

UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM DIREITO
PROCESSUAL

LEONARDO DUARTE BERTULOSO

O ATO COATOR COMO NORMA JURÍDICA

VITÓRIA - ES

2020

LEONARDO DUARTE BERTULOSO

O ATO COATOR COMO NORMA JURÍDICA

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Processual da Universidade Federal do Espírito Santo, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Processual.

Orientador: Professor Dr. Tárek Moysés Moussallem

VITÓRIA - ES

2020

Ficha catalográfica disponibilizada pelo Sistema Integrado de Bibliotecas - SIBI/UFES e elaborada pelo autor

B552a Bertuloso, Leonardo Duarte, 1982-
Ato Coator como Norma Jurídica / Leonardo Duarte
Bertuloso. - 2020.
143 f.

Orientador: Tárek Moysés Moussallem.
Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Universidade Federal do Espírito Santo, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas.

1. Ato Coator. 2. Norma Jurídica. 3. Mandado de Segurança. 4. Ato Administrativo. 5. Presunção de Legalidade. 6. Presunção de Legitimidade. I. Moussallem, Tárek Moysés. II. Universidade Federal do Espírito Santo. Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas. III. Título.

CDU: 340

LEONARDO DUARTE BERTULOSO

O ATO COATOR COMO NORMA JURÍDICA

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Processual da Universidade Federal do Espírito Santo, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito Processual.

Aprovada em 05 de maio de 2020.

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof. Dr. Tárek Moysés Moussallem
Universidade Federal do Espírito Santo
Orientador

Prof. Dra. Cristiane Mendonça
Universidade Federal do Espírito Santo
Membro Interno

Prof. Dr. Cláudio Jannotti da Rocha
Universidade Federal do Espírito Santo
Membro Interno

Prof. Dra. Fabiana Del Padre Tomé
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP
Membro Externo

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus pela Luz que sempre me deu.

Agradeço a minha família e amigos pela força, mesmo nos gestos mais simples.

Agradeço à UFES - Universidade Federal do Espírito Santo e ao Programa de Pós-Graduação em Direito Processual - PPGDIR por me possibilitarem, mais uma vez, amadurecer técnica e academicamente.

Agradeço ao meu Orientador Professor Doutor Tárek Moysés Moussallem, pela oportunidade e confiança. E, ainda, pelos ensinamentos desde os tempos de Graduação em Direito na UFES.

Agradeço aos demais membros de minha banca de avaliação, pela pronta disponibilidade: Cristiane Mendonça, Cláudio Jannotti da Rocha e Fabiana Del Padre Tomé.

Agradeço aos demais Professores do Programa de Mestrado em Direito Processual da UFES e aos colegas-discentes, por todos os ensinamentos. Agradeço especialmente ao amigo e colega de turma André Luiz Figueiredo Rosa por toda ajuda nessa caminhada.

Serei eternamente grato a todos. Muito obrigado!

RESUMO

Tudo o que existe no mundo existe porque está exteriorizado através da linguagem. O ser humano utiliza-se da linguagem não para descrever o mundo, mas para criá-lo. Ao denominar as coisas e exteriorizar essa nomenclatura o homem não as descreve, mas sim cria. Assim, vê-se que toda a existência da realidade que rodeia o ser humano (inclusive o próprio ser humano como ser real) só é possível porque é constituída por linguagem. Nesse sentido, todo o conhecimento só pode ser concebido por meio da linguagem.

E é através dessa linguagem que também se expressa o Direito. Tanto o direito positivo, quanto a ciência do direito, expressam-se por linguagem. Se é assim as normas jurídicas, tidas, em sentido estrito, como expressão mínima e irreduzível de manifestação do deontológico, conforme definição do professor Paulo de Barros Carvalho, formadas através da significação extraída dos enunciados do direito positivo, também são constituídas através da linguagem.

E essas normas jurídicas são oriundas das regras de direito administrativo, direito penal, direito tributário, direito processual, direito civil, etc.

Linguagem que também é imprescindível para a constituição dos atos administrativos, que são os atos (comissivos ou omissivos) praticados pelos agentes públicos (ou por particulares aos quais são conferidas atribuições públicas) com finalidade estritamente pública. Atos esses revestidos de presunção de legalidade, pois são oriundos de pessoas às quais o próprio Ordenamento confere atribuições que devem ser exercidas dentro dos estritos limites da legislação.

Atos, obviamente, praticados e vertidos em linguagem por autoridade competente.

Contudo, esses atos administrativos podem vir a ser praticados em sentido contrário à lei e, se assim o for, podem ter a sua presunção de legitimidade derrubada, visto que o ofendido, impetrante, pode valer-se, com base na Constituição da República e na Lei n. 12.016, de 2009, de ação de mandado de segurança, com fins a ver o ato coator configurado e, ato contínuo, desconstituído.

Nesse contexto, o ato administrativo, formalizado por linguagem, é claro, e que afeta diretamente o administrado, além de ser passível de questionamento por meio do *mandamus*, é norma

jurídica, ou geral e concreta ou individual e concreta, a depender da composição de seu antecedente (hipótese) e consequente (tese). E, exatamente por conta dessas especificidades em seus elementos, que o Poder Judiciário decide (ou deveria decidir) os temas propostos através de mandado de segurança.

PALAVRAS-CHAVE: Linguagem e realidade; Direito e norma jurídica; Atos administrativos e Presunção de Legalidade; Ato coator e Presunção de Legalidade; Mandado de Segurança e direito líquido e certo; Aplicação do *mandamus* e elementos do Ato Coator.

ABSTRACT

Everything in the world exists because it is externalized through language. The human being uses language not to describe the world, but to create it. In naming things and externalizing that nomination, man does not describe them, but creates them. Thus, it is seen that the entire existence of reality that surrounds the human being (including the human being as a real being) is only possible because it consists of language. In this sense, all knowledge can only be conceived through language.

And it is through this language that law is also expressed. Both positive law, as well as the science of law, are expressed by language. If this is the case, legal norms, taken in the strict sense, as a minimal and irreducible expression of the deontic's manifestation, as defined by Professor Paulo de Barros Carvalho, formed through the meaning extracted from the statements of positive law, are also constituted through language.

Legal rules from administrative, criminal, tax, procedural, civil law, etc.

Language that is also essential for the constitution of administrative acts, which are the acts (commissive or omissive) practiced by public agents (or by private individuals who are given public powers) for strictly public purposes. These acts have a presumption of legality, since they come from people to whom the Order itself confers duties that must be exercised within the strict limits of the legislation.

Acts, obviously, performed and translated into language by the competent authority.

However, these administrative acts may be practiced in a manner contrary to the law and, if so, they may have their presumption of legitimacy overturned, since the offended, impetent, may rely, based on the Constitution of the Republic and Law no. 12,016, of 2009, of a writ of mandamus, with goal to see the coacting act configured and, continuous act, deconstituted.

In this context, the administrative act, formalized by language, of course, and which directly affects the administered, in addition to being subject to questioning through the mandamus, is a legal norm, either general and concrete or individual and concrete, depending on the composition of its antecedent (hypothesis) and consequent (thesis). And, precisely because of these

specificities in its elements, that the Judiciary decides (or should decide) the subjects proposed through a writ of *mandamus*.

KEYWORDS: Language and reality; Law and legal norm; Administrative acts and Presumption of Legality; Coercive act and Presumption of Legality; Writ of *Mandamus* and liquid and certain right; Application of *mandamus* and elements of the Coercive Act.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1. SEMIÓTICA, EPISTEMOLOGIA E TEORIA GERAL DO DIREITO.....	16
1.1. CONHECIMENTO E LINGUAGEM	16
1.2. SUPORTE FÍSICO, SIGNIFICADO E SIGNIFICAÇÃO	19
1.3. O CONHECIMENTO CIENTÍFICO	20
1.4. DIREITO POSITIVO E CIÊNCIA DO DIREITO	21
1.5. ATOS DE FALA.....	24
1.6. FONTES DO DIREITO	26
2. NORMA JURÍDICA E NORMA JURÍDICA PROCESSUAL	29
2.1. NOÇÕES GERAIS SOBRE NORMAS JURÍDICAS	29
2.2. ENUNCIADOS PRESCRITIVOS E NORMAS JURÍDICAS.....	33
2.3. O ANTECEDENTE NORMATIVO	35
2.4. O OPERADOR DEÔNTICO INTERPROPOSICIONAL.....	37
2.5. O CONSEQUENTE NORMATIVO	39
2.6. NORMAS PRIMÁRIAS E NORMAS SECUNDÁRIAS	40
2.7. NORMAS GERAIS E INDIVIDUAIS; E ABSTRATAS E CONCRETAS	43
2.8. NORMAS DE CONDUTA E NORMAS DE ESTRUTURA	45
2.9. VALIDADE, VIGÊNCIA, EFICÁCIA	47
2.10. NORMA JURÍDICA PROCESSUAL. RELAÇÃO JURÍDICA PROCESSUAL ...	50
3. ATO ADMINISTRATIVO. PRESUNÇÃO DE LEGALIDADE.....	57
3.1. OS ATOS JURÍDICOS	57
3.2. ATOS ADMINISTRATIVOS	58
3.3. PRESUNÇÃO DE LEGALIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO	71

4. MANDADO DE SEGURANÇA. PRESUNÇÃO DE LEGALIDADE DO ATO ANTES DE SER RECONFIGURADO COMO COATOR.....	76
4.1. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCEDIMENTO ESPECIAL. CPC DE 2015.	76
4.2. DIREITO LÍQUIDO E CERTO E AUTORIDADE COATORA	80
4.3. ATO COATOR E ATOS PREPARATÓRIOS. MANDADO DE SEGURANÇA REPRESSIVO E PREVENTIVO	91
4.4. ATAQUE À PRESUNÇÃO DE LEGALIDADE DO ATO COATOR.....	93
4.5. LIMINAR EM MANDADO DE SEGURANÇA.....	95
4.6. OS EFEITOS DA SENTENÇA QUE CONCEDE A SEGURANÇA.....	96
5. ATO COATOR COMO NORMA JURÍDICA	98
5.1. NORMATIVIDADE APLICADA AO ATO COATOR	98
5.2. LUGARES SINTÁTICOS DA NORMA JURÍDICA DO ATO COATOR.....	100
5.3. NORMA JURÍDICA DO ATO QUE ENSEJA MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO. ATOS PREPARATÓRIOS	107
5.4. ATO COATOR NO MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO	110
5.5. DECISÃO JUDICIAL. ATO JURISDICIONAL COMO ATO COATOR	112
6. EXAME PELOS TRIBUNAIS SUPERIORES (STF E STJ) E DO TJES: O ATO COATOR NOS MANDADOS DE SEGURANÇA REPRESSIVO E PREVENTIVO .	121
7. CONCLUSÕES.....	133
8. REFERÊNCIAS	139

INTRODUÇÃO

O homem só conhece o mundo através da linguagem. Na verdade, a linguagem (escrita, falada, por gestos, por sinais etc.) serve a criar o mundo. O não escrever, o não falar, o não gesticular, o não emitir sinais também deve ser considerado linguagem. Uma linguagem omissiva, na verdade¹. O homem, ao dizer (ou não dizer) cria, constitui realidade. Essa premissa é de extrema importância para o exercício da ciência atualmente. E, por lógica, para o desenvolvimento desse trabalho.

