



## A LEI EM TESE NO JUICIO DE AMPARO MEXICANO E NO MANDADO DE SEGURANÇA BRASILEIRO – UMA COMPARAÇÃO.

*Professor Dr. Carlos Augusto de Assis<sup>i</sup>*

*Professor da Faculdade de Direito – UPM e*

*a Prof<sup>a</sup> Ms. Cláudia Maria Carvalho Amaral Vieira<sup>ii</sup>*

### I – Introdução

A revista semanal mexicana Milenio de 29 de janeiro de 2007 noticia com destaque que “*Muchas veces se intentó pero no se pudo por razones de **amparo**, por eso los narcotraficantes pensaban que ya no sucedería. Pero hoy tienen una razón para temer; estar en manos de la justicia estadounidense y no volver a operar desde las prisiones, como lo hacían en México. El gobierno empezó a deshacerse de los más peligrosos capôs de la droga a quienes se les responsabiliza de la ola de violencia que há mantenido en vilo al país durante los últimos años, misma que puso em riesgo la soberania nacional. Así lo reconoció el próprio presidente Felipe Calderón.*”<sup>1</sup>

O comentário jornalístico não deixa dúvidas de que o narcotráfico, em suas mais variadas dimensões, ocupa e preocupa o governo, a imprensa e principalmente o povo mexicano. Um olhar jurídico sobre o texto, entretanto, percebe a menção que se faz ao

---

<sup>1</sup> Revista MILENIO Semanal de 29 de janeiro de 2007, pag. 8 - “*Capôs, viaje sin retorno*” – Publicaciones Milênio:2007.

juicio de amparo, instituto jurídico caracteristicamente mexicano que se tramita y resuelve por los organos de Poder Judicial Federal, y excepcionalmente por los organos jurisdiccionales locales, a instancia del gobernado que considera que un acto de autoridad afecta su esfera jurídica por ser contrario a las garantías que en su favor consagra la Constitución, después de haber agotado contra el los medios de defensa ordinarios con el objeto de que el mismo se deje insubsistente y sin efecto en el caso especial sobre el que versa la demanda y se le mantenga o restituya en el goce de la garantía que estima infringida. “<sup>2</sup>

Longe de pretendermos nos alinhar às críticas que vêm sendo feitas ao “juicio” de amparo por toda a imprensa mexicana, que o vê como um instrumento jurídico facilitador da atividade ilícita dos traficantes de drogas, nossa proposta é analisá-lo em contraste com o mandado de segurança, remédio constitucional tipicamente brasileiro, delineando as características que o aproximam do “writ” brasileiro, com especial relevo à questão do exercício de ambos no combate aos atos do Poder Legislativo.

## **II – As raízes históricas do mandado de segurança e a implantação do juicio de amparo no México.**

A fora as raízes mais remotas que alguns autores encontram nos interditos romanos<sup>3</sup> ou nos forais do direito ibérico<sup>4</sup>,

---

2 Cf. Manuel Bernardo Espinoza Barragán. *Juicio de Amparo*, México: Oxford, 2000, p. 31-32.

3 Apenas pelos propósitos desse artigo, deixa-se de comentar as raízes mais remotas do mandado de segurança, sem que isso signifique menosprezo pela influência exercida. Aliás, para exame dessa influência, reportamo-nos ao estudo de Eduardo Talamini (As Origens do Mandado de Segurança na tradição processual luso-brasileira, in Aspectos Polêmicos e Atuais do Mandado de Segurança 51 anos depois, São Paulo: RT, 2002).

4 Cf. José de Moura Rocha, Mandado de Segurança, Rio de Janeiro: AIDE, 1987, p. 26-27. Sobre os forais, com maiores detalhes, ver Othon Sidou, “*Habeas Data*”, mandado de injunção, “*Habeas Corpus*”, mandado de segurança, Ação Popular: as garantias ativas dos direitos coletivos, Rio de Janeiro: Forense, 1969, p. 88-91.

ou das cartas de segurança da legislação portuguesa<sup>5</sup>, temos que a origem do mandado de segurança se liga, indiscutivelmente, ao “juicio” de amparo. Vamos rapidamente anotar a evolução do mandado de segurança.

Podemos começar falando do *habeas corpus*, de longa tradição no direito anglo-saxão, que foi instituído no Brasil no Código Criminal do Império, de 1832. Mas, foi durante a vigência da primeira Constituição Republicana, de 1891, que o *habeas corpus* teve um desenvolvimento amplo como instrumento genérico de defesa das liberdades. Surgiram três correntes a respeito da sua aplicação. A primeira, amplíssima, nascida sob a influência de Ruy Barbosa, defendia que o *habeas corpus* servia para defesa de qualquer direito ameaçado por ilegalidade ou abuso de poder.<sup>6</sup> Era a chamada Doutrina Brasileira do *Habeas Corpus*. A segunda, ligada à origem histórica, vinculava o *habeas corpus* à defesa da liberdade de locomoção, apenas. Finalmente uma terceira, uma espécie de meio termo, construída pelo Ministro Pedro Lessa, pela qual o *habeas corpus* seria aplicável para defesa, não só da liberdade de locomoção, mas, também, de toda a situação em que a ofensa à liberdade de ir e vir fosse meio de violar outro direito. Essa teoria acabou produzindo frutos na nossa maior Corte de Justiça, em que atuava Pedro Lessa.

