

MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA A TRAMITAÇÃO DE PROJETO DE LEI

MANDADO DE SEGURANÇA N.º 2.561

Julga-se prejudicado o mandado de segurança impetrado contra a tramitação de projeto de lei, na Assembléia Legislativa, porque, ultimada a tramitação, sobreveio a sanção do Governador do Estado, transformando o projeto em lei.

Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara (Tribunal Pleno)

Requerente: Fundação Parque do Flamengo.

Informante: Assembléia Legislativa do Estado da Guanabara.

Relator: Sr. Des. Marcelo Costa.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de Mandado de Segurança número 2.561, em que são impetrantes Fundação do Parque do Flamengo e Maria Carlota Costallat de Macedo Soares, sendo informante a Assembléia Legislativa do Estado da Guanabara:

Acordam os Juizes do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara, em sessão plenária e por unanimidade de votos, preliminarmente, em julgar prejudicado o mandado de segurança, porque, posteriormente à sua impetração, foi transformado em lei o

projeto de lei que constituía seu objetivo, sendo que o Exmo. Sr. Des. Valporê Caiado assim o julgava em virtude de decisão judicial que extinguiu a Fundação e o Exmo. Sr. Des. Oduvaldo Abritta por entender que, tendo sido julgada extinta, a Fundação não poderia impetrar a segurança. Custas *ex lege*.

Trata-se de mandado de segurança impetrado pela Fundação Parque do Flamengo e, ainda, em nome individual, por sua Diretora Executiva, Maria Carlota Costallat de Macedo Soares, contra a Assembléia Legislativa do Estado da Guanabara, a fim de impedir o término da tramitação de Substitutivo ao Projeto de Lei n.º 1.706, de 1965, dispondo sôbre o envio de mensagem do Poder Executivo, para criação de um órgão autônomo destinado à administração do chamado Parque do Flamengo e de outros parques da cidade, com revogação do Decreto "E" n.º 887, de 28-10-1965, que criou aquela Fundação.

Alegam as impetrantes que a Fundação instituída pelo Governo do Estado, através do Decreto acima referido, estava em pleno funcionamento, com seus estatutos registrados e seus diretores nomeados, quando, naquela Assembléia, foi aprovada emenda substitutiva ao aludido projeto de lei, visando a dois objetivos inadmissíveis ante a Constituição do Estado: 1.º ordenar ao Poder Executivo a elaboração de determinada mensagem com finalidade e condições prefixadas, importando isso em

usurpação de faculdade atribuída ao Governador; 2.º) revogar um Decreto através de lei, erro evidente, porque uma lei só revoga outra lei e se há decreto colidindo com ela, a sua nulidade e ineficácia são pronunciadas pelo Poder Judiciário.

Acrescentam as impetrantes que a instituição de uma fundação é ato de natureza administrativa, incluído, por isto, na órbita do Poder Executivo, cabendo ao Legislativo somente legislar sobre as matérias de competência do Estado, sem que exista na Constituição do Estado disposição que lhe dê competência para criar essa espécie de entidade. Com as autarquias, o problema é diverso, pois dependem de lei para a sua existência, não havendo outro meio de criá-las. Já as Fundações têm processo próprio de criação, estabelecido no Código Civil, começando a sua existência legal com a inscrição do respectivo ato constitutivo no registro próprio.

Frisam as requerentes que o Parque do Flamengo é um logradouro público de características especiais, destinado à recreação pública, à prática de esportes e diversões populares, contendo instalações e aparelhamento que produzem renda, havendo aí, portanto, um patrimônio inicial, obtido mediante utilização remunerada de imóvel do domínio público, bem público de uso comum, uso que pode ser retribuído (Código Civil, artigos 66 e 67). Essa utilização, por sua vez, pode ser outorgada livremente pela administração estadual ou por órgão autônomo ao qual o imóvel esteja afeto. Não se cogita, no caso, de transferir o imóvel, ato que exigiria autorização legislativa, mas de simples permissão para utilizá-lo mediante retribuição.

Finalizam as impetrantes dizendo que a fundação é entidade cuja existência tem disciplina jurídica própria, sendo a sua extinção somente possível mediante processo peculiar e decisão judicial; e que o ato pelo qual foi instituída é ato jurídico definitivo, que criou situação jurídica individual, insuscetível de ser alterada pelo ato com o qual a Assembléia Legislativa a ameaça.

Prestando informações, o Exmo. Sr. Deputado Edson Guimarães, então Presidente da Assembléia Legislativa, declarou que, se a jurisprudência dos tribunais tem entendido ser incabível o mandado de segurança contra a lei em tese, com mais razão o será contra um projeto de lei em tramitação. Por outro lado, nenhum absurdo haveria na revogação de um decreto por uma lei, sendo certo, ainda, que as fundações, ultimamente, passaram a constituir uma nova espécie de gênero *parastatal*, cuja instituição só pode provir de uma lei, não de simples ato do Poder Executivo, sem autorização legislativa.

Pelo Exmo. Sr. Des. Oliveira e Silva, então relator, foi concedida a medida liminar, mais tarde revogada, no despacho de fls. 90, a requerimento da Procuradoria da Justiça, sob fundamento de estar findo o prazo legal para a sua duração.

A Procuradoria exarou o parecer de fls. 78, opinando pela denegação da segurança. Posteriormente, depois de apresentadas as razões de fls. 98 a 121, da Procuradoria-Geral do Estado, requereu fôsse julgado prejudicado o pedido, porque, revogada a medida liminar, o projeto de lei contra o qual se insurgiram as impetrantes se convertera na Lei n.º ... 1.045, de 20-8-65 e, com isto, a Fundação se extinguiu e perdera a sua personalidade jurídica.

Isto pôsto:

Preliminarmente, deve ser decidida a questão prejudicial suscitada pela douta Procuradoria da Justiça: estar prejudicado o mandado de segurança, por já se ter convertido em lei o projeto cuja tramitação se pretendeu obstar e, em virtude de lei, ter sido extinta a Fundação impetrante.

O writ está realmente prejudicado. Não pelo motivo de se considerar extinta a Fundação, pois isto equivaleria a julgar prejudicado o pedido precisamente por ter sido praticado o ato que através dele se pretendeu prevenir. Seria o efeito eliminando a causa, em verdadeiro círculo vicioso. Se o mandado visava a evitar que o ato da Assembléia Legislativa extinguisse a Fundação, haveria denegação de Justiça se a efe-

tivação do ato, por si só, prejudicasse o mandado. A não se entender assim, inócuo seria todo mandado de segurança preventivo, quando não houvesse medida liminar, ou esta fôsse, como na espécie o foi, revogada: o ato consumado acabaria fulminando a segurança, pela via da prejudicialidade.

O que torna prejudicado êste mandado é outro motivo: a conversão do projeto impugnado em lei, através de outro ato posterior, emanado de outro Poder, ou seja, a sanção governamental. A elaboração legislativa perfectibilizou-se. Deixou de existir um simples ato do órgão legislativo para, em substituição, surgir a lei, com a participação do Go-

vernador por meio do ato de sua competência constitucional.

Transmudou-se, em consequência, a situação existente à época da impetração da segurança. Já não mais será possível invalidar o ato da Assembléia Legislativa, sem invalidar o ato do Governador e a própria lei. É evidente que o pedido não teve tal alcance, nem poderá lograr êsse objetivo.