A linguagem, sim, baseia-se na língua. E essa é forma de exteriorização utilizada pelo ser humano para dar nome às coisas, exprimir vontades, determinar ações, etc. WARAT leciona no sentido de que “Pode-se concluir, que no plano da língua, como objeto da ciência da linguagem, deve-se recortar dos fatos sógnicos precisamente sua dimensão normativa: a língua como código das enunciações individuais”².

Se a linguagem serve a criar o mundo, certo que o conhecimento se constitui e se incrementa através da linguagem. Quanto mais linguagem constituindo o mundo, maior, claro, o conhecimento acumulado pela sociedade. Quanto mais linguagem, mais objetos de análise no mundo (objeto) existem e mais linguagem (ciência) sobre esses objetos existirá. E assim o homem vai criando o que existe ao seu redor.

Não diferente é o Direito, expressão plurívoca, que exprime vários significados, mas que aqui se referirá ou ao direito positivo (objeto), que é o conjunto de enunciados existentes em cada Sistema para regular as condutas do ser humano; ou a ciência do direito (descrição do objeto – ciência) que é a metalinguagem, linguagem de sobrenível, que se dá ao se analisar o objeto que é o direito positivo.

Via de consequência, as normas jurídicas também são constituídas pela linguagem. Expressão também ambígua, que nesse trabalho se referirá à expressão mínima do deôntico. Em outras palavras, trata-se de objeto da construção pela mente humana a partir dos enunciados contidos no direito positivo que origina uma estrutura linguística mínima que estabelece fatos de possível

¹ CARVALHO, Aurora Tomazini de. Curso de Teoria Geral do Direito – O constructivismo lógico-semântico. São Paulo: NOESES, 2013, p. 113-114.

² WARAT, Luis Alberto. O direito e sua linguagem. 2 ed. Porto Alegre: SAFE, 1995. p. 22.

ocorrência e o resultado da ocorrência desses fatos, inclusive com a formação de relações jurídicas entre dois ou mais sujeitos.

Normas jurídicas podem ser formalizadas, constituídas, tanto a partir de enunciados exteriorizados pelo Poder Público (a partir das leis, por exemplo) ou a partir de particulares (contratos entre particulares). O homem cria normas jurídicas, por exemplo, para estabelecer a possibilidade de pessoa jurídica de direito público exigir o pagamento de tributo quando determinada pessoa executar certa ação. Ou, entre particulares, quando em um contrato de compra e venda uma pessoa natural se compromete a pagar quantia quando um bem móvel lhe é entregue.

Importante destacar que nas normas jurídicas sempre existirá a previsão ou o estabelecimento de uma relação jurídica entre dois ou mais sujeitos.

Sintaticamente (visto que é expressada por linguagem), a norma jurídica pode ser decomposta em antecedente (ou hipótese) e conseqüente (ou tese). No antecedente está exposta a previsão de acontecer algum fato (ou o não acontecimento que, como vimos, também tem conteúdo linguístico). No conseqüente estão, como o próprio nome diz, as conseqüências da ocorrência do fato previsto na hipótese, conforme parágrafo imediatamente anterior, além da formação relacional entre sujeitos.

É de se ressaltar que, dentre as possíveis classificações, as normas jurídicas podem ser ordenadas em normas primárias e normas secundárias. As primárias (ou substantivas) são as normas que estabelecem relações jurídicas de direito material (direito administrativo, tributário, civil, penal, etc.). As normas secundárias (ou adjetivas) tem natureza de direito processual. Estabelecem a sanção pelo descumprimento do que determina a norma primária. Assim, descumpriu-se o direito material previsto na norma primária e a norma secundária (processual) se instaura.

É de se dizer que praticada a ilegalidade material o sujeito ofendido tem direito a uma prestação do Poder Público no sentido de determinar que a norma primária seja cumprida ou que se recomponha aquilo que se perdeu pela prática (comissiva ou omissiva) da ilegalidade.

Sanção, também expressão plurívoca, aqui não se vê como infligir uma pena, uma penalidade, uma sanção pecuniária, por exemplo, pelo descumprimento de uma obrigação, mas como o direito processual que se pode instaurar (direito de ação e dever de jurisdição ou inafastabilidade da jurisdição) entre aquele que teve seu direito ofendido e o Estado-juiz e o Estado-juiz e aquele que infringiu a determinação contida no bojo da norma primária.

Importante trazer o que UADI LAMMÊGO BULOS define como inafastabilidade da jurisdição:

Pelo princípio da inafastabilidade do controle judicial, a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (CF, art. 5º, XXXV).

Também chamado de princípio da inafastabilidade da jurisdição, princípio do acesso à Justiça ou, ainda, princípio do direito de ação, ele é decorrência do vetor da legalidade (CF, art. 5º, II).

[...]

O princípio da inafastabilidade do controle judicial posta-se como uma liberdade pública subjetiva, genérica, cívica, abstrata e incondicionada, conferida às pessoas físicas e jurídicas, nacionais e estrangeiras, sem distinções ou retaliações de nenhuma espécie.

Desse modo, juízes e tribunais são chamados a decidir o caso concreto, acolhendo ou rejeitando a pretensão formulada. Se o pedido for plausível, os membros do Poder Judiciário não poderão furtar-se ao exame da lide, pois a prestação jurisdicional é indeclinável³.

Assim, relações jurídicas processuais são formadas, aguardando a coatividade estatal no sentido de restaurar ou determinar a recomposição em virtude da ilegalidade ou descumprimento. Ilegalidade que pode ser praticada, inclusive, pelo Poder Público. Se o pedido for plausível, o Poder Judiciário, isto é, o Estado-juiz, deverá examinar a lide.

Atos do Poder Público, que têm natureza de direito material público, e que têm finalidade pública são denominados de atos administrativos. Particulares também praticam atos administrativos, mas quando estão investidos de função pública, possibilitado por previsão legal. Atos, como sabido, podem ser comissivos ou omissivos. O silêncio também é linguagem. Veja que o não dizer também é dizer. Quando alguém se cala emite mensagem.

JOHN LANGSHAW AUSTIN⁴ ensina que a linguagem não somente descreve situações, mas, em muitos casos ela *realiza ações*. A linguagem, através dos atos, que aqui são denominados atos de fala, tem poder de realizar, não só de descrever. Por exemplo, a linguagem emitida por meio da formalização de um auto de infração (ato administrativo) realiza uma ação, estabelece uma determinação ao administrado, uma obrigação que deve ser cumprida (para se reestabelecer e compensar o descumprimento da norma jurídica de direito material).

³ BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 605.

⁴ AUSTIN, John Langshaw. Quando dizer é fazer: Palavras em ação. Editora: Artes Médicas, 1990.

Ainda, JOHN SEARLE, dispõe que “do mesmo modo o fato de eu precisar de um vocabulário de maneira a afirmar os fatos ou de uma linguagem para identificar e descrever os fatos, não implica que os fatos que estou descrevendo ou identificando não tenham existência independente”⁵.

No entanto, os atos administrativos, presumidamente constituídos dentro da legalidade, podem se encontrar, formal ou materialmente, fora dos contornos do que a legislação determina. E nessas situações é possível que, ofendido, o administrado (pessoa natural ou jurídica) se socorra no que rege a norma jurídica secundária (adjetiva, processual) para obter a coatividade do Estado-juiz, com o propósito de desconstituir esse ato administrativo ilegal

Para que se desconstitua esse ato ilegal é necessário vulnerar a presunção de legalidade. Ataca-se primeiro essa presunção, inerente a todos os atos administrativos, para anulá-lo. Meio eficiente de ataque aos atos ilegais administrativos é o procedimento especial⁶ de mandado de segurança, previsto na constituição e na Lei n. 12.016, de 2009.

Existindo ato ilegal ou quando há justo receio de que ato ilegal seja praticado por agente administrativo, pode o ofendido valer-se dessa ação constitucional, fazendo prova de ofensa ao seu direito líquido e certo, por meio de documentos no momento de ajuizamento da ação (prova pré-constituída). Além do que, essa ação deve ser proposta dentro do prazo de 120 (cento e vinte) dias contados da prática do ato ilegal (ou dos atos preparatórios, como se verá neste trabalho)⁷.

Esse ato ilegal, que possibilita a impetração do mandado de segurança é chamado de ato coator. E ato coator também é norma jurídica, como será explicado a seguir.

⁵ SEARLE, John. *Mente, linguagem e sociedade: filosofia no mundo real*. Tradução de F. Rangel. Rio de Janeiro: Ciência Atual Rocco, 2000. p. 30.

⁶ O vocábulo procedimento aqui é utilizado como processo. Na verdade, comumente se usa a expressão procedimento especial para o mandado de segurança para indicar aquele processo que não está previsto expressamente (e regrado) pelo Código de Processo Civil. Ou seja, sua previsão está em legislação extravagante.

⁷ Lei n. 12.016/2009: Art. 23. O direito de requerer mandado de segurança extingue-se-á decorridos 120 (cento e vinte) dias, contados da ciência, pelo interessado, do ato impugnado.

1. SEMIÓTICA, EPISTEMOLOGIA E TEORIA GERAL DO DIREITO

1.1. CONHECIMENTO E LINGUAGEM

Pode-se dizer que um dos marcos do estudo filosófico da linguagem foi a publicação da obra denominada *Tractatus Lógico-Philosophicus*, de LUDWIG WITTGENSTEIN⁸, que, de certa maneira, promoveu, intelectualmente, uma cisão entre o entendimento sobre os *mundos* da linguagem e da realidade⁹.