7

---

5 Idem, p. 28.

6 É importante observar, como o faz Eduardo Talamini (As origens ....., cit., p. 306) que, embora do ponto de vista histórico, o *habeas corpus* estivesse ligado ao direito de ir e vir, a redação dada pela Constituição de 1891 não era limitativa: “Dar-se-á *habeas corpus* sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência ou coação por ilegalidade ou abuso de poder.” (art. 72, § 22)

7 Cf. Eduardo Talamini, op. cit., p. 306/307. O desenvolvimento dessa teoria, porém, teve seu fim na Reforma de 1926, que deu a seguinte redação para a garantia do *habeas corpus*: “dar-se-á o *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência por meio de prisão ou constrangimento ilegal em sua liberdade de locomoção.”

Paralelamente a esse desenvolvimento do *habeas corpus*, tivemos outra teoria visando à defesa expedita, através de meio de natureza interdital. É a teoria da posse dos direitos pessoais, em que novamente aparece Ruy Barbosa como defensor.<sup>8</sup> Nesse campo, temos que fazer referência, ainda, à Lei 221, de 20 de novembro de 1894, que estabeleceu a ação anulatória de atos da Administração.<sup>9</sup>

Fácil perceber que a necessidade de meios para defesa do cidadão frente ao poder público era uma preocupação antiga que, em algum momento, acabaria gerando um instrumento efetivo e duradouro. Esse instrumento foi o mandado de segurança, previsto primeiramente na Constituição Federal de 1934. Nesse ponto, cabe destacar que desde os “... *primeiros ensaios de criação de um instituto capaz de proteger o indivíduo contra os atos do Poder Público, foi sempre mencionado entre nós o 'amparo' mexicano, como digno de ser imitado.*”<sup>10</sup>

A doutrina brasileira que trata das discussões que antecederam a criação do mandado de segurança, costuma apontar que em “... *Congresso Jurídico de 1922, o Ministro MUNIZ BARRETO propôs que se adotasse no Brasil um remédio semelhante ao amparo mexicano.*”<sup>11</sup> O juízo de amparo é apontado, assim, como o instituto de Direito Estrangeiro que mais influência trouxe ao nosso mandado de segurança.

---

8 Cf. Celso Agrícola Barbi, *Do Mandado de Segurança*, Rio de Janeiro:Forense, 1987, p. 54.

9 Não houve sucesso, porém, como registra a doutrina, entre outras coisas pela morosidade do procedimento (cf. Celso Agrícola Barbi, *op. cit.*, p. 56).

10 Cf. Celso Agrícola Barbi, *op. cit.*, p. 33.

11 Cf. Alfredo Buzaid, *Do Mandado de Segurança*, p. 29. Como aponta José de Moura Rocha (*Mandado de Segurança*, p. 79), citando literalmente o discurso de Muniz Barreto, a sua defesa ia além, pois queria um instrumento semelhante ao amparo, com aplicação tanto para atos de autoridade como para violações perpetradas por sujeitos privados.

Instituição puramente mexicana<sup>12</sup>, cuja função principal é a de controle da constitucionalidade, o “juicio de amparo” remonta suas origens ao ano de 1840 quando Manuel Crescencio Rejón, considerado como um dos autores do “juicio” de amparo, apresentou ao Congresso de Yucatán um projeto de Constituição para aquele Estado, em que previa o controle da constitucionalidade através da Suprema Corte de Justiça Mexicana. Posteriormente, em 1948, Mariano Otero sustentou os princípios anteriormente expostos por Rejón no Congresso Constituinte Federal, impondo-se, assim, como um dos co-autores do amparo. A Constituição Mexicana de 1857 incluiu os princípios essenciais do “juicio de amparo”. Coube, entretanto, à Constituição, promulgada em 5 de fevereiro de 1917 e ainda em vigor, ampliá-los e consagrá-los nos artigos 103 e 107<sup>13</sup>.

