

MANDADO DE SEGURANÇA COMO CONTROLE DO PROCESSO LEGISLATIVO

THE WRIT OF MANDAMUS AS THE LEGISLATIVE CONTROL

Sergio Monteiro Cupertino de Castro

Mestre em Direito Processual Civil pela UFES

Especialista em Direito Tributário pelo IBET

RESUMO

Trata de artigo sobre o controle jurisdicional de constitucionalidade do processo legislativo pela impetração do mandado de segurança. Análise o ato do Presidente da Mesa Legislativa de colocar em pauta o projeto legislativo contrário às disposições do §4º, do artigo 60, da Constituição Federal. O ponto de partida é a correlação entre Estado e sistema do direito positivo. Analisa-se a distribuição das competências constitucionais e a autorreferência do sistema do direito positivo. A partir do pressuposto da autorreferência do sistema do direito positivo critica-se a teoria do ato legislativo '*intena corporis*'. Análise dos pressupostos constitucionais de cabimento do mandado de segurança no caso do controle jurisdicional de constitucionalidade do processo legislativo.

PALAVRAS CHAVES: Constitucional – Controle de Constitucionalidade – Processo Legislativo – Mandado de Segurança.

ABSTRACT

This article is about the jurisdictional control of constitutionality of the legislative process by the writ of mandamus. Analyses the act of the Chairman of Legislature to put the project on the agenda of legislation contrary to the provisions of §4 , Article 60, Federal Constitution. The starting point is the correlation between the State and system of positive law. We analyze the distribution of constitutional powers and unity of positive law. Assuming the unity of positive law criticizes the theory of legislative '*intena corporis*' act. Analysis of the appropriateness of the assumptions of injunction in the case of judicial review of constitutionality of the legislative process.

KEYWORDS: Constitutional - Judicial Review - Legislative Process - Writ of Mandamus.

1 APRESENTAÇÃO

A temática do controle de constitucionalidade do processo legislativo é tradicionalmente reduzida pela ciência do direito aos atos jurídicos praticados pela competência legislativa (através das comissões parlamentares permanentes de constituição e justiça) e pela competência executiva (através do veto jurídico).

Ocorre que a constitucionalidade do processo legislativo também pode ser verificada pela competência jurisdicional através da concessão da ordem em ação de mandado de segurança com o sentido de impedir deliberação parlamentar sobre projeto de emenda à

constituição ou de projeto de lei que afronte as matérias previstas no §4º, do artigo 60, da Constituição Federal.

Esse controle de constitucionalidade do processo legislativo é exercido pela competência jurisdicional através da provocação do parlamentar pela impetração do *writ* com o sentido de obter ordem de retirar de pauta o projeto de emenda à constituição ou o projeto de lei que desafie as matérias prescritas nas cláusulas pétreas constitucionais.

Logo, o ato de colocar em pauta o projeto legislativo contrário às disposições do §4º, do artigo 60, da Constituição Federal configura-se ato coator nos moldes do inciso LXIX, do artigo 5º, também, da Constituição Federal.

Por outro dizer, os sujeitos competentes para proferir julgamento com base nas regras de competência jurisdicional, ao julgar a validade dos atos coatores no processo legislativo, e, de conseguinte, ao determinar a retirada do projeto legislativo de pauta, acabam por efetuar o controle jurisdicional de constitucionalidade preventivo das emendas constitucionais e das leis.

Não é demais ressaltar que o mandado de segurança como forma de obter provimento jurisdicional de controle de constitucionalidade preventivo já foi utilizado inúmeras vezes pelos parlamentares com o sentido de provocar o Supremo Tribunal Federal para enunciar ordem impeditiva de deliberação legislativa, e, portanto, com o sentido expresso de fazer a competência jurisdicional intervir nos atos próprios da competência legislativa que desafiam as matérias prescritas nas cláusulas pétreas da Constituição Federal.

Nesse contexto, tomamos como objeto de estudo no presente artigo o cabimento do mandado de segurança impetrado por parlamentar com o sentido de obter provimento jurisdicional de controle do processo legislativo (ou o chamado controle jurisdicional de constitucionalidade preventivo).

Partiremos da análise do sistema do direito positivo e do conceito de 'Estado' para fixarmos a unidade do sistema do direito positivo, bem como, a unidade sistemática das funções estatais, com intuito de demonstrar o cabimento do mandado de segurança como controle jurisdicional de constitucionalidade do processo legislativo.

Em verdade, demonstraremos que, especificamente nos procedimentos legislativos que desobedecem as matérias do §4º, do artigo 60, da Constituição Federal, não há que se falar em ato '*interna corporis*', e, portanto, não há invasão da competência jurisdicional na competência legislativa.

Na parte final do trabalho, passaremos a apontar diretamente os pressupostos constitucionais de cabimento do mandado de segurança como controle jurisdicional do processo legislativo.

2 SISTEMA DO DIREITO POSITIVO E O ESTADO

2.1 ESTADO COMO CONCEITO JURÍDICO E A HIERARQUIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

Kelsen (2000, p.261) aponta que o problema da definição do ‘Estado’ reside na ambiguidade do signo. Segundo o mencionado autor, a ambiguidade “*deve-se, em boa parte, ao fato de diferentes autores tratarem de problemas bastante diferentes usando o mesmo termo*”.

Em verdade, Kelsen aponta para a multiplicidade de ciências estudando o mesmo objeto de estudo: o cientista político estuda o Estado como centro das relações políticas, o economista estuda o Estado como interventor das relações econômicas e o jurista estuda o Estado sob os aspectos das relações jurídicas como prescriptor de condutas humanas.

Estabelece-se, deste modo, no presente trabalho que o símbolo ‘Estado’ nos importa sob os aspectos das relações jurídicas, logo, nos importa dentro do jogo de linguagem do sistema do direito positivo.