Tal obra teve considerável importância à época (com reflexos até os dias de hoje) e influenciou diretamente o movimento denominado *Círculo de Viena*, iniciado em meados da segunda década do Século XX.

Diz-se também que, sem as ideias pregadas por WITTGENSTEIN¹⁰, o pensamento denominado de Neopositivismo Lógico (ou Filosofia Analítica ou, ainda, Empirismo Lógico) jamais teria alcançado os níveis de estudos a que chegou¹¹. *A filosofia da consciência*, assim, perdeu espaço para a *filosofia da linguagem*.

Trata-se do que se denominou Giro-Linguístico. LEONARDO ZEHURI TOVAR, em sua tese de Doutorado¹², traz as seguintes conclusões:

O movimento do giro-linguístico consagrou um novo paradigma para a filosofia. Isto porque, antes concebida como uma terceira via que liga o sujeito ao objeto, passou a ser notada como o fundamento de todo o pensar.

⁸ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus Logico-Philosophicus*. Edusp: São Paulo, 1994.

⁹ A filosofia, antes do *Giro-linguístico* se baseava na interação sujeito e objeto através da linguagem. Ou seja, a linguagem era um mero instrumento, uma conexão, entre o sujeito e a realidade. A realidade não se constituía pela linguagem. A realidade existia mesmo sem as proposições linguísticas, tendo a linguagem o papel único de conectar o sujeito cognoscente e os objetos do *mundo real*. Explicava-se o mundo (já existente, já real) pela linguagem.

¹⁰ Mesmo que não fizesse parte ativamente das reuniões que ocorriam na Universidade de Viena, coordenadas pelo filósofo alemão Moritz Schlick, Wittgenstein fora fundamental para desenvolvimento das ideias do Filosofia da Linguagem.

¹¹ CARVALHO, Paulo de Barros. *O Neopositivismo Lógico e o Círculo de Viena*. Apostila de Filosofia do Direito I (Lógica Jurídica), 2004, PUC-SP; p. 16.

¹² TOVAR, Leonardo Zehuri. *Teoria do direito e decisão judicial - Elementos para a compreensão de uma resposta adequada*. Salvador: Editora Juspodivm, 2020. p. 192-193.

Por oportuno, merece ser lembrado que a metafísica objetivista (orientada por objetos), à esta altura, fora superada pelo idealismo transcendental Kantiano. Já seu contraponto - a metafísica subjetivista (que coloca em jogo o papel do sujeito sob o prisma da subjetividade – também não era satisfatória, eis que agencia um abismo entre o sujeito que conhece e o objeto que é conhecido. Faltava nesta última uma “ponte” entre consciência e o mundo. Talvez por isso Gadamer tenha dito que “quem pensa a linguagem já se movimenta para além da subjetividade”.

A linguagem, com o Giro-linguístico, então, passou a se sobrepor (em importância científico-filosófica) à ideia de realidade, ou melhor, a linguagem passou, no estudo das ciências, a ter papel fundamental, pois foi a partir dos elementos linguísticos (formados desde os signos) que os cientistas se voltaram a explicar todos os fenômenos ocorridos no mundo. Logo, linguagem e realidade não mais se confundem, pois encerram universos distintos. Sem a linguagem não há realidade. A “formação” da realidade se dá com base no que se constrói, no que se constitui, a partir dos elementos linguísticos.

Esclarecedoras são as palavras do Doutor TÁREK MOUSSALLEM¹³ no que tange ao tema, quando diz que “sem embargo, a linguagem não é espelho da realidade. Trata-se de mundos tão distintos quanto são interseccionáveis. A linguagem existe per se, é auto sustentável”.

Nessa linha de raciocínio, vê-se que separando a linguagem e a realidade em conjuntos diferentes, eles sequer se tangenciam. São distintos. A partir das proposições linguísticas (todas contidas em um desses conjuntos), que se constroem os elementos de outro conjunto, o conjunto da realidade.

Percebe-se, a partir dessa conclusão, que a linguagem, como mundo descrito por MOUSSALLEM, pode ser entendida como algo totalmente dissociável do mundo da realidade, mesmo que para a constituição desse seja imprescindível a formação a partir de elementos daquele.

JOHN HOSPERS¹⁴, em sua obra *Introducción al análisis filosófico*, contribui notavelmente com o tema quando diz, de maneira simples e objetiva, acerca dos fundamentos do estudo da linguagem e da relação das premissas linguísticas básicas com seus interlocutores (usuários),

¹³ MOUSSALEM, Tárék Moysés. *Revogação em Matéria Tributária*. São Paulo: Editora Noeses, 2005. p. 07.

¹⁴ HOSPERS, John. *Introducción al analisis filosofico*. Buenos Aires: Editorial Macchi, 1962.

que “no hay tal conexión natural; las palabras son signos arbitrarios (arbitrarios porque se podría haber utilizado exactamente otro sonido), que se convierten en signos convencionales una vez que los han adaptado los usuarios del lenguaje”¹⁵.

Ora, arbitrariamente as palavras de um idioma são formadas e convencionalmente organizadas de forma a constituir específica linguagem.

Importante deixar claro que a linguagem é composta de signos, ou seja, símbolos que foram convencionados pelos indivíduos da sociedade para representar o mundo físico. Desde seu nascimento o homem se insere numa sociedade que estipula para seus componentes, através de convenções, sinais de linguagem que são utilizados para constituir o mundo.

Assim, através dos signos, que compõem a linguagem, o homem explica o que está contido no mundo, ou seja, os eventos e acontecimentos. Entretanto, importante lembrar que o homem não tem acesso ao mundo físico, mas apenas à linguagem sobre os referidos acontecimentos. Noutra dizer, tudo está contido nas interpretações lingüísticas do homem.

LOURIVAL VILANOVA leciona no sentido de que os objetos, inclusive os objetos que serão estudados pela ciência, só são tangíveis através da linguagem:

[...] jamais vamos aos fatos, apreendendo-os puramente, mas por meio da linguagem, entidade portadora de significações, de relações com o mundo dos objetos, mas também vinculada aos sujeitos integrantes da “comunidade do discurso”, por isso que seus símbolos cristalizam as maneiras de pensar, sentir e querer da coletividade¹⁶.

A partir dessas premissas podemos relacionar a linguagem ao conhecimento. E o estudo do Conhecimento é a tarefa da Epistemologia, como ramo da Filosofia. Quer dizer, Epistemologia é, conceitualmente, o estudo do conhecimento.

E, para aclarar tal disposição, utilizar-se-á, novamente, o que ensina TÁREK MOUSSALLÉM, “[...] conhecimento é a relação entre linguagens - significações”. E continua o autor: Não há

¹⁵ Tradução da língua espanhola para a língua portuguesa, do trecho transcrito da obra de John Hospers acima indicado - [...] não existe tal conexão natural; as palavras são signos arbitrários (arbitrários porque se poderia utilizar exatamente outro som), que se convertem em signos convencionados uma vez que, sejam adaptados pelos usuários da linguagem.

¹⁶ VILANOVA, Lourival. Notas para um ensaio sobre a cultura. Escritos jurídicos filosóficos. Volume 02, São Paulo: Axis Mundi - IBET, 2003. p. 304.

que se falar em conhecimento apenas na experiência (percepção) ou tão só na realidade (plano dos objetos). Faz-se necessária a interposição do plano lingüístico do emissor para que possa compreender a mensagem”.¹⁷

Dessa feita, pode-se concluir que o conhecimento, conforme diz LOURIVAL VILANOVA, em sua obra “*Lógica Jurídica*”¹⁸, só existe no plano do enunciado.

GUIBOURG, GHIGLIANI e GUARINONI brilhantemente ensinam: “[...] conocimiento consiste en saber distinguir las proposiciones verdaderas de las falsas, y que estas proposiciones son descripciones de estados de cosas”¹⁹.

Assim, o homem necessariamente usa-se da linguagem para ir ao encontro do conhecimento. É, assim, indispensável a utilização dos símbolos convencionados pela sociedade para designar os acontecimentos, para que sejam estudados e interpretados, corretamente. E é exatamente o que ocorre com o Direito (aqui indicado como conjunto de enunciados escritos inseridos no Sistema por autoridade competente). Direito positivo, assim.

Através da linguagem é que se cria o Direito e que, conforme será exposto adiante, se analisa o Direito (Ciência do Direito). Forma-se conhecimento sobre o objeto que o Direito (positivo) é.

1.2. SUPORTE FÍSICO, SIGNIFICADO E SIGNIFICAÇÃO

O Direito se apresenta sob forma de enunciados, que, nesse caso, é o conjunto de palavras que correlacionadas cumprem o papel de serem, de certa forma, significativas. E a existência desse Direito é apresentada, em princípio, pelo suporte físico, que é, nas palavras de EURICO MARCOS DINIZ DE SANTI “[...] o dado integrante da relação símica-comunicacional que, como o próprio nome sugere, tem natureza física, material”²⁰.

¹⁷ MOUSSALLEM, Tárek Moysés. Fontes do direito tributário. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 28.

¹⁸ VILANOVA, Lourival. *Lógica Jurídica*. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1976. p. 16.

¹⁹ GUIBOURG, Ricardo A., GHIGLIANI, Alejandro M. e GUARINONI, Ricardo V. *Introducción al conocimiento científico*. 3 ed. Buenos Aires: Eudeba, 2004.

²⁰ SANTI, Eurico Marcos Diniz de. *Lançamento Tributário*. São Paulo: Editora Max Limonad, 1996. p. 30.

A estrutura sintático-gramatical é o significado. Diz DE SANTI que norma é uma estrutura lógico-sintática de significação, que conceitua fatos e condutas, representando-os por significações objetivas. E arremata no sentido de que proposição é a significação do enunciado.