Analisada a origem histórica dos dois institutos, é curioso notar que o México e o Brasil partiram de caminhos quase opostos, para chegar mais ou menos no mesmo lugar. O México desde logo criou um instituto abrangente para a tutela dos cidadãos frente ao poder do Estado. O Brasil criou, ou melhor, reproduziu um mecanismo específico para tutela de certos direitos em face do poder público, o vetusto *habeas corpus*. Tentou ampliar seus limites e, no final, resolveu criar um outro instituto que atua em paralelo na defesa do cidadão, que é o mandado de segurança. Somados os dois

---

12 Curioso observar quanto ao juicio de amparo, que em que pese ser criação tipicamente mexicana, inclusive serviu de inspiração para grande número de países, seus antecedentes mais remotos são semelhantes aos do mandado de segurança. Como explica Eduardo Ferrer Mac-Gregor, “se suele mencionar como antecedente del juicio de amparo al interdicto pretoriano del *homine libero exhibendo* o a la *intercessio tribunicia* del derecho romano, así como a los procesos forales aragoneses de la edad media.” (El Amparo Iberoamericano, Revista de Processo 143, jan.2007, São Paulo: RT, p. 87).

13 Cf. Raquel Gutierrez Aragon e Rosa Maria Ramos Verastegui, *Esquema Fundamental del Derecho Mexicano*, México: Porrúa, 1999, pág 108 . Vale ressaltar que a Constituição Mexicana de 1917 alcançou o privilégio de ser a primeira no mundo a incluir os direitos sociais, tornando-se modelo para as demais constituições progressistas formuladas depois da 1ª. Guerra Mundial. Nos 90 anos que se passaram desde a sua promulgação, a Constituição Mexicana foi modificada em mais de trezentas ocasiões

mecanismos brasileiros, temos efeito semelhante ao amparo mexicano<sup>14,15</sup>

### **III – A lei em tese e o “juicio” de amparo.**

Héctor Fix Zamudio afirma que o juicio de amparo compreende cinco matérias ou setores, que apesar de serem regidos por regras gerais, possuem características próprias, obedecendo às distintas matérias que regulam:<sup>16</sup>

#### **1. Amparo como defesa dos direitos de liberdade.**

Protege o indivíduo contra atos que afetem a sua vida, liberdade e dignidade pessoal. Dependendo da gravidade da violação apresentada, se outorgam facilidades na interposição da medida.<sup>17</sup>

**2. Amparo contra leis.** Utilizado para proteção do indivíduo contra leis inconstitucionais, determinando a não aplicação da lei ao caso concreto. Fala-se em caso concreto, uma vez que as sentenças pronunciadas nos “juicios” de amparo somente

---

14 Quanto à aproximação dos institutos brasileiros (*habeas corpus* e mandado de segurança) e o “juicio” mexicano merece destaque a sugestão do jurista mexicano Héctor Fix-Zamudio de que, a fim de se outorgar maior eficácia ao amparo quando utilizado como instrumento de defesa dos direitos da liberdade, também conhecido como amparo *habeas corpus*, que se encontra diminuída por processar-se da mesma forma que os demais “juicios”, o que gera um atraso procedimental, afastando-o de seu objetivo, se siga o exemplo da legislação brasileira, que estabelece uma prioridade absoluta para a tramitação do *habeas corpus* e, em segundo lugar, a relativa à decisão do mandado de segurança ( “*El Amparo Mexicano como instrumento protector de los derechos humanos*” in *Garantias Jurisdiccionales para la Defensa de los Derechos Humanos em Iberoamérica* – Instituto de Investigaciones Jurídicas – Universidad Nacional Autónoma de México, México:UNAM, 1992, págs. 299 e 300 )

15 Eduardo Ferrer Mac-Gregor (El Amparo Iberoamericano, Revista de Processo 143, jan.2007, São Paulo: RT, p. 79-114) faz um amplo levantamento dos países de iberoamerica que utilizam o amparo ou mecanismo semelhante e registra que em alguns deles o instituto têm amplitude semelhante à do juicio de amparo mexicano e em outros a tutela das liberdades fundamentais é completada pelo *habeas corpus* e, às vezes, também pelo *habeas data*.

16 Cf. Héctor Fix – Zamudio. *Sintesis del Derecho de Amparo. Panorama del Derecho Mexicano*, México: UNAM, 1965, Tomo I, págs. 113 a 128

17 Esse papel, no Brasil, é cumprido, em boa medida, pelo *habeas corpus* (art. 5.º, LXVIII, CF – para violação ou ameaça relativa à liberdade de locomoção). Não tem o *habeas corpus* a mesma abrangência, de tal sorte que, para obter o mesmo efeito que o amparo comentado, teríamos que somá-lo ao mandado de segurança.

atingem os indivíduos e as pessoas jurídicas públicas ou privadas que o houveram solicitado, limitando-se a ampará-los e protegê-los em caso de procedência, sem fazer qualquer declaração geral a respeito da lei ou ato que o motivou. Deparamo-nos aqui com a denominada “fórmula Otero”, princípio fundamental do direito mexicano no tocante ao amparo contra as leis, expressa no artigo 107, inciso II da Constituição Federal Mexicana e no artigo 76 da Lei de Amparo.<sup>18</sup>

**3. Amparo em matéria judicial.** Tem como finalidade o exame da legalidade das soluções judiciais de última instância ditadas por todos os tribunais do país. Cabe, também, contra violações cometidas durante o processo, sempre que afetem o direito de defesa da parte prejudicada e por violações ocorridas em sentenças ou laudos.<sup>19</sup>

**4. Amparo Administrativo.** Utilizado contra as resoluções ou atos definitivos emanados dos órgãos da Administração Pública, quando afetam os direitos dos particulares e dos recursos de revisão que se interpõem contra resoluções definitivas dos tribunais de contencioso administrativo.

