

**SEPARATA
REVISTA TRIMESTRAL
DE JURISPRUDÊNCIA
DOS ESTADOS**

Hugo de Brito Machado

**IMPETRAÇÃO PREVENTIVA
EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA**



EDITORA JURID VELLENICH LTDA.

R.Dr. Gabriel Pizza, 462 (sede própria)

CEP 02036-011-Caixa Postal 12.300-São Paulo-SP

TEL: (011) 950-9088 - FAX:(011) 950-8223

IMPETRAÇÃO PREVENTIVA EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA

Hugo de Brito Machado

(Juiz do Tribunal Regional Federal da 5ª Região.

Professor da UFC. Ex-Procurador da República)

SUMÁRIO: 1. *Introdução.* 2. *A Garantia Constitucional de Prevenção.* 3. *As Restrições.* 4. *Os Fatos Incontrovertidos.* 5. *Impetração Preventiva e Impetração Contra a Lei em Tese.* 6. *A Ameaça e o Justo Receio.* 7. *A Impetração Preventiva e o Fato Complexo.* 8. *A Questão da Decadência.*

1. Introdução

Não obstante a existência de várias e excelentes obras a respeito do mandado de segurança, ainda é precária a doutrina sobre essa garantia constitucional, especialmente no que pertine a algumas questões, entre as quais a da impetração preventiva.

A lei certamente é a fonte do direito, por excelência. Entretanto, na compreensão da lei, a doutrina tem papel de grande relevância, razão pela qual tem sido considerada também uma fonte do direito. (1) Também a jurisprudência, sabemos todos, tem grande importância na fixação de conceitos jurídicos, sendo inegável por isto o seu valor didático.

Ocorre que em tema de mandado de segurança preventivo, algumas lições da doutrina foram mal compreendidas pela jurisprudência, impondo-se, portanto, um reexame de algumas questões. É o que pretendemos fazer neste estudo.

2. A Garantia Constitucional de Prevenção

Estabelece a Constituição, entre os direitos e garantias individuais: "Conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se

(1) Arnaldo Vasconcelos, *Teoria da Norma Jurídica*, 2ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1986, p. 275.

achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder". (2)

E dispõe, em seguida: "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". (3)

Vê-se, pois, que a garantia do mandado de segurança, tal como a do *habeas corpus*, presta-se não apenas para as situações em que alguém sofre, mas também para aquelas situações em que alguém está *ameaçado de sofrer lesão* em seu direito. De resto, seria injustificável, sob todos os aspectos, restringir o cabimento dessas garantias constitucionais aos casos de lesão consumada aos direitos individuais, quando a maior virtude das mesmas reside, indubitavelmente, na possibilidade de evitar tais lesões.

"O mandado de segurança preventivo, junto com as cautelares, é o mais eficaz instrumento de distribuição de justiça, posto que prevenir é melhor que reparar, proteger é melhor que recompor. Nenhuma lesão é completamente reparada ou recomposta. - É ilegal o provimento jurisdicional que extingue Mandado de Segurança preventivo à mingua de ato coator, pois a decisão que poderia ser tomada dirigir-se-ia ao impedimento da efetivação de atos acoimados de ilegítimos, prestes a ocorrer. - Caracterizado o *periculum in mora*, portanto em não satisfazendo a imposição, a postulante se oferece como inadimplente, ficando sujeita às sanções daí decorrentes. Segurança concedida, para o fim de assegurar o regular processamento do *writ* aforado em 1º Grau". (4)

A ementa do acórdão, acima transcrita, da lavra da Juíza Annamaria Pimentel, revela sua profunda sensibilidade, que a caracteriza como excelente julgadora. A Constituição garante não apenas a reparação, mas também a prevenção. E ao aplicador da norma constitucional não é lícito desconhecer que na verdade *prevenir é melhor que reparar, proteger é melhor que recompor*, porque de fato *nenhuma lesão é completamente reparada ou recomposta*.

Se o impetrante afirma ser a cobrança do tributo ilegal, ou, sendo legal, ser a lei em que se funda tal cobrança violadora da Consti-

(2) CF de 1988, art. 5º, inc. LXVIII.

(3) CF de 1988, art. 5º, inc. LXIX.