Em forma lógica, prega DE SANTI que temos a proposição normativa como:

(i) hipótese ou pressuposto, parte da norma que tem por função descrever situação de possível ocorrência no mundo e (ii) tese ou conseqüente, que prescreve uma relação modalizada pelo functor deôntico num de seus três modos relacionais específicos: permitido, proibido e obrigatório. Infere-se que nem toda proposição jurídica é uma norma jurídica. Norma jurídica é a proposição prescritiva que tem a forma implicacional, associando a um possível dado fáctico uma relação jurídica. A mera literalidade dos textos jurídicos não atinge, compartimentadamente, a forma proposicional de norma jurídica. A norma jurídica é norma a partir de sua imersão no todo que é o sistema de linguagem do direito positivo.²¹

Assim, existem três elementos no modelo básico de comunicação signíca, quais sejam o suporte físico, significado e significação, compondo o triângulo básico de OGDEN e RICHARDS²², conforme explicitado na obra *Semântica*, de STEPHEN ULLMANN²³.

1.3. O CONHECIMENTO CIENTÍFICO

A partir da premissa de que o conhecimento²⁴ necessita da existência e utilização da “língua-gem” pelos indivíduos e, também, pela ideia de que existem níveis dessa linguagem, podemos dizer que o conhecimento pode se dividir em: conhecimento vulgar e conhecimento científico.

²¹ SANTI, Eurico Marcos Diniz de. Lançamento Tributário. São Paulo: Editora Max Limonad, 1996. p. 31.

²² O “triângulo semiótico” de Ogden e Richards é objeto de estudos em sua obra denominada “O Significado de Significado: Um Estudo sobre a influência da Linguagem sobre o Pensamento e sobre a Ciência do Simbolismo. Em cada uma das pontas do triângulo está um dos elementos: Símbolo, Significado e Interpretante. Em nosso estudo substituímos a expressão “interpretante” por “significação”, que é o que se extrai, se pensa, se interpreta, a partir dos signos. E substituímos a expressão “símbolo”, por “signo””.

²³ ULLMANN, Stephen. *Semântica: uma introdução à ciência do significado*. Tradução J. A. Osório Mateus. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1964.

²⁴ ALVES, Alaor Caffé, em “Lógica - Pensamento Formal e Argumentação”, assinala que: Conhecer é representar-se um objeto. É a operação imanente pela qual um sujeito pensante representa um objeto. É o ato de tornar um objeto presente à percepção, à imaginação ou à inteligência de alguém. É o ato de sentir, perceber, imaginar ou pensar

O primeiro é observado com uso da linguagem ordinária, ou seja, a linguagem comum usada no cotidiano das pessoas. Nessa, não existe preocupação com a formalidade das expressões linguísticas. O conhecimento científico, em vez de se mostrar de maneira leiga, pressupõe linguagem rigo-rosa, preocupada com o aspecto formal.

O indivíduo que se utiliza dessa espécie linguística, ou nível de conhecimento, tenta ao máximo excluir do seu uso a ambiguidade e a vaguidade²⁵ dos signos, com o intuito de tornar mais preciso o seu discurso. Assim, percebe-se que a linguagem do saber científico é mais preocupada, no aspecto formal, que a do saber leigo.

O conhecimento sem a utilização da metodologia científica gera notícias desordenadas, dados soltos, que reclamam organização. Assim, só através do conhecimento ordenador da ciência, com o apoio indispensável da Filosofia (e da Lógica), podemos ter um sistema unitário, isento de contradições, na linha defendida pelo já citado professor PAULO DE BARROS CARVALHO.

E é esse conhecimento científico que nos importa nesse trabalho. O conhecimento extraído pela análise do objeto (direito positivo) e maturado por meio de linguagem técnica e precisa.

1.4. DIREITO POSITIVO E CIÊNCIA DO DIREITO

Com muita propriedade, o Professor PAULO DE BARROS CARVALHO²⁶, em sua brilhante obra Curso de Direito Tributário, diz que existe muita diferença entre a realidade do direito positivo e a Ciência do Direito.

um objeto. Esse processo cognitivo está fundado, portanto, em três elementos: a representação, o objeto representado e o sujeito que representa o referido objeto.

²⁵ Ambiguidade se verifica quando pode se atribuir dois ou mais significados ao mesmo vocábulo. Vaguidade (ou vagueza), como bem ensina Luis Alberto Warat (WARAT, Luis Alberto. O direito e sua linguagem. 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 1995. P. 76): “Metaforicamente, pode-se dizer, com referência a qualquer denotação dos termos da linguagem natural, que ela apresenta três zonas: a) de luminosidade positiva – composta pelos objetos ou situações onde não existe nenhuma dúvida em relação a sua inclusão na denotação; b) de luminosidade negativa – composta pelos objetos ou situações que com certeza não entram na denotação; c) de incerteza – onde existem legítimas dúvidas quanto ao fato do objeto ou situação entrar ou não na denotação. Nesta zona de incerteza é onde se apresenta o problema da vagueza”.

²⁶ CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário, 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 01.

Complementa assim: “São dois mundos que não se confundem, apresentando particularidades tais que nos levam a uma consideração própria e exclusiva. São dois corpos de linguagem, dois discursos lingüísticos, cada qual portador de um tipo de organização lógica e de funções semânticas e pragmáticas diversas”.

Quanto ao direito positivo, pode-se dizer que é o conjunto de normas jurídicas válidas em um determinado ordenamento jurídico. E a ciência do direito é o ramo de estudos científicos que se encarrega de descrever o que é esse “[...] enredo normativo, ordenando-o, declarando sua hierarquia, exibindo as formas lógicas que governam o entrelaçamento das várias unidades do sistema e oferecendo seus conteúdos de significação²⁷”.

Insta ressaltar a importância do direito posto no âmbito da sociedade, mais precisamente no que tange à regulação do comportamento das pessoas, umas em relação às outras.

Tal importância social do direito positivo se vislumbra nas nobres palavras de LOURIVAL VILANOVA²⁸: “Altera-se o mundo físico mediante o trabalho e a tecnologia, que o potencia em resultados. E altera-se o mundo social mediante linguagem das normas, uma classe da qual é a linguagem das normas do Direito”.

Desta feita, percebe-se que as regulamentações do convívio social se manifestam em forma de linguagem. E esta linguagem é exteriorizada e recebida pelos indivíduos através das regras do direito positivo (leis, decretos, etc.).

No entanto, a Ciência do Direito tem como escopo o estudo desses textos normativos, os quais estão contidos no direito positivo de um determinado ordenamento jurídico. O papel do cientista do direito é observar, investigar, interpretar e descrever as normas jurídicas (*lato sensu*) segundo determinada metodologia.

O discurso lingüístico da Ciência do Direito é, basicamente, a descrição do direito posto, que se apresenta, também, na forma de linguagem, porém prescritiva. Ou seja, a diferença básica entre o direito positivo e a Ciência do Direito reside no fato do primeiro ser uma linguagem

²⁷ Ibidem, p. 03.

²⁸ VILANOVA, Lourival. As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo. São Paulo: RT, 1977. p. 03.

prescritiva (prescreve comportamentos) e a outra ser um “discurso descritivo”²⁹ (descreve normas jurídicas), ainda se baseando no brilhantismo que o professor PAULO DE BARROS CARVALHO³⁰ confere às suas palavras, classificando a Ciência do Direito como sendo uma linguagem de sobrenível.

Vale a transcrição de trecho de artigo, sintetizado de sua obra “Fontes do Direito Tributário”, de TÁREK MOYSÉS MOUSSALLEM, que indica as características de cada um desses dois fatos:

Direito positivo e Ciência do Direito são dois fatos dependentes da linguagem com as seguintes características: (a) direito positivo – (1) é posto em linguagem na sua função prescritiva; (2) seus enunciados são válidos ou não-válidos; (3) a lógica aplicável é a Lógica Deontica; (4) é isento de contradição no plano sintático mas passível de incoerência nos planos semântico e pragmático; (5) é dotado de unidade; (b) Ciência do Direito (1) é vertida em linguagem na sua descritiva; (2) seus enunciados são verdadeiros ou falsos; (3) a lógica aplicável é a Alética ou Apofântica; (4) deve se isento de contradição em todos os planos e, por fim, (5) é também dotado de unidade. A Ciência do Direito é uma linguagem de sobre nível em relação à linguagem do direito positivo e por essa razão são irreduzíveis entre si. Isso nos permite afirmar que a Ciência do Direito (doutrina) como metalinguagem em relação à linguagem do Direito positivo não o altera, não o inova³¹.

Ciência do Direito tem como objeto o Direito Positivo. Não o contrário.

Assim, não se pode admitir que exista uma confusão, no sentido de mistura, das definições dos conceitos desses dois fatos. Ou seja, elementos do direito positivo não podem ser misturados

²⁹ CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário, 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 03. Note-se trecho que expõe com clareza a questão de linguagem de sobrenível: “Tomada com relação ao direito positivo, a Ciência do Direito é uma sobrelinguagem ou linguagem de sobrenível. Está acima da linguagem do direito positivo, pois discorre sobre ela, transmitindo notícias de sua compostura como sistema empírico. Entre outros traços que separam as duas estruturas de linguagem pode ser salientada a circunstância de que a cada qual corresponde uma lógica específica: ao direito positivo, a lógica deontica (lógica do dever-ser, lógica das normas); à Ciência do Direito, a lógica apofântica (lógica das ciências, lógica alética ou lógica clássica). Em função disso, as valências compatíveis com a linguagem das normas jurídicas são diversas das aplicáveis às proposições científicas. Das primeiras, dizemos que são válidas ou não-válidas; quanto aos enunciados da ciência, usamos os valores da verdade e falsidade. As proposições que o jurista formula sobre o direito positivo podem ser verdadeiras ou falsas. Paralelamente, há diferença importante no campo semântico e também no pragmático, bastando lembrar que as proposições normativas se dirigem para a região material da conduta, ao passo que as científicas simplesmente descrevem seu objeto, sem nele interferir”.

³⁰ Ibidem, p. 03-04.

³¹ MOUSSALLEM, Tárék Moysés. Fontes do Direito Tributário. In: Curso de Especialização em Direito Tributário. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005. p. 98.

com elementos da Ciência do Direito, pois possuem “[...] métodos próprios e distintos esquemas de pesquisa e compreensão³²”.

1.5. ATOS DE FALA

Importante destaque para o fato de a linguagem não somente “descrever situações”, mas, em muitos casos, ela “realiza ações”, ou ela “faz coisas” como estabelece o linguista inglês JOHN LANGSHAW AUSTIN. Ele explica que³³ existem os enunciados constativos ou declarativos, que descrevem fatos e os enunciados performativos, que realizam ações.