---

18 A lei que regulamenta os artigos 103 e 107 da Constituição Mexicana, os quais se referem ao “juicio de amparo”, data de 20 de janeiro de 1869. Quanto à chamada “fórmula de Otero” estabelece o artigo 76 da Lei de Amparo: “Las sentencias que se pronuncien en los juicios de amparo solo se ocuparán de los individuos particulares o de las personas morales, privadas u oficiales que lo hubiesen solicitado, limitándose a ampararlos y protegerlos, sin hacer una declaración general respecto de la Ley o acto que la motivare”

19 No Brasil o mandado de segurança contra ato judicial encontraria obstáculo no art. 5.º, II, da Lei 1533/51 (“Não se data mandado de segurança quando se tratar de despacho ou decisão judicial, quando haja recurso previsto nas leis processuais ou possa ser modificado por via de correição”). A interpretação que se tem dado a esse dispositivo, porém, é de que o mandado de segurança seria cabível mesmo contra ato judicial passível de recurso, desde que este não seja dotado de efeito suspensivo.

5. **Amparo em matéria agrária.** Procedimento especial, acrescido à Constituição Federal Mexicana em 1962, que tem por objeto estabelecer vantagens processuais em benefício da população rural sujeita ao regime da reforma agrária, “ejidatarios y comuneros” e suas respectivas comunidades.

De outras tantas definições formuladas por juristas mexicanos<sup>20</sup> e de acordo com o estabelecido nos artigos 103 e 107 da Constituição dos Estados Unidos Mexicanos e da denominada “Ley de Amparo”, podemos resumir as características do “juicio” de amparo nas seguintes :

- depende de iniciativa da parte;
- pressupõe a existência de dano ou prejuízo pessoal;
- dificilmente tem caráter preventivo;
- é interposto contra atos judiciais ou administrativos;
- é admissível contra leis, regulamentos, e tratados internacionais;
- as partes no “juicio” de amparo são: parte prejudicada, autoridade ou autoridades responsáveis, possível terceiro prejudicado e o Ministério Público.

---

20 Quanto à definição e características do “juicio de amparo” merecem destaque, ainda, as obras de Ignacio Burgoa Orihuela. *El juicio de amparo*, México: Porrúa, 1997 e Héctor Fix-Zamudio. *Ensayos sobre el derecho de amparo*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Unam, 1993

Interessa-nos, agora, no particular, a figura do amparo contra lei, sobretudo porque às vezes se aponta esta figura como um ponto distintivo entre amparo e mandado de segurança. Como abordaremos em seguida, a doutrina brasileira costuma dizer que não é cabível mandado de segurança contra lei em tese. Com relação ao “juicio” de amparo mexicano, ao contrário, observamos alguns comentários um pouco diferentes:

Othon Sidou faz a seguinte observação sobre o amparo mexicano:

*“A outra função do amparo relaciona-se com o controle judicial da constitucionalidade, erguendo-se nesse mister como o paladino da precedência hierárquica das leis. Tradicionalmente e enquanto perduraram os efeitos da lei de 1919, não se admitia o remédio constitucional contra a lei em abstrato, reserva expressa de seu art. 12. Inspirada sobretudo nos ensinamentos de Rabasa (el juicio constitucional, p. 285 e segs. da 2.<sup>a</sup> edição), a norma revocatória de 1935 passou a consignar expressamente que o amparo pode operar contra a lei em tese, sempre que afete a esfera jurídica do indivíduo, noutras palavras, contenha disposição auto-executória, ou auto-aplicativa.”<sup>21</sup>*

Ricardo Arnaldo Malheiros Fiúza comenta que, em que pese ser o mandado de segurança inspirado no amparo mexicano, este último “... tem algumas características diferentes, a saber: a) é

---

21 Cf. Othon Sidou (“Habeas data”, mandado de injunção, “Habeas corpus”, Mandado de segurança, Ação popular: as garantias ativas dos direitos coletivos, Rio de Janeiro, Forense, 1989), p. 24:

*pacífica, na jurisprudência mexicana, a sua impetração contra a lei em tese...*”<sup>22</sup>