Não é demais ressaltar que o sistema do direito positivo é do tipo fechado, e, portanto, não aceita interferência da linguagem de outros sistemas sociais (v.g. a política, a economia e a sociologia).

As relações do sistema do direito positivo com os demais sistemas sociais são altamente seletivas, e, com isso quer se afirmar que os outros sistemas sociais somente interferem no sistema do direito positivo quando o mesmo permitir por suas normas jurídicas.

No jogo de linguagem do sistema do direito positivo, o ato humano de enunciação de normas somente ingressa no sistema se estiver em conformidade com as normas jurídicas de estrutura prescritas internamente no próprio sistema do direito positivo.

Bobbio (1999, p.50-51) afirma que o ato de criação ou modificação da norma jurídica é, em última análise, um ato jurídico de aplicação de uma norma jurídica hierarquicamente superior.

Destarte, o sistema do direito positivo é autorreferente: somente com fundamento de validade em normas jurídicas de hierarquia superior que se pode introduzir ou modificar outras normas jurídicas no sistema do direito positivo.

Sob esse enfoque, as normas constitucionais são fundamento da validade de todas as normas do sistema do direito positivo, pois prescrevem competências e procedimentos para a prática dos atos de enunciação de inovação ou modificação das normas jurídicas.

Logo, o ato de enunciação do diploma constitucional representa a criação de uma ordem jurídica, uma vez que insere, no sistema do direito positivo, enunciados prescritivos de normas de estruturas, que, por sua vez, fundamentarão a validade de todas as outras normas dessa ordem jurídica.

O texto constitucional estabelece a ordem jurídica e o Estado. Não é o Estado quem “cria” a ordem jurídica, ou, a ordem jurídica quem “cria” o Estado: o Estado é a própria ordem jurídica.

O Direito, na realidade, é criado por indivíduos humanos, e indivíduos que criam Direito podem, indubitavelmente, estar sujeitos ao Direito. Mas ainda, eles são órgãos do Estado apenas na medida em que ajam em conformidade com as normas que regulam sua função criadora de Direito; e o Direito é criado pelo Estado, ou seja, na medida em que seja criado por um órgão do Estado seja criado de acordo com o Direito. A afirmação de que o Direito é criado pelo Estado significa apenas que o Direito regulamenta sua própria criação. (KELSEN, 2000, p.285)

Compreender o Estado como ordem jurídica implica dizer que a Constituição Federal distribui entre órgãos jurídicos as competências para criar e modificar normas jurídicas. Desta arte, adiante, ateremos a discorrer sobre a distribuição constitucional de competências para a criação e modificação de normas jurídicas.

2.2 AS FUNÇÕES DO ESTADO: A DISTRIBUIÇÃO CONSTITUCIONAL DE COMPETÊNCIAS

Usualmente, os cientistas do direito abandonam seu objeto de estudo (o direito positivo) e encampam em sua linguagem científica *princípios de organização política* para classificar as funções estatais em *i) legislativa, ii) executiva e iii) jurisdicional*.

Entretanto, tal classificação não é útil quando se passa a compreender o Estado como a própria ordem jurídica. Sob este prisma, o Estado somente tem como função a aplicação e a criação de normas jurídicas.

Não é outra a lição de Kelsen (2000, p.384):

O conceito de “separação de poderes” designa um princípio de organização política. Ele pressupõe que os chamados três poderes podem ser determinados como três funções distintas e coordenadas do Estado, e que é possível definir fronteiras separando cada uma dessas três funções. No entanto, essa pressuposição não é sustentada pelos fatos. Como vimos, não há três, mas duas funções básicas do Estado: a criação e a aplicação do Direito, e essas funções são infra e supra-ordenadas. Além disso, não é possível definir fronteiras separando essas funções entre si, já que a distinção entre criação e aplicação de Direito – subjacente ao dualismo de poder legislativo e executivo (no sentido amplo) – tem apenas um caráter relativo, a maioria dos atos do Estado sendo, ao mesmo tempo, atos criadores e aplicadores de Direito. É impossível atribuir a criação de Direito a um órgão e sua aplicação (execução) a outro, de modo tão exclusivo que nenhum órgão venha a cumprir simultaneamente ambas as funções.

Assim, as denominadas *‘funções estatais’*, dentro desse jogo da autorreferência do sistema do direito positivo, devem ser entendidas como distribuições constitucionais de competências entre os órgãos jurídicos para criar e modificar normas jurídicas.

Portanto, as *‘funções estatais’*, denominadas pelas ciências políticas, tratam-se, nas ciências jurídicas, das competências legislativas, das competências executivas e das competências jurisdicionais distribuídas entre os *órgãos do Estado*.

Nesta esteira, os sujeitos de direitos, que estão qualificados no antecedente das *normas jurídicas de estrutura de competência* assumem a condição de *órgãos do Estado*, pois, estão autorizados a aplicar as normas de competência hierarquicamente superiores para realizar o ato de criação ou modificação de outras normas jurídicas.

O Estado atua apenas através de seus órgãos. Esta verdade, muitas vezes expressa e aceita, significa que a ordem jurídica pode ser criada e aplicada apenas por indivíduos designados pela própria ordem. Não basta que a ordem jurídica declare em termos gerais quais são os indivíduos qualificados para executar essas funções. A ordem também deve estabelecer um procedimento por qual um indivíduo particular se torne órgão. (KELSEN, 2000, p. 280)

Na regente Constituição Federal do Brasil, a distribuição de competência entre os órgãos do Estado está prescrita no artigo 2º: “*são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário*”.

Note-se que os signos *‘independentes’* e *‘harmônicos’* postos no referido enunciado normativo prescrevem explicitamente os preceitos da distribuição constitucional de competências e da autorreferência do sistema do direito positivo.