Os primeiros, possuem função descritiva e são submetidos aos critérios de verdadeiro e falso. Já os segundos, segundo AUSTIN, são qualificados em felizes (happy) e infelizes (unhappy). E, segundo TÁREK MOUSSALLEM, *in* “Revogação em Matéria Tributária”³⁴, leva em conta o fato de o falante (emissor ou remetente³⁵ da mensagem) preencher certas condições requeridas para emissão do ato de fala.

Os atos de fala são responsáveis pela efetivação da ação, pela realização da ação.

Importante destacar que nem sempre um ato de fala é emitido em primeira pessoa. JOSÉ LUIZ FIORIN, levando esse ponto em consideração, faz a distinção entre performativos explícitos e performativos implícitos. Além disso, conclui que os atos de fala, para serem felizes, ou seja, para terem efetividade, necessitam de:

- (a) A enunciação de certas palavras em determinadas circunstâncias tem, por convenção, um determinado efeito. Portanto, as pessoas e as circunstâncias devem ser aquelas convenientes para a realização do enunciado em questão; [...]
- (b) A enunciação deve ser executada corretamente pelos participantes. [...]
- (c) A enunciação deve ser realizada integralmente pelos participantes. Assim, quando um performativo exige outro para ser realizado, é necessário que os dois sejam realizados para que haja sucesso. [...]

³² CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário, 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 04.

³³ AUSTIN, John Langshaw. Quando dizer é fazer: Palavras em ação, Editora: Artes Médicas, 1990.

³⁴ MOUSSALEM, Tárék Moysés. Revogação em Matéria Tributária. São Paulo: Editora Noeses, 2005. p. 13.

³⁵ Conforme JACOBSON, Roman, em *Linguística e Comunicação*. Tradução de Izidoro Blikstein e José Paulo Paes. São Paulo: Editora Cultrix, 2010. p. 157: “[...] cada um desses seis fatores determina uma diferente função da linguagem”. Esses fatores são: o remetente, a mensagem, o destinatário, o contexto da mensagem, um código e um contato.

quando a enunciação exige que o falante tenha certos sentimentos ou intenções, é preciso que ele tenha de fato esses sentimentos e intenções. [...] Por outro lado, na sequência dos acontecimentos, o falante que executou um performativo deve adotar o comportamento implicado pelo ato de enunciação³⁶.

TÁREK MOUSSALEM³⁷, novamente, elucida os brilhantes, porém complexos, ensinamentos de FIORIN³⁸:

Há proferimentos que, muito embora não sejam emitidos na primeira pessoa, figuram como performativos. Assim, por exemplo: “Saia” é um performativo explícito, ao passo que “Proibido fumar” pode se transformado em “Eu proíbo fumar” sendo, portanto, um performativo implícito.

Atos de fala, performativos, realizam ações! Esse é o ponto nodal desse tópico.

Desenvolvendo a teoria dos atos de fala AUSTIN segmentou-os em locucionários, ilocucionários e perlocucionários. Os atos locucionários são o próprio dizer. É o ato de dizer algo. Já os ilocucionários consistem naquilo que se produz ao se dizer algo. É a consequência do dizer algo. E o ato perlocucionário é a consequência, o efeito no destinatário quando se diz algo.

Conclui-se, então, que atos que *realizam ações*, que *fazem coisas*, ou seja, que constituem coisas, podem ser observados no dia a dia. Inclusive os atos de agentes da administração pública ou pessoas investidas nas competências desses agentes (determinados por lei). Esse é o foco deste trabalho: analisar normativamente os *atos coatores*, quais sejam, atos praticados pelo poder público, que “constituem realidades” aos administrados, mas que estão eivados de ilegalidades.

³⁶ FIORIN, José Luiz. A linguagem em uso. In Introdução à linguística: objetos teóricos. Volume I. São Paulo: Contexto, 2005, p. 170-171.

³⁷ MOUSSALEM, Tarek Moysés. Revogação em Matéria Tributária. São Paulo: Editora Noeses, 2005. p. 16

³⁸ Nesse ponto José Luiz Fiorin expõe em A linguagem em uso (In: FIORIN, José Luiz (Org.). Introdução à linguística: objetos teóricos. I.I. Contexto: São Paulo, 2003, p. 165-186, assim: “[...] um enunciado será performativo quando puder transformar-se em outro enunciado que tenha um verbo performativo na primeira pessoa do singular do presente do indicativo na voz ativa. Os enunciados que não contêm um verbo performativo na pessoa, no tempo, no modo e na voz indicados serão chamados performativos implícitos; os que têm o verbo na forma mencionada serão denominados performativos explícitos”.

Por exemplo: ato de agente da Secretaria da Fazenda de algum dos Estados da Federação que lavra auto de infração em razão de suposto não recolhimento de ICMS, sendo que o contribuinte não deveria recolher tal valor, visto que está abrangido por alguma isenção. Esse ato (coator) realiza uma ação, constitui uma realidade, mesmo que seja ela, posteriormente, tida como ilegal (devendo ser desconstituída por determinação judicial).

Os enunciados resultantes dos atos emitidos com a intenção de realizar ações são dotados do que se pode denominar de força ilocucionária.

1.6. FONTES DO DIREITO

Tema de extrema importância para este trabalho e para o entendimento do Direito é saber o que são, efetivamente, as Fontes do Direito. Saindo da mesmice doutrinária de que essas seriam a lei, a doutrina, a jurisprudência e o costume, chegaremos a uma conclusão precisa e embasada no sentido de que, data vênia, por muito tempo o cientista do Direito analisou esse tema com um grau de criticidade relativamente baixo.

KELSEN, como sabido, considera Fonte do Direito o próprio Direito, sendo que o Direito regula sua própria criação. No topo tangível da pirâmide kelseniana (abaixo da Norma Hipotética Fundamental) está Constituição. Abaixo dessa estão as leis, decretos e demais regras infralegais. Ainda, a legislação, segundo o Mestre de Viena, seria Fonte das Decisões Judiciais.

TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JUNIOR tem como Fonte do Direito o modo de criação das normas jurídicas. Acompanha a doutrina tradicional no sentido de considerar a lei, o costume e a jurisprudência como Fontes. Essas fontes poderiam se referir tanto a regras estruturais, como às normas jurídicas.

Ou seja, tanto às fontes do direito, como ao produto de criação por meio dessas regras. Ademais, o professor paulista faz questão de indicar que a expressão “Fontes do Direito” é ambígua:

Na verdade, a expressão fontes do direito é uma metáfora cheia de ambiguidades. O uso da palavra está transposto e pretende significar origem, gênese. As discussões sobre o assunto, que mencionamos, revelam que muitas das disputas resultam daquela ambiguidade, posto que por fonte

quer-se significar simultaneamente e, às vezes confusamente, a origem históricas, ciológica, psicológica, mas também a gênese analítica, os processos de elaboração e de dedução das regras obrigatórias, ou, ainda, a natureza filosófica do direito, seu fundamento e justificação. Por sua vez, a própria expressão direito, igualmente vaga e ambígua, confere à teoria uma dose de imprecisão, pois ora estamos a pensar nas normas (direito objetivo), ora nas situações (direito subjetivo) e até na própria ciência jurídica e sua produção teórica (as fontes da ciência do direito)³⁹.

Para RICCARDO GUASTINI⁴⁰ há diferença entre procedimento e produto. O ato de produção normativa é diferente do produto de produção normativa. Segundo GUASTINI as fontes são os atos normativos que produzem as normas jurídicas.

Assim, são os atos que resultam no inserimento de normas jurídicas no sistema. LOURIVAL VILANOVA⁴¹ acompanha esse entendimento, mas faz diferenciação entre fontes formais (regulam a produção normativa) e fontes materiais (fatos produtores de normas jurídicas).

O professor PAULO DE BARROS CARVALHO, ao compilar essas ideias, diz que “os focos ejetores de regras jurídicas, isto é, os órgãos habilitados pelo sistema para produzirem normas numa organização escalonada, bem como, a própria atividade desenvolvida por essas entidades, tendo em vista a criação de normas”⁴². Nessa toada, Fonte do Direito é o processo de produção normativa.

Seguindo em frente, como a expressão Fonte pode ser encarada como nascedouro e sendo aqui o Direito (direito positivo) um conjunto de enunciados, lógico é concluir que Fonte do Direito é a atividade que produz os enunciados. Qual seria o nascedouro dos enunciados? A resposta a essa pergunta, óbvio, será sempre a atividade que produz tais enunciados.

E esse ato de produção de enunciados é chamado de enunciação, conforme TÁREK MOYSÉS MOUSSALLEM⁴³.

³⁹ FERRAZ JR, Tercio Sampaio. Introdução ao estudo do direito. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 220.

⁴⁰ GUASTINI, Riccardo. Das fontes às normas. Tradução Edson Bini. Apresentação: Heleno Taveira Torres, São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 78.

⁴¹ VILANOVA, Lourival. As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 23-24.

⁴² CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário, 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 45.

⁴³ MOUSSALLEM, Tárek Moysés. Fontes do direito tributário. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 78.

Assim, fonte do direito é o ato de enunciação.

O resultado desse ato de enunciação é documento normativo composto por enunciados.

AURORA TOMAZINI DE CARVALHO, mais uma vez esclarecedora, explica que:

Assim, no corpo físico do documento normativo diferenciam-se dois tipos de enunciados: (i) aqueles que remetem à atividade de enunciação, informando o processo, a autoridade competente e as coordenadas de espaço e tempo em que se deu a produção do documento normativo, cujo conjunto denominamos de enunciação-enunciada e (ii) aqueles que nada informam sobre a atividade de enunciação, apesar de terem sido produzidos por ela, os quais denominamos de enunciado-enunciado⁴⁴.

Dessa maneira, Fonte do Direito é a enunciação em si, que cria os enunciados. A enunciação-enunciada e os enunciados-enunciados são produtos da referida enunciação, por isso não são considerados Fontes do Direito.

⁴⁴ CARVALHO, Aurora Tomazini de. Curso de Teoria Geral do Direito – O constructivismo lógico-semântico. São Paulo: NOESES, 2013, p. 494.