A análise textual da Lei mexicana que regula o amparo por si só afasta o posicionamento contido nos comentários expostos, conforme se observa do disposto nos incisos V e VI do art. 73. De fato, neles se estipula que o amparo contra atos que não afetem os interesses jurídicos do requerente ( inciso V) ou contra leis, tratados e regulamentos que por sua só vigência não causem prejuízo ao requerente, sem que se necessite um ato posterior de aplicação para se originar o prejuízo ( inciso VI ) **é improcedente**.<sup>23</sup>

As hipóteses são claras e não têm provocado debates doutrinários , pois, tanto, lá como cá, resulta lógico e justificado concluir que se um ato de autoridade não dá causa diretamente a um prejuízo sofrido pelo particular, ou seja, não afeta o seu interesse jurídico, este não está autorizado legalmente a impugnar ou combater tal ato da autoridade. Héctor Fix-Zamudio e Juventino V. Castro y Castro, juristas mexicanos, apontam, ainda, que o disposto no inciso VI do artigo 73 deveria ser considerado carente de qualquer utilidade, porque se uma lei ou disposição legal não afeta com a sua expedição o interesse jurídico do particular, a

---

22 Cf. Ricardo Arnaldo Malheiros Fiúza (Mandado de Segurança: notícia histórica, publicado na coletânea Mandados de Segurança e de Injunção, São Paulo, Saraiva, 1990), p. 52.

23 Os incisos V e VI do artigo 73 da lei de amparo se encontram assim redigidos:  
“ARTICULO 73. El juicio de amparo es improcedente:

I-....

II- ...

III- ...

IV- ..

V- Contra actos que no afecten los intereses jurídicos del quejoso..

VI- Contra leyes, tratados y reglamentos que, por su sola vigencia, no causen perjuicio al quejoso, sino que se necesite un acto posterior de aplicación para se origine tal perjuicio;

VII-...

.....”

improcedência do amparo estará fundamentada, na verdade, no estabelecido no inciso V, ou seja, na ausência de interesse de agir, tornando desnecessária a hipótese legal anterior.<sup>24</sup>

Os pressupostos processuais necessários à procedência do “juicio” variam, de acordo com a lei mexicana, conforme se trate de uma lei “autoaplicativa” ou “heteroaplicativa”.

A “ Suprema Corte de Justicia de la Nación” considera que as “leyes autoaplicativas” devem reunir as seguintes condições : a) que desde que as disposições entrem em vigor obriguem o particular, cuja situação jurídica prevê um fazer ou um deixar de fazer;b) que não seja necessário um ato posterior de autoridade para que gere dita obrigatoriedade.<sup>25</sup> Por outro lado, as “leyes heteroaplicativas são definidas como aquelas que ao iniciar sua vigência não afetam por si mesmas a esfera jurídica dos governados, devendo para tanto ser necessário e indispensável que posteriormente se verifique um ato concreto de aplicação da mencionada lei.<sup>26</sup>.

A distinção apontada em nada se difere do posicionamento doutrinário brasileiro a esse respeito.

---

24 Apud Barragán, Manuel Bernardo Espinoza, ob. cit pág. 102

25 In “Apéndice al Semanario Judicial de la Federación, 1917-1988, Primera Parte, Tribunal Pleno, tesis jurisprudencial 106, pag. 199.

26 Entende a jurisprudência mexicana que “... por primer acto de aplicación de la ley se entiende no ineludiblemente el que proviene de autoridad, sino que dicho acto específico de ejecución puede provenir ya de un particular que actúa por mandato expreso de la ley y que se reputa como tercero auxiliar de la administración pública, o bien, del próprio quejoso, cuando del orden legal establecido aparece que la norma combatida debe sanciones o medidas coercitivas em su contra.” ( in “Informes de Labores de 1989, Primeira Parte, Tribunal Pleno, págs. 621-622)

Entretanto, quanto ao sujeito passivo se distinguem os dois institutos, ao se assinalar como autoridades responsáveis pela lei contra a qual se pretende amparo os órgãos do Estado que intervieram na formação da lei, ou seja, o Poder Legislativo Federal ou Estadual que expediram a lei, e o Presidente da República ou os Governadores de Estado que a promulgaram e mandaram publicar.

27

Verificados os aspectos que caracterizam o instituto mexicano, nota-se que a leitura que dele faz a doutrina brasileira busca diferenciais que seguramente não se verificam, como já observara Alfredo Buzaid em sua análise do instituto ao destacar que o elemento “prejuízo” deve ser exigido como integrante da titularidade da ação de amparo.<sup>28</sup>

Antes, entretanto, de concluirmos, verifiquemos os contornos do instituto brasileiro, quanto à questão específica do seu cabimento contra atos do Poder Legislativo.

