vontade política. O respeito a essa garantia é essencial na medida em que assegura a idoneidade da autolegislação democrática. “Somente as condições procedimentais para a gênese democrática dos estatutos legais asseguram a legitimidade do direito positivado.”⁶¹ A proteção aos sistemas procedimentais que asseguram a

⁶⁰ Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 22.503-3, Distrito Federal, Serviço de Jurisprudência, ementário nº 1.872-03, acórdão, p. 462.

⁶¹ HABERMAS, Jürgen. **Between Facts and Norms** Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy. Translation by William Rehg. Cambridge, Massachusetts: MIT Press, 1998, p. 263.

autonomia pública e privada dos cidadãos é tarefa primordial para o Supremo Tribunal Federal enquanto Corte constitucional.⁶²

Em outras palavras, os direitos fundamentais devem fazer mais do que se limitar a proteger os cidadãos de abusos da Administração Pública. A autonomia privada, hoje em dia, se sujeita também a ameaças de posições de poder econômico e social, estando a depender do modo e da extensão em que os cidadãos podem exercer efetivamente seus direitos de participação e comunicação. Portanto, a corte constitucional deve examinar o conteúdo das normas disputadas primordialmente em função de sua conexão com os pressupostos comunicativos e condições procedimentais do processo legislativo.⁶³

Isto significa dizer que a garantia dos direitos fundamentais, da autonomia política dos cidadãos depende, quase que exclusivamente, da observância da garantia dos direitos fundamentais processuais, “... a Jurisdição Constitucional também garantirá as condições para o exercício da autonomia jurídica dos cidadãos pela aplicação *reflexiva* do *princípio do devido processo legal*, compreendido, aqui como ‘modelo constitucional do processo’...”⁶⁴ Os cidadãos têm o direito a ver seguido o processo legislativo, como previsto pela Constituição. O parlamento não pode se abster de observar qualquer das etapas estabelecidas para a conclusão do processo legislativo, razão pela qual a norma editada em desrespeito ao procedimento institucionalizado deve ser considerada inválida. A proibição de se omitir etapas importa no dever de se observar todo o procedimento, o que leva à conclusão de que não podem o Presidente ou o Vice-Presidente do Senado deixar de promulgar os tratados internacionais ratificados pelo Brasil, nos casos em que o Presidente da República se omite em fazê-lo. Se dessa omissão na internalização do tratado internacional resultar em lesão ou ameaça de lesão à esfera jurídica do indivíduo, este, na defesa de seu direito ao devido processo legislativo, tem a legitimidade para impetrar mandado de segurança destinado a obter ordem judicial que imponha a promulgação e publicação das normas de direito internacional ajustadas pelo Brasil no plano

⁶² HABERMAS, Jürgen. **Between Facts and Norms** Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy. Translation by William Rehg. Cambridge, Massachusetts: MIT Press, 1998, p. 263.

⁶³ HABERMAS, Jürgen. **Between Facts and Norms** Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy. Translation by William Rehg. Cambridge, Massachusetts: MIT Press, 1998, p. 264.

⁶⁴ CATTONI, Marcelo. **Devido Processo Legislativo**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000, p. 131.

internacional. Sublinhe-se que em tal situação, o STF não estaria a invadir a discricionabilidade do Legislativo ou a pretender formular uma opção política em substituição a este Poder, mas implementar uma escolha já aprovada pelo parlamento.