2. NORMA JURÍDICA E NORMA JURÍDICA PROCESSUAL

2.1. NOÇÕES GERAIS SOBRE NORMAS JURÍDICAS

Dispõe LOURIVAL VILANOVA⁴⁵ em seu livro “Causalidade e relação no direito” que conceito fundamental é “aquele sem o qual não é possível ordenamento jurídico”. Desta feita, pode-se dizer, que tais conceitos de Teoria Geral do Direito, como norma jurídica, fato jurídico, relação jurídica, dentre outros, são fundamentais, pois outorgam condição de possibilidade do direito positivo e, conseqüentemente, da Ciência do Direito.

Assim, revestindo o conceito de norma jurídica, diz-se que esta se apresenta, como todos os outros pontos conceituais, de maneira linguística. Ou melhor, necessariamente, é apresentada ao indivíduo, e pelo indivíduo, na forma de linguagem. E, como apresenta EURICO MARCOS DINIZ DE SANTI, norma implica, pois, o ingresso na linguagem de que ela se reveste⁴⁶.

HANS KELSEN⁴⁷ bem esclarece no sentido de que se pode “[...] caracterizar a norma como o sentido de um ato de vontade, mas é preciso diferenciar estritamente este sentido do dever-ser e o ato efetivo de vontade”. Ou seja, vale diferenciar o âmbito ôntico do âmbito deôntico. E para tanto, o autor continua discorrendo, em sua obra, no sentido de que o “ato de vontade reside na esfera do ser, seu significado na esfera do dever-ser”.

Preocupar-se-á com o enfoque sintático no que tange à norma jurídica. Isso nos remete a uma análise da Semiótica, que é a ciência dos signos. E como bem assevera, EURICO DE SANTI⁴⁸, signo “se refere à relação triádica que se estabelece entre suporte físico, significado e significação”. E esse signo pode ser, pelo cientista do direito, estudado sobre os três aspectos que constituem a Semiótica (aspecto, ou plano, sintático, semântico e pragmático).

⁴⁵ VILANOVA, Lourival. Causalidade e Relação no direito. 4. ed. São Paulo: RT, 2001. p. 161.

⁴⁶ SANTI, Eurico Marcos Diniz de. Lançamento Tributário. São Paulo: Editora Max Limonad, 1996. p. 30.

⁴⁷ KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Tradução: J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 2. ed. São Paulo: RT, 2002. p. 30.

⁴⁸ SANTI, Eurico Marcos Diniz de. Lançamento Tributário. São Paulo: Editora Max Limonad, 1996. p. 30.

O primeiro, o plano sintático, estuda a relação dos signos com outros signos. O plano semântico preocupa-se com a relação dos signos com aquilo que designam (o significado ou a significação). Já o aspecto pragmático relaciona os signos com os “utentes da linguagem⁴⁹”. E, como dito acima, o enfoque do estudo está no plano sintático, ou seja, buscaremos compreender as formas lógicas no estudo das proposições normativas.

Preocupa-se, então, em formalizar a linguagem existente no direito positivo, pois todas as normas apresentam a possibilidade de se mostrarem em linguagem formalizada e, assim, apresentam a mesma estrutura básica sintática.

Ou seja, quando se reduz a diversa modalidade verbal à estrutura lógica, obtém-se a fórmula geral: “se se dá um fato F qualquer, então o sujeito Sa deve fazer ou deve omitir ou pode fazer ou omitir conduta C ante outro sujeito Sp – assim deve ser⁵⁰”. Quer dizer, se reduz à linguagem totalmente formalizada: $D [h \rightarrow R (Sa, Sp)]$.

O professor disseca o conteúdo da expressão assim⁵¹:

“D” functor-de-functor indicador da operação deontica incidente sobre a relação de implicação interproposicional, é o functor “D” (deve ser vínculo implicacional) que constitui o nexó jurídico das proposições jurídicas intranormativas (hipótese e tese); “h”, hipótese; “ \rightarrow ”, conectivo implicacional; e “R(Sa, Sp)”, tese. Nesta, “R” é variável relacional que no universo deontico triparte-se nos modais obrigatório (O), permitido (P) e proibido (V); “Sa” e “Sp” são os termos, relato e referente, desta relação. As formas lógicas são estruturas compostas por variáveis e constantes. Estas, sincategoremas, são invariáveis operacionais que articulam internamente a fórmula proposicional ou funtores de inter-relacionamento proposicional; aquelas, categoremas, variáveis-de-objetos, de-significados ou de-sujeitos. Aplicadas estas noções à fórmula $D [h \rightarrow R (Sa, Sp)]$, infere-se que os funtores “D” e “ \rightarrow ” são sincategoremas, respectivamente da classe de operadores interproposicionais; “R” é variável functorial, cujos sincategoremas substituintes são aqueles já mencionados (O), (P) e (V), todos da classe dos operadores intraproposicionais; enquanto que “h”, “Sa” e “Sp” são categoremas, variáveis que se tornam significativas a partir dos conteúdos de direito positivo.

⁴⁹ WARAT, Luis Alberto. O direito e sua linguagem. 2. ed. Porto Alegre: SAFE, 1995. p. 39.

⁵⁰ VILANOVA, Lourival. As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 51.

⁵¹ Ibidem, p. 52.

Desta feita, pode-se observar a hipótese e a tese. E para melhor compreensão dizemos que a hipótese implica a tese. A primeira descreve uma possível situação fática do mundo natural ou social. Já a tese é o “prescritor da relação em que um sujeito Sa fica em face de outro sujeito Sp⁵²”.

Em princípio, pode-se concluir que, como disposto, a associação de um descritor (hipótese) a um prescritor (tese) por um conector, denominado functor deôntico neutro, configura a estrutura lógica da proposição normativa jurídica.

No entanto, esta é apenas uma parte da norma jurídica completa. E esta completude normativa pressupõe uma “bimembridade constitutiva⁵³”.

Divide-se em dois membros. E o primeiro destes é a norma primária. Já o segundo é a norma secundária. EURICO DE SANTI⁵⁴, em palavras explicativas dispõe:

A norma primária vincula deonticamente a ocorrência de dado fato a uma prescrição (relação jurídica); a norma secundária conecta-se sintaticamente à primeira, prescrevendo: se se verificar o fato da não ocorrência da prescrição da norma primária, então deve ser uma norma jurídica que assegure o cumprimento daquela primeira, ou seja, dada a não observância de uma prescrição jurídica deve ser uma sanção.

Assim, a estrutura formalizada completa da norma jurídica se apresenta desta maneira: $D [(p \rightarrow q) \cdot (-q \rightarrow S)]$. E, desmembrando-a, para melhor explicitação, traz-se imagem elaborada na obra de AURORA TOMAZINI⁵⁵:

$$\begin{array}{ccc}
 D [H \rightarrow R (Sa, Sp)] & \vee & [H' (-c) \rightarrow R' (Sa, Sj)] \\
 \underbrace{\hspace{10em}}_{\leftarrow c} & & \underbrace{\hspace{10em}}_{\leftarrow s} \\
 \text{norma primária} & & \text{norma secundária}
 \end{array}$$

Assim, pode-se dizer que norma primária (tem como pressuposto um possível estado das coisas) é aquela que estatui direitos e correspectivos deveres. São normas de direito material, que em

⁵² SANTI, Eurico Marcos Diniz de. Lançamento Tributário. São Pulo: Editora Max Limonad, 1996. p. 33-34.

⁵³ Ibidem, p. 36.

⁵⁴ Ibidem, p. 41

⁵⁵ CARVALHO, Aurora Tomazini de. Curso de Teoria Geral do Direito – O constructivismo lógico-semântico. São Paulo: NOESES, 2013, p. 241.

caso de desrespeito darão ensejo à sanção-coerção, que é a possibilidade de exercício do direito de ação. Assim, norma secundária (tem como pressuposto a não observância de conduta prescrita no conseqüente da norma primária) é a que estabelece a sanção-coação mediante o exercício da coação estatal por meio do ajuizamento de ação pelo ofendido.

Quem ofende a regra de direito material, assim, pode vir a ser - numa relação processual entre ofensor e ofendido -, réu, caso nascida a norma secundária

Como bem diz HANS KELSEN, onde há direito haverá normas jurídicas. E, necessariamente, tanto esse direito escrito, quanto as normas que do direito posto derivam, se manifestam através de linguagem. Repita-se: necessariamente!

Pois sem a linguagem impossível será estabelecer o processo comunicacional que é o mister trazido pelos textos jurídicos.

Linguagem serve a criar a norma jurídica primária (de direito material); serve a, ainda, ofender essa norma de direito material; serve ao exercício do direito de ação por parte do ofendido, com a constituição da norma jurídica secundária; serve a estabelecer as ligações relacionais (relações jurídicas matérias e processuais); serve ao Estado-juiz quando da prolação de sentença (norma concreta).

Linguagem, diga-se, é prescritiva, quando diz respeito ao direito positivo. Assim, a partir do direito positivado por autoridade que tenha competência para tanto, o intérprete tem os elementos necessários para que se chegue às normas jurídicas. Sim, direito escrito e normas jurídicas são “objetos” diferentes. O primeiro é originado a partir de atos daqueles previamente indicados como competentes para fazê-lo.

Normas jurídicas, por outra via, são, como leciona PAULO DE BARROS CARVALHO⁵⁶, expressões irredutíveis da manifestação do deôntico. Necessário é, para as normas, que exista um *quantum* mínimo formal para que se dê os comandos previstos positivamente. O destinatário necessita de um mínimo de estrutura formal para compreender os comandos jurídicos.

Com atos de significação o homem constrói, a partir dessas regras de direito positivo, as normas jurídicas.

⁵⁶ CARVALHO, Paulo de Barros. Direito tributário - linguagem e método. 6ª ed. São Paulo: Noeses, 2015, p. 627.

TÁREK MOUSSALLEM, mais uma vez, nos socorre ao ensinar que: “[...] o enunciado prescritivo é a estrutura sintático-gramatical, enquanto a norma jurídica é a estrutura lógico-sintática de significação. A norma jurídica é o arquétipo lógico obtido pela formalização do direito positivo”⁵⁷.

Portanto, expressões como *ordens*, *prescrições* ou *comandos* diferem-se *normas jurídicas*. E, simbolicamente, todas as normas jurídicas representam-se por $D [f \rightarrow (S'RS'')]$, que significa, basicamente, que dado que se verifique a ocorrência de um fato previsto hipoteticamente na legislação, deve ser instalada a relação jurídica entre sujeitos.

