EMENDA CONSTITUCIONAL — CLÁUSULA PÉTREA — MANDADO DE SEGURANÇA

— Cabe mandado de segurança, no curso do processo legislativo, contra emenda constitucional que viole o art. 60, § 4º da Constituição.
— A legitimidade ativa é de congressista, cujo direito subjetivo é ofendido, e não de partido político.
— A promulgação da Emenda Constitucional encerra o processo legislativo, não podendo prosseguir o mandado de segurança a importar no exame de constitucionalidade de lei em tese.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Mandado de Segurança nº 21.747
Impetrante: Partido Social Democrático — PSD
Impetradas: Mesa da Câmara dos Deputados e Mesa do Senado Federal
Relator: Sr. Ministro CELSO DE MELLO

DESPACHO: O Partido Social Democrático impetra mandado de segurança com a finalidade (a) de impedir a promulgação da Emenda Constitucional nº 4, de 1993, que dá nova redação ao art. 16 da Constituição e (b) de obter o reconhecimento da invalidade jurídica da deliberação parlamentar que conduziu à aprovação dessa espécie normativa pelas Casas do Congresso Nacional.

O ora impetrante aponta, como órgãos coatores, os membros das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal.

O fundamento jurídico da pretensão mandamental ora deduzida reside, em essência, na alegada ofensa, pelo Congresso Nacional, da cláusula pétrea inscrita no art. 60, § 4º, IV, da Lei Fundamental da República, que desqualifica, como objeto possível de deliberação legislativa, a proposta de emenda tendente a abolir "os direitos e garantias individuais".

Esta impetração renova, na presente sede jurisdicional, a questão concernente ao *judicial review* das deliberações emanadas do Poder Legislativo, notadamente naquilo que se refere ao processo de criação dos atos normativos.

Ao analisar o tema ora proposto nos autos do MS 21.642-DF (DJU de 03/02/93), tive o ensejo de acentuar que o processo de formação das espécies normativas revela-se, *ainda que em caráter excepcional,* suscetível de controle pelo Poder Judiciário, *sempre que houver possibilidade de lesão à ordem jurídico-constitucional.* Esse processo de positivação do direito subordina-se a esquemas rigidamente previstos e disciplinados na Constituição. Em conseqüência, a observância das normas constitucionais condiciona a própria validade formal dos atos normativos editados pelo Poder Legislativo (CARL SCHMITT, "Teoria de La Constitución, p. 166, 1934; PAOLO BISCARETTI DI RUFFIA, "Diritto Costituzionale", vol. I/433-434, 1949; JULIEN LAFERRIÈRE, "Manuel de Droit Constitutionnel", p. 330, 1947; A. ESMEIN, "Elements de Droit Constitutionnel Français et Comparé", vol. I/643, 1927; SERIO GALEOTTI, "Contributo alla Teoria del Procedimento Legislativo", p. 241).

Essa intervenção judicial no procedimento de elaboração das normas que emanam do Congresso Nacional destina-se, respeitados os aspectos discricionários concernentes às *political questions* e aos atos *interna corporis (RTJ* 102/27 — 112/598 — 112/1023), a garantir,

de modo efetivo, a supremacia da Constituição.

A sindicabilidade jurisdicional do *iter* formativo dessas espécies estatais, ainda que vinculada à observância de rígidos pressupostos, tem sido admitida tanto pela doutrina (HELY LOPES MEIRELLES "Direito Administrativo Brasileiro", 17ª ed., p. 609, 1992, Malheiros Editores) quanto pela jurisprudência dos Tribunais (*RT* 193/454 — 258/251 — 274/748 — 321/438; *RDA* 49/199 — 54/166 — 84/173).