Rio de Janeiro, 1.º de junho de 1967. — *Aloysio Maria Teixeira*, Presidente. — *Marcelo Santiago Costa*, Relator.

Ciente. — Rio, 26 de junho de 1967. — *Arnoldo Wald*, Procurador Geral da Justiça do Estado da Guanabara.

COMENTÁRIO

1. *Introdução.* — O mandado de segurança em tela abrange diversas questões jurídicas do mais vivo interesse, relativas ao *writ*.

Temos, em primeiro lugar, o problema referente ao cabimento dêste remédio, em caráter preventivo, contra a tramitação de projeto de lei, com as considerações acêrca da pertinência do mandado contra ato legislativo; outrossim, cabe referir a questão relacionada com o julgamento de prejudicialidade do mandado, em tal hipótese, pela ultimação da tramitação do projeto e sua sanção e promulgação pelo Poder Executivo; finalmente, o problema de se saber se o *writ* preventivo é prejudicado pela prática do ato impugnado.

2. *O Mandado de Segurança e a Norma em Tese* — 2.1. No sistema jurídico brasileiro, existe sômente uma ação que tem por objeto o julgamento da inconstitucionalidade da lei ou 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* e que admite duas espécies, consoante o regime da Constituição Federal de 1967: 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. 114.²

(1) A ação representativa interventiva é sempre contra atos dos poderes públicos locais. No nível da legislação ordinária a matéria está disciplinada pela Lei 4.337, de 1-6-64, que alude a declaração de inconstitucionalidade.

PONTES DE MIRANDA (*Comentários à Constituição de 1946*, 2.ª ed., 1953, Max Limonad, vol. I, pg. 490) sustenta: "Seria de discutir-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

É sabido, porém, que, em qualquer feito, todo juiz³ ou tribunal,⁴ considerando inconstitucional⁵ determinado ato normativo, pode julgá-lo como tal, com as respectivas conseqüências jurídicas, mas abrangendo êste julgamento, tão-sòmente, aquêle caso concreto, ou seja, valendo a respectiva decisão sòmente *inter partes* e não, *erga omnes*. A norma deixa de operar, apenas na hipótese *sub judice*. Saliencia PONTES DE MIRANDA (op. cit., vol. V, 2.^a ed. 1953, págs. 296 e 299) que “tal *quaestio iuris praecjudicialis*” de constituição negativa e concreta, razão por que a sua eficácia é *in casu*.⁶

Se se tratar, em tal hipótese, de decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, ao Senado Federal caberá suspender a execução, tirar a eficácia, no todo ou em parte, da lei ou decreto, expedido por qualquer das pessoas políticas e declarado inconstitucional por aquêle (art. 45, IV, da Carta de 1967).

Caso a lei ou decreto seja estadual, competirá, concorrentemente com o Senado Federal, à respectiva Assembléia Legislativa efetivar dita suspensão, quer a decisão correspondente de declaração de inconstitucionalidade seja

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 no *Comentário à Constituição de 1967* (Ed. Rev. dos Tribs., 1967, vol. II, pg. 254, afirma: “Se a decisão do Supremo Tribunal Federal é para a intervenção federal, a carga preponderante 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 anterior, cabia ao Congresso Nacional suspender a execução do ato argüido de inconstitucionalidade. Pela atual Carta (arts. 11, § 2.^o e 12, § 2.^o), o Presidente da República, através de 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 artigo 114, I, 1, da Carta de 67 é “ação constitutiva negativa, por inconstitucionalidade, *in abstracto*”, “com legitimação ativa sòmente para o Procurador-Geral da República” (PONTES DE MIRANDA, *Comentários à Constituição de 1967*, vol. IV, pg. 41). Pode dizer respeito a regra jurídica (*lei* ou *ato normativo*) federal ou estadual.

(3) *Cf.* item III, e respectiva alínea *b*, do art. 114 da Constituição de 67.

(4) Deve ser respeitado o disposto no art. 111, da Constituição de 67, segundo o qual “sòmente pelo voto da maioria absoluta de seus membros poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do poder público” (reproduzido pelo art. 51 da Constituição da GB. *Cf.* Ato Regimental n.^o 14, do T. Just. da Guanabara).

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

(6) As Constituições (*cf.* citado art. 111 da Const. de 67) aludem a “declaração da inconstitucionalidade”.

do Supremo Tribunal ou do próprio Tribunal de Justiça local (cf. art. 7.º, XVIII, da Const. da Gb. de 67; art. 28, XXI, da Const. do Est. do Rio de 67).

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”.

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

Se descabe, 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 e concreto, e não de ordem geral.

Dissertando sôbre o problema em pauta, no tocante ao mandado de segurança, diz FRANCISCO CAMPOS sôbre a máxima da inviabilidade de seu uso *contra a lei in abstracto*: “Ela se limita a reproduzir, em relação ao mandado de segurança, um princípio que rege não sômente a êste, 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.*, CLV/77).

Com referência ao *writ*, por circunstâncias várias, apresenta-se, porém, a questão com grande relêvo, acarretando inúmeras questões na prática, bem como debates doutrinários e jurisprudenciais.

Tal fato deve-se, em primeiro lugar, à própria natureza dêste *remédio específico de contrôle 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 Contrôle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, 3.ª ed., 1957, pág. 303). 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).

2.2.1. Há os que sustentam o descabimento da impetração do mandado de segurança contra a *norma jurídica*, contra o *ato materialmente legislativo*, abrangendo desde aquêles que simplesmente reproduzem os princípios expostos no 2.1. acima, até os que negam, em têrmos amplos e definitivos, a viabilidade da interposição do *writ* contra tôda e qualquer norma.

Alguns doutrinadores manifestam-se neste sentido.

“Cabe, em relação aos atos legislativos pròpriamente ditos, a mesma observação que, há pouco, fizemos a propósito dos atos de jurisdição graciosa: não há interesse em pleitear mandado de segurança contra êles. Se o ato legislativo não contraria a Constituição, êle não pode ser considerado ilegal, por-

que revoga qualquer lei anterior que se lhe contraponha. Se, ao contrário, êle 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 êle 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" (LUIZ EULÁLIO DE BUENO VIDIGAL, *Do Mandado de Segurança*, 1953, São Paulo, págs. 124/5).

ALFREDO BUZARD assim se manifesta:

"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.*, 44/35).

CASTRO NUNES (*Do Mandado de Segurança*, Forense, 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).

THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI 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*, Freitas Bastos, 1957, 4.^a ed., páginas 185/186).