Essa disposição quer significar que as competências são distintas, e, que não cabem no sistema jurídico à interferência de uma competência na outra, mas, que uma competência

pode ser controlada pelo exercício regular de outra competência desde que esse controle esteja previsto em uma norma jurídica constitucional.

As competências são distintas, mas, por se tratarem de competências jurídicas as normas constitucionais cuidam de estabelecer estritos limites para uma revisar as normas postas pelas outras.

Igualmente, falar em '*separação de poderes*' é romper com a unidade e a autorreferência do sistema do direito positivo: há, na verdade, uma distribuição de competência para criação ou modificação dos enunciados normativos.

A doutrina dos três poderes do Estado é – em termos jurídicos – a doutrina dos diferentes estágios da criação e da aplicação da ordem jurídica nacional. (KELSEN, 2000, p. 369)

É nessa distribuição de competências e procedimentos para aplicar e criar as normas jurídicas que os órgãos do Estado adquirem alguma distinção: as competências e procedimentos realizados pelos órgãos do Estado não se confundem.

2.3 PROCESSO LEGISLATIVO E PROCESSO JURISDICIONAL: O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS

Não é demais ressaltar que as funções do Estado consistem na aplicação e na criação das normas jurídicas. Entretanto, os órgãos que desempenham tais funções podem ter competências e procedimentos distintos para inovar em momentos diferentes na ordem jurídica.

Nesta esteira, podemos distinguir o *i*) processo legislativo do *ii*) do processo jurisdicional.

Um órgão estatal executa atos de *processo legislativo* quando o ordenamento jurídico prescreve competência e procedimento para a prática de *enunciação de normas jurídicas gerais e abstratas* tão somente com fundamento de validade na Constituição Federal. A competência legislativa é limitada tão somente pelas normas constitucionais, e, portanto é a primeira fase do ciclo de positivação do sistema do direito positivo.

Um órgão é um órgão legislativo apenas na medida em que esteja autorizado a criar normas jurídicas gerais. Nunca ocorre na realidade política que todas as normas gerais da ordem jurídica nacional tenham de ser criadas exclusivamente por um

órgão designado legislador. Não existe nenhuma ordem jurídica, de nenhum Estado moderno, segundo a qual os tribunais e autoridades administrativas sejam excluídas da criação de normas jurídicas gerais, isto é, da legislação... (KELSEN, 2000, p. 386)

O processo legislativo, com fundamento de validade tão somente nas normas constitucionais de estrutura, tem o condão de criar ou modificar, na ordem jurídica, com a introdução de normas gerais e abstratas.

Na Constituição Brasileira de 1988, as normas gerais sobre os *procedimentos legislativos* estão prescritas no artigo 59 da Seção VIII, do Capítulo I, do Título IV da Constituição Federal de 1988.

Art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de:

- I - emendas à Constituição;
- II - leis complementares;
- III - leis ordinárias;
- IV - leis delegadas;
- V - medidas provisórias;
- VI - decretos legislativos;
- VII - resoluções.

Parágrafo único. Lei complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis.

Quanto às normas de competências legislativas cabe-nos destacar que estão espraiadas por todo o texto constitucional. E mais, as *normas de competências legislativas* se prestam a delinear os agentes competentes e os limites materiais do ato de enunciação legislativa.

Tome-se, como exemplo, a competência para legislar sobre empréstimo compulsório prescrita nos enunciados prescritivos do artigo 148, incisos e parágrafo único:

Art. 148. A União, mediante lei complementar, poderá instituir empréstimos compulsórios:

- I - para atender a despesas extraordinárias, decorrentes de calamidade pública, de guerra externa ou sua iminência;
- II - no caso de investimento público de caráter urgente e de relevante interesse nacional, observado o disposto no art. 150, III, "b".

Parágrafo único. A aplicação dos recursos provenientes de empréstimo compulsório será vinculada à despesa que fundamentou sua instituição.

Com fundamento de validade na competência constitucional destacada, o órgão legislativo da União, pode instaurar procedimento de Lei Complementar com o fito de enunciar criação de norma de conduta da exação denominada empréstimo compulsório.

Destaque-se que o processo legislativo compreende tão somente a aplicação de normas primárias constitucionais, ou seja, não se presta a inovar o sistema do direito positivo com a aplicação de normas secundárias sancionatórias.

Assim, resta claro que os órgãos que desempenham competências legislativas buscam não somente nas normas constitucionais de estruturas fundamento de validade para inovar o sistema do direito positivo com normas gerais e abstratas.

De outro lado, o *processo jurisdicional* presta-se intrinsecamente para a aplicação da sanção, ou seja, as normas de competência jurisdicional têm como objetivo a atuação do Estado-juiz para *corrigir* a prática de uma conduta ilícita ou para expurgar uma norma jurídica posta no sistema do direito positivo por uma conduta ilícita de enunciação.

Por outro dizer, o processo jurisdicional presta-se não somente a aplicação de uma norma de sanção pelo Estado-juiz: o órgão jurisdicional para manter a unidade e da autorreferência do sistema do direito positivo aplica normas de competência jurisdicionais para correção do ato ilícito.

A função [órgão] judiciária consiste, essencialmente, em dois atos. Em cada caso concreto, 1) o tribunal estabelece a presença do fato qualificado como delito civil ou criminal [ato ilícito] por uma norma geral a ser aplicada ao caso dado; e 2) o tribunal ordena uma sanção civil ou criminal concreta estipulada de modo geral na norma a ser aplicada. O processo judiciário [jurisdicional] geralmente tem a forma de uma controvérsia entre duas partes. Uma parte afirma que a lei foi violada pela outra parte, ou que a outra parte é responsável por uma violação da lei cometida por outro indivíduo, e a outra parte nega que seja esse o caso. A decisão judiciária é a decisão de uma controvérsia. [...] O ponto decisivo é o de que as obrigações e os direitos das partes são determinados estabelecendo-se que um delito [ilícito] foi cometido e ordenando-se uma sanção. (KELSEN, 2000, p.391)

Denota-se que a característica essencial da competência e procedimento jurisdicional é a revisão das condutas ilícitas praticadas, e, assim, manter a unidade e a autorreferência do sistema do direito positivo.