2.2. ENUNCIADOS PRESCRITIVOS E NORMAS JURÍDICAS

Como visto, a implicação é o mister primordial das normas jurídicas, após a leitura dos enunciados prescritivos. Normas não se confundem com enunciados prescritivos. Normas não se confundem com direito positivo. E direito positivo e enunciados prescritivos podem não significar o mesmo. Isso porque um enunciado prescritivo sempre será direito positivado. Sempre será direito escrito.

Virá, obviamente, em decorrência do trabalho das fontes do direito, do trabalho do legislador. Entretanto, nem todo texto de lei será um enunciado prescritivo, na medida em que nem sempre aquele texto, oriundo da atividade do legislador (*lato sensu*) terá uma intenção prescritiva. Pode apenas servir à classificação, nomenclatura, determinações não implicacionais. Enunciado prescritivo, como o nome diz, prescreve condutas.

A partir dos enunciados que o ser humano organiza em sua mente, num esforço intelectual, de forma a compor as normas jurídicas (completas). Usa-se a expressão “completa” apenas para dar destaque ao fato de que necessária é a completude da junção dos enunciados prescritivos para que a norma jurídica esteja em sua completude semântica. Sem isso, violar-se-á a máxima de que norma jurídica é a expressão irreduzível da manifestação do deontico. Menos que o mínimo deixaria capenga de sentido a possível norma.

⁵⁷ MOUSSALLEM, Tárek Moysés. *Revogação em matéria tributária*. São Paulo: Noeses, 2005. p. 105

O trabalho mental do destinatário é que agrupa os referidos enunciados intelectivos, excluindo os excessos e aglutinando o essencial, na formação desse mínimo necessário à formação da norma jurídica. Os enunciados, assim, agrupam-se na estrutura sintática da norma, tanto no antecedente, como no conseqüente. Enunciados isolados possuem força prescritiva, mas força normativa eles só terão a partir do momento em que integrarem norma jurídica.

É de se dizer também que a partir do momento em que integram a norma, os enunciados prescritivos deixam de ser enxergados apenas como enunciados isoladamente, passando a ser vistos como norma, como um todo.

A norma reunirá os enunciados necessários, os fundirá e a eles dará uma estrutura única, mínima e irreduzível, que determinará uma aplicação ao mundo fático na medida em que ocorra o que é previsto hipoteticamente. Inclusive, a relação subjetiva que se formará a partir da ocorrência, no mundo fenomênico, do abstratamente previsto.

É de se destacar, ainda, que pode ser que ocorra a extração de uma norma jurídica a partir de um único artigo de lei. Mas isso não é o comum. Ou melhor, isso é extremamente incomum, devendo aquele que busca a norma em sua completude deôntica procurar em outros enunciados do mesmo documento legal e, até em outro diploma, os elementos necessários para a formação da norma jurídica.

Assim, muitas vezes, vê-se que há um esforço dentro do sistema jurídico, para que a norma jurídica, em seu mínimo deôntico, possa ser localizada.

Enunciados, aqui se diz, como sendo o resultado do esforço de enunciação, qual seja, aquela produção de texto (com base na linguagem), na qual o emissor deseja se comunicar com o receptor. Ademais, é de se expor que há ainda, diferentemente dos enunciados e das normas, a existência das proposições, que em KELSEN servem apenas para mencionar o conteúdo dos enunciados descritivos da Ciência do Direito.

Entretanto, filósofos do Direito, acompanhando o desenvolvimento das teorias linguística, como diz LOURIVAL VILANOVA⁵⁸, trouxeram a classificação em proposições prescritivas e proposições descritivas. Logo, falar em normas implícitas será redundante, na medida em que

⁵⁸ VILANOVA, Lourival. *Lógica Jurídica*. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1976. p. 51.

as normas, necessariamente, encontram-se na implicitude dos textos. Inclusive, pelo mesmo raciocínio, não há normas explícitas.

Essas normas jurídicas situam-se no plano imaterial das significações. Importante aplicação dessa distinção é saber se há ou não norma jurídica sem sanção. A resposta é simples: não. O que há são enunciados prescritivos sem normas sancionatórias, porque, segundo PAULO DE BARROS CARVALHO⁵⁹, o que há são enunciados prescritivos sem normas sancionatórias que lhes correspondam, porque estas somente se associam a outras normas jurídicas prescritoras de deveres.

Assim, normas jurídicas sem normas sancionatórias não existem. Mas normas sem normas sancionatórias, existem sim, como o caso de outros sistemas de normas (morais, religiosos...). Mais uma vez, PAULO DE BARROS CARVALHO expõe, se referindo às normas jurídicas, que: “A construção dessas unidades irreduzíveis de significação do deontico-jurídico pressupõe a inserção de enunciados prescritivos na ordenação total, revestindo todos os caracteres formais exigidos pelo sistema, e isso é tarefa privativa dos órgãos, pessoas físicas ou jurídicas, para tanto habilitadas”⁶⁰.

2.3. O ANTECEDENTE NORMATIVO

Ao se constituir a norma jurídica, faz-se com a introdução de dois elementos básicos: uma proposição-antecedente e uma proposição-teste. Uma proposição-antecedente descreve evento de possível ocorrência no mundo dos fatos, no mundo social, no mundo fenomênico, na condição de suposto normativo. Isso implica uma proposição-tese, que impõe a relação entre os sujeitos abarcados pela norma jurídica, os quais relacionar-se-ão caso ocorra a referida situação fática.

Esse último é o conseqüente normativo. Nesse sentido, vê-se que o antecedente e o conseqüente se unem, antes de tudo, por uma vontade legislativa. Se ocorrer o previsto no antecedente, então

⁵⁹ CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário – Fundamentos Jurídicos da Incidência*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 21.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 25.

deve ser o consequente. Demonstrando-se, assim, um *dever ser* neutro, em outro dizer, ele não apa-rece modalizado nas formas *proibido*, *permitido* e *obrigatório*.

Qualquer norma jurídica prevê nesse sentido. Como dito, a proposição-antecedente descreverá um evento de possível ocorrência no campo da experiência social, sem submetê-la ao critério de verificação empírica, assumindo os valores de *verdadeiro* e *falso*.

Não se trata, aqui, de proposição de verificação do real. Só serve a prever um evento de possível ocorrência. Inclusive, o suposto, o antecedente, só atua no campo do possível. Só pode prever situação que é de possível ocorrência no mundo dos fatos.

Importante destacar as sempre acertadas e precisas palavras de PAULO DE BARROS CARVALHO: “Se a hipótese fizer a previsão de fato imponível, a consequência que prescreve uma relação deontica entre dois ou mais sujeitos, nunca se instalará, não podendo a regra ter eficácia social”⁶¹.

Se a hipótese prever algo de impossível ocorrência a consequência (a tese) nunca se instalará com a hipotética relação prevista na legislação. Assim, a regra não teria eficácia social, na medida em que estaria comprometida sob o viés semântico. É um exemplo claro do que se chama de sem-sentido deontico.

Ainda que sintaticamente esteja perfeita, importante destacar que só após a experiência social será possível aferir a validade ou falsidade dos enunciados descritivos. PAULO DE BARROS CARVALHO explicita⁶²:

Anote-se que o suposto normativo não se dirige aos acontecimentos do mundo com o fim de regra-los. Seria inusitado absurdo obrigar, proibir ou permitir as ocorrências factuais, pois a subespécies deonticas estarão unicamente no prescritor. A hipótese guarda com a realidade uma relação semântica de cunho descritivo, mas não cognoscente, e esta é sua função denotativa ou referencial.

⁶¹ CARVALHO, Paulo de Barros. Direito Tributário, linguagem e método. 2 ed. São Paulo: Noeses, 2008. p. 132.

⁶² Ibidem, p. 25.

LOURIVAL VILANOVA destaca que a hipótese trata de uma “[...] proposição descritiva de situações objetivas possíveis, com dados de fato incidente sobre a realidade social e não coincidente com a realidade”⁶³. Ainda que “[...] o fato se torna jurídico porque ingressa no universo do direito através da porta da hipótese”⁶⁴.

Dessa maneira, o antecedente da norma delinea o acontecimento de um determinado fato.

2.4. O OPERADOR DEÔNTICO INTERPROPOSICIONAL

Antes de mais nada há que se buscar fonte em KELSEN, novamente, que faz uma distinção entre as leis da natureza, aquelas que se sujeitam ao princípio da causalidade física, e as leis jurídicas, organizadas dentro de uma imputabilidade deôntica.

É a distinção entre o *ser* e o *dever-ser*. Tanto numa, quanto noutra realidade, tem-se a implicação, qual seja, o conectivo ligando o antecedente ao conseqüente. No entanto, quando se está diante de implicação regrada pelo “dever-ser” as proposições implicante e implicada são postas por ato de autoridade.

O operador deôntico nesse caso é interproposicional, ou seja, relaciona a proposição-antecedente e a proposição-conseqüente. Em função lógica: $D(p \rightarrow q)$. Deve ser que p implique q .

É de se lembrar que na estrutura lógica-normativa encontrar-se-á outro “dever ser”, que se localiza na conseqüente da norma, ostentando caráter interproposicional, que aproxima dois ou mais sujeitos, diante de uma obrigação que deve ser cumprida por um deles e que pode ser exigida pelo outro.

Já conectivo INTRA-proposicional (localizado sintaticamente no conseqüente normativo) é tripartido nos modais *proibido* (V), *permitido* (P) e *obrigatório* (O).

Em outras palavras, o functor que liga hipótese e tese dá sustentáculo ao functor que liga os sujeitos da obrigação contida na tese. Sem a implicação não há, sequer, a relação. LOURIVAL

⁶³ VILANOVA, Lourival. As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo. São Paulo: RT, 1977. p. 89.

⁶⁴ Ibidem. p. 89

VILANOVA deixa claro, conforme citado por PAULO DE BARROS CARVALHO⁶⁵, que: “Generalizando, obtenho o conceito de norma jurídica. Agora, só formalizando obtenho o conceito de “dever ser”: ultrapassando a linguagem da Teoria Geral do Direito para ingressar na linguagem formal da lógica”.