Com relação à jurisprudência, cabe citar os seguintes julgados:⁷ *Supremo Tribunal Federal*: Súmula n.º 266 (“Não cabe m. de s. contra lei em tese”); *Supremo Tribunal Federal*: rec. de m. de seg. n.º 2.477; Rel. Min. Nelson Hungria, ac. un. do Trib. Pleno, de 28/7/54; *Arg. Jud.* 113/263 (“Não cabe m. de s. contra a lei em tese, inexistindo qualquer ato de autoridade administrativa contra o impetrante individualmente...”); *Supremo Tribunal Federal*: mand. de seg. n.º 2.494; Rel. Min. Mário Guimarães, ac. un. do Trib. Pleno, de 7/12/54; *Arg. Jud.*, 114/224 (“Não cabe mand. de seg. para se obter a decl., em tese, da inconstitucionalidade da lei”); *Supremo Tribunal Federal*: mand. de seg. n.º 3.228; Rel. Min. Rocha Lagoa, ac. un. do Trib. Pleno, de 22/8/56; *Rev. Forense*, CLXXIV/120 (“Não cabe mand. de seg. contra norma jurídica em tese, editada com caráter de generalidade, sendo mister a ocorrência de ato administrativo que aplique ao caso concreto as regras gerais estatuídas em abstrato”); *Supremo Tribunal Federal*: rec. de mand. de seg. n.º 2.961; Rel. Min. Ribeiro da Costa; ac. un. do Trib. Pleno, de 8/7/57, *Rev. Trim. Jur.*, 2/232 (“O S.T.F., não obstante os dizeres amplos do texto do art. 1.º da Lei n.º 1.533, de 31/12/1951, mantém o entendimento de que continuarão excluídos os atos legislativos da apreciação pelo Poder Judiciário, através do mandado de segurança, se este visa a lei em tese. Matéria cuja disciplina é tratada pelo art. 8.º da Const. Federal, compreendendo a hipótese prevista no seu art. 7.º, item VII, letras b e c”); *Supremo Tribunal Federal*: mand. de seg. n.º 5.261; Rel. Min. Afrânio da Costa; ac. un. do Trib. Pleno, de 18/6/58; *Rev. Trim. Jurisp.*, 6/402; *Supremo Tribunal Federal*: mand. de seg. n.º 5.118; Rel. Min. Sampaio Costa, dec. do Trib. Pleno, de 4/6/58; *Rev. Trim. Jur.* 7/CXI (“Contra a lei em tese ou contra decreto do Poder Executivo que contenha o mesmo teor de norma abstrata, não cabe mand. de seg.”); *Supremo Tribunal Federal*: mand. de seg. n.º 6.772; Rel. Min. Lafayette de Andrada; ac. de 14/8/59, do Tribunal Pleno; *Rev. Trim. Jur.*, 11/C (“Pedido para não aplicação de lei. Inidoneidade do *remedium juris*; segurança não é o caminho próprio para obter não aplicação da lei. Pedido indeferido”); *Supremo Tribunal Federal*: rec. de mand. de seg. n.º 6.801; Rel. Min. Henrique D’Ávila; dec. do Trib. Pleno, de 29/12/58, *Rev. Trim. Jur.*, 9/CXXIV (“Impraticabilidade do mand. de seg. contra a lei em tese”); *Supremo Tribunal Federal*: rec. de mand. de seg. n.º 7.159; Rel. Min. Henrique D’Ávila; dec. un. do Trib. Pleno, de 20/11/59; *Rev. Trim. Jur.*, 12/32 (“Mand. de Seg. requerido contra a lei em tese. Seu indeferimento. Recurso desprovido”); *Supremo Tribunal Federal*: mand. de seg. n.º 4.984; Rel. Min. Ribeiro da Costa; ac. un. do Tribunal Pleno, de 25/7/58; *Rev. Dir. Adm.*, 57/198 (“Não cabe

(7) No tocante à doutrina e jurisprudência sobre o mandado de segurança consultar as indicações compiladas por JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA (separata do vol. 12 da Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado da Guanabara, 1964).

mand. de seg. contra ato normativo que fixa atribuições de funcionários públicos..."); *Supremo Tribunal Federal*: ac. do mand. de seg. n.º 2.655; Rel. Min. Ribeiro da Costa; de 5/7/54; *Arq. Jud.*, 114/16; *Supremo Tribunal Federal*: ac. por unanimidade, em sessão plena, de 20/11/1959; Rel. Min. Henrique D'Ávila; recurso n.º 7.159, São Paulo; *Rev. Trim. Jurispr.*, 12/32; *Supremo Tribunal Federal*: ac. do Trib. Pleno de 4/1/1960, publicado em 27/1/1960; rec. de mand. de seg. n.º 7.224; Rel. Min. Ribeiro da Costa; *Rev. Trim. de Jurispr.*, 12/256 ("Lei em tese. Não conhecimento. Não se conhece do mandado de segurança impetrado contra lei em tese. O writ reclama o pressuposto da ofensa ou ameaça de ofensa do direito subjetivo. Inexiste êsse pressuposto na chamada Lei de Meios"): *Supremo Tribunal Federal*: rec. extr. n.º 51.351; Rel. Min. Ribeiro da Costa; ac. un. da Segunda Turma, de 25-6-63; Diário da Justiça (ap. ao n.º 182), de 26/9/63 ("Mandado de segurança incabível para o efeito de revogar ato administrativo em tese. Pressupostos legais dos arts. 141, § 24, e 1.º da Lei n.º 1.533, de 1951"); *Supremo Tribunal Federal*: agr. no rec. de mand. de seg. n.º 16.836; Rel. Min. Victor Nunes Leal; dec. un. da Primeira Turma, de 12/12/66; *Rev. Trim. Jur.*, 41/333: ("Aplicação da Súmula n.º 266"); *Tribunal de Justiça da Guanabara*: mand. de seg. n.º 2.303; Rel. Des. João Coelho Branco; ac. un. da 5.ª Câmara Civil, de 19/1/64; *Rev. For.*, 214/132 ("A doutrina e a jurisprudência predominantes são no sentido de não admitir mandado de segurança contra lei em tese ou norma *in abstracto*, que só podem, por êsse meio, ser apreciadas por via de consequência, quando se examine o ato concreto que emana de uma ou de outra; assim, não há ilegalidade na portaria do Juízo da Vara de Acidentes, que, de acôrdo com a Lei de Acidentes do Trabalho, estabelece normas reguladoras do pagamento das indenizações respectivas") 8; *Tribunal de Justiça da Guanabara*: mand. de seg. n.º 2.455; Rel. Des. Homero Pinho; ac. un. do Trib. Pleno, de 25/10/65; *Rev. Jurispr.*, 15/65 ("... o mand. de seg. não se aplica contra a lei em tese"); *Tribunal de Justiça da Guanabara*: agr. de pet. n.º 20.216; Rel. Des. Valporê de Castro Caiado; ac. un. da 7.ª Câmara Civil, de 14/12/65; *Rev. Jurispr.*, 15/196 ("Mandado de segurança. Não é meio idôneo para combate à lei em tese"); *Tribunal de Justiça da Guanabara*: agr. de pet. n.º 20.306; Rel. Des. João José de

(8) No acórdão, lê-se: "Em suas informações a êste tribunal, observava o Dr. Juiz que se tratava, na espécie, "de mandado de segurança impetrado contra ato normativo em tese. O impetrante não alega que foi, em determinado processo, impedido de receber alguma quantia em nome de cliente seu, nem que está ameaçado, *in concreto*, de sê-lo. A segurança é requerida contra norma *in abstracto*, o que, *data venia*, é inadmissível em face dos princípios que regem o remédio jurídico do m. de s. Em verdade, a doutrina e a jurisprudência predominantes são no sentido de não admitir o mandado de segurança contra lei em tese, ou norma *in abstracto*, que só podem, por aquêle meio, ser apreciados, por via de consequência, quando se aprecia o ato concreto que emana de uma ou de outra. Poder-se-ia, porém, invocar o caráter preventivo da medida impetrada e, por isso, não custa examinar o ato do Juízo de Acidentes, que ostenta inegável índole normativa genérica". — (o grifo é nosso).