Na ordem jurídica brasileira da Constituição Federal de 1988, tal constatação é suportada pelo enunciado prescritivo do inciso XXXV do artigo 5º do texto constitucional:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

Não obstante mencionar ‘Poder Judiciário’, sacamos dos enunciados destacados a norma constitucional de estrutura que lastreia a validade da aplicação da norma de sanção pelo Estado-juiz nas hipóteses de atos ilícitos (*lesão ou ameaça a direito*).

Assim, podemos marcar como distinção entre as competências legislativa e jurisdicional o momento em que podem atuar no ciclo de positivação do sistema do direito positivo.

Enquanto, a competência legislativa atua na criação de enunciados pressupondo somente o texto constitucional, a competência jurisdicional pressupõem além dos enunciados da Constituição Federal o exercício de outras competências atuando para a correção do sistema do direito positivo.

Ora, se o processo legislativo presta-se a inovar o sistema do direito positivo com enunciados de sentido deontico gerais e abstratas, o processo jurisdicional presta-se a inovar o sistema jurídico com a enunciação de normas no sentido de correção do sistema do direito positivo.

Nesse sentido, a competência jurisdicional voltada ao controle de constitucionalidade tem arrimo direto nos enunciados constitucionais, entretanto, seu exercício é deflagrado com o sentido de correção do ato ilícito legislativo. No caso, trata-se do exercício da competência jurisdicional para a correção da inconstitucionalidade, um transvio no consequente da regra de competência legislativa ou de procedimento legislativo.

2.4 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DOS ATOS '*INTERNA CORPORIS*' PRATICADOS PELOS ÓRGÃOS LEGISLATIVOS

A ideia do ato *interna corporis* apregoa que o sistema do direito positivo não pode intervir em atos políticos: não está autorizado aos órgãos jurisdicionais intervir nos atos praticados pelos órgãos legislativos.

Vale destacar o conceito de ato *interna corporis* conforme o voto do Ministro Maurício Corrêa, na ocasião do julgamento do Mandado de Segurança nº 22.503/DF, pelo Supremo Tribunal Federal: “*No tocante, todavia, aos fundamentos regimentais, por se tratar de matéria interna corporis que só pode encontrar solução no âmbito do poder legislativo.*”

Destaque-se que não há impedimentos quanto o conteúdo das condutas prescritas nas normas do sistema do direito positivo esculpir-se aos moldes dos princípios políticos. Entretanto, uma vez positivado no sistema do direito positivo, os princípios políticos passam ser controlados pelos códigos internos do sistema do direito positivo (válido/inválido).

Os sistemas funcionalmente diferenciados, como a política e o direito, mantêm conexões altamente seletivas com seus respectivos ambientes. Isso não significa que o ambiente político ou econômico determine as estruturas ou as operações do sistema jurídico. Mas significa, isto sim, que o sistema jurídico (assim como os demais sistemas) possui uma forma específica para pressupor a situação e as mudanças em seu ambiente e coligar às suas operações internas. Essa forma chama-se de acoplamento estrutural. Nas suas operações cotidianas o sistema jurídico não observa seu acoplamento estrutural ao sistema político. (CAMPILONGO, 2002, p. 95-96)

Assim, os princípios políticos sofrem um acoplamento estrutural ao sistema do direito positivo, quando preenchem o conteúdo de uma norma jurídica. Desta sorte, não se controla os princípios políticos, controla-se as normas que os portam como conteúdo.

Sendo o mecanismo de acoplamento estrutural entre o direito e a política, a Constituição tem significado diverso para um sistema e para outro. A justificação institucional da Constituição não pode ser só política ou só jurídica. Os paradoxos e tautologias do sistema jurídico (por exemplo: é legal aquilo fixado na lei) podem ser explicados por referências ao sistema político (por exemplo: vontade do povo). Os paradoxos e tautologias do sistema político (por exemplo: o poder legislativo está limitado e vinculado às leis que cria) pode ser explicado por referências ao direito positivo (por exemplo princípio da legalidade). A constituição cumpre o papel de incluir e excluir perturbações recíprocas nas operações políticas e jurídicas. Entretanto, cada um dos sistemas opera de modo não transcendente no plano de suas observações internas (direito produz direito; política produz política)... (CAMPILONGO, 2002, p.98)

Levando em consideração que o sistema do direito positivo prescreve as normas de competência para o processo legislativo, não há que se falar em impossibilidade de controle do processo legislativo por uma norma emanada em processo jurisdicional.

Os atos ilícitos praticados no decorrer do processo legislativo têm repercussões no sistema do direito positivo, e, não no sistema político, destaquem-se em especial os atos de deliberação de procedimentos legislativos que afrontam as disposições do §4º, do artigo 60, da CF/88.

Logo, a norma de sanção deve-se fazer incidente, uma vez que, a teor do enunciado prescritivo do inciso XXXV, do art. 5º, da CF/88, o órgão jurisdicional é obrigado a atuar em caso de lesão ou ameaça a direito.

3 DO CABIMENTO DO MANDADO DE SEGURANÇA COMO CONTROLE JURISDICIONAL CONSTITUCIONALIDADE DO PROCESSO LEGISLATIVO

3.1 O MANDADO DE SEGURANÇA COMO EXERCÍCIO DA COMPETÊNCIA JURISDICIONAL PARA CORREIÇÃO DO DIREITO POSITIVO

Como já afirmamos, a unidade do sistema do direito positivo repousa no fato do próprio plexo linguístico prescrever a conduta de criação de outras normas (normas de estrutura).