(4) Ementa do acórdão da 2ª Seção do TRF da 3ª Região, no Mandado de Segurança n. 77983-SP, Rel. Juíza Annamaria Pimentel, julgado em 6 de abril de 1993, DJ SP de 24-5-93, p. 98 e Repertório IOB de Jurisprudência n. 13/93, p. 247.

tuição, não existe razão lógica, nem jurídica, que recomende aguardar-se o início da ação fiscal. Mesmo ainda que se aguarde o lançamento. E muito menos ainda, que se aguarde a cobrança do tributo, para que possa o Poder Judiciário manifestar-se sobre a alegada ilegalidade, ou inconstitucionalidade.

3. As Restrições

Não há dúvida de que a simples ameaça a um direito líquido e certo enseja a impetração de mandado de segurança. Mesmo antes da atual Constituição, era indubitado o cabimento de mandado de segurança preventivo. Em matéria tributária, todavia, restrições foram feitas pela doutrina.

O mestre Castro Nunes nem mesmo admitia o mandado de segurança preventivo em matéria de impostos. Em suas palavras:

“Contra o imposto apenas criado, antes de individuado o contribuinte pelo lançamento ou por outras provas de expediente administrativo, não me parece cabível o mandado de segurança, porque inadmissível contra a lei em tese”. (5)

Outros, sem repelir diretamente o mandado de segurança preventivo, a ele colocam restrições por via indireta, exigindo comprovação da ameaça. Neste sentido, Alfredo Buzaid, reproduz a doutrina de Caio Tácito: “Não é suficiente o temor ou receio de que a autoridade exorbite de seus poderes. Para que esse receio se torne *justo*, é mister que a autoridade tenha manifestado objetivamente, por meio de atos preparatórios ou de indícios razoáveis, a tendência de praticar atos ou omitir-se a fazê-los, de tal forma que, a consumir-se este propósito, a lesão do direito se torne efetiva”. E acolhe a lição de Barbi, segundo a qual “a ameaça será ‘objetiva’ quando ‘real’, traduzida por fatos e atos e não pela mera suposição; e será ‘atual’ se existido em outros tempos e haja desaparecido”. (6)

Sergio Sahione Fadel, depois de invocar a mesma lição de Barbi, assevera que a ameaça “há de ser *fundada, atual e individual*, ou seja, lastreada em fatos concretos e não em simples suspeitas. E o ônus da prova é, no caso, do requerente da medida”. (7)

Celso Ribeiro Bastos também afirma que a ameaça, capaz de

(5) *Do Mandado de Segurança*, 7ª ed., atualizada por José Aguiar Dias, Forense, Rio de Janeiro, 1967, p. 205.

(6) *Do Mandado de Segurança*, Ed. Saraiva, São Paulo, 1989, vol. I, p. 203.

(7) *Teoria e Prática do Mandado de Segurança*, 2ª ed., José Konfino, Rio de Janeiro, 1976, p. 38.

ensejar o mandado de segurança preventivo, "há de decorrer de indícios objetivos (daí porque a expressão tradicionalmente utilizada era 'justo receio', a nosso ver termo mais adequado para expressar a idéia pretendida) da existência de lesão iminente, na configuração de indícios que tornem certa ou, bastante provável, a pendência da prática do ato impugnado. Se abandonarmos tal requisito estaremos admitindo a possibilidade da utilização do mandado de segurança contra a lei em tese. Editada esta, todo aquele que se considerasse ameaçado da sua futura aplicação poderia comparecer a juízo. Ora, tal permissibilidade acabaria por excluir um dos pressupostos básicos do comparecimento a juízo, qual seja, o da demonstração do legítimo interesse e, este há de decorrer, repita-se, de um direito lesado ou ameaçado". (8)

Humberto Theodoro Júnior afirma haver opinião unânime dos processualistas, no sentido de que "o justo receio é o temor justificável, embasado em fatos exteriores, em dados objetivos". (9)

A jurisprudência dos tribunais vem adotando tal entendimento. Já o Tribunal Federal de Recursos consagrara a doutrina segundo a qual receio justo de violação de direito, capaz de autorizar o mandado de segurança preventivo é aquele que tem por pressuposto uma ameaça objetiva e atual, apoiada em fatos e atos, e não em meras suposições. (10) No TRF da 5ª Região essa tese também vem sendo adotada por muitos Juízes. (11)

4. Os Fatos Incontrovertidos

No Tribunal Regional Federal da 5ª Região, especialmente em sua 1ª Turma, alguns julgados exigem a prova de que a parte impetrante é contribuinte do imposto impugnado. Prova dos fatos que a colocam na condição de sujeito passivo da relação tributária objeto

(8) *Do Mandado de Segurança*, ed. Saraiva, São Paulo, 1978, p. 44 e 45.

(9) *O Mandado de Segurança Preventivo e a Lei em Tese*, em *Mandados de Segurança e de Injunção*, Coordenação de Salvo de Figueiredo Teixeira, ed. Saraiva, São Paulo, 1990, p. 292.

(10) TFR - AMS n. 90.301 - SP. Rel. Min. Carlos Velloso, *DJU* de 1-3-84, p. 2680.

(11) O Juiz Castro Meira foi relator da AMS n. 5.533-PE, julgado pela 1ª Turma do TRF-5ª Região em 26-3-92, cujo acórdão, unânime, tem a seguinte ementa (*DJU* II 10-4-92, p. 8.977, e *Repertório IOB de Jurisprudência* n. 12/92, p. 216):

"Mandado de Segurança preventivo. Documentos. Justo receio.

Incabível o exame de mandado de segurança em que a inicial está acompanhada apenas de procuração, prova do ato constitutivo da impetrante e fotocópia de voto proferido em caso similar.

O justo receio não deve ser apenas pressuposto, mas traduzido em atos concretos que evidenciem sua objetividade e atualidade.

Processo que se declara extinto.

da questão. Os Juízes Ridalvo Costa e Francisco Falcão sustentam ser inadmissível a impetração na qual a petição inicial vem instruída apenas com o instrumento procuratório.

Entendem que nesses casos estaria havendo impetração contra a *lei em tese*. (12)

O equívoco, porém, é evidente. O impetrante, naqueles casos, afirma os fatos com base nos quais pede a segurança. O que se há de resolver, portanto, não é a questão de saber se a impetração está sendo dirigida, ou não, contra *lei em tese*. A verdadeira questão, aí, é a de saber se fatos afirmados pelo impetrante, e não negados, mas até implicitamente afirmados também pela autoridade impetrada, carecem de prova.

Segundo o Código de Processo Civil, independem de prova os fatos afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária. (13) E também os fatos admitidos, no processo, como incontroversos. (14) “Onde não haja controvérsia quanto aos fatos alegados pelos litigantes, a questão se traduz à mera aplicação do direito”. (15)

De fatos incontroversos se cuida tanto na hipótese de confissão, quanto na hipótese de admissão. Há, porém, uma diferença importante entre as duas hipóteses, tanto que o legislador as distinguiu, referindo-se a cada uma delas em inciso diverso do art. 334, do Código.

O verbo *admitir* é usado em sentido abrangente, tanto para dizer-se de situações nas quais ocorre confissão, como para dizer de situações nas quais ocorre admissão. Mas a própria lei define confissão de modo a indicar a distinção que se há de estabelecer entre esta e a admissão. Há confissão, quando a parte admite a verdade de um fato, contrário ao seu interesse e favorável ao adversário. (16) Caracteriza a confissão, portanto, o favorecimento da parte contrária. Por isto mesmo a lei estabelece certas restrições à confissão. Não vale a confissão de fatos relativos a direitos indisponíveis. (17) No que pertine à confissão implícita, resultante da omissão do dever de impugnar os fatos alegados pela parte contrária, a lei não lhe atribui valor, se não for admissível a respeito dos fatos não impugnados a confissão expressa;

(12) Citar acórdãos, aki...

(13) CPC, art. 334, inc. II.

(14) CPC, art. 334, inc. III.

(15) Moacir Amaral Santos, *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, 13ª ed., Saraiva, São Paulo, 1990, 2ª vol., p. 335.

(16) CPC, art. 348.

(17) CPC, art. 351. Nesse dispositivo, diz-se que não fale como confissão, a *admissão*, em juízo, de fatos relativos a direitos indisponíveis. A palavra *admissão*, porém, não está no mesmo empregada em sentido técnico, posto que *confissão* e *admissão* não se confundem.

se a petição inicial não estiver acompanhada do instrumento público que a lei considerar da substância do ato, e, ainda, se estiver em contradição com a defesa, considerada em seu conjunto. (18)

Na admissão, nenhuma dessas restrições é invocável, pois o que a distingue da confissão é precisamente o não favorecimento da parte contrária. Os fatos, na admissão, são incontroversos, no interesse comum, do autor e do réu, para que a demanda possa ser julgada.

No dizer de Camelutti, à afirmação de um fato por parte de um litigante pode corresponder a afirmação do *mesmo fato* por parte do outro. Isto sucede sempre que *também este outro ponha aquele fato como pressuposto de seu pedido ao juiz*. Se peço ao juiz que condene Ticio à restituição da soma mutuada, e Ticio por sua vez pede ao Juiz que indefira meu pedido por não se haver celebrado contrato algum de mútuo entre nós, existe somente a afirmação (da existência) do contrato, feita por mim; se Ticio em vez disto pede ao juiz que indefira meu pedido por já haver restituído a soma mutuada, então existe *afirmação bilateral* quanto à celebração do contrato de mútuo e quanto à entrega da soma em dinheiro ao mutuário, posto que também Ticio coloca estes fatos como pressupostos de seu pedido. A afirmação de um fato já afirmado pela parte contrária chama-se *admissão*, que pode ser definida como *colocação como pressuposto do pedido, de um fato já pressuposto do pedido adversário*. (19)

Nos casos a que nos referimos, as empresas impetrantes afirmam os fatos que constituem pressupostos para a questão de saber se o tributo questionado é devido, ou não. Explícita ou implicitamente afirmam a existência dos fatos que as colocam na condição de sujeito passivo da relação tributária em questionamento. E a autoridade impetrada os admite, limitando-se a questionar o direito, sustentando a constitucionalidade da lei reguladora da espécie. Não há, assim, o que se deva questionar em torno dos aspectos factuais da demanda.

(18) CPC, art. 302.

(19) Francesco Camelutti, *La Prova Civile*, Giuffrè Editore, Milano, 1992, p. 19:

Alla affermazione di un fatto da prte di un litigante può corrispondere a la affermazione del medesimo fatto da parte dell'altro; ciò segue in quanto anche l'altro ponga quel fatto come pressupposto della sua domanda al giudice. Se domando al quicce di condannare Tizio alla restituzione della somma mutuata, e Tizio alla sua volta domanda al giudice di respingere la mia domanda perché nessun contratto di mutuo fu tra noi concluso, vi è affermazione (della esistenza) del contratto solo da parte mia; se Tizio invece domanda al giudice di respingere la mia domanda perché la somma mutuata fu già restituita, vi è affermazione bilaterale della conclusione del contratto di mutuo e della consegna della somma al mutuario, perché anche Tizio pone questi fatti come premesse della sua domanda. La affermazione di un fatto già affermato dalla controparte si chiama ammissione, la cui nozione dunque si precisa in questi termini: posizione come presupposto della domanda di unfatto già pressuposto dalla domanda avversaria.

É importante notar que, nos referidos casos, o Juiz concedeu, ou negou, a segurança requerida, sem fazer qualquer referência aos fatos pressupostos da demanda, certamente por considerá-los irrelevantes. Na verdade, tais fatos são irrelevantes, porque não é em torno deles que se estabelece a controvérsia. E não são apenas fatos incontroversos. São fatos bilateralmente colocados como pressuposto das respectivas demandas, de sorte que o Juiz não pode deixar de os colocar na base da decisão, sob pena de estar, a pretexto de exigir provas, denegando o direito, de ambas as partes, a uma decisão de mérito.

De todo modo, para evitar situações assim, que muita vez acarretam graves prejuízos para os impetrantes, devem estes, com a inicial, fazer a prova da condição de contribuintes do tributo questionado. Ou, mais exatamente, devem fazer a prova dos fatos que os colocam na condição de sujeito passivo da relação tributária a respeito de cuja existência, ou modo de ser, se questiona. Embora indevida, a exigência pode ser atendida facilmente, e com isto são evitadas as soluções formalistas, quase sempre extremamente gravosas para as partes.

5. Impetração Preventiva e Impetração Contra a Lei em Tese

Afastemos desde logo a confusão, feita por alguns, entre mandado de segurança preventivo e mandado de segurança contra a lei em tese. São coisas inteiramente distintas, como já tivemos oportunidade de demonstrar. (20)

Há quem entenda “como lei em tese aquelas normas abstratas que, enquanto não aplicadas por ato concreto de execução, são incapazes de acarretar lesão a direito individual”. (21) Na verdade, porém, a lei deixa de ser *em tese* no momento em que incide. No momento em que ocorrem os fatos na mesma descritos, e que, por isto mesmo nasce a possibilidade de sua aplicação. Não é o ato de aplicar a lei, mas a ocorrência de seu suporte fático, que faz com que a lei possa ser considerada já no plano concreto. (22)

Mandado de segurança contra *lei em tese* é mandado de segurança contra lei que não inciduiu. De outro modo, diz-se que há impetração *contra a lei em tese*, se esta ocorre sem que esteja configurada a

(20) citar o capítulo, ou item...

(21) Roberto Eurico Schmidt Junior, *Mandado de Segurança*, Juruá Ed., Curitiba, 1993, p. 41.

(22) Esta consideração é da maior relevância para explicar a distinção entre mandado de segurança contra lei em tese, e mandado de segurança contra lei em tese, e mandado de segurança preventivo.

situação de fato em face da qual pode vir a ser praticado o ato tido como ilegal, contra o qual se pede a segurança.

Diz-se que a impetração é dirigida contra a lei *em tese* precisamente porque, inócurrenente o suporte fático da lei questionada, esta ainda não inciduiu, e por isto mesmo não se pode falar em *direito*, no sentido de direito *subjetivo*, sabido que este resulta da incidência da lei.

Assim, se *pretendo exportar* determinado produto industrializado, e considero inconstitucional a lei que o definiu como semi-elaborado para ensejar a cobrança do ICMS, e por isto impetro um mandado de segurança contra essa cobrança, na verdade estou impetrando um mandado de segurança contra a lei *em tese*. Não tendo havido a exportação, a cobrança do imposto é simplesmente impossível, daí o descabimento da segurança.

Para ensejar a impetração preventiva, porém, não é necessário esteja consumada a situação de fato sobre a qual incide a lei questionada. Basta que tal situação esteja *acontecendo*, vale dizer, tenha tido iniciada a sua efetiva formação, como adiante será demonstrado.

O mandado de segurança é *preventivo* quando, já existente a situação de fato que ensejaria a prática do ato considerado ilegal, tal ato ainda não tenha sido praticado, existindo apenas o *justo receio* de que venha a ser praticado pela autoridade impetrada. É preventivo porque destinado a evitar a lesão ao direito, mas pressupõe a existência da situação concreta na qual o impetrante afirma resistir o seu direito cuja proteção, contra a ameaça de lesão, está a reclamar do Judiciário.

6. A Ameaça e o Justo Receio

É importante o exame da razão pela qual se exige, nos mandados de segurança preventivos em geral, a prova da ameaça. Com isto poderemos resolver, com segurança, a questão de saber se há, ou não, necessidade de prova da ameaça a direito do contribuinte, para ensejar o conhecimento de impetração preventiva contra a exigência de tributo que se reputa indevido.

A atividade administrativa goza de presunção de legalidade. Não se pode, então, presumir que a autoridade administrativa vai praticar uma ilegalidade. Por tal razão a ameaça, da qual decorre o justo receio de lesão a direito, há de ser comprovada.

Em matéria tributária merece o mandado de segurança preventi-

vo especial atenção, pois a atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional". (23) Isto significa dizer que, tendo conhecimento da ocorrência de um fato tributável, a autoridade administrativa não pode deixar de fazer o lançamento correspondente. Assim, editada uma lei criando ou aumentando o tributo, desde que ocorrida a situação de fato sobre a qual incide, gerando a possibilidade de sua cobrança, desde logo a autoridade está obrigada a exigir o tributo, e a impor penalidades aos inadimplentes.

Em tais condições, é viável a impetração de mandado de segurança preventivo. Não terá o contribuinte de esperar que se concretize tal cobrança. Nem é necessária a ocorrência de ameaça dessa cobrança. O *justo receio*, a ensejar a impetração, decorre do dever legal da autoridade administrativa de lançar o tributo, impor as penalidades e de fazer a cobrança respectiva. A autoridade administrativa não pode deixar de aplicar a lei tributária, ainda que a considere inconstitucional. (24) E não é razoável presumir-se que vai descumprir o seu dever.

De todo modo, mesmo que se admita que a autoridade adminis-

(23) CTN, art. 142, parágrafo único.

(24) Cf. Josaphat Marinho, *Estudos Constitucionais*, Centro de Estudos Baianos da UFBA, 1989, p. 101.

Relativamente ao tema, esclarecemos que existem valiosas manifestações em sentido contrário, entre as quais pode ser citada a de Luiz Humberto Barroso, em excelente parecer que se encontra em apêndice da segunda edição de seu livro *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*, Renovar, 1993.

Temos examinado com toda a atenção os argumentos dos que assim entendem, mas persistimos no entendimento segundo o qual a autoridade administrativo não pode deixar de aplicar uma lei por considerá-la inconstitucional. Não é que ela não deva obediência à Constituição. A questão que se coloca é a da competência para dizer se uma lei é contrária à constituição. No sistema jurídico brasileiro a autoridade administrativa não tem essa competência. E a lei, porque submetida, em sua feitura, a controle de constitucionalidade, presume-se de acordo com a Constituição até que a autoridade competente diga o contrário. Em face dessa presunção, os órgãos colegiados do Poder Judiciário só mediante *quorum* qualificado - maioria absoluta de seus membros - podem dizer que uma lei é inconstitucional. Não é razoável, pois, admitir que uma autoridade administrativa possa fazê-lo. Isto seria extremamente prejudicial à segurança jurídica.

Registramos, ainda, várias decisões do Supremo Tribunal Federal em sentido contrário, vale dizer, afirmando que "O Poder Executivo não é obrigado a cumprir leis que considere inconstitucionais". (Recurso de Mandado de Segurança n. 13.950, RTJ n. 48, p. 14). Na análise de tais decisões, todavia, além dos excelentes argumentos desenvolvidos pelo mestre Josaphat Marinho, tem-se de considerar que elas referem-se a atos do Chefe do Poder Executivo. Na verdade elas dizem que o Chefe do Poder Executivo não é obrigado a cumprir lei inconstitucional. Tais decisões, portanto, não se prestam como fundamento para contraditar a tese que sustentamos, segundo a qual as autoridades da Administração Tributária não podem deixar de aplicar uma lei porque a considerem inconstitucional. Ou um Decreto, porque o considerem ilegal. É que em relação a essas autoridades prevalece o princípio hierárquico. Elas estão subordinadas ao Chefe do Poder Executivo, e se este entende que a lei é constitucional, ou o Decreto é legal, elas não podem deixar de seguir tal entendimento, sob pena de subversão da ordem administrativa.

trativa pode descumprir uma lei por considerá-la inconstitucional, (25) forçoso é reconhecer que isto jamais acontece de fato. As autoridades administrativas não assumem, de nenhum modo, a responsabilidade pelo descumprimento da lei. Preferem cumpri-la, mesmo diante de inconstitucionalidade flagrante. Por isto, não é razoável exigir-se do impetrante a prova da ameaça da autoridade administrativa, de que vai aplicar a lei.

Há também quem sustente que “inexistindo qualquer ameaça de prática de ato abusivo pela autoridade coatora, descabe a concessão da segurança apenas para se precaver contra possível aplicação de lei que a parte entende inconstitucional, pois assim implicaria em atribuir ao mandado de segurança a natureza de ação declaratória, o que não se coaduna com sua índole de ação mandamental”. (26) O equívoco dessa colocação, todavia, é evidente. O que distingue e individualiza a ação declaratória é seu pedido, que se limita à declaração. No mandado de segurança se pede uma ordem, dirigida à autoridade impetrada. Assim, a inexistência da ameaça, que inviabiliza a impetração preventiva, não enseja qualquer confusão entre esta e a ação declaratória.

Insistimos, todavia, em que a ameaça de prática de ato abusivo, pela autoridade da administração tributária, decorre da edição de norma que lhe caiba aplicar, e que seja desprovida de validade jurídica. Lei inconstitucional, ou norma inferior, ilegal.

Não obstante a resistência de alguns juízes, vem-se firmando a jurisprudência no sentido de afastar as restrições ao cabimento do mandado de segurança preventivo.

Os que restringem o cabimento do mandado de segurança preventivo buscam amparo em tese indiscutível, como a da necessidade de prova dos fatos alegados pelo impetrante. (27) Não se trata, po-

(25) Neste sentido é a lição de Luiz Humberto Barroso, em excelente parecer que se encontra em apêndice da 2ª ed, de seu livro *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*, Renovar, Rio de Janeiro, 1993.

(26) TRF - 5ª Região, 1ª Turma, REO n. 1564-PB, Rel. Juiz Castro Meira, AMS n. 1653-CE, Rel. Juiz Castro Meira, além de diversos outros julgados com ementas exatamente iguais, *DJU* II, de 19-7-91, pp. 16838 e 16839.

(27) Ementa: Processual Civil. Mandado de Segurança em matéria Tributária. Ausência de Prova Pré Constituída.

É consabido que a ação mandamental exige, necessariamente, prova pré-constituída de todas as circunstâncias fáticas relevantes do processo. Sendo pessoa jurídica a impetrante, deve provar inclusive sua própria existência no mundo jurídico.

Se a requerente, em *writ* que versa matéria tributária, junta à peça vestibular apenas o instrumento do mandado e cópias de acórdãos, abstendo-se de comprovar inclusive ser contribuinte do tributo em questão, confirma-se o indeferimento da inicial.

Recurso provido, por unanimidade.

(Rel. Min. Demócrito Reinaldo, 1ª Turma, in *DJ*, 31-8-92, seção I, p. 13635).

rém, de aceitar simplesmente a desnecessidade de prova. É evidente que os fatos alegados pelo impetrante de um mandado de segurança carecem de prova. A questão essencial, porém, reside na distinção entre o mandado de segurança contra a lei em tese e o mandado de segurança preventivo, e ainda na consideração dos fatos incontroversos em face da admissão, como acima demonstramos.

A 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, em acórdão da lavra do Ministro Gomes de Barros, acolheu a tese que temos sustentado, admitindo o mandado de segurança preventivo. Diz a ementa daquele julgado: "Editada uma lei mudando critérios de incidência de tributo em contribuição social, é de se presumir que os agentes arrecadores irão executá-los. Em tal hipótese, cabe Mandado de Segurança preventivo contra o agente arrecadador - tanto mais, quando tal agente, manifesta nas informações, o propósito de efetuar a cobrança malsinada". (28)

A propósito da *acción* de amparo do direito peruano, que corresponde ao nosso mandado de segurança, doutrina Luis Hernández Berenguel:

"La acción de amparo puede interponer-se desde que entra en vigencia la norma inconstitucional - pese a que no existe todavia violación de del derecho y debido a que éste ya se encuentra amenazado - Y no solamente desde que el tributo se haga efectivo - es decir, cuando la violación del derecho se hace efectiva -. Sería absurdo exigir que el contribuyente amenazado sólo pueda interponer la acción de amparo cuando su propeiedad se vea menoscabada". (29)

E mais adiante, em absoluta sintonia com o ponto de vista que temos sustentado, esclarece o ilustre jurista peruano:

"El órgano administrador del tributo no tiene la facultad de dejar de determinar la obligación tributaria, pues no está en capacidad de obrar o no segúen que crea que la norma es constitucional. Dicho órgano se limitará a aplicar la norma y tratará de cobrar el tributo incrementado com los intereses morat[s]ocios correspondientes". (30)

O justo receio de vir a ser molestado por ato de autoridade, fundado em lei inconstitucional, ou em ato normativo infra-legal des-

(28) REsp. n. 17.295-0/CE, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJU Seção I, de 10-5-93, p. 8607.

(29) Luis Hernández Berenguel, *El Poder Tributário y la Nueva Constitucion*, em Revista del Instituto Peruano de Derecho Tributário, vol. n. 24, junho, 1993, p. 27.

(30) Luis Hernández Berenguel, *El Poder Tributário y la Nueva Constitucion*, em Revista del Instituto Peruano de Derecho Tributário, vol. n. 24, junho, 1993, p. 27.

provido de validade jurídica, decorre do próprio princípio da legalidade, ao qual está vinculada a autoridade administrativa.

7. A Impetração Preventiva e o Fato Complexo

Afirmamos que o mandado de segurança é *preventivo* quando, já existente a situação de fato que ensejaria a prática do ato considerado ilegal, tal ato ainda não tenha sido praticado, existindo apenas o *justo receio* de que venha a ser praticado pela autoridade impetrada. Dissemos que ele *pressupõe a existência da situação concreta na qual o impetrante afirma residir o seu direito* cuja proteção, contra a ameaça de lesão, está a reclamar do Judiciário.

Tal assertiva deve ser entendida em termos. Não é indispensável que tal *situação concreta* compreenda desde logo todos os elementos do fato gerador do tributo. Basta que compreenda fatos integrativos daquele, a demonstrar que a sua ocorrência está em via de concretização, não se podendo falar mais em simples hipótese.

Sabemos que a doutrina classifica os fatos geradores dos tributos em *simples*, ou instantâneos, e *complexos*, ou continuados. (31) Não importa aqui a divergência surgida em torno dessa classificação, (32) que a final foi adotada pelo Código Tributário nacional, (33) pois o que na verdade queremos expressar independe de sua aceitação. Em se tratando de um fato gerador complexo, como tal entendido aquele que é integrado por um conjunto de fatos que se sucedem, basta que se tenha o mesmo iniciado.

Ainda, porém, que se trate de um fato gerador classificado pela doutrina do Direito Tributário como *simples*, tem-se de considerar a ocorrência de certos atos preparatórios que, por sua importância, pelos ônus que representam, autorizam a consideração de que a ocorrência do fato gerador do tributo é de tal sorte iminente, a não se poder mais considerar que se trata de simples cogitação.

Relativamente ao imposto de importação, por exemplo, não se há de exigir que a mercadoria tenha entrado no território nacional, para que se mostre cabível a impetração preventiva. Basta que tenham sido praticados atos que tornam a importação da mercadoria

(31) Cf. Aliomar Baleeiro, *Direito Tributário Brasileiro*, 10ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1981, p. 45.

(32) Paulo de Barros Carvalho, *Curso de Direito Tributário*, Ed. Saraiva, São Paulo, 1985, p. 151-155.

(33) Com efeito, reportando-se o Código, como se reporta em seu art. 105, a fatos geradores pendentes, implicitamente admitiu a classificação doutrinária dos fatos geradores em instantâneos e *continuados*.

um fato, e não simples cogitação. Basta que se tenha, por exemplo, obtido a guia de importação respectiva, ou fechado o contrato com o exportador estrangeiro. A prática de atos concretos pelo importador, a deixá-lo em situação concreta de não mais poder desistir, sem graves prejuízos, de realizar a importação, pode ser considerada suficiente a ensejar a impetração preventiva.

Na verdade, embora se possa dizer que o fato gerador de um tributo enquadra-se como fato *simples*, muita vez aquele fato pressupõe outros fatos, cujo acontecimento justifica plenamente a impetração preventiva.

8. A Questão da Decadência

O direito de requerer mandado de segurança extinguir-se-á decorridos cento e vinte dias contados da ciência, pelo interessado, do ato impugnado. (34) O prazo, que é de decadência, começa da data da ciência do ato impugnado.

Poder-se-ia entender que o mandado de segurança preventivo impugna-se uma ameaça e, portanto, a partir do conhecimento dessa ameaça tem início o prazo em tela. Esse entendimento, porém, não tem consistência. O mandado de segurança diz *preventivo* porque tem por fim *prevenir*, ou evitar, a prática do ato lesivo. Nele não existe ato *impugnado*, precisamente porque com ele não se impugna ato nenhum. O prazo para impetração do mandado de segurança começa do dia em que o interessado toma conhecimento do ato lesivo de seu direito. Assim, se ainda não ocorreu tal ato, não se pode cogitar de decadência. Em se tratando, pois, de mandado de segurança preventivo, há lugar para a decadência.

(34) Lei n. 1.533/51, art. 18.

REVISTA TRIMESTRAL DE JURISPRUDÊNCIA DOS ESTADOS

1) Características gerais

- Início de publicação em 1977.
- Periodicidade mensal, a partir de Janeiro/88 (vol. n. 48).
- Volume entregue encadernado.
- Formato 14 x 21 cm., com média de 368 págs., papel 75 gr.

2) A RTJE é repositório autorizado pelos Tribunais:

Supremo Tribunal Federal (Reg. 1/85).

Superior Tribunal de Justiça (Reg. 25/92).

Tribunal Superior do Trabalho (Reg. 5/94).

Tribunal Regional Federal da 1ª Região (Reg. 8/92).

Tribunal Regional Federal da 2ª Região (PA 4849).

Tribunal Regional Federal da 3ª Região (Reg. 4/94).

Tribunal Regional Federal da 4ª Região (Reg. 5/92).

Tribunal Regional Federal da 5ª Região (Reg. 4/93).

3) Seções

- *Doutrina, Parecer, Memento e "Postulare"*.
- *Jurisprudência: Administrativa, Constitucional, Tributária, Cível, Criminal, Trabalhista e Previdenciária.*
- *Índices por verbetes da Doutrina, Numérico da Jurisprudência e Alfabético-remissivo. No vol. de Dezembro, o Índice Geral do Ano.*

4) Matérias Suplementares

- Bil- Boletim Informativo de Legislação Federal e Jurisprudência (quinzenal).
- Bil Especial - ocasionalmente.
- Separata Extra - ocasionalmente.
- Serviço de Fornecimento de Legislação, Assessoria Jurídica e Pesquisa Jurisprudencial (por solicitação do interessado).

Nota - Este Artigo foi extraído da Doutrina da RTJE, daí a manutenção da numeração constante nos cabeçalhos.