#### **IV – Mandado de Segurança e lei em tese.**

No Brasil, há muito tempo se discutiu acerca da possibilidade de o mandado de segurança ser utilizado para combater atos do Poder Legislativo. Argumenta-se, de um lado, que

---

27 In “Apêndice al Semanário Judicial de la Federación, 1917-1995, tomo I, tesis jurisprudencial 204, pág. 198” Tal posicionamento da Suprema Corte Mexicano traduz o entendimento do artigo 11 da Lei de Amparo que estabelece que é autoridade responsável a que dita, promulga, ordena, executa ou trata de executar a lei ou ato reclamado. No caso do direito brasileiro (mandado de segurança), ao contrário, no caso do ato abusivo derivar de lei inconstitucional, “autoridade coatora é a que praticou o ato lesivo do autor, e não o órgão que elaborou a lei.” (Cf. Luiz Pinto Ferreira, Teoria e Prática do Mandado de Segurança, 3.<sup>a</sup> ed., São Paulo, Saraiva, 1987, p. 22). Aqui cabe uma outra ressalva. Na doutrina brasileira há forte discussão a respeito de quem seria o sujeito passivo no mandado de segurança, se a autoridade coatora ou a pessoa jurídica de direito público a cujos quadros a autoridade pertence (sobre esse ponto remetemos o leitor à obra de um dos autores desse artigo, (Carlos Augusto de Assis - “Sujeito Passivo no Mandado de Segurança”, São Paulo, Malheiros, 1997).

28 Buzaid, Alfredo, Do Mandado de Segurança, Vol 1, São Paulo, Saraiva, 1989, págs 58/59

a lei, sendo de caráter geral e abstrato, não seria capaz de violar direito líquido e certo de alguém.

A temática, porém, é mais complexa. Qualquer discussão, aliás, deve partir da identificação de quais atos legislativos estamos falando. Assim, temos atos que são legislativos por emanarem do Poder Legislativo, mas que têm natureza administrativa. Esses atos poderiam, perfeitamente, acarretar violação de direito líquido e certo de algum indivíduo.

Alguns autores justificam fazendo referência ao conceito de lei material e lei formal.<sup>29</sup> Outros, como Alfredo Buzaid<sup>30</sup>, preferem explicar o fato através do conceito de lei de efeitos concretos. A lei de efeito concreto é aquela em que, ao invés de conter normas gerais e abstratas, estabelece norma particular<sup>31</sup>. Uma nomeação ou demissão, por exemplo, pode ser feita, dependendo do caso, por lei e, naturalmente, seu efeito, nesse caso, não será geral e abstrato e sim individualizado.

O problema maior reside, efetivamente, na possibilidade ou não de impetração de mandado de segurança contra lei em tese. A lei em tese (ao contrário da lei de efeito concreto) contém realmente preceito geral e abstrato e, assim, não afetaria, por si só, de imediato, algum indivíduo. Nesse ponto a doutrina adverte que a impossibilidade de insurgência contra a lei em tese não diz respeito apenas ao mandado de segurança. De fato, não é possível propor

---

29 Cf. Do Mandado de Segurança, Celso Agrícola Barbi, p. 156..

30 Diz Alfredo Buzaid ( ob. cit. p. 129): “As chamadas leis e os denominados decretos de efeito concreto têm,na realidade, corpo de lei e alma de ato administrativo. A doutrina, considerando que eles trazem em si mesmos o resultado específico pretendido, aponta os seguintes exemplos: lei que aprova plano de urbanização, fixa limites territoriais, cria município ou desmembra distrito, concede isenções fiscais, proíbe atividade ou conduta individual, estabelece tarifa, nomeia ou demite etc.”

31 “É o caso das leis proibitivas, executórias por si mesmas (*self-enforcing*) ou de destinação específica, tais como as que desmembram municípios ou serventias de Justiça, declaram bens de utilidade pública para fins de desapropriação, aprovam planos de urbanização, revogam isenções fiscais, fixam tarifas etc.” (Cf. Milton Flaks, Mandado de Segurança: pressupostos da impetração, Rio de Janeiro, Forense, 1980, p. 153).

ação judicial (ressalvadas as ações de (in)constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal) para discutir simplesmente se uma lei é válida ou não.<sup>32</sup>

Considerando esses aspectos, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal de há muito se firmou no sentido da impossibilidade de mandado de segurança contra lei em tese, conforme expressa a Súmula abaixo:

“266 - Não cabe mandado de segurança contra lei em tese.”

A questão poderia ser considerada definitivamente resolvida não fosse por um detalhe. O mandado de segurança é cabível não apenas contra lesão, mas, também, contra ameaça de lesão. Realmente, diz a Constituição Federal, no seu art. 5.º, LXIX, que será concedido “... *mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas-corpus ou habeas-data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público*”

Do próprio texto constitucional poderíamos extrair a modalidade preventiva do mandado de segurança. Afinal, essa é a melhor maneira de “proteger” o direito líquido e certo. Ademais, é a

---

32 Com bem explicita Humberto Theodoro Jr. (Mandado de Segurança preventivo e lei em tese , publicado na coletânea Mandados de Segurança e de Injunção, São Paulo, Saraiva, 1990), p.295), por se tratar “... de remédio constitucional de natureza processual, dúvida não pode existir de que a ação de segurança não pode restringir-se ao exame e declaração de simples textos legais. A condição de procedibilidade em juízo sempre se subordinou a um conflito concreto de interesses, de sorte que o Poder Judiciário não funciona diretamente como órgão consultivo para interpretar, pura e simplesmente, a vontade da lei. Sua tarefa é compor litígios e é para pacificar os conflitos que interpreta a lei aplicável, mas sempre em função de fazer atuar, in concreto, a norma legal.”

própria Constituição federal, que, no seu art. 5.º, XXXV, determina não se poder excluir do Judiciário “lesão ou ameaça a direito”.