Portanto, trata-se de um sistema autorreferente na medida em que é o próprio sistema do direito positivo quem prescreve as normas para a sua modificação e criação. Destarte, o ato criativo ou modificativo das normas jurídicas deve ter fundamento de validade em normas jurídicas de estrutura hierarquicamente superiores.

Destaque-se que o transvio do ato de aplicação de uma norma de estrutura é um ato ilícito, que, por sua vez, enseja a atuação do Estado-juiz: o órgão jurisdicional aplicará outras normas de estrutura para corrigir/revisar o sistema do direito positivo.

Nesta toada, o instituto do mandado de segurança, que está prescrito no enunciado inciso LXIX, do artigo 5º, da CF/88, prescreve a competência jurisdicional para a atuação do Estado-juiz em caso de ilícito praticado por autoridade pública:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por "habeas-corpus" ou "habeas-data", quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público;

Veja que o referido enunciado constitucional prescreve os pressupostos para que os sujeitos ativos reclamem ao Estado-juiz o cumprimento do direito subjetivo prescrito na relação jurídica da norma primária.

Sobre o mandado de segurança estar prescrito no texto constitucional, mormente no Capítulo I – Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, do Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais, é imperioso destacar a lição de Bueno (2002, p.5):

Dada a previsão constitucional do mandado de segurança, não pode haver dúvidas quanto à circunstância de ele ser mecanismo apto a coibir qualquer atividade ilícita em suas mais diversas formas de manifestação por qualquer um que exerça função pública.

Adiante, estudaremos os pressupostos constitucionais do cabimento do mandado de segurança com o fito de demonstrar seu cabimento contra qualquer ato da mesa legislativa que aplique de forma transviada a norma de competência legislativa.

3.2 DOS PRESSUPOSTOS CONSTITUCIONAIS DE CABIMENTO

3.2.1 Ato coator praticado por autoridade pública: ilegalidade ou abuso de poder

A atuação do Estado-juiz pressupõe o transvio da conduta prescrita no consequente normativo, e, por conseguinte a violação de um direito subjetivo. Ocorre que na espécie o ato ilícito que enseja a atuação do Estado-juiz é especialmente chamado de '*ato coator*'.

As competências dos órgãos do Estado são exercidas pelos indivíduos qualificados pela ordem jurídica como autoridades públicas: são os indivíduos que a ordem jurídica qualifica como funcionários públicos, e, os concede competência para praticar atos em nome de um órgão do Estado.

Logo, os atos praticados pelas autoridades públicas são presumidamente lícitos: presume-se que, ao serem praticados, individualizam no consequente normativo a relação jurídica em conformidade com a norma geral.

Entretanto, as pessoas físicas imbuídas do *status* de autoridade pública podem praticar atos de enunciação de normas individuais transviadas daquilo que prescrevem as normas gerais.

O *ato coator* nada mais é que o transvio de uma norma geral pela aplicação de uma norma individual por uma autoridade pública

Neste sentido, vale destacar os ensinamentos de Bueno (2002, p.19) sobre autoridade coatora:

Autoridade coatora, pois, é a pessoa que ordena a prática concreta ou abstenção impugnáveis. Não quem fixa as diretrizes genéricas para a produção dos atos individuais. Tampouco o mero executor material do ato, quem apenas cumpre ordens que lhe são dadas.

Neste toada, são excluídos do conceito de autoridade coatora, aqueles funcionários que agem sob o mando de outros funcionários: autoridade coatora é aquele sujeito de direito que age em nome do órgão do Estado.

Destaque-se, ainda, que não há diferença entre os signos ‘*ilegalidade*’ ou ‘*abuso de poder*’ prescrito no enunciado do inciso LXIX, do artigo 5,º da Constituição Federal de 1988: ambos significam ato ilícito.

É importante ter presente que tanto os casos de “ilegalidades” como os de “abuso de poder” são formas de invalidades e desconformidades com o ordenamento jurídico, declaráveis pelo Judiciário. Daí submeterem, igualmente, ao mandado de segurança... (BUENO, 2002, p.16)

Não é outra a lição de Santi e Conrado (2003, p.50-51), sobre ato coator, autoridade coatora e presunção de validade do ato normativo:

Ato coator é o ato de autoridade cuja especial presunção de legalidade foi desqualificada em razão da reanálise do procedimento de sua produção ou da projeção futura desse procedimento, no caso de mandado de segurança preventivo

Nos atos de autoridade pública, a presunção de legalidade implica a presunção de correção de seu processo de produção. O mandado de segurança rompe esta especial presunção de legalidade, mediante o reingresso normativo (via procedimento e provas) no processo de produção do ato que se pretende atacar. (SANTI, 2003, p. 50-51)

Ante o exposto, basta a autoridade coatora positivar uma norma individual que represente o transvio de uma norma geral, para ensejar a atuação do Estado-juiz por procedimento de mandado de segurança para revisar o sistema do direito positivo.

No caso do processo legislativo, o ato coator que autoriza a intervenção do Estado-juiz no trâmite do processo legislativo, dá-se com o transvio normativo geral da norma de competência legislativa limitada pelos enunciados normativos do § 4º, do artigo 60, da CF/88:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

[...]

§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.

Primeiramente, cabe-nos compreender o conteúdo da conduta vedada, quer seja o verbo ‘*deliberar*’. Segundo Houaiss (2003, p.147) o significado do verbo pessoal ‘*deliberar*’

pode ser: “1 *trans e pron.* decidir(se) 2 *int.* refletir, ponderar – deliberatório *adj.* – deliberativo *adj.*”.