Ainda, o professor LOURIVAL destaca:

Na implicação entre H e C, H é condição suficiente de C, porém não é condição necessária. A consequência C pode ter outros antecedentes, H', H'', H''', cada um, por si, bastante, para acarretar C. São, pois, possibilidades combinatórias válidas: a) H implica C; b) não-H implica não-C; c) não-H implica C. Exclui-se a combinação “H implica não-C” como logicamente impossível⁶⁶.

Ainda, sobre o “dever ser”, o professor LOURIVAL VILANOVA destaca:

Em rigor, o “dever-ser” é expressão sintática, é uma partícula operatória que se encontra na estrutura dos enunciados normativos, participando na sua lei de composição interna. Como partícula, carece de significação per se, não é por-si-só bastante para conduzir a uma expressão completa⁶⁷.

Dessa forma, o operador deôntico, de certa forma, faz a ligação entre o antecedente normativo e o conseqüente da norma jurídica. Estabelece o vínculo entre a hipótese da norma jurídica e o conseqüente, no qual está a determinação que será imposta aos sujeitos da relação que se formará.

⁶⁵ CARVALHO, Paulo de Barros. Direito Tributário – Fundamentos Jurídicos da Incidência. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 26.

⁶⁶ VILANOVA, Lourival. Causalidade e relação no direito. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 88.

⁶⁷ Ibidem, p. 88.

2.5. O CONSEQUENTE NORMATIVO

A proposição-tese é prescritora de condutas entre os sujeitos que se formarão, entre os sujeitos que se relacionarão, conforme previsto hipoteticamente. PAULO DE BARROS CARVALHO⁶⁸ expõe:

Na verdade, o prescritor da norma é, invariavelmente, uma proposição relacional, enlaçando dois ou mais sujeitos de direito em torno de uma conduta regulada como proibida, permitida ou obrigatória. Trata-se de uma relação entre termos determinados, que são necessariamente pessoas: S'RS". Nessa fórmula, S' é uma pessoa qualquer e S" é uma pessoa qualquer, desde que não seja S'. R é o relacional deontico, aparecendo num dos modais do dever-ser: V, O ou P, que são irreduzíveis, mas interdefiníveis, isto é, com o auxílio do conectivo negador (-), é dado definir um pelo outro (Op \equiv -P-p). Interpretando: dizer que uma conduta "p" é obrigatória equivale a afirmar que não é permitido omiti-la.

Importante lembrar que os únicos modais existentes são os três acima indicados. Nesse "dever ser" intraproposicional, que existe na tese, não há possibilidade para um quarto modal. A "faculdade", como diz PAULO DE BARROS CARVALHO, não é um 4º modal, na medida em que esse operador desempenha o papel de permissão bilateral. Trata-se da lei deontológica do quarto excluído: os modais deonticos são apenas três.

Os elementos S' e S" são representados por sujeitos de direito, são pessoas físicas ou jurídicas e não fatos ou relações. Importante destacar que a relação contida no consequente, inicialmente, deve ser analisada dentro da Teoria dos Predicados Poliádicos ou Teoria das Relações, que é tema de Lógica.

Dessa forma, as relações somente poderão se apresentar das seguintes maneiras: um com um (uni-unívoca ou biunívoca), um com vários (uni-plurívoca), vários com um (pluriunívoca) ou vários com vários (pluriplurívoca). Somente essas combinações são possíveis no direito posto.

⁶⁸ CARVALHO, Paulo de Barros. Direito Tributário – Fundamentos Jurídicos da Incidência. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 28.

Não haverá reflexividade nas relações jurídicas, na medida em que não se pode admitir uma relação jurídica consigo mesmo. As relações jurídicas são sempre assimétricas, visto que inexistirá identidade entre a relação originária e sua conversa: $(x \text{ Ro } y) \neq (y \text{ Rc } x)$.

AURORA TOMAZINI DE CARVALHO esclarece:

Pela hipótese, os fatos do mundo social ingressam no direito e pelo conseqüente eles se realizam na forma disciplinada pelo legislador, pois com a concretização dos comandos, a conseqüência normativa em fato social se transforma. A relação entre sujeitos, instituída como efeito do fato jurídico, nada mais é do que um fato relacional, um acontecimento limitado no espaço e no tempo, constituído em linguagem jurídica, envolvendo dois ou mais sujeitos, que se esgota na fixação do direito e do dever correlato a cada um. Neste sentido, podemos dizer que, assim como a hipótese, o conseqüente normativo delimita um fato, um fato relacional, por hora, para fixarmos a função do conseqüente na estrutura normativa é a de efetivamente prescrever condutas intersubjetivas a serem imputadas como efeitos dos fatos juridicizados pelo direito⁶⁹.

Em síntese, o conseqüente normativo é o lugar da norma jurídica no qual se institui um comando que deverá ser cumprido por um sujeito da relação que se forma (entre dois ou mais sujeitos).

2.6. NORMAS PRIMÁRIAS E NORMAS SECUNDÁRIAS

Mesmo que as normas jurídicas possam parecer, numa primeira análise, um organismo único, com estrutura hermeticamente fechada, elas têm feição dúplice. Na terminologia de CARLOS COSSIO⁷⁰ há, dentro da estrutura completa da norma, a endonorma, ou norma primária, que é a que prescreve um dever de modo a regular o fato que vier a ocorrer, dentro das balizas nor-

⁶⁹ CARVALHO, Aurora Tomazini de. Curso de Teoria Geral do Direito – O constructivismo lógico-semântico. São Paulo: NOESES, 2013, p. 231.

⁷⁰ Para Carlos Cossio, in COSSIO, Carlos. La teoría egológica del derecho. Buenos Aires: Losada, 1944. p. 302: “A norma jurídica completa, que como conceito adequado ao objeto mencionado não pode ser menos disjuntiva pela razão ontológica da interferência intersubjetiva, possui dois membros, aos quais propomos os chame de endonorma (conceito de prestação) e perinorma (conceito de sanção), não apenas para acabar com o caos das designações de normas primárias e secundárias que diferentes autores usam na direção oposta, mas para enfatizar que é uma norma única e não de duas normas, ponto indispensável para entender o conceito de norma jurídica com julgamento disjuntivo”.

mativas previamente definidas. Em outro dizer, aquele fato hipotético previsto no suposto, no antecedente.

E, ainda, há a norma secundária, ou perinorma, que é aquela que prescreve uma sanção, da qual o Estado se valerá em caso de descumprimento do que estabelece a norma primária.

Sanção aqui não se aplica como punição, mas a possibilidade de o sujeito ativo da norma primária, ou seja, aquele que possui o direito material (norma primária) e que teve esse direito desrespeitado, de buscar junto ao Estado-juiz efetivação desse direito.

Em outros termos, é o direito subjetivo de ação (processual). Assim, não se trata de uma relação jurídica punitiva, em razão de alguma ilicitude, mas uma relação jurídica de cunho processual, na qual se postula a atuação do Estado, usando de sua coatividade, para que o direito material seja assegurado.

Importante dizer que não há regra jurídica sem sanção, ou seja, sem a respectiva norma secundária (processual).

A estrutura formal das normas, tanto a primária, como a secundária, é a mesma: $[D(p \rightarrow q)]$. O que não é constante é o lado semântico, na medida em que na norma secundária, que estabelece a sanção (relação processual, adjetiva), a hipótese é exatamente a previsão do descumprimento do que prescreve a norma primária (relação de direito material).

E o conseqüente é a formação da relação jurídica que se dá entre o sujeito ativo (que se mantém nesse polo da relação) e o Estado-juiz, em sua função jurisdicional.

Isso é o que LOURIVAL VILANOVA⁷¹ classifica como *relação-de-ordem não simétrica*. Formalmente, simbolicamente, a norma secundária mostra-se dessa maneira: $D[(p.-q) \rightarrow S]$.

PAULO DE BARROS CARVALHO⁷² explica a estrutura assim:

E com o desdobramento de $S:(S'RS''')$, em que p é a ocorrência do fato jurídico; “.”, o conectivo conjuntor; -q a conduta descumpridora do dever; “ \rightarrow ”, o operador implicacional; e S a sanção, desdobrada em S', como sujeito ativo (o mesmo da relação da norma primária; R, o relacional deôntico; e S''', o Estado-Juiz, perante quem se postula o exercício da coatividade

⁷¹ VILANOVA, Lourival. *As Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo*. São Paulo: Noeses, 2010. p. 64.

⁷² CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário – Fundamentos Jurídicos da Incidência*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 32.

jurídica. A Teoria Geral do Direito refere-se à relação jurídica prevista na norma primária como de índole material, enquanto a estatuída na norma secundária seria de direito formal (na acepção processual, adjetiva). [...] As duas entidades que, juntas, formam a norma completa, expressam a mensagem deôntico jurídica na sua integridade constitutiva, significando a orientação da conduta, juntamente com a providência coercitiva que o ordenamento prevê para seu descumprimento. Em representação formal: $D\{(p \rightarrow q) \vee [(p \cdot \neg q) \rightarrow S]\}$. Ambas são válidas no sistema, ainda que somente uma venha a ser aplicada ao caso concreto. Por isso mesmo, empregamos o disjuntor includente (“ \vee ”), que suscita o trilema: uma ou outra ou ambas. A utilização desse disjuntor tem a propriedade de mostrar que as duas regras são simultaneamente válidas, mas que a aplicação de uma exclui a da outra.

Vê-se, assim, que a gênese da norma secundária é o descumprimento da norma jurídica primária de cunho de direito matéria. Essa norma primária, que possui uma relação jurídica de direito material, como por exemplo, uma relação entre o Poder Público e o administrado pode ser descumprida por agente administrativo, com a formalização de ato administrativo eivado de vício de legalidade (ato ilegal).

Caso isso ocorra, surge a possibilidade de o administrado recorrer ao Estado-juiz com vistas a ter seu direito material restabelecido, através da coatividade estatal. Vê-se que, nesse caso, o Estado figura como sujeito da norma primária e sujeito da norma secundária (na condição de Estado-juiz). O próprio Estado, em função distinta, regula a ilegalidade praticada pelo Estado.

Caso sejam preenchidos os requisitos da Lei n. 12.016, de 2009, como a comprovação de plano da ofensa ao direito líquido e certo, o prazo decadencial de 120 dias para ajuizamento⁷³, dentre outros, o direito de ação do administrado poderá ser exercido através da impetração de mandado de segurança, cujo ato coator (desrespeito à norma primária) é objeto desse trabalho.

⁷