Queiroz; ac. un. da 1.^a Câmara Cível, de 22/12/65; *Rev. Jurispr.*, 15/198 (“Descabe contra ato meramente normativo”); *Tribunal de Justiça da Guanabara*: mand. de seg. n.º 1.866; Rel. Des. Vicente de Faria Coelho; ac. un. do Trib. Pleno, de 4/7/62; *Rev. Jurispr.*, 6/33 (“Mandado de segurança. Não é meio idôneo para declarar, ou não, a vigência de leis, nem mesmo para atacá-las em tese. É medida a ser usada contra violação de direito líquido e certo. Não se apresenta o writ com efeitos declaratórios. Denegação”); *Tribunal de Justiça da Guanabara*: mand. de seg. n.º 1.700; Rel. Des. Guilherme Estellita; ac. un. do Trib. Pleno; *Rev. Jurispr.* 4/50 (“Não cabe pedir mand. de seg. contra a lei em tese”); *Tribunal de Justiça da Guanabara*: ap. cível n.º 11.823; Rel. Des. Estácio Corrêa de Sá e Benevides; ac. un., em embargos, de 2/9/53; *Arq. Jud.*, 109/324 (“Mandado de Segurança constitui um meio de defesa contra o ato ilegal de qualquer autoridade. Entre êsses atos não se inclui o exercício do Poder Legislativo, que é uma expressão de soberania. A lei em tese pode ser atacada apenas, quando inconstitucional, em cada caso concreto...”); *Tribunal de Justiça de São Paulo*: dec. em sessão plena, de 30/10/57; mand. de seg. n.º 83.544; Rel. Des. Erix de Castro; *Rev. dos Tribs.*, 271/497 (“O mandado de segurança não cabe contra leis e decretos, mas contra quem executa ou tenta executar o ato”); *Tribunal de Justiça de São Paulo*: ac. un. da 1.^a Câmara, de 17/5/60, no mand. de seg. n.º 92.777; Rel. Des. Juarez Bezerra; *Rev. dos Tribs.*, vol. 300, pág. 142 (“É incontrovertido que não cabe mandado de segurança contra a lei em tese, tomado o termo lei em sentido amplo, compreensivo de decretos e regulamentos”); *Tribunal de Justiça de São Paulo*: ac. em sessão plena de 4/12/57, no mand. de seg. número 84.413; Rel. Des. Hugo Caccuri; *Rev. dos Tribs.*, vol. 276, pág. 513 (“Não se admite mandado de segurança contra lei em tese. O exame da lei, no mandado de segurança, só se faz por via de consequência, quando a argüida inconstitucionalidade de um ato se funde na inconstitucionalidade da lei”); *Tribunal de Justiça de São Paulo*: ac. em sessão plena de 20/11/57, no mand. de seg. n.º 83.785; Rel. Des. Osvaldo Aranha Bandeira de Melo; *Rev. dos Tribs.*, vol. 276, pág. 506 (“O mandado de segurança deve ser impetrado contra o ato administrativo especial e concreto e não contra regras gerais e abstratas, em tese”); *Tribunal de Justiça de São Paulo*: mand. de seg. n.º 75.326, de 15/2/1956; ac. em sessão plenária, por maioria de votos; Rel. J. G. Rodrigues Alckmin; *Rev. dos Tribs.*, 250/290 (“Lei argüida de ilegal não enseja o pedido de segurança. Em si mesma, como norma genérica e abstrata, não concretiza ofensa a direito subjetivo”); *Tribunal de Justiça de São Paulo*: mand. de seg. n.º 86.785, 18/4/1958, ac., por maioria de votos; Rel. Des. Dimas de Almeida; *Rev. dos Tribs.*, 277/209 (“Mandado de segurança. Inconstitucionalidade de lei. Argüição pelo impetrante, sem indicação de ato concreto do impetrado traduzindo violação de seu direito subjetivo. Meio processual inábil. Não conhecimento. O mandado de segurança não é meio hábil para a declaração, em tese, de inconstitucionalidade de uma lei. Só ao Colendo Supremo Tribunal Federal cabe, nos termos da Lei n.º 2.271, de 22 de julho de 1954, declarar, em tese, a inconstitucionalidade de leis,

através da representação prevista nesse diploma”); *Tribunal de Justiça de São Paulo*: mand. de seg. n.º 106.559; Rel. Des. Carmo Pinto; ac. un. da 2.ª Câmara Civil, de 11/4/61; *Rev. Dir. Adm.*, 69/240 (“Não cabe mand. de seg. contra ato materialmente legislativo” (tratava-se de um decreto de reajustamento de tarifas no *Tendal Municipal*)⁹; *Tribunal de Justiça de São Paulo*: mand. de seg. n.º 108.907; Rel. Des. Ferraz de Sampaio; ac. un. da 3.ª Câmara Civil, de 13/7/61; *Rev. For.*, 204/184 (“São pacíficas doutrina e jurisprudência no sentido de que não cabe mand. de seg. para neutralizar os efeitos da lei em tese”); *Tribunal de Justiça de São Paulo*: agr. de pet. n.º 110.031; Rel. Des. Andrade Junqueira; ac. un. da 6.ª Câmara Cível, de 18/8/61 (“Não cabe mand. de seg. contra a lei em tese”).

2.2.2. Há, porém, os que sustentam a viabilidade, em termos amplos, da impetração do *mandado de segurança* contra atos *materialmente normativos*, isto é, cujo conteúdo seja uma norma jurídica.¹⁰

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, Max Limonad, vol. IV, pág. 372).

2.2.3. 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 com sujeito de direito.

(9) No acórdão, lê-se: “É em razão dessa distinção que, em se tratando de lei que o seja apenas formalmente — como a que versa sobre objeto individual e concreto — cabível é o mandado de segurança.

Será lei tão-somente na forma pois que lhe falta a substância do ato legislativo.

Ao reverso, certos atos de outros poderes, que não o Legislativo, podem ser leis materialmente, embora sem revestir o caráter de leis segundo a terminologia geral. Assim os tribunais, quando elaboram os seus regimentos, legislam.

O regulamento, por seu turno — ato formalmente administrativo por que emanado do Poder Executivo — é exemplo de ato administrativo na forma e legislativo na substância — dado o seu conteúdo geral, abstrato e obrigatório.

Ora, na espécie, o decreto impugnado embora não seja regulamento, só é ato administrativo sob o ponto de vista orgânico ou formal. Materialmente é ato legislativo. Contém, como a lei, normas gerais abstratas. A sua aplicação necessita de ato concreto coercitivo para dar margem ao remédio heróico de que se trata.”

(10) A decisão teria sempre, é claro, eficácia, apenas, *in casu*, obedecidos os princípios expostos no n.º 2.1. *supra*.

Mas há, em verdade, hipóteses em que a norma, por si só, lesa o patrimônio jurídico individual, ensejando que contra si seja interposto o *writ*; não, é claro, para nulificá-la, mas dentro dos princípios expostos no n.º 2.1. acima.