É na lei infraconstitucional, porém, que encontramos, de forma direta e clara, a previsão da modalidade preventiva do mandado de segurança (ao lado da repressiva, que ocorre quando a lesão ao direito já foi perpetrada). Confira-se a Lei 1.533/51, art. 1.º, *caput*:

“Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, alguém sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça”.

Assim, o justo receio (Lei 1.533/51) ou a ameaça (CF), conforme se preferir, é motivo suficiente para impetração de mandado de segurança. No caso, preventivo. É claro, porém, como diz Carlos Eduardo Nicoletti Camillo<sup>33</sup>, “...que não se trata de qualquer ameaça. Para fomentar a impetração do mandado de segurança preventivo, a ameaça deverá ser objetiva, real e atual.”

Mesmo considerando essa advertência, temos que a incidência do mandado de segurança preventivo é extremamente larga. Basta imaginarmos sua aplicação no campo tributário. Confira-se, por exemplo, o julgado abaixo:

“Mandado de Segurança. Caráter preventivo. Autoridade Coatora. O decreto ou a lei instituidores de tributo que o contribuinte considere inexigível constituem ameaça suficiente para a impetração de mandado de segurança preventivo, na medida que

---

33 Pressupostos e Cabimento da Impetração Preventiva, artigo inserto à coletânea Aspectos Polêmicos e Atuais do Mandado de Segurança, ed. RT, 2002, p. 160.

devem ser obrigatoriamente aplicados pela autoridade fazendária (CTN, art. 142, parágrafo único); autoridade coatora, nesses casos, não é, todavia, quem editou o ato normativo, e sim aquela que tem o dever funcional de responder pelo seu cumprimento - sob pena de se utilizar o writ para atacar o decreto ou a lei em tese. Recurso ordinário não provido.”<sup>34</sup>.

Bem se vê, portanto, que a própria abrangência da expressão “lei em tese” deve ser dimensionada considerando a possibilidade da impetração de mandado de segurança preventivo. Na verdade, se há justo receio de que a lei cause dano a direito líquido e certo não há que se falar em “lei em tese”. Como muito bem explicou Humberto Theodoro Jr., a impetração em caso de “... lei auto-aplicável não será, outrossim, uma ação judicial contra a lei em tese, mas contra os seus efeitos que se fazem sentir imediatos. Na verdade, o impetrante não pedirá que se anule a lei, mas apenas que se impeça sua aplicação pela autoridade administrativa, naquilo que viria lesar o seu direito individual.”<sup>35</sup>

Tudo pode muito bem ser compreendido, em termos de teoria geral do processo, diante da noção de interesse de agir. Contra lei em tese temos no Brasil as ações diretas de declaração de inconstitucionalidade, com pressupostos e legitimação específicos. De resto, a Constituição Federal garante a todos o ingresso ao Judiciário (art. 5.º, XXXV), mas o mérito de qualquer pleito só será examinado se o autor tiver necessidade da prestação jurisdicional. Caso contrário, faltar-lhe-á interesse de agir.<sup>36</sup>

---

34 STJ, 2ª T., ROMS 9709/MT. Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, j.06.04.1999. DJU 1 20.09.1999, p. 48, in Revista Dialética de Direito Tributário, nº 50. São Paulo: Oliveira Rocha Comércio e Serviços Ltda., novembro 1999, p. 233

35 “O Mandado de Segurança preventivo e a lei em tese”, cit. p. 296.

36 Sobre a necessidade como informadora do interesse de agir, veja-se esclarecedora lição de Cândido Dinamarco: “A observação da indispensável suficiência do interesse de agir, conforme exposta acima, levou a doutrina moderna a considerar que a presença do interesse se condiciona à verificação de dois

## V - Conclusão

René David diz que a função do direito comparado é devolver ao direito o caráter universal de toda ciência, pois entre todas as disciplinas científicas, somente a do direito tem acreditado que poderia ser puramente nacional.<sup>37</sup>

A assertiva reflete com exatidão a proposta do presente estudo. Motivados pela análise de aspecto apontada pela doutrina brasileira como elemento essencialmente diferenciador entre o amparo mexicano e o mandado de segurança brasileiro, ou seja, o cabimento do primeiro contra lei em tese, deles nos aproximamos e analisadas as características de cada um dos institutos, verificamos que a diferença apontada na verdade inexistia, retirando tanto de um como do outro, pelo menos nesse aspecto, o seu caráter regional, e por conseqüência, conferindo-lhes a universalidade científica pretendida pelo direito comparado.