Logo, não resta dúvida que a conduta vedada é a de refletir ou ponderar sobre propostas legislativas tendentes a criar ou modificar as matérias tendentes a abolir *i)* a forma federativa de Estado; *ii)* o voto direto, secreto, universal e periódico; *iii)* a separação dos Poderes; e *iv)* os direito e garantias individuais.

Diante de tal vedação deliberativa, a doutrina nomeia tais matérias de *cláusulas pétreas*, uma vez que conotam limitação à competência legislativa para lançar atos modificativos dos enunciados prescritivos do próprio texto constitucional ou criativo ou modificativo dos textos infraconstitucionais

Foi neste sentido que o Ministro Moreira Alves, abriu o primeiro precedente, na ocasião do julgamento do Mandado de Segurança 20.257, pelo Supremo Tribunal Federal:

Objeto de deliberação significa, sem a menor dúvida, objeto de votação, porque é neste momento que se delibera a favor ou contra a ela.

[...] a vedação constitucional se dirige ao próprio processamento da lei ou da emenda, vedando a sua apresentação [...] ou deliberação [...]. Aqui, a inconstitucionalidade diz respeito ao próprio andamento do processo legislativo, e isso porque a constituição não quer – que sequer se chegue à deliberação, proibindo-a taxativamente. A inconstitucionalidade, nesse caso, já existe antes d o projeto ou de a proposta se transformarem em lei ou emenda constitucional, porque o próprio processamento já desrespeita, frontalmente a Constituição.

Qualquer ato praticado no curso do processo legislativo (do recebimento da proposta até a sua votação) que transvie a norma de competência prescrita no § 4º, do art. 60, da CF/88 subsume-se ao conceito de ‘*ato coator*’.

Nesta toada, a autoridade coatora somente pode ser o presidente da mesa legislativa que recebe o projeto: o ato de receber o projeto implica em colocá-lo em pauta para a deliberação, e, conseqüente, votação.

De ver está que a conduta proibitiva de deliberar sobre matéria tendente a abolir as cláusulas pétreas, cria um direito subjetivo ao parlamentar de não votar tais projetos legislativos. Como veremos adiante, a violação desse direito subjetivo concede ao parlamentar legitimação ativa de provocar o Estado-juíz para aplicação da norma de revisão sistêmica.

3.2.2 Direito Líquido e Certo

Saca-se do enunciado jurídico do inciso LXIX, do art. 5º, da CF/88, que exigido a demonstração de direito líquido e certo para a atuação do Estado-juiz na revisão sistêmica do ato coator. Sobre o conceito de direito líquido e certo, Santi e Conrado (2003, p. 52) lecionam:

... direito líquido e certo, no mandado de segurança, é a articulação, posta na inicial, dos fatos capazes de desarticular a presunção de validade do ato da autoridade pública, mediante reanálise: i) dos fatos que serviram de supedâneo para a prática do ato-fato da autoridade pública [...] ou ii) das normas que, respectivamente, juridicizaram estes fatos ...

A atividade jurisdicional, como vimos, presta-se a solução de conflitos pela a enunciação de uma norma sancionatória individual e concreta. Logo, o sujeito que teve seu direito subjetivo lesado deve provocar a atuação do Estado-juiz pela articulação, na petição inicial, de fatos capazes de desarticular a presunção de validade do ato da autoridade.

Desta arte, direito líquido e certo é aquele que deriva de fato articulado e provado documentalmente na ocasião da impetração da peça exordial do procedimento de mandado de segurança.

Destaque-se que provar documentalmente quer dizer que o único meio de prova aceita no procedimento de mandado de segurança deve estar previamente constituída por atos e escrita.

Sobre o direito líquido e certo ser aquele articulado e provado documentalmente na petição inicial, leciona Bueno (2002, p.13):

Direito líquido e certo há quando a ilegalidade ou abusividade forem passíveis de demonstração documental, independentemente de sua complexidade ou densidade. Está superado o entendimento de que eventual complexidade das questões (fáticas ou jurídicas) redunde no descabimento do mandado de segurança. O que é fundamental para o mandado de segurança é a possibilidade de prova documental do que alegado e a desnecessidade de produção de outras provas ao longo do procedimento. Nisso – e só nisso – reside a noção de direito líquido e certo. (BUENO, 2002, p.13)

Não há espaço no conceito de direito líquido e certo para interpretá-lo como matéria de menor ou maior complexidade, basta o legitimado ativo (detentor do direito subjetivo) articular e demonstrar a prática de ato coator para a atuação do Estado-juiz.

Da lição geral saca-se que o ato coator praticado pelo presidente da mesa legislativa deve ser articulado e provado documentalmente de pronto na ocasião da apresentação da peça inaugural do procedimento de mandado de segurança.

A articulação e a prova dos fatos deve ser ingente exercício do legitimado ativo: deve demonstrar documentalmente os pressupostos de cabimento, bem como, o ponto em que o projeto legislativo atacado viola o §4º, do art. 60, da CF/88.

Quanto ao pronto lastro probatório, cabe ao impetrante carrear a exordial não só com cópias do ato de recebimento, como, também, cópia integral do projeto legislativo que alega ser vedada a deliberação.

3.2.3 Legitimidade Ativa e Passiva

A atuação do Estado-juiz está condicionada a ocorrência de um fato ilícito. Portanto, não restam dúvidas quanto à legitimidade para provocar a instauração de uma demanda jurisdicional (legitimidade ativa) deva ser concedida àquele que alega ter seu direito subjetivo violado.