Convém ressaltar, neste ponto, que mesmo as propostas de emenda à Constituição não estão excluídas, quanto à análise de seu conteúdo material e quanto ao exame dos pressupostos de sua formação, da possibilidade de controle pelo Poder Judiciário. O Congresso Nacional, no exercício de sua atividade constituinte derivada e no desempenho de sua função reformadora, está juridicamente subordinado à decisão do poder constituinte originário que, a par de restrições de ordem circunstancial, inibitórias do poder reformador (CF, art. 60, § 1º), identificou, em nosso sistema constitucional, um núcleo temático intangível e imune à ação revisora da instituição parlamentar.

As limitações materiais explícitas, definidas no § 4º do art. 60 da Constituição da República, incidem diretamente sobre o poder de reforma conferido ao Poder Legislativo da União, inibindo-lhe o exercício nos pontos ali discriminados (MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, "Curso de Direito Constitucional, p. 26, item 15, 18º ed. 1990). A vulneração desse núcleo temático, *ainda que potencial,* pode legitimar, desde logo, a *judicial review,* que constituirá, nesse contexto, o instrumento de preservação e de restauração da vontade emanada do órgão exercente das funções constituintes primárias.

Normas constitucionais derivadas do poder de reforma outorgado ao Congresso Nacional *podem,* desse modo, *incidir* no vício da inconstitucionalidade, consoante reconhece o magistério doutrinário de OTTO BACHOF, "Normas Constitucionais Inconstitucionais?", p. 52/54, 1977, Atlântida Editora, Coimbra; JORGE MIRANDA, "Manual de Direito Constitucional", tomo II/287-294, item nº 72, 2ª ed., 1988, Coimbra Editora; MARIA HELENA DINIZ, "Norma Constitucional e seus Efeitos", p. 97, 1989, Saraiva; J. J. GOMES CANOTILHO, "Direito Constitucional", p. 756-758, 4º ed., 1987, Almedina; JOSÉ AFONSO DA SILVA, "Curso de Direito Constitucional Positivo, p. 58/60, 5º ed., 1989, RT, *dentre outros.*

É tão grande a intensidade do vínculo proibitório estabelecido no art. 60, § 4º, da Carta Política — *cujo único destinatário é o próprio Poder Legislativo da União* — que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o MS 20.257-DF, Rel. para o acórdão o Min. MOREIRA ALVES, reconheceu, *em sede de controle incidental,* a possibilidade da fiscalização jurisdicional da constitucionalidade de propostas de emenda à Constituição que veicularem matéria vedada ao poder reformador do Congresso Nacional. Do voto condutor do acórdão, destaca-se esta expressiva passagem, *verbis:*

"Não admito Mandado de Segurança para impedir tramitação de projeto de lei ou proposta de emenda constitucional com base na alegação de que seu conteúdo entra em choque com algum princípio constitucional. E não admito porque, nesse caso, a violação à Constituição só ocorrerá depois de o projeto se transformar em lei ou se a proposta de emenda vir a ser aprovada. Antes disso, nem o Presidente da Casa do Congresso, ou deste, nem a Mesa, nem o Poder Legislativo estão praticando qualquer inconstitucionalidade, mas estão, sim, exercitando seus poderes constitucionais referentes ao processamento da lei em geral. A inconstitucionalidade, nesse caso, não será quanto ao processo de lei ou da emenda, mas, ao contrário, será da própria lei ou da própria emenda, razão por que só poderá ser atacada depois aa existência de uma ou de outra.

Diversas, porém, são as hipóteses como a presente em que a vedação constitucional se dirige ao próprio processamento da lei ou da emenda, vedando a sua apresentação (...) ou a sua deliberação (como na espécie). Aqui, a inconstitucionalidade diz respeito ao próprio andamento do processo legislativo, e isso porque a Constituição não quer — em face da gravidade dessas deliberações, se consumadas —

que sequer se chegue à deliberação, proibindo-a taxativamente. A inconstitucionalidade, neste caso, já existe antes de o projeto ou de a proposta se transformarem em lei ou em emenda constitucional, porque o próprio processamento já desrespeita, frontalmente, a Constituição.

E cabe ao Poder Judiciário — nos sistemas em que o controle da constitucionalidade lhe é outorgado — impedir que se desrespeite a Constituição. Na guarda da observância desta, está ele acima dos demais Poderes, não havendo, pois, que falar-se, a esse respeito, em independência de Poderes. Não fora assim e não poderia ele exercer a função que a própria Constituição, para a preservação dela, lhe outorga."

(RTJ 99/1.040)

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

Desse modo, é *somente* ao congressista — e não aos Partidos Políticos — que pertine o direito subjetivo de não ver submetida à apreciação parlamentar proposta de emenda supostamente vulneradora do núcleo irreformável de nosso ordenamento constitucional.

Não se reconhece ao Partido Político, pois, a capacidade de investir-se na posição de parte interessada no controle prévio do processo de criação do direito positivo.

O direito subjetivo de supervisionar o processo de formação dos atos legislativos ou constitucionais pertence, *exclusivamente,* aos membros integrantes do Poder Legislativo. A ausência dessa prerrogativa desqualifica o impetrante — mesmo que se cuide de agremiação partidária — para postular tutela jurisdicional que objetive resguardar, no procedimento de elaboração das normas, a observância estrita dos princípios constitucionais.

Por outro lado, e mesmo que admitesse a legitimidade ativa do ora impetrante, ainda assim não haveria como dar trânsito à presente ação mandamental.

Isso, porque, com a sua promulgação em 14.09.90 — e subseqüente publicação no Diário Oficial de hoje, 15.09.90 — exauriu-se o processo de formação da Emenda Constitucional nº 4.

Essa circunstância assume especial significação na medida em que atua, *mesmo para o próprio parlamentar,* como fator de perda superveniente do objeto da impetração. Neste sentido, inclusive, já decidiu o Plenário do STF, que, ao apreciar questão virtualmente idêntica à destes autos, estatuiu que

"... *havendo o mandado de segurança sido impetrado para assegurar ao impetrante, na qualidade de Deputado Federal, o direito de não ser compelido a manifestar-se, pelo voto, sobre emenda constitucional que, a seu ver, era inconstitucional, perdeu ele o seu objeto a partir do momento em que a dita emenda foi aprovada pela Câmara dos Deputados, não havendo, a esta altura, como converter-se a ação, que tinha caráter preventivo, em repressiva, o que valeria por admitir-se a possibilidade de utilização do mandado de segurança para simples declaração de inconstitucionalidade de lei."*

(voto do Min. ILMAR GALVÃO, Relator para o acórdão, no MS 21.648-DF, DJU de 10.05.93)

A conclusão do processo de formação da emenda constitucional em causa traz, ainda, uma outra conseqüência jurídica, igualmente apta a impedir o prosseguimento desta ação mandamental.

Sem perder de perspectiva que o mandado de segurança não pode ter por objeto ato em tese, consoante proclama a Súmula 266 desta Corte, tem-se que, uma vez promulgada a Emenda Constitucional nº 04/93, a sua impugnação pela via do *writ* faria instaurar, perante esta Corte, inquestionável controle normativo *abstrato,* o que se revela de todo inadmissível em sede de processo mandamental.

A impugnação da validade constitucional de normas em tese não encontra meio processualmente idôneo na via do mandado de seguran-

ça, mas, sim, na da ação direta de inconstitucionalidade (RTJ 43/359 — 62/773 — 110/77).

Desse modo, antes que se instaure o momento de atuação concreta da vontade normativa do Estado, não é possível requerer ao Judiciário, *pela via do mandado de segurança,* um pronunciamento genérico e *in abstracto* sobre a legitimidade constitucional do ato estatal que se pretende questionar.

Isto posto, tendo presentes as razões expostas especialmente no que concerne à falta de legitimidade ativa *ad causam* do Partido impetrante —, nego seguimento a este mandado de segurança, restando prejudicada, em conseqüência, a apreciação da medida liminar requerida.

Publique-se.

Arquivem-se.

Brasília, 15 de setembro de 1993. Ministro *Celso de Mello* — Relator.