Sem pretensões de igualar os institutos analisados, mas apontando aspectos práticos e teóricos que os aproximam, o presente estudo nos permite concluir que se a lei é totalmente abstrata e não traz prejuízo e nem ameaça causar prejuízo a alguém, essa pessoa não terá necessidade de se socorrer do Judiciário e, portanto, falta-lhe interesse de agir, tanto para impetrar mandado de segurança como para propor o amparo.

Finalmente, a percepção de que as semelhanças entre o juízo de amparo mexicano e o mandado de segurança são maiores e

---

requisitos cumulativos, a saber: necessidade concreta da atividade jurisdicional e adequação do provimento e do procedimento desejados.” (Execução Civil, Malheiros: São Paulo, 4.<sup>a</sup> ed., 1994, p. 403)

37 Os grandes Sistemas do Direito Contemporâneo, São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 14

mais profundas que as diferenças deve estimular ainda mais os estudiosos de ambos os países a debruçarem-se no instituto similar do direito alienígena, de modo a propiciar a melhor aplicação do direito de seu próprio país.

## **Bibliografia**

ARAGON, Raquel Gutierrez e VERASTEGUI, Rosa Maria Ramos. **Esquema Fundamental del Derecho Mexicano**, México, Porrúa, 1999.

ASSIS, Carlos Augusto de. **Sujeito Passivo no Mandado de Segurança**, São Paulo, Malheiros, 1997.

BARBI, Celso Agrícola, **Do Mandado de Segurança**, Rio de Janeiro, Forense, 1987

BARRAGÁN, Manuel Bernardo Espinoza. **Juicio de Amparo**, México, Oxford, 2000.

BUZAID, Alfredo, **Do Mandado de Segurança**, Vol 1, Saraiva, São Paulo, 1989.

DAVID, René. Os grandes Sistemas de Direito Contemporâneo, 3ª. Ed, São Paulo, Martins Fontes, 1998.

DAYÁN, Alberto Pérez. **Ley de Amparo**, 15ª. Ed, México, Porrúa, 2004.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Execução Civil**, 4ª. ed, São Paulo, Malheiros, 1994.

FERREIRA, Luiz Pinto. **Teoria e Prática do Mandado de Segurança**, 3.ªed., São Paulo, Saraiva, 1987.

FIÚZA, Ricardo Arnaldo Malheiros. **Mandado de Segurança: notícia histórica, Mandado de Segurança e de Injunção**, São Paulo, Saraiva, 1990.

FLAKS, Milton. **Mandado de Segurança: pressupostos da impetração**, Rio de Janeiro, Forense, 1980.

MAC-GRECOR, Eduardo Ferrer. **El Amparo Iberoamericano**, Revista de Processo 143, São Paulo, RT, 2007.

ORIHUELA, Ignacio Burgoa. **El juicio de amparo**, México, Porruá, 1997.

ROCHA, José de Moura Rocha. **Mandado de Segurança**, Rio de Janeiro, AIDE, 1987.

SIDOU, Othon. **“Hábeas data”, Mandado de injunção, “hábeas corpus”, Mandado de Segurança, Ação popular: as garantias ativas dos direitos coletivos**, Rio de Janeiro, Forense, 1989.

TALAMINI, Eduardo, **As Origens do Mandado de Segurança na tradição processual luso-brasileira, in Aspectos Polêmicos e Atuais do Manado de Segurança 51 anos depois**, São Paulo, RT, 2002.

THEODORO JR, Humberto. **Mandado de Segurança preventivo e lei em tese, Mandados de Segurança e de Injunção**, São Paulo, Saraiva, 1990.

ZAMUDIO, Héctor Fix. **Sintesis del Derecho de Amparo, Panorama del Derecho Mexicano**, México, Unam, 1965.

ZAMUDIO, Héctor Fix. **El Amparo Mexicano como instrumento protector de los derechos humanos in Garantias Jurisdiccionales para la Defensa de los Derechos Humanos em Iberoamérica – Instituto de Investigaciones Jurídicas – Universidad Nacional Autónoma de México**, México, UNAM, 1992.

ZAMUDIO, Héctor Fix. **Ensayos sobre el derecho de campo**, México, UNAM, 1993.

---

<sup>i</sup> Mestre e Doutor em Direito Processual pela Faculdade de Direito da USP  
Professor de Direito Processual Civil da Universidade Mackenzie  
Advogado em São Paulo

<sup>ii</sup> Mestre em Direito Civil pela Faculdade de Direito da USP  
Advogada em São Paulo