Especificamente, no mandado de segurança, a legitimidade ativa é concedida pela ordem jurídica a todos que alegam ter seu direito subjetivo violado por uma autoridade pública. Não é outra a lição de Bueno (2002, p.17):

No contexto da constituição de 1988, já não há mais espaço para questionamentos, no sentido de que todo aquele que pode invocar os direitos e as garantias lista dos em seu art. 5º pode impetrar o mandado de segurança. [...] O reconhecimento de quem pode ser impetrante do mandado de segurança deve acompanhar, assim, a interpretação (necessariamente ampla) de todos aqueles que podem invocar os direitos e garantias do art. 5º da Constituição. (BUENO, 2002, p. 27)

Impera lembrar que, no presente caso, o direito subjetivo violado é a vedação de ‘deliberar’ sobre projeto legislativo tendente a abolir cláusula pétreia (§4º, do art. 60, da CF/88).

Assim, é evidente que são os parlamentares quem praticam, no curso do processo legislativo, a conduta de deliberar sobre projetos legislativos. Neste diapasão, somente o parlamentar tem direito subjetivo de exigir que não sejam colocados em deliberação projetos legislativos contrários aos limites materiais da competência legislativa constitucional. Trata-se do direito subjetivo do parlamentar ao devido processo legislativo. Logo, é o parlamentar o sujeito ativo para a impetração do *writ*.

Esse é o sentido do voto do Ministro Celso Melo, na ocasião do julgamento do Mandado de Segurança nº 24.642/DF, pelo Supremo Tribunal Federal:

Titulares do poder de agir, em sede jurisdicional, contudo, não de ser os próprios membros do Congresso Nacional, a quem se reconhece, como líquido e certo, o direito público e subjetivo à correta observância da disciplina jurídico-constitucional regedora da formação das espécies normativas. O parlamentar, fundado na sua condição de co-participante no procedimento de elaboração das normas estatais, dispõe da prerrogativa de impugnar, em juízo, o eventual descumprimento, pela instituição parlamentar, das cláusulas constitucionais que lhe são condicionais à atividade jurídica.

Com relação à legitimidade passiva, ressalta dizer que essa é atribuída aos sujeitos de direitos que ao exercerem sua competência praticam ato de transgressão da norma de competência hierarquicamente superior. Portanto, figuram na relação jurídica processual para defender a licitude de seu ato jurídico.

Desta arte, a *autoridade coatora* não se confunde com o legitimado passivo para a demanda de mandado de segurança, uma vez que quem pratica o ato jurídico é o órgão Estatal. Bueno (2002, p.21), escreve nossa lição:

... a autoridade coatora não é, portanto, o réu do mandado de segurança, mas apenas quem representa em juízo a verdadeira parte passiva, que é a pessoa jurídica a que ela pertence,...

Desta feita, no caso em baila, o Presidente da Mesa Legislativa Federal é quem pratica o ato coator em exercício da competência legislativa da União Federal. Logo, o Presidente da Mesa Legislativa Federal é a autoridade coatora, e, o legitimado passivo, quer seja, aquele que defende a legalidade do ato, é a União Federal.

3.3 DOS EFEITOS DA CONCESSÃO DA ORDEM

Demonstrado o cabimento do procedimento de mandado de segurança contra ato coator praticado no curso do processo legislativo, cabe-nos, agora, analisar os efeitos da concessão da ordem.

Vimos que o pressuposto da atuação do Estado-juiz por uma norma de sanção é a existência de ato ilícito. Por outro dizer, no antecedente da norma de sanção deve estar descrito o fato ilícito.

Nesta toada, a norma criada pelo Estado-juiz declara no antecedente a ocorrência de um ato ilícito por um sujeito de direito e no conseqüente prescreve a constituição, desconstituição ou a modificação de uma relação jurídica transviada.

In casu, a concessão da ordem de segurança em um mandado de segurança, como espécie de processo jurisdicional, tem como termo-fim a sentença desconstitutiva do ato coator declarado em seu antecedente.

Não é outra a profissão científica de Santi e Conrado (2003,p.53):

Este objetivo do mandado de segurança realiza-se mediante produção de norma-solução (sentença), resultado final de seu procedimento, que retroage no tempo jurídico re-qualificando aquele ato como coator.

No mundo do direito, a norma solução com efeitos *ex tunc* volta ao passado jurídico desqualificando idealmente a legalidade [retira a validade] do ato da autoridade e espalhando os efeitos dessa ilegalidade, também idealmente, nesta altiplano. (Santi e Conrado, 2003, p.53)

No caso da concessão da ordem em demanda impetrada contra ato coator da mesa legislativa, a norma sancionatória prolatada pelo Estado-juiz *i)* declara, no antecedente normativo, o ato coator praticado em transvio a limitação da competência constitucional legislativa, e *ii)* no conseqüente desconstitui o ato coator, retirando-o do sistema do direito positivo, e, de conseguinte, impede a deliberação da proposta que verse sobre matéria tendente a abolir as cláusulas pétreas.

A sentença concessiva da ordem de segurança para retirar do sistema jurídico o ato coator da mesa é, em última análise, norma de revisão sistêmica, uma vez que retira do sistema do direito, o antecedente concreto (ato jurídico) que determinou a deliberação sobre matéria vedada pelo §4º, do artigo 60, da Constituição Federal.

Desta sorte, enunciação de norma jurídica de sanção, pelo órgão jurisdicional, obsta o regular curso de deliberação do órgão legislativo, e, em último plano controla a constitucionalidade do processo legislativo.