Diz o eminente 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. 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*, Forense, 2.ª ed., 1958, pág. 377”).

Sobre qualquer critério formal deve preponderar o princípio básico do sistema de defesa dos direitos públicos subjetivos: sempre que ocorrer lesão aos mesmos, haverá uma ação para repará-los (art. 150, § 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 de lesão a direito individual líquido e certo não amparado por *habeas corpus*.

2.2.3.1. Estamos com Celso Agrícola Barbi (*Do Mandado de Segurança*, 2.ª ed., 1966, Forense, 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 apontados no n.º 2.1. *supra*. Afirma o festejado mestre, acerca das conseqüências 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 fôssem partes na demanda” (*ob. cit.*, pág. 94).

O cabimento do *writ* contra *lei executória por si mesma* tem a seu favor o prestígio das opiniões de SEABRA FAGUNDES (*ob. cit.*, pág. 300) e de GONÇALVES DE OLIVEIRA (*Rev. de Dir. Adm.*, IX/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, acêrca da norma auto-executável:

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

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 individuo, convencido de sua ilegitimidade, aguardasse o pêso da sanção conseqüente da desobediência, para, então, valer-se do contrôle jurisdicional” (*loc. cit.*).

Cumpre indicar, também, brilhante lição do douto FRANCISCO CAMPOS, onde diz:

“A norma em tese é aquela que não produz, desde logo, ou pelo simples fato de haver sido editada, as conseqüências ou os fins a que ela se destina; ela sômente passa a incidir sôbre os individuos, cuja conduta pretende regular, através de atos administrativos em que se individualize ou qualifique o destinatário do mandamento até então concebido em têrmos 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. Forense*, CLV/77 cit.).

Manifestou-se no mesmo sentido o ilustrado CÂNDIDO DE OLIVEIRA NETO, como Procurador-Geral da Justiça do Estado da Guanabara:

“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 *Diário da Justiça*, de 4/11/1959)".

Cabe citar em abono da tese aqui sustentada as decisões seguintes: *Supremo Tribunal Federal* (m. de seg. 15.006; Rel. Ministro Luís Gallotti; dec. plenária, por maioria, quanto à preliminar, de 23/3/66; *Rev. Trim. Jur.*, 36/644 e *Rev. For.* 216/106: "É cabível mandado de segurança contra decreto que se argüi de ilegal e que, por si só, pode produzir efeito lesivo ao direito"); *Trib. de Justiça de São Paulo* (m. de seg. n.º 70.930, Trib. Pleno; Rel.: Des. Dantas de Freitas, 1955; *Rev. dos Tribs.* 24/134: "Cabe mandado de segurança contra ato do Legislativo, desde que a lei tenha efeitos imediatos, independente de ato da administração"); *Trib. de Justiça de São Paulo* (ac. un. neste ponto, da 1.ª Câm., de 24/2/59; m. de seg. n.º 91.878; Rel.: Des. J. C. Ferreira de Oliveira; *Rev. dos Tribs.*, vol. 285, pág. 187: "A lei, desde que independa de ato executório, por conter em si eficácia para atingir os seus objetivos, pode ser objeto de mandado de segurança"); *Tribunal de Justiça de São Paulo* (ac. por maioria do Trib. Pleno, no m. de seg. n.º 82.671; decisão de 28/8/57): *Tribunal de Alcada de São Paulo* (agr. de petição n.º 13.577, 4.ª Câm. Civil, decisão por maioria; Relator designado: Pedro Augusto do Amaral; de 8/5/56; *Rev. dos Tribs.*, 258/448: "Quando a lei dispensa ato posterior, para que se individualize o sujeito passivo de sua obrigação, é cabível o mandado de segurança"); *Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro* (ac. das Câms. Reuns., de 24/6/59, no agr. em m. de seg. n.º 9.797; Rel. Des. Guaraci Albuquerque Souto Maior; in *O Processo Civil à Luz da Jurisprudência*, de Alexandre de Paula, vol. 24, pág. 1.139: "O mandado de segurança não cabe, em princípio, contra a lei em tese; mas tem cabimento contra a lei auto-executável, ou seja, quando a lei contém em si mesma uma ordem concreta às autoridades públicas, de cujo concurso depende uma atividade individual; quando, por fôrça de seus dispositivos, sem necessidade de qualquer ato complementar, ela produz, de imediato, o efeito de impedir o exercício de um direito anteriormente adquirido ou cujo exercício se encontre assegurado na Constituição"); *Tribunal de Justiça de Mato Grosso* (m. de seg. n.º 111; decisão, por maioria, de 17/6/54; Rel. designado Des. Antônio de Arruda; *Rev. dos Tribs.* n.º 235/554: "Em regra não cabe mandado de segurança contra lei em tese, mas o princípio comporta exceções, desde que se trate de lei executória por si mesma, ou quando o texto legal, embora impessoal, atinge inequivocamente uma única e exclusiva pessoa..."); *Tribunal de Justiça do Ceará* (ac. un. em sessão plena, de 26/4/58, no m. de seg. n.º 216; Rel.: Des. Vicente Bessa; in *Jurispr. e Doutrina*, vol. 3, pág. 87: "Cabe mandado de segurança contra lei em tese, desde que a mesma não necessite, para a sua execução, de qualquer ato administrativo").

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

Ensina o insigne 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.^a ed., 1966, págs. 561/2).

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).

O saudoso 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 controle jurisdicional. A jurisprudência assente dos tribunais consagrou, há longos anos, êsses entendimentos. Não se admite — já dizia RUY — que se faça um processo exatamente com aquêle fito, para que a ineficácia da lei constitua “a conclusão da sentença e o objeto do julgamento”.

Afigura-se-nos que a restrição de que se cuida, além de incidir sôbre as leis prôpriamente ditas, estende-se, também, aos atos normativos em geral: aos decretos, regulamentos, etc., expedidos por quaisquer dos três Podêres, 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 contrôle 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 consubstanciado na lei disser respeito apenas ao impetrante (cf. 2.1. supra).

Julgados de nossos Tribunais têm consagrado tal tese. Podem ser citados: decisão do *Supremo Tribunal Federal* no m. de seg. n.º 8.712; Rel.: Des. Luís Gallotti; ac. un. do Tr. Pleno, de 16/8/61; *Arqs. Min. Just.*, 81/235; "Quando se trata de lei material (contra lei formal, relativa a determinada pessoa, é que pode caber a impetração da segurança) ou quando se trata de decreto normativo (que até, não raro, entre nós, surge, surpreendentemente como se lei fôsse), o pedido de segurança é inadmissível contra a lei ou o decreto, sômente cabendo contra os atos administrativos de aplicação dela ou dêle..."); acórdão unânime da 2.ª Câm. Civil do *Tribunal de Alçada de São Paulo*, de 21/8/61; Rel.: Flávio Tôrres; agr. de petição 44.076. *Rev. Dir. Adm.* 73/282; ac. un. do *Trib. de Just. do R. G. do Sul*, de 9/4/56, no m. de seg. 191; Rel.: Des. Oldemar Toledo; *Rev. For.* 171/275 ("A lei que determina a realização de plebiscito, por ser de conteúdo administrativo, autoriza a segurança, quando viola ou traz justo receio de violação do direito líquido e certo); do mesmo *Tribunal*, ac. de 22/12/58; Rel.: Des. Bustroloni Martins; *Rev. For.* 190/221 ("O princípio dominante de que a lei, dado o seu caráter de norma abstrata e genérica que a todos se aplica, não pode ser atacada por meio do mandado de segurança, diz respeito à lei no sentido material, e não à lei de aspecto meramente formal, que não contém a substância do ato legislativo; o conteúdo daquela não passa de um ato administrativo, sendo executória por si mesma"); ac. do *Tribunal de Justiça de Pernambuco*, no m. de seg. 45.688; Rel.: Des. Luís Marinho, acórdão, por maioria de votos, das Câms. Conjuntas, quanto ao conhecimento do pedido; decisão de 11/3/57; *Rev. For.*, 183/313 ("É cabível o mandado de segurança contra ameaça de cobrança de impôsto inconstitucional. Bem que emanado do Poder Legislativo, o orçamento tem feição de ato administrativo, podendo as suas disposições constituir, só por si, ameaça iminente de violação de direito"); voto vencido de SEABRA FAGUNDES, no m. de seg. n.º 66, do *Tribunal de Justiça do R. G. do Norte*; *Rev. For.*, CXXXII/511.

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

Também neste passo, seguimos a lição do ilustre BARBI (op. 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”. Na hipótese em consideração, trata-se do Poder Legislativo, representado por seu Presidente, e do Chefe do respectivo Poder Executivo, se éste tiver sancionado ou promulgado a lei.

Adotando, outrossim, a opinião do preclaro 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 ilustrado 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 seg. n.º 177, dec. das Câmaras Cíveis Reunidas, de 16/6/48).

2.3. 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 67 não fizeram menção expressa à *ameaça* (arts. 141, § 24, e 150, § 21, respectivamente). Daí, terem alguns sustentado a abolição do *mandado em sua função preventiva* (cf. citação em SEABRA FAGUNDES, *ob. cit.*, pág. 324). Tal opinião não vingou, porém, tendo a lei ordinária (Lei n.º 1.533, de 31/12/51, art. 1.º) consagrado o *writ preventivo*. Aliás, as Constituições de 1946 e 1967 (§ 23, do art. 141; e § 20, do art. 150, 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 1.533/51, 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, a *ameaça*, tendo-se referido ao reflexo subjetivo daquela, o *receio*. Mas é prevalente a opinião de que, para ser cabível a

impetração da 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.

2.3.1. Somos de opinião de que, nas hipóteses nas quais descabe o mandado contra a lei, porque não incluídas nas previstas acima, isto é, se aquela necessita 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, certamente, tudo o indica, serão praticados.

É óbvio que, se o Executivo já tiver, além de sancionado, regulamentado aquela lei inconstitucional não auto-executória, 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 tiver sido derrubado pelo Legislativo, que promulgou aquêle, tendo-o transformado em lei, a *ameaça* e o *justo receio* sômente 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.

O já citado 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 (D. Of., Parte III, de 17/9/60, fls. 7589 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 número 1.533, de dezembro de 1951, estatuindo-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 fôrça 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 vêzes.

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 pretenso direito dos recorrentes, justifica-se a impetração da segurança contra êle” (Ac. un. do Tribunal Pleno, no m. de seg. n.º 6.874, 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 interesse 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 consume 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).

Cumpra citar, em sentido contrário, as seguintes decisões: *Supremo Tribunal Federal*, no mand. de seg. n.º 13.115 (Rel. para o acórdão Min. Hermes Lima; dec. un. em sessão plena, de 24/5/65, *Rev. Trim. Jur.*, 33/694: “Segurança pedida em caráter preventivo contra a aplicação do D. 52.497, de 23/9/63, que disciplinou a publicação de histórias em quadrinhos e deu outras providências correlatas. O Decreto até hoje não teve aplicação. O mandado de segurança seria para julgar o decreto em si mesmo, em tese, sem que haja qualquer ato de autoridade indispensável para estabelecer a relação com o decreto, capaz de permitir concretamente

que o Judiciário aprecie se há, ou não, ofensa ao direito subjetivo líquido e certo dos impetrantes. O direito líquido e certo não poderia ser apreciado, sem que se configurasse a relação entre a norma e o fato. Segurança denegada”); do *Tribunal de Justiça da Guanabara*, no Agr. de pet. n.º 12.033 (acórdão da 6.ª Câm., de 25 de agosto de 1959, decisão unânime, Relator Desembargador Osny Duarte Pereira, Diário de Justiça (apenso ao n.º 11) de 14/1/1950, pág. 110: “Mandado de Segurança. Não cabe mandado de segurança contra direito em tese, suscetível de ameaça”).

2.4. Não se diga que, em caso de lei inconstitucional, cabe a qualquer interessado (cf. art. 2.º da Lei 4.337/64) levar ao conhecimento do Procurador-Geral ato que enseje a representação por inconstitucionalidade, o que poderia ser feito, no lugar da propositura da segurança em caráter repressivo ou preventivo, conforme as hipóteses dos itens 2.2.3.1., 2.2.3.2. e 2.3.1.

Ora, a existência de dois remédios jurídicos para uma 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, preventiva ou repressivamente, visará à não-aplicação daquela ao interessado, no caso concreto.

2.5. Dentro desta ordem de idéias, em se tratando de lei auto-executável ou norma apenas em sentido formal, mas ato administrativo do ponto de vista material, julgamos caber, irrefutavelmente, a segurança, em sentido 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 mesmo, ou de conteúdo de ato administrativo, uma vez editada, caberia, irretorquivelmente, a segurança repressiva, contra a tramitação respectiva cabe o mandado preventivo.

A jurisprudência divide-se, no particular. À favor da pertinência do *writ* contra tramitação de projeto de lei cabe citar decisão do *Tribunal de Alçada de São Paulo*, no recurso *ex officio* n.º 61.686 (Rel.: Des. Antônio Chaves; ac. un. da 2.ª Câm. Civil, de 5/8/63; *Rev. Dir. Adm.*, 84/137: “O prefeito municipal pode impetrar m. de seg., visando a impedir a promulgação de lei votada irregularmente”. Diz o acórdão: “Basta ler a certidão de fls., para verificar que a votação foi precedida de exame de urnas e de cédulas, com chamada de vereadores para votação e com nomeação de uma comissão dos mesmos para servirem como escrutinadores. Foi, portanto, desobedecido o preceito legal. E já deixou decidido esta mesma colenda Câmara, em venerando acórdão publicado na Revista dos Tribunais, volume 321/438, que tem não apenas o direito, mas até mesmo o dever o prefeito municipal de impetrar segurança, visando a impedir a

promulgação de uma lei que não se formara legitimamente. Do contrário, estaria dando aplicação a uma lei notoriamente inconstitucional, o que lhe acarretaria até um processo de responsabilidade. No mesmo sentido manifestaram-se a colenda Quarta Câmara deste Egrégio Tribunal (*Revista de Direito Administrativo*, vol. 54/166), o Egrégio Tribunal de Justiça (*Revista dos Tribunais*, vol. 258/251) e o Pretório Excelso (repertório citado, vol. 193/454). A ilegalidade, como bem encarece o impetrante, fere o seu direito subjetivo público de bem exercer as funções de seu cargo eletivo.”

Em sentido contrário, podemos indicar: *Supremo Tribunal Federal*: m. de seg. n.º 16.652, rel., Min. Luís Gallotti; dec. un. do Trib. Pleno, de 9/11/66, *Rev. Trim. Jur.*, 41/249 (“Mandado de segurança. Se não cabe contra a lei em tese, também não pode caber contra o ato que a sanciona e assim a integra, constituindo uma fase de sua elaboração); *Tribunal de Justiça da Guanabara*: agr. de petição n.º 10.322; Rel.: — Des. Roberto Medeiros; ac. un. da 4.ª C. Cível, de 18/7/58; *Rev. Dir. Adm.*, 56/296 (“Não cabe m. de seg. contra a tramitação de projeto de lei, nem contra a lei em tese”; no relatório, lê-se: “Gladstone Chaves de Melo e outros vereadores à Câmara do Distrito Federal impetraram mandado de segurança contra a mesa da referida Câmara, alegando irregularidades e violação do respectivo Regimento Interno na tramitação e votação do projeto de lei orçamentária que se converteu na Lei n.º 899, de 28 de novembro de 1957. A segurança é pedida “para o fim de, declarados nulos e sem efeito os atos de referida mesa — admitindo apresentação de substitutivo ao projeto de lei orçamentária, relativa ao exercício de 1958, em 3.ª discussão, e submetendo-o à votação, depois de findo o prazo prescrito no art. 91, § 1.º, do Regimento Interno da mesma Câmara, e, em consequência, todos os atos daí decorrentes — ser determinado à referida Mesa que reinicie a discussão e votação do projeto de lei orçamentária, tal como foi aprovado em segunda discussão, com estrita observância das normas regimentais, especialmente da inscrita no referido artigo 91, § 1.º, do Regimento Interno” (fls. 13/14)”. A seguir, diz o acórdão: “Como assinala o lúcido parecer da Procuradoria-Geral, “não é possível atacar projeto de lei que, bem ou mal, se converteu em lei. Seria atacar o que não existe. Desde que o projeto, bem ou mal, se converteu em lei, não é mais projeto, é lei. Será, se se quiser, fantasma de lei, lei natimorta por vício constitucional; mas lei, que somente como lei poderá ser atacada” (fls. 102). Ora, o malsinado projeto converteu-se em lei, é a Lei n.º 899, publicada no Diário Municipal de 29 de novembro de 1957, antes do ingresso dos impetrantes em Juízo. Deixou de existir o projeto e passou a ter existência a lei. Seu exame, porém, pelo Poder Judiciário, como lei, e somente como tal, depende de provocação de quem se sinta lesado pela sua aplicação, se e quando se der, uma vez que não cabe mandado de segurança contra lei em tese”); *Tribunal de Justiça do Paraná*: rec. de mand. de seg. n.º 18/64; Rel. Des. Ernani Abreu; ac. un. da 2.ª Câmara Civil, de 14/9/64; *Rev. Dir. Adm.*, 83/202 (“Não cabe mand. de segurança, impetrado pelo Prefeito, contra ato legislativo da Câmara de Vereadores”. Diz o acórdão: “Ajusta-se ao caso dos autos o acórdão da Primeira Câ-

mara Civil do Tribunal de São Paulo, publicado na *Revista Forense*, vol. 140/275 e 276: “Incontestável a ilegitimidade da impetrante, a que, aliás, cabia, pelo seu prefeito, nos termos da Lei n.º 1, de 18 de setembro de 1947, que dispõe sobre a organização dos municípios, vetar, no todo ou em parte, a lei contra a qual se insurge na segurança ora impetrada. Se a edilidade lhe rejeitou esse veto, exauriram-se as suas atribuições tendentes a obstar a execução da lei! Aliás, tratar-se-ia de anular uma lei emanada do corpo legislativo de Bauru. Sob esse aspecto, a medida também não tem cabimento, porque inextensível aos atos legislativos, conforme demonstra Castro Nunes, quando sustenta que a expressão constitucional de qualquer autoridade diz referência a autoridades administrativas.”)

2.5.1. Não se argumente, no particular, com o não cabimento do 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-discrecionário das decisões legislativas.

Se a atuação deste Poder contraria a lei, que éle ou o Poder Constituinte editou, cabe o controle 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 do 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 Auxiliares 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 discrecionária do Plenário, da Mesa ou da Presidência. Mas pode confrontar sempre o ato praticado com as prescrições constitucionais, legais ou regimentais, que estabeleçam 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 incons-

titucionalidades, 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 contrôlo judiciário não poderá estender-se aos atos de opção e deliberação da Câmara nos assuntos de sua economia interna, por que estes¹¹ é que constituem prôpriamente os seus *interna corporis*” (*in Direito Administrativo Brasileiro*, 2.^a ed., 1966, págs. 553/555).

Em outra passagem, doutrina o grande administrativista 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).

Destarte, em casos dêste 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.

Cabe citar em abono desta tese decisões unânimes do *Supremo Tribunal Federal* no mandado de segurança n.º 2.542, em sessão plena, em 12/1/55, relator, o Ministro Henrique D'Ávila (*Arq. Jud.*, 116/276); e no recurso em mand. de seg. n.º 11.140; Rel. Min. Luís Gallotti; ac. un. do Trib. Pleno, de 10/6/63 ("Assembléia Legislativa. Eleição da Mesa. Competência do Poder Judiciário — Questões Políticas — Mandado de Segurança — A competência do Poder Judiciário se estende às questões políticas, quando elas exorbitam da discricção do Congresso ou do Govêrno e lesam direitos individuais") — O *Tribunal de Justiça de São Paulo*, por seu turno, decidiu que "é cabível mandado de segurança contra ato ilegítimo de promulgação da lei" (ac. un. da 2.^a Câmara, de 2/10/56, no agr. n.º 78.057, Rel. Des. Rodrigues de Alckmin, *Rev. dos Tribs.*, 258/251 e *Rev. Forense*, 173/233); que "cabe mand. de seg. impetrado pelo Prefeito, contra ato da Câmara Municipal que, desprezando o seu veto, promulgou lei de execução imediata em favor de beneficiários individuados, com infração de textos de maior hierarquia e por votação irregular" (agr. de pet. n.º 19.936; Rel. Des. T. Cavalcanti Silva, dec. un. da 4.^a Câmara Civil, de 3/12/57, *Rev. Dir. Adm.*, 54/166); e no mand. de seg. n.º 131.491 (Rel. Des. Lopes Meireles; ac. quanto à preliminar, por maioria, da 5.^a Câmara Civil, de 6/3/64; *Rev. Dir. Adm.*, 85/203) que: "Cabe mand. de seg. contra resolução da Assembléia Legislativa que determina a realização de plebiscito, para o efeito do desmembramento do Município, sem observância da lei". Cabe citar o seguinte trecho do acórdão: "Quanto à preliminar de descabimento do mandado por se tratar de ato legislativo, é também inacolhível. A segurança dirige-se contra um ato formal e materialmente administrativo, que é a Resolução da Mesa n.º 477, de 8 de novembro de 1963, concretizadora de uma autorização especial para a realização de plebiscito de consulta à população interessada no desmembramento de determinada área territorial do Município impetrante. Resolução legislativa não é lei: é deliberação administrativa, sempre sujeita ao contrôle de legalidade pelo Judiciário. Não ocorre, portanto, qualquer invasão da Justiça na área dos *interna corporis* da Assembléia Legislativa do Estado. O exame judicial da indigitada Resolução é perfeitamente cabível dentro do nosso sistema constitucional de "freios e contrapesos", expresso na tripartição dos Poderes e na sujeição de todos ao pronunciamento de legitimidade do Judiciário. Desde que o impetrante se queixa de um ato ofensivo de seu direito subjetivo, cabe ao Poder Judiciário verificar se ocorre a alegada lesão, ainda que proveniente do Legislativo no desempenho de suas atribuições ou a pretexto de exercê-las. E uma vez que a alegação é de ofensa a direito líquido e certo, contida na determinação ilegal de um plebiscito, cabível é o mandado de segurança, como reiteradamente se tem decidido em casos análogos (*Supremo Tribunal Federal*, *Revista de Direito Administrativo*, vol. 65/174; *Tribunal de Justiça do Paraná*, *Revista Jurisdiccional*, vol. 49/426; *Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul*, *Revista Jurisdiccional*, vol. 48/171; *Tribunal de Justiça de São Paulo*, *Revista de Direito Administrativo*, vols. 57/329, 60/247 e 61/175; *Revista dos Tribunais*, volumes 288/262; 289/152 e 291/153). Até mesmo a lei de efeitos concretos,

como a de organização administrativa e judiciária, é atacável por mandado de segurança por se equiparar ao ato administrativo na sua auto-executoriedade imediata como explicam os publicistas (GONÇALVES DE OLIVEIRA, in *Revista de Direito Administrativo*, vol. 9/151 — SEABRA FAGUNDES, *O Contrôlo dos Atos Administrativos*, 3.^a ed., pág. 300), e tem admitido este mesmo tribunal em repetidas oportunidades (Tribunal de Justiça de São Paulo, *Revista dos Tribunais*, vols. 242/314, 285/188, 289/152 e 291/171)".

2.5.2. No caso vertente,¹¹ o remédio teve, exatamente, o caráter preventivo, com referência à transformação do substitutivo que estabelecia a extinção da Fundação, em lei, tendo tido a impetração por base a *ameaça* e o *justo receio* determinados pela tramitação daquele substitutivo e sua aprovação pela maioria dos deputados.

Foi, portanto, perfeitamente legítima a propositura do *writ* ora em estudo.

A linguagem da respectiva petição inicial não é, porém, por vezes, clara. Com efeito, embora proposto contra o *ato da Assembléa* que aprovou o substitutivo pelo qual se extinguiu a Fundação, reconheceram seus autores que tal ato era por si só ineficaz, incapaz, ainda, de lesar, constituindo, tão-sòmente, ameaça. É o que se vê do seguinte trecho da petição dos autores:

"18. O ato da Assembléa, embora ainda não concluído, pois depende da aprovação da redação final do projeto e do pronunciamento do Governador, constitui clara e concreta ameaça à situação jurídica criada pelo decreto instituidor da Fundação Parque do Flamengo e aos direitos daí resultantes. Deve, pois, cessar essa ameaça de abuso e de ilegalidade".

3. OUTRAS QUESTÕES

3.1. Quanto ao último aspecto referente ao mandado de segurança em si, e relativo ao problema de ser o *writ* preventivo prejudicado, ou não, no caso de se consumir o ato que se busca evitar, estamos com o Eminentíssimo Relator, Des. Marcelo Santiago Costa.

Sustenta êste, com razão, que a opinião contrária leva ao absurdo de se ter "o efeito eliminando a causa, em verdadeiro círculo vicioso", e de ser inócua "todo mandado de segurança preventivo, quando não houvesse liminar, ou esta fôsse, como na espécie o foi, revogada: o ato consumado acabaria fulminando a segurança, pela via da prejudicialidade".

(11) O que os impetrantes atacaram, foi a tramitação (apresentação e aprovação) do substitutivo Levy Neves que extinguiu a Fundação: o projeto original, do Deputado João Machado, autorizava a criação.

Julgamos que seria, inclusive, um incentivo à prática do ato malsinado. Outrossim, não há diferença de rito entre as duas espécies de mandado, o que favorece a transformação de uma em outra, parecendo-nos demasiado considerar a decisão, em caráter repressivo, *ultra petita* em relação ao pedido preventivo.

3.2. Desconhecemos a decisão judicial que, segundo o Exmo. Des. Valporê Caiado, teria extinto a Fundação: somos de opinião de que, em caso de a mesma já ter transitado em julgado, aquela não poderia ter interposto o presente mandado.

Contra a lei que a extinguiu, a Fundação pode agir, ainda que repressivamente, pois é exatamente êste ato que se pretende anular. Na hipótese de ato ilegal extintivo de pessoa jurídica, não haveria, do contrário, quem pudesse interpor o mandado, pois já teria, inclusive, desaparecido o respectivo cargo de Presidente.

3.3. Mas, *data venia*, não foi feliz a decisão ora comentada, quando julgou prejudicado o mandado, porque, impetrado contra a tramitação de projeto de lei, na Assembléia Legislativa, já fôra aquela ultimada, tendo sobrevindo a sanção do Governador do Estado, o que transformou o projeto em lei. Diz o acórdão:

“Deixou de existir um simples ato do órgão legislativo, para, em substituição, surgir a lei, com a participação do Governador, por meio de ato de sua competência constitucional”.

Ora, como se acentuou acima, na hipótese de mandado impetrado, preventiva ou repressivamente, contra *lei*, tem-se um *litisconsórcio necessário* dos Podêres Legislativo e Executivo.

Aliás, a argumentação utilizada no reconhecimento do fator de prejudicialidade em tela choca-se, frontalmente, com a empregada no repúdio à fundada na consumação do ato preventivamente impugnado. Com efeito, se a consumação (isto é, a extinção da Fundação) não prejudicou o mandado, e se esta consumação só se operou com a sanção do Executivo (a simples aprovação do projeto pela Assembléia não teria esta força), esta, logicamente, não prejudicou, tampouco, o *writ*.

Outrossim, como salientamos acima, apesar da imperfeita terminologia por vêzes empregada na inicial, verifica-se, facilmente, que o mandado era preventivo contra a eventual futura lei (*cf.* n.º 18 da petição; reproduzido no item 2.5.2.) e não preventivo, ou, muito menos, repressivo tão-somente contra ato de aprovação do substitutivo pela Assembléia, por si só incapaz de lesar direitos dos impetrantes.

Êste, pois, o alcance do *writ*, ao contrário do que afirma o V. acórdão.

Destarte, já existia, *ab ovo*, o *litisconsórcio necessário* e o Governador deveria ter sido chamado para integrar a lide, o que mostra o equívoco no reconhecimento da prejudicialidade.

4. CONCLUSÃO

Em suma, era pertinente o mandado preventivo impetrado, que não deveria ter sido julgado prejudicado, cabendo, portanto, a decisão quanto ao seu mérito.¹²

(12) Ver “A Instituição de Fundações pelo Estado e o Princípio da Prévia Autorização Legal”, na parte de Doutrina.