

**SEPARATA  
REVISTA TRIMESTRAL  
DE JURISPRUDÊNCIA  
DOS ESTADOS**

**Hugo de Brito Machado**

**IMPETRAÇÃO PREVENTIVA DO MANDADO  
DE SEGURANÇA E DA AÇÃO DE AMPARO  
NO DIREITO BRASILEIRO E PERUANO**



**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

# 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.

# IMPETRAÇÃO PREVENTIVA DO MANDADO DE SEGURANÇA E DA AÇÃO DE AMPARO NO DIREITO BRASILEIRO E PERUANO

**Hugo de Brito Machado**

(Juiz do Tribunal Federal da 5ª Região. Professor Titular de Direito Tributário da Universidade Federal do Ceará)

SUMÁRIO: 1. *Introdução*. 2. *Mandado de Segurança contra Lei em Tese*. 3. *A Ameaça e o Justo Receio*. 4. *Fato Incontroverso*. 5. *O Direito Peruano*.

## 1. *Introdução*

Entre as indevidas restrições ao mandado de segurança preventivo destaca-se a invocação impertinente da Súmula n. 266, do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual não cabe mandado de segurança contra lei *in tesa*.

É frequente, ainda, o indeferimento de mandado de segurança ao argumento de que o impetrante não fez prova de que se encontra na situação de fato alegada na inicial. Em matéria tributária, quando o impetrante diz ser inconstitucional a criação, ou o aumento do tributo, exige-se que comprove ser contribuinte, vale dizer, exige-se que comprove a situação concreta que enseja a incidência da lei cuja inconstitucionalidade é alegada.

Cuida-se, em última análise, de postura formalista, adotada por quem se vale do *processualismo* para denegar a proteção constitucionalmente ofertada para o direito líquido e certo do indivíduo. A superação dessa postura, todavia, exige que se encare o processo como instrumento, dando-se prevalência ao direito material. E não se pode prescindir de argumentos que nos são ofertados pelos processualistas, utilizando-os de forma adequada a refutar aquelas restrições.

Neste contexto são essenciais: (a) a distinção entre o mandado de segurança contra a lei *in tesa* e o mandado de segurança preventivo; (b) a consideração do que seja ameaça, e justo receio, a justificar

a impetração preventiva; e ainda, (c) a consideração dos fatos incontroversos em face da admissão.

## 2. Mandado de Segurança contra Lei em Tese

Contra a lei em tese é a impetração quando a norma ainda não incidiu. Quando ainda não aconteceu o seu suporte fático. E tem de ser assim porque direito não há sem a ocorrência do fato previsto na norma, e sem existir direito não se pode falar de lesão, ou de ameaça a este.

Preventiva é a impetração quando a norma já incidiu. Já aconteceu, ou está acontecendo o seu suporte fático. Já existe direito, e assim a lesão ou ameaça a este já é factível. É preventiva porque ainda não há lesão, mas simples ameaça.

É incabível o mandado de segurança contra a lei em tese pela razão, muito simples, de que sem a incidência da lei não há direito, e não se pode, portanto, falar de lesão, ou de ameaça, a direito líquido e certo, se ainda nem existe direito algum.

Aliás, contra a lei em tese não é cabível ação nenhuma, a não ser a direta declaratória de inconstitucionalidade.

A tese expressa na Súmula 266, do Supremo Tribunal Federal, tem sido invocada indevidamente, em face da lamentável confusão entre impetração preventiva e impetração contra a lei em tese, e ainda em face de situações nas quais a verdadeira questão está na teoria das provas. Exige-se prova da ameaça, quando tal prova é desnecessária, como adiante demonstraremos, e prova da situação de fato que enseja a incidência da norma impugnada, mesmo quando tal situação caracteriza fato incontroverso, em face da admissão.

## 3. 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 preventivo especial atenção, pois a atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional (1). 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 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 (2). E não é razoável presumir-se que vai descumprir o seu dever.

(1) CTN, art. 142, parágrafo único.

(2) 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 2ª ed. 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 administrativa 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.

De todo modo, mesmo que se admita que a autoridade administrativa pode descumprir uma lei por considerá-la inconstitucional, (3) 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.

#### 4. Fato Incontroverso. Confissão e Admissão

Segundo o Código de Processo Civil, independem de prova os fatos afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária (4). E também os fatos admitidos, no processo, como incontroversos (5). "Onde não haja controvérsia quanto aos fatos alegados pelos litigantes, a questão se traduz à mera aplicação do direito" (6).

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 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 (7). 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 (8). 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;

(3) Neste sentido é a lição 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, Rio de Janeiro, 1993.

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

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

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

(7) CPC, art. 348.

(8) CPC, art. 351. Nesse dispositivo, diz-se que não vale 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 (9).

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 Carnelutti, 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 do adversário* (10).

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 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*.

(9) CPC, art. 302.

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

*Alla affermazione di un fatto da parte 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 pressuposto della sua domanda al giudice. Se domando al giudice 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 de 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 della controparte si chiama ammissione, la cui nozione dunque si precisa in questi termini: posizione como pressuposto della domanda di unfatto già pressuposto dalla domanda avversaria.*

O equívoco, porém, é evidente. O impetrante, naqueles casos, afirma os fatos com base nos quais pede a segurança. Afirma, pois, que a lei já *incidiu*. 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.

O impetrante alega que é contribuinte do imposto tal, que foi criado, ou aumentado, por lei inconstitucional. Pede-lhe seja concedida a segurança com objetivo de não ser compelido ao pagamento correspondente. Muita vez deposita o valor questionado.

Quando a autoridade impetrada, nas informações, sustenta a constitucionalidade da lei, e pede seja o pedido julgado improcedente, está formulando pedido de mérito, que tem como pressupostos os fatos alegados pelo impetrante. Configura-se, nestes casos, a admissão, que é distinta da confissão, como acima demonstrado. Assim, não se há de exigir prova daqueles fatos, que são incontroversos. Nem se há de fazer restrição ao valor das informações, posto que estas não consubstanciam confissão, vedada à autoridade impetrada, mas admissão, que ocorre no próprio interesse da pessoa jurídica à qual se vincula a autoridade impetrada, favorecida com o indeferimento da segurança, por aquela pleiteado.

O indeferimento da segurança, nesses casos, sem julgamento de mérito, configura denegação da jurisdição.

### 5. O Direito Peruano

É indubitoso, como há algum tempo temos sustentado, que editada uma lei inconstitucional, criando ou aumentando tributo, o contribuinte pode desde logo impetrar mandado de segurança. (*Repertório IOB de Jurisprudência*, n. 16/91, 2ª q. agosto/91, p. 298). Essa tese já foi acolhida pelo Superior Tribunal de Justiça, em acórdão da lavra do Ministro Gomes de Barros, cuja ementa diz: "Editada uma lei mudando critérios de incidência de tributo em contribuição social, é de se presumir que os agentes arrecadadores 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" (11).

(11) REsp. n. 17.295-0/CE, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJU Seção I, de 10-5-93, p. 8.607.

Fundada na lógica jurídica, nossa tese há de ser valiosa onde quer que exista idêntica garantia constitucional. Assim é que, 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 todavía 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 haya efectiva. Sería absurdo exigir que el contribuyente amenazado sólo pueda interponer la acción de amparo cuando supropeidad se vea menoscabada (12).*

E mais adiante, em absoluta sintonia com o ponto de vista que temos sustentando, 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 según que crea que la norma es constitucional. Dicho órgano se limitará a aplicar la norma y tratará de cobrar el tributo incrementado con los intereses morat[ocios] correspondientes (13).*

O justo receio de vir a ser molestado por ato de autoridade, fundado em lei inconstitucional, ou em ato normativo infralegal desprovido de validade jurídica, decorre do próprio princípio da legalidade, ao qual está vinculada a autoridade administrativa.

(12) Luis Hernández Berenguel, *El Poder Tributario y la Nueva Constitución*, em Revista del Instituto Peruano de Derecho Tributario, vol. n. 24, junio, 1993, p. 27.

(13) Luis Hernández Berenguel, *El Poder Tributario y la Nueva Constitución*, em Revista del Instituto Peruano de Derecho Tributario, vol. n. 24, junio, 1993, p. 27.