4 CONCLUSÕES

01. O ato de aplicação der uma norma de estrutura para inovar ou modificar o sistema do direito positivo implica observar todas as normas hierarquicamente superiores para construir o limite material de sua competência;

02. As normas constitucionais, como fundamento último da validade de todas as normas do sistema do direito positivo, prescrevem competências e procedimentos para a prática dos atos de enunciação de inovação ou modificação de normas jurídicas;

03. Desta sorte, o diploma constitucional cria a ordem jurídica e o Estado. Não é o Estado quem “cria” a ordem jurídica, ou sequer, a ordem jurídica quem “cria” o Estado: o Estado é a ordem jurídica;

04. Logo, as funções estatais, como funções de uma ordem jurídica, devem ser compreendidas dentro desse jogo de autorreferência do sistema do direito positivo, ou seja, o Estado tem a função de aplicar e de criar normas jurídicas;

05. O Estado está jungido ao jogo de linguagem do sistema do direito positivo: ao prescrever a conduta humana, sob o pretexto de criar ou modificar normas jurídicas, deve, o Estado, praticar o ato de enunciação da norma lastreado em uma norma de estrutura hierarquicamente superior;

06. Aqueles sujeitos de direitos que estão descritos no antecedente das *normas jurídicas de estrutura de competência* assumem a condição de *órgão do Estado*;

07. O texto constitucional prescreve a distribuição de competências e procedimentos para a criação ou modificação dos enunciados normativos;

08. Um órgão estatal executa atos de *processo legislativo* quando o ordenamento jurídico prescreve competência e procedimento para a prática de *enunciação de normas jurídicas gerais e abstratas*;

09. De outro lado, o *processo jurisdicional* presta-se intrinsecamente a aplicar a norma de sanção, ou seja, a competência e o procedimento têm como objetivo a atuação do Estado-juiz para revisar o sistema do direito positivo;

10. Os atos ilícitos praticados no correr do processo legislativo têm repercussões no sistema do direito positivo, e, não no sistema político, uma vez que o sistema do direito

positivo prescreve incontáveis normas sobre o processo legislativo, não há que se falar em impossibilidade de controle do processo legislativo por uma norma emanada pelo processo jurisdicional;

11. O transvio do ato de aplicação de uma norma de estrutura é um ato ilícito, que, por sua vez, enseja a atuação do Estado-juiz: o órgão jurisdicional aplicará outras normas de estrutura para criar uma norma de sanção coativa de uma conduta ou revisória do sistema;

12. Nesta toada, o instituto do mandado de segurança, que está prescrito no enunciado inciso LXIX, do artigo 5º, da CF/88, prescreve a competência jurisdicional para a atuação do Estado-juiz em caso de ilícito praticado por autoridade pública;

13. No mandado de segurança, o ato ilícito é especialmente denominado ato coator: é ato ilícito praticado por uma autoridade pública que lança uma norma individual no sistema do direito positivo;

14. No caso do mandado de segurança como controle jurisdicional do processo legislativo, o Estado-juiz estará obrigado a intervir no trâmite do processo legislativo, quando a norma geral prescrita no §4º, do artigo 60, da CF/88, for transviada pelo ato de aplicação de norma individual pela autoridade coatora;

15. A conduta vedada no §4º, do artigo 60, da CF/88 é a de refletir ou ponderar sobre propostas legislativas tendentes a criar ou modificar as matérias tendentes a abolir *i)* a forma federativa de Estado; *ii)* o voto direto, secreto, universal e periódico; *iii)* a separação dos Poderes; e *iv)* os direitos e garantias individuais;

16. Nesta toada, a autoridade coatora é o Presidente da Mesa Legislativa, uma vez que é quem recebe o projeto e o coloca em pauta para a deliberação e votação;

17. O direito líquido e certo do impetrante do mandado de segurança reside articulação e lastro probatório documentalmente carregado na peça inaugural do processo jurisdicional de forma a demonstrar o ato coator praticado pelo presidente da mesa legislativa;

18. O parlamentar é o sujeito ativo da relação jurídica processual, pois tem direito subjetivo de exigir que sejam colocados em deliberação projetos em conformidade com os limites materiais da competência legislativa constitucional;

19. O legitimado passivo é a União Federal, uma vez que é por este órgão de direito público interno por quem o presidente da mesa pratica a competência constitucional;

20. A sentença concessiva da ordem de segurança para retirar do sistema jurídico o ato coator da mesa é, em última análise, norma de revisão sistêmica, uma vez que retira do sistema do direito, o antecedente concreto (ato jurídico) que determinou a deliberação sobre matéria vedada pelo §4º, do artigo 60, da Constituição Federal;

21. Desta sorte, enunciação de norma jurídica de sanção, pelo órgão jurisdicional, obsta o regular curso de deliberação do órgão legislativo, e, em último plano controla a constitucionalidade do processo legislativo.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução Maria Celeste Cordeiro dos Santos. 10.ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999. 184p.

BRASIL, Constituição de 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

_____. Supremo Tribunal Federal.Mandado de Segurança. MS n° 20.257/DF. Itamar Augusto Cautiero Franco e Mesa do Congresso Nacional. Relator: Décio Miranda. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Aceso em 02 de jun. 2005.

_____. Supremo Tribunal Federal.Mandado de Segurança. MS n° 22.503/DF. Jandira Feghali e Presidente da Mesa da Câmara dos Deputados. Relator: Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Aceso em 02 de jun. 2005.

_____. Supremo tribunal Federal. Mandado de Segurança. MS n° 24.642/DF. Onyx Lorenzoni e Mesa da Câmara dos Deputados. Relator: Carlos Velloso. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 02 de jun. 2005.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Mandado de segurança**: comentários às leis n. 1533/51, 4348/64 e 5021/66 e outros estudos sobre mandado de segurança. São Paulo: Saraiva, 2002. 424p.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2002. 193p.

HOUAISS, Antônio. **Minidicionário da língua portuguesa**. São Paulo: Objetiva, 2003. 567p.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6.ed. Coimbra: Editora Armênio Amando, 1984.

SANTI, Eurico Marcos Diniz de; CONRADO, Paulo Cesar. Mandado de segurança em matéria tributária, definindo e inter-relacionando conceitos fundamentais: “direito líquido e certo”, “ato coator”, “medida liminar”, “sentença”, “*periculum in mora*” e *fumus boni iuris*”. **Revista dialética de direito tributário**, São Paulo, n.90, p.49-55, mar. 2003.