

O MANDADO DE SEGURANÇA E O ATO LEGISLATIVO

SERGIO DE ANDRÉA FERREIRA

Professor de Direito Administrativo na Faculdade de Direito da Universidade do Estado da Guanabara. Membro do Ministério Público do Estado da Guanabara

1. No Direito pátrio, uma ação especial existe tendo por objeto o julgamento da inconstitucionalidade de lei ou outro ato normativo, isto é, da *norma em tese*, pelo Poder Judiciário, mais especificamente, pelo Supremo Tribunal Federal. É a chamada *representação* ou *ação direta de inconstitucionalidade*, que admite duas espécies, consoante o regime da Constituição Federal de 1967, com a redação dada pela Emenda Constitucional n.º 1, de 17/10/1969: a da letra *c*, do § 1.º, do art. 11 (*ação de representação interventiva*) (1) e a da letra *l* do inciso I do art. 119 (2).

(1) A ação representativa interventiva é sempre contra atos dos poderes públicos locais. No nível da legislação ordinária a matéria está disciplinada pela Lei n.º 4.337, de 1/6/64, que alude à declaração de inconstitucionalidade. PONTES DE MIRANDA (*Comentários à Const. de 1946*, 2.ª ed., 1953, vol. I, pág. 490) sustenta: "Seria de discutir-se se a carga de eficácia da decisão do Supremo Tribunal Federal, na espécie do art. 8.º, parágrafo único, é declarativa, juntando-se-lhe, depois, a desconstitutividade, com a suspensão da lei ou ato, ou se é desconstitutiva dependente da intervenção, uma vez que é desconstituição com determinado fim. Não se equivalem as duas construções. A segunda é mais acorde com os princípios e evita dificuldades que a primeira suscitaria. Há desconstituição *in casu*; apenas a eficácia constitutiva negativa do pronunciamento do Supremo Tribunal Federal precisa de integração com a intervenção, pois, por ser *in casu* e o caso dependente de ato alheio, a eficácia fica protraída". Já nos *Comentários à Constituição de 1967* (vol. II, pág. 254), afirma: "Se a decisão do Supremo Tribunal Federal é para a intervenção federal, a carga preponderável é só declarativa, pois a suspensão pelo Presidente da República é que desconstitui. Se a decisão não é para a finalidade da intervenção federal, não: desconstitui-se o ato estadual, inclusive a lei, *in casu*".

Pelo art. 13 da Constituição de 46, cabia ao Congresso Nacional suspender

É sabido, porém, que, em qualquer feito, todo juiz ou tribunal (3) (4), considerando inconstitucional (5) determinado ato normativo, pode julgá-lo como tal, abrangendo êste julgamento, todavia, apenas, aquêle caso concreto, e valendo a respectiva decisão somente *inter partes* e não, *erga omnes*. A norma deixa de operar, apenas, na hipótese *sub judice*. Salieta PONTES DE MIRANDA (*Comentários à Constituição de 1946*, vol. V, 2.ª ed., 1953, págs. 296 e 299) que "*tal quæstio iuris præiudicialis* é de constituição negativa e concreta, razão por que a sua eficácia é *in casu*" (6) e (6 a).

Se se tratar de decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal caberá suspender a execução, tirando a eficácia, no todo ou em parte, da lei ou decreto expedido por qualquer das pessoas políticas e por aquêle declarado inconstitucional (art. 42, VII, da Carta Federal).

a execução do ato argüido de inconstitucionalidade. Pela atual Carta (artigos 11, § 2.º, e 12, § 2.º), o Presidente da República, através do decreto, suspenderá a execução do ato impugnado, ficando dispensada a apreciação do citado decreto, pelo Congresso Nacional, se a suspensão tiver produzido seus efeitos. Vê-se, destarte, que, mesmo neste caso, a decisão judicial não tem eficácia *erga omnes*, sendo *in casu* e com determinado fim: a suspensão pelo Executivo é que dá executoriedade àquela decisão, que é questão prévia para a deliberação da intervenção.

(2) A representação prevista no art. 119, I, *l*, da Carta vigente é "ação constitutiva negativa, por inconstitucionalidade, *in abstracto*", "com legitimação ativa somente para o Procurador-Geral da República" (PONTES DE MIRANDA, *Comentários à Constituição de 1967*, vol. IV, pág. 41). Pode dizer respeito a regra jurídica (*lei ou ato normativo*) federal ou estadual.

(3) Cf. item III, e respectivas alíneas *b* e *c* do art. 119 da Constituição Federal.

(4) Deve ser respeitado o disposto no art. 116 da Constituição vigente, segundo o qual "somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros, poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do poder público" (reproduzido pelo art. 55 da Constituição da Guanabara. Cf. Ato Regimento n.º 14, do Tribunal de Justiça da Guanabara).

(5) A inconstitucionalidade pode ser em relação à Carta Federal ou à Constituição Estadual.

(6) As Constituições (cf. citado art. 116 da Constituição Federal) aludem a "declaração da inconstitucionalidade".

(6-a) Afirma PONTES DE MIRANDA (*Comentários à Constituição de 1946*, vol. V, pág. 299: "A decisão do Tribunal, por maioria absoluta, não é diferente da decisão do juiz singular: ambas são constitutivas negativas, *in casu*, e só *in casu*; a decisão do Supremo Tribunal Federal é que tem *plus* de eficácia, assim em relação à decisão dos outros tribunais como em relação à decisão dos juizes, — que é o de bastar à deliberação do Senado Federal quanto à suspensão de execução das leis, ou decretos (art. 64), que foram tidos, por decisão trãnsita em julgado, como contrárias à Constituição".

Caso a lei ou decreto seja estadual ou municipal, poderá, igualmente, a respectiva Assembléia Legislativa efetivar dita suspensão, quer a decisão correspondente de declaração de inconstitucionalidade seja do Supremo Tribunal ou do próprio Tribunal de Justiça local (cf. art. 7.º, XVIII, da Const. da GB, de 1967 (6 b); art. 30, XIX, da Const. do Est. do Rio vigente).

Deve ser observado, finalmente que, como consta da Súmula n.º 347 do Supremo “o Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do poder público”.

2. O problema do controle da constitucionalidade das *normas jurídicas em tese* pelo Poder Judiciário não é, portanto, específico do *mandado de segurança*.

Se descabe, em princípio, salvo a exceção indicada no item anterior, a propositura de ação que tenha por pedido específico a decretação da inconstitucionalidade da norma jurídica em tese, é porque o exercício do direito de acionar tem de fundar-se, para ser legítimo, em interesse pessoal concreto, e não, de ordem geral.

Sobre a máxima da inviabilidade do uso do *writ contra a lei in abstracto*, diz FRANCISCO CAMPOS que “ela se limita a reproduzir, em relação ao mandado de segurança, um princípio que rege não somente a este, como a todo o direito de ação, cujo exercício não pressupõe apenas um interesse em tese ou de ordem geral, mas um interesse legítimo, concreto e atual, vulnerado pela aplicação da lei” (parecer *in Rev. For.*, vol. CLV, pág. 77).

Com referência ao mandado, porém, por circunstâncias várias, a questão apresenta grande relêvo, acarretando inúmeros debates doutrinários e jurisprudenciais.

Tal fato decorre, em primeiro lugar, da própria natureza desse *remédio específico de controle da legalidade dos atos de quaisquer autoridades estatais*, na proteção dos direitos individuais líquidos e certos não amparados por *habeas corpus*. Outrossim, é predominante o entendimento de que a *ilegalidade* ou *abuso de poder* a que se têm referido Constituições e legislação ordinária, abrange a *inconstitucionalidade* (Cf. SEABRA FAGUNDES, *in O Con-*

(6-b) A Emenda Constitucional n.º 4, de 30/10/1969, que alterou a redação da Constituição Carioca de 1967, omitiu o preceito.

trôle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário, 4.ª ed. 1967, pág. 269). A Constituição de 1934 (Carta Magna que instituiu o *writ* no Direito Brasileiro), no n.º 33 de seu artigo 113, aludia a “ato manifestamente *inconstitucional* ou *ilegal* de qualquer *autoridade*” (o grifo é nosso).

3. Alguns sustentam o descabimento da impetração do mandado de segurança contra a *norma jurídica*, contra o *ato legislativo*, negando, em termos amplos e definitivos, a viabilidade da interposição do *writ* contra toda e qualquer norma.

LUÍS EULÁLIO DE BUENO VIDIGAL manifesta-se neste sentido:

“Cabe, em relação aos atos legislativos propriamente ditos, a mesma observação que, há pouco, fizemos a propósito dos atos de jurisdição graciosa: não há interesse em pleitear mandado de segurança contra eles.

Se o ato legislativo não contraria a Constituição, ele não pode ser considerado ilegal, porque revoga qualquer lei anterior que se lhe contraponha. Se, ao contrário, ele é inconstitucional, é nulo e não pode, por si só, ferir direitos particulares. Neste último caso, nada impede que a autoridade administrativa, reconhecendo-lhe a inconstitucionalidade, deixe de aplicá-lo. Se isto ocorrer, não haverá necessidade do mandado de segurança para proteção do direito que por ele seria violado. Se a autoridade administrativa não lhe reconhecer a inconstitucionalidade e quiser aplicá-lo, caberá, então, o mandado de segurança, não porém contra o legislativo, e sim contra a administração.

O mandado de segurança contra órgãos do legislativo cabe, pois, apenas quanto aos seus atos administrativos, tais como, nomeação, exoneração, punição e licenciamento de funcionários. O sujeito passivo da lide, quando houver, será a pessoa jurídica de direito público a que corresponder o órgão legislativo, isto é, a União, o Estado ou o Município”. (*Do Mandado de Segurança*, 1953, São Paulo, págs. 124/5).

ALFREDO BUZAIID ensina:

“O mandado de segurança é admissível também contra autoridades legislativas. O que se deve entender por autoridade legislativa é matéria sôbre a qual não há uniformidade de vistas. A nosso ver, autoridade legislativa, entendida como sujeito passivo do mandado de segurança, é aquela a que toca a direção dos trabalhos dos corpos legislativos.

Os atos que podem ser atacados por mandado de segurança são os atos administrativos das mesas das câmaras, não os atos legislativos ou leis, que traduzem a vontade colegial dos representantes do povo. Não é admissível mandado de segurança contra a lei considerada em tese; mas, aplicada a lei, se ela fere direito individual, o mandado de segurança é meio idôneo para afastar a ilegalidade. O que se impugna é o ato administrativo *executório* decorrente da ilegalidade ou inconstitucionalidade da lei, que o Poder Judiciário deixará de aplicar no caso concreto (“Do Mandado de Segurança”, in *Rev. de Dir. Adm.*, vol. 44, pág. 35).

CASTRO NUNES (*Do Mandado de Segurança*, 6.^a ed., 1961, págs. 115 e segs.) sustenta a tese de que a lei não é ato de autoridade, mas de soberania. O mandado cabe contra *ato administrativo* (“pressuposto necessário do mandado de segurança”) de autoridades legislativas (Mesas das Câmaras legislativas).

TEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCÂNTI afirma que, mesmo na hipótese de lei cujo conteúdo se confunda com o ato administrativo (*p. ex.*, que anule uma concessão), contra o ato executório é que se deve promover a ação judicial (*Do Mandado de Segurança*, 1957, 4.^a ed., págs. 185/186).

Em relação à jurisprudência, podemos fazer as seguintes indicações: Supremo Tribunal Federal — *Súmula*, n.º 266; *Arq. Jud.*, 113/263; 114/16; 114/24; *R. Trim. Jur.*, 2/232; 6/402; 7/CXI; 11/C; 9/CXXIV; 12/32; 12/256; 41/333; 43/359; 46/144; *R. Dir. Adm.*, 57/198; 73/201; *R. For.*, 174/120; *D. Just.* (ap. ao n.º 182), de 26/9/63, fls. 932; Trib. de Just. da Guanabara —

R. Jurispr., 4/50; 6/33; 15/65; 15/196; 15/198; 17/210; 17/257; *R. For.*, 214/132; *Arq. Jud.*, 109/324; *D. Just.* (apenso) de 27/9/62; fls. 936; Trib. de Just. de S. Paulo — *R. Tribs.*, 250/290; 271/497; 276/506; 276/513; 277/209; 306/308; *R. Dir. Adm.*, 69/240; *R. For.*, 204/184; Trib. de Just. do Paraná — *R. For.*, 221/247; Trib. de Just. de M. Gerais — *R. Tribs.*, 223/306; Trib. de Just. do Rio de Janeiro — ALEXANDRE DE PAULA, n.º 35.696-c (7).

4. Há, porém, os que sustentam a viabilidade, em termos amplos, da impetração do *mandado de segurança* contra *atos normativos*, mesmo aquêles que o sejam do ponto de vista material, isto é, cujo conteúdo seja uma norma jurídica (8).

Diz PONTES DE MIRANDA:

“O Poder Legislativo também pratica atos inconstitucionais ou ilegais. Quando o Poder Legislativo faz lei inconstitucional, o ato não é administrativo, porém o mandado de segurança é cabível (Côrte de Apelação do Distrito Federal, 19 de junho de 1935)” (*Comentários à Constituição de 1946*, 2.^a ed., 1953, vol. IV, pág. 372).

5. Somos partidários de uma posição intermédia.

Em princípio, a lei *in abstracto*, que depende de atos executórios para sua aplicação *in concreto*, não lesa direito subjetivo, não ofende o indivíduo como sujeito de direito.

Mas há, em verdade, hipóteses em que a norma, por si só, lesa o patrimônio jurídico individual, ensejando que contra ela se interponha o *writ*; não, é claro, para nulificá-la, mas com eficácia *in casu*.

Afirma PAULINO JACQUES:

“Se, a princípio, havia dúvida quanto à aplicação do remédio contra atos dos poderes legislativo e judiciário, foi ela dissipada com o tempo, pela construção jurisprudencial.

(7) Ver indicações de JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, no vol. 12 da *Revista de Direito da Procuradoria-Geral da Guanabara*.

(8) A decisão teria sempre, é claro, eficácia, apenas, *in casu*.

dencial. Qualquer ato legislativo que fira direito líquido e certo, pode ser atacado por mandado de segurança, tanto quanto qualquer ato judicial, desde que não caiba outro recurso — é a jurisprudência dominante” (*Curso de Direito Constitucional*, 2.^a ed., 1958, pág. 377)”.

Sobre qualquer critério formal deve preponderar o princípio básico do sistema de defesa dos direitos individuais: sempre que ocorrer lesão aos mesmos, haverá uma ação para repará-los (art. 153, § 4.º, da Constituição Federal). Destarte, o importante, na consideração do cabimento, ou não, do mandado de segurança, não é a autoridade a que se imputa o ato impugnado; não é a forma ou o conteúdo do ato, mas sim, a ocorrência de lesão ou ameaça desta a direito individual líquido e certo não amparado por *habeas corpus*.

6. Estamos com CELSO AGRÍCOLA BARBI (*Do Mandado de Segurança*, 2.^a ed., 1966, págs. 92 e segs.) quando sustenta, com brilhantismo, que contra *lei auto-executável*, não obstante sua natureza formal e material de norma jurídica, cabe o *mandado de segurança*, obedecidos, evidentemente, como salientamos, os princípios já anteriormente apontados. Afirma o ilustrado estudioso da matéria, acerca das consequências do *writ*, no particular:

“No caso, por exemplo, das leis auto-executáveis, a sentença judicial não poderá ter nunca o alcance de anular, aniquilar a lei, como não o poderia ter com relação a qualquer lei. Seu efeito seria apenas de subtrair o autor da demanda aos efeitos da lei inconstitucional. A lei continuaria válida em relação a outros direitos do demandante que não tivessem sido deduzidos na ação.

E, igualmente, continuaria válida relativamente a outras pessoas que não fôsem partes da demanda” (ob. cit., pág. 94).

O cabimento do mandado contra a *lei executória por si mesma* tem a seu favor o prestígio das opiniões de SEABRA FAGUNDES (ob. cit., pág. 266) e de GONÇALVES DE OLIVEIRA (*Rev. de Dir. Adm.*, vol. IX, pág. 151).

Sustentam os eminentes mestres que, neste caso, a lesão se consuma pela ação direta do texto legislativo, sem carecer da prática subsequente de ato administrativo. Diz o primeiro jurista citado, acerca da norma auto-executável:

“Ela traz em si disposições capazes de fazê-la operar automaticamente sobre certos acontecimentos, em determinadas contingências; dispõe, em suma, sobre a sua própria e imediata aplicação a situações concretas pré-estabelecidas, podendo tornar-se, pela só vigência, dispensado ato executório, lesiva ao indivíduo (*Corpus Juris*, vol. 57, pág. 108, vb. *Self-executing*)” (*ib.*).

7. SEABRA sublinha (*ib.*) a hipótese das *leis proibitivas* que, impondo obrigações negativas, decorrentes, imediatamente, do texto legal, sem necessidade de qualquer ulterior ato administrativo, concretizam, por si mesmas, a lesão. e aduz:

“Seria absurdo exigir que o indivíduo, convencido de sua ilegitimidade, aguardasse o peso da sanção consequente da desobediência, para, então, valer-se do controle jurisdicional” (loc. cit.).

8. Cumpre reproduzir lição de FRANCISCO CAMPOS, onde diz:

“A norma em tese é aquela que não produz, desde logo, ou pelo simples fato de haver sido editada, as consequências ou os fins a que ela se destina; ela somente passa a incidir sobre os indivíduos, cuja conduta pretende regular, através de atos administrativos em que se individualize ou qualifique o destinatário do mandamento até então concebido em termos abstratos ou genéricos.

..Quando a lei contém uma ordem concreta às autoridades públicas, de cujo concurso depende o exercício de uma atividade individual, o que ela visa, é tornar-se, desde logo, executória, sem necessidade de qualquer ato administrativo destinado a especializar ao caso concreto

a norma geral que enuncia” (*Rev. For.* vol. CLV, pág. 77, cit.).

Manifestou-se no mesmo sentido CÂNDIDO DE OLIVEIRA NETTO, como Procurador-Geral da Justiça do então Distrito Federal:

É falso princípio jurídico e falsa preliminar, em tema de mandado de segurança, a afirmação de que não cabe o mandado de segurança contra leis e regulamentos, contra atos genéricos, como já vai, lentamente, reconhecendo a doutrina, pois os atos genéricos muitas vezes já violam direitos e ainda mais numerosas vezes representam ameaça de violação de direito, vetável pelo mandado de segurança” (parecer no mandado de segurança n.º 1.561, em 23/10/59, *in. D. da Justiça*, de 4/11/1959).

Podemos fazer as seguintes indicações jurisprudenciais em abono da tese aqui sustentada: Supremo Tribunal Federal — *R. Trim. Jur.*, 36/644; *Trib. de Just de S. Paulo — R. Tribs.*, 285/187; 374/177; *Trib. de Alcada de S. Paulo — R. Trib.*, 258/448; *Trib. de Just. do Rio de Janeiro — Alexandre de Paula*, 24/1139; *Trib. de Just. de M. Gerais — R. Tribs.*, 235/554; *Trib. de Just. do Ceará — Jur. e Doutrina*, 3/87; *Trib. de Just. de Sta. Catarina — R. Jurídica*, 68/334.

9. É claro que, se o ato formalmente normativo fôr materialmente administrativo, isto é, não ato — regra, mas, *subjetivo* ou *condição*, com muito mais fôrça de razão caberá o *writ*, pois que estaremos diante não da criação do direito, mas de sua individualização.

Ensina HELY LOPES MEIRELLES:

“Vê-se, portanto, que o objeto normal do mandado de segurança é o ato administrativo individual, mas por exceção presta-se a atacar as leis e decretos de efeitos concretos, as resoluções legislativas e as decisões judiciais para as quais não haja recurso hábil a impedir a lesão ao direito subjetivo do impetrante.

Por leis e decretos de efeitos concretos entendem-se aquêles que trazem em si mesmos o resultado específico pretendido, tais como as leis que fixam limites territoriais, as que criam municípios ou desmembram distritos, as que concedem isenções fiscais; os decretos que desapropriam bens, os que fixam tarifas, os que fazem nomeações e outros dessa espécie. Tais leis ou decretos nada têm de normativo; são atos de efeitos concretos, revestindo a forma imprópria de lei ou decreto, por exigências administrativas. Não contêm mandamentos genéricos, nem apresentam qualquer regra abstrata de conduta; atuam concreta e imediatamente como qualquer ato administrativo de efeitos individuais e específicos, razão pela qual se expõem ao ataque pelo mandado de segurança” (*in Direito Administrativo Brasileiro*, 2. ed., 1966, págs. 251/2).

Mesmo autores que afirmam que “a lei material não tem potência ativa para ferir direitos subjetivos”, sustentam que “dessa natureza, porém, não é a lei no sentido formal — de ato emanado do Poder Legislativo — sem aquêle caráter de generalidade. Particularizada, a resolução se dirige determinadamente contra o indivíduo” (cf. LOPES DA COSTA, *Direito Processual Civil Brasileiro*, 2.ª ed., 1959, Forense, vol. IV, pág. 422).

JORGE SALOMÃO escreveu:

“A primeira delas (restrições) concerne aos atos legislativos propriamente ditos: aquêles através dos quais se formula uma regra de direito destinada a reger categorias de casos. Atos legislativos em sentido material, portanto.

Tais atos, quando considerados em tese, ou seja, sem referência a determinado caso e pessoa concretamente indicados, estão excluídos do contrôle jurisdicional. A jurisprudência assente dos tribunais consagrou, há longos anos, êsse entendimento. Não se admite — já dizia RUY — que se faça um processo exatamente com aquêle fito,

para que a ineficácia da lei constitua “a conclusão de sentença e o objeto do julgamento”.

Afigura-se-nos que a restrição de que se cuida, além de incidir sobre as leis pròpriamente ditas, estende-se, também, aos atos normativos em geral: aos decretos, regulamentos, etc., expedidos por quaisquer dos três Poderes, desde que portadores das características de abstração e generalidade a conferir-lhes a qualidade de atos legislativos em sentido material.

Em resumo: nos atos originários do Poder Legislativo, o contròle jurisdicional só será viável quando êles apresentem conteúdo de ato administrativo” — (*Execução de Sentença em Mandado de Segurança*, págs. 44/45).

Igualmente neste caso, é evidente, a decisão do mandado não anula a lei, embora esvazie seu conteúdo, se o ato administrativo na mesma consubstanciado disser respeito, apenas, a seu autor.

Julgados de nossos Tribunais têm consagrado tal tese, podendo ser indicadas as seguintes decisões: Supremo Tribunal Federal — *R. Trim. Jur.*, 47/654; *Arqs. Min. Just.*, 81/235; Trib. de Alçada de S. Paulo — *R. Dir. Adm.*, 73/282; Trib. de Just. do R. G. Sul — *R. For.*, 171/275; 190/221; Trib. de Just. de Pernambuco — *R. For.*, 183/313; Trib. de Just. do R. G. Norte — voto vencido de SEABRA FAGUNDES, *R. For.*, 132/511.

10. A admissão do *writ* contra normas auto-executáveis, proibitivas e de conteúdo administrativo acarreta o problema de se saber qual a autoridade coatora, nessas hipóteses.

Também neste passo, seguimos a lição de BARBI (ob. cit., pág. 94), quando defende a tese de que, no caso, deve obedecer-se à regra geral de que “coator é sempre quem pratica o ato impugnado como lesivo”, isto é, na hipótese em consideração, trata-se do Poder Legislativo, representado por seu Presidente, e do Chefe do respectivo Poder Executivo, se êsse tiver sancionado ou promulgado a lei.

Adotando, outrossim, a opinião de AMÍLCAR DE CASTRO, consideramos a hipótese como de *litisconsórcio necessário* (*Rev.*

For., 122/194). Diz o acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, do qual foi relator o ilustre Desembargador:

“A lei é produto de colaboração e, impetrando-se mandado de segurança contra a sua sanção, chama-se a juízo apenas um dos colaboradores, o Poder Executivo, verificando-se, portanto, falta de legitimação *ad causam* passiva” (m. de s. n.º 177, dec. das Câmaras Cívicas Reunidas, de 16/6/1948).

11. Pode ter o *mandado de segurança* caráter preventivo.

A Constituição de 1934, no já citado n.º 33 de seu artigo 113, dizia, expressamente:

“Dar-se-á mandado de segurança para defesa de direito, certo e incontestável, *ameaçado ou violado* por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade...” (é nosso o grifo).

As Cartas de 46 e a vigente não fizeram menção expressamente à *ameaça* (arts. 141, § 24, e 153, § 21, respectivamente). Daí, terem alguns sustentando a abolição do mandado em sua *função preventiva* (cf. citação em SEABRA FAGUNDES ob. cit., pág. 294). Tal opinião não vingou, porém, tendo a lei ordinária (Lei n.º 1.533, de 31/12/1951, art. 1.º) consagrado o *writ preventivo*. Aliás, as Constituições de 1946 e a vigente (§ 23 do art. 141; e § 20, do art. 153, respectivamente), ao tratarem do *habeas corpus*, admitem-no, explicitamente, contra a ameaça de violência ou coação contra a liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder. Ora, se o mandado cabe, por exclusão, para a proteção de direitos não amparados por *habeas corpus*, há de admitir, também a função preventiva.

O indicado art. 1.º da Lei 1.533/1951, assim dispõe sobre a matéria:

“Conceder-se-á mandado de segurança sempre que alguém sofrer violação *ou houver justo receio de sofrê-la*” (é nosso o grifo).

Não alude, pois, à *ameaça*, tendo-se referido ao reflexo subjetivo desta, o *receio*. Mas é prevalente a opinião de que, para ser cabível a impetração de segurança, em caráter preventivo, dois elementos têm de estar presentes: um, *objetivo*, a *ameaça*, consubstanciada em atos preparatórios ou em indícios razoáveis que manifestem a tendência das autoridades para a prática ou a omissão de atos caracterizadora da lesão; outro, *subjetivo*, o *justo receio*, isto é, o temor fundado e razoável de que o direito subjetivo seja violado.

12. Nas hipóteses em que descabe o mandado contra a lei, por necessitar esta de atos de aplicação *in concreto*, tem pertinência o mandado de *segurança preventivo* contra tais atos de aplicação, quando, sendo a norma inconstitucional, estejam presentes a *ameaça* e o *justo receio* de sua execução lesiva ao patrimônio jurídico individual. Com efeito, sendo editada uma lei inconstitucional, com a sanção do Executivo, que, destarte, a ratificou, contra a mesma não se manifestando, lei a ser pelo Executivo aplicada, julgamos que, com a simples sanção e conseqüentes promulgação e publicação, já existe a *ameaça* que, somada ao *justo receio* do interessado, ensejará a segurança preventiva. Não se estará, assim, atacando a lei em si, mas preventivamente, os atos administrativos lesivos de direitos individuais que, tudo o indica, serão praticados.

É óbvio que, se o Executivo já tiver, além de sancionado, regulamentado tal lei inconstitucional, mais evidente ainda ficará o motivo para a propositura do *writ* preventivo, porquanto ainda mais patente a intenção de aplicá-la concretamente.

Se, pelo contrário o Executivo tiver vetado o respectivo projeto de lei por ser inconstitucional, e o veto sido derrubado pelo Legislativo, que promulgou aquêle, tendo-o transformado em lei, a *ameaça* e o *justo receio* somente existirão em função de alguma atividade do Executivo que evidencie o próximo cumprimento da lei, pois que êle poderá, se fôr o caso, lançar mão da provocação da representação ao Supremo, através do Procurador-Geral da República.

CÂNDIDO DE OLIVEIRA NETO, na qualidade de Procurador-Geral da Justiça da Guanabara, manifestou-se neste sentido, em pareceres no acima indicado mandado de segurança n.º 1.561,

e no de n.º 1.719 (*Diário Oficial* do Estado da Guanabara, Parte III, de 17/9/1960, fls. 7.589 e segs.), *ipsis verbis*:

“É falso princípio, na sistemática da Constituição e das leis, em tema de mandado de segurança, o de que não procede êle contra leis, regulamentos e decretos, contra os atos normativos genéricos, como dizem as informações.

A salutar largueza do art. 141, § 24, da Constituição Federal, foi adequadamente explicitada pelo art. 1.º da Lei n.º 1533, de dezembro de 1951, estatuinto-se que o mandado pode ser impetrado, não só contra a violação de direito, mas, também, contra a ameaça de violação.

Ora, não sei de ameaça mais grave, mais atual, mais digna de apreciação judicial, do que aquela resultante de leis, decretos e regulamentos, atos genéricos, sem dúvida, mas que, pela própria força que os anima, devem ser cumpridos e respeitados e, assim, certamente irão afetar a esfera jurídica daquele que se vale do remédio constitucional.

Tudo estará na adequada apreciação da existência, ou não da violação ou ameaça de violação mas, absolutamente, não se pode dizer, *a priori*, através da construção de um (falso) princípio, que não cabe ou não procede o mandado de segurança contra atos legislativos ou decretos executivos, “que são atos do maior poder, que é o Poder Público, e surgem para ser cumpridos”, até sob sanções criminais, algumas vezes.

Por isso, a doutrina, embora ainda com meias palavras, já vai abrindo brechas profundas no “*idolum fori*”, no falso princípio.”

O Supremo Tribunal Federal assim decidiu:

“Se o decreto que regulamenta a lei mesmo antes de sua aplicação prática, já constitui ameaça concreta contra o pretense direito dos recorrentes, justifica-se a impetração da segurança contra êle” (Ac. un. do Tribunal

Pleno, no m. de s. n.º 6874, Rel. Min. NELSON HUNGRIA, dec. de 9-9-59).

Ensina REGINALDO NUNES, em *Do Mandado de Segurança como Medida Preventiva* (in *Rev. For.*, 158/461):

“Ora, se a segurança pode ser impetrada preventivamente, ante o “justo receio” de violação do direito ou de abuso de poder, é evidente que a faculdade de agir se manifesta pelo advento da simples ameaça, contida na sanção de uma lei, ou na expedição de um decreto, infundindo receio justo de lesão. Se a ameaça de lesão ou de violação de um direito líquido e certo está manifesta numa lei evidentemente inconstitucional, por que esperar que ela passe da potência ao ato, para só então ficar a pessoa, ou o grupo de pessoas alvejado, autorizado a procurar abrigo à sombra da medida protetora? Não seria isso aguarantar o alcance do remédio, privando-o do efeito imunizador?”

Dir-se-á que a prevenção pode dar-se mesmo depois de objetivado o ato, desde que a êle se acuda antes de consumado. Mas há atos de consumação instantânea, e atos que independem de qualquer ação complementar, além da própria lei ou decreto. Ou, nestes casos se há de admitir a segurança desde logo, ou não se poderá concedê-la nunca. E se a conclusão fôr que em tais casos poderá ser, desde logo, admitida e não nos outros, estaremos estabelecendo distinção que a lei não autorizou quando lhe prescreveu indistintamente o alcance preventivo”.

Diz BARBI:

“Largo campo de ação pode ter o mandado de segurança preventivo nos casos de lei inconstitucional. Inúmeros casos que poderiam ser entendidos por êsse ângulo têm sido apreciados, erradamente, sob o prisma de ação contra lei em tese. O exame do uso do mandado contra

ato legislativo será feito no capítulo IX, ns. 118 a 130, mas certos casos especiais podem e devem ser analisados, tendo em consideração o interêsse de agir. Como veremos adiante, nosso sistema constitucional não permite, em princípio, nenhuma ação, inclusive de mandado de segurança, contra a lei em tese, isto é, tendo por objetivo nulificar a lei. Só se admite o ataque indireto, isto é, a não-aplicação da lei ao caso concreto trazido a juízo e que deveria ser regulado pelo texto impugnado por inconstitucionalidade. Mas, quando fôr publicada lei inconstitucional e houverem os encarregados de sua execução tomado providências para êsse fim, poderá vir a Juízo, através de mandado de segurança, impedir que se consuma a lesão de seu direito. Evidentemente, é necessário que a “ameaça” tenha os característicos já analisados nos números anteriores, o que será objeto de apreciação do juiz em cada caso, e também que ela decorra daquelas providências e não da lei. Tanto assim que a sentença de acolhimento da demanda deverá, nas suas “conclusões”, atacar as aludidas providências, e não a lei. O exame desta é apenas premissa no conjunto do julgamento da causa. Conseqüência dessas afirmações é que, nesses casos, a autoridade a ser apontada como coatora não poderá ser a que fêz a lei, mas sim a que tomou as providências para sua execução, providências estas consideradas como ameaçadoras ao direito do impetrante” (ob. cit., págs. 69/70).

Em sentido contrário podem ser indicadas as seguintes decisões: Supremo Tribunal Federal — *R. Trim. Jur.*, 33/694; Tribunal de Justiça da Guanabara — *D. Just.* (ap. ao n.º 11), de 14-1-50, pg. 110, *R. Jurispr.*, 20/99; Trib. de Just. do Paraná — *R. Tribs.*, 304/707.

13. Dentro desta ordem de idéias, em se tratando de lei auto-executável, proibitiva, ou materialmente ato administrativo, julgamos caber, irrefutavelmente, a segurança, em caráter preventivo, contra sua edição, em caso de inconstitucionalidade, ainda quando de sua tramitação legislativa.

Em verdade, a apresentação do projeto de lei ou de substitutivo inconstitucional, sua apreciação pelos órgãos competentes da Câmara Política, sua tramitação normal, enfim, caracterizam a *ameaça*, a provocar o *justo receio*, elementos que como vimos, autorizam a propositura do *writ* preventivo.

Ora, se contra a lei executória por si mesma, proibitiva ou materialmente ato administrativo, uma vez editada, caberia, irretorquivelmente, a segurança repressiva, contra a tramitação respectiva tem pertinência o mandado preventivo.

É claro que a própria tramitação de qualquer projeto pode ser irregular.

Em casos desse tipo, o mandado poderá ser repressivo, se já tiver ferido algum direito individual líquido e certo e fôr proposto pelo respectivo titular; ou preventivo, se proposto por quem só veria seu direito lesado pela promulgação do projeto em tramitação, por sua conversão em lei.

Não se argumenta não caber mandado de segurança contra a viciosa tramitação da lei, por se tratar de *ato interno do Legislativo*.

Sabemos que a exclusão dos *interna corporis*, da apreciação judicial, só prevalece quando estamos no campo político-discricionário das decisões legislativas.

Se a atuação deste Poder contraria a lei, que êle ou o Poder Constituinte editou, cabe o contrôle judicial, inclusive através do mandado de segurança.

Diz HELY LOPES MEIRELLES:

“*Interna corporis* são só aquelas questões ou assuntos que entendem direta e imediatamente com a economia interna da corporação legislativa, com seus privilégios e com a formação ideológica da lei, e que, por sua própria natureza, são reservados à exclusiva apreciação e deliberação de Plenário da Câmara. Tais são os atos de escolha da Mesa (eleições internas), os de verificação de poderes e incompatibilidades de seus membros (cassação de mandatos, concessão de licenças etc.) e os de utilização de suas prerrogativas institucionais (modo de funcionamento da Câmara, elaboração de Regimento, constituição de Comissões, organização de Serviços Au-

xiliares etc.) e o processo de elaboração das leis e resoluções.

Daí não se conclua que tais assuntos afastam, por si sós, a revisão judicial. Não é assim. O que a Justiça não pode é substituir a deliberação da Câmara por um pronunciamento judicial sobre o que é da exclusiva competência discricionária do Plenário, da Mesa ou da Presidência. Mas pode confrontar sempre o ato praticado com as prescrições constitucionais, legais ou regimentais, que estabelecem condições, forma ou rito para o seu cometimento.

.....
Nesta ordem de idéias, conclui-se que é lícito ao Judiciário perquirir da competência das Câmaras e verificar se há inconstitucionalidades, ilegalidades e infringências regimentais nos seus *interna corporis*, detendo-se, entretanto, no vestibulo das formalidades, sem adentrar o conteúdo de tais atos, em relação aos quais a corporação legislativa é ao mesmo tempo destinatária e juiz supremo de sua prática.

Nem se compreenderia que o órgão incumbido de elaborar a lei, dispusesse do privilégio de desrespeitá-la impunemente, desde que o fizesse no recesso da corporação. Os *interna corporis* só são da exclusiva apreciação das Câmaras naquilo que entendem com as regras ou disposições de seu funcionamento e de suas prerrogativas institucionais, atribuídas por lei.

Assim, se numa eleição de Mesa o Plenário violar o Regimento, a Lei, ou a Constituição, o ato ficará sujeito à invalidação judicial, para que a Câmara o renove em forma legal, mas o Judiciário nada poderá dizer, se atendidas tôdas as prescrições constitucionais, legais e regimentais, a votação não satisfizer aos partidos, ou não consultar ao interesse dos cidadãos, ou à pretensão da minoria. O contrôle judiciário não poderá estender-se aos atos de opção e deliberação da Câmara nos assuntos de sua economia interna, porque êstes é que constituem propriamente os seus *interna corporis*” (*in Direito Administrativo Brasileiro*, 2.^a ed., 1966, págs. 553/555).

Em outra passagem, declara que como *resoluções legislativas*

“atacáveis por mandado de segurança, entendem-se as deliberações do Plenário ou da Mesa ofensivas de direito individual líquido e certo, dos membros da corporação, das Comissões, ou da própria Mesa, no uso de suas atribuições e prerrogativas institucionais. As câmaras legislativas não estão dispensadas da observância da Constituição, da lei em geral, e do Regimento Interno em especial. A tramitação e a forma dos atos do Legislativo são sempre vinculadas às normas legais que os regem; a discricionariedade ou soberania dos corpos legislativos só se apresenta na escolha do conteúdo da lei, nas opções da votação, e nas questões *interna corporis* de sua organização representativa. Nesses atos, resoluções ou *decretos-legislativos* caberá a segurança quando ofensivos de direito individual público ou privado” (ob. cit. pág. 562).

A jurisprudência divide-se, no particular. A favor do cabimento do *writ* contra tramitação de projeto de lei cabe indicar as seguintes decisões: Supremo Tribunal Federal — *Arq. Jud.*, 116/276; Trib. de Just. de S. Paulo — *R. Trib.* 258/251; *R. Dir. Adm.*, 54/166; 85/203; Trib. de Alçada de S. Paulo — *R. Tribs.*, 302/499. Em sentido contrário, podem ser apontados: Supremo Tribunal Federal — *R. Trim. Jur.*, 41/249; 43/512; 48/594; Trib. de Just. da Guanabara — *R. Dir. Adm.*, 56/296; *Rev. Jurispr.*, 19/120.

14. Não se diga, finalmente, que, em caso de lei inconstitucional, cabe a qualquer interessado (cf. art. 2.º da Lei n.º 4.337/64) levar o fato ao conhecimento do Procurador-Geral da República, visando à representação por inconstitucionalidade, o que poderia ser feito, no lugar da propositura da segurança em caráter repressivo ou preventivo, conforme as hipóteses acima vistas, contra o ato legislativo.

A existência de dois remédios jurídicos para a mesma hipótese é comum, no Direito, não impedindo tal fato o uso de qualquer deles. Além do mais, as duas ações têm objetos e finalidades diversas: a representação ataca diretamente a norma; o mandado, preventivo ou repressivamente, visarà à não-aplicação daquela ao interessado, no caso concreto.

FATOS GERADORES DO IMPÔSTO SÔBRE SERVIÇOS

ALEXANDRE DA CUNHA RIBEIRO FILHO
Inspetor-Chefe da Inspetoria n.º 4, do Departamento de Impôsto sôbre Serviços da Guanabara; membro do Instituto Brasileiro de Direito Financeiro, da Comissão Permanente de Legislação Fiscal do Estado da Guanabara; Professor de Direito Tributário do I.A.G. da Pontifícia Universidade Católica

I

Parte geral

Como no Direito Penal, em que não há pena ou crime sem lei que o defina, no Direito Tributário não há dívida de impôsto sem que a lei estabeleça o seu fato gerador.

O ilustre e saudoso AMÍLCAR FALCÃO nos ensinava que o fato gerador é o “fato ou conjunto de fatos ou estado de fato” ao qual o legislador vincula o nascimento da obrigação jurídica de pagar determinado tributo.

No Brasil a expressão fato gerador consagrou-se no lugar de outras como “pressuposto de fato”, “suporte fático”, “base fiscal”, etc...

Quanto ao Impôsto sôbre Serviços, procurou o Govêrno Federal, dentro da conceituação ampla dada pelo art. 71 da Lei n.º 5.172, exemplificar, em síntese, quais seriam, entre outros, os fatos geradores da obrigação principal de recolher o tributo.

Inicialmente o parágrafo primeiro daquele dispositivo citava as seguintes hipóteses, a saber:

“§ 1.º. Para os efeitos dêste artigo, considera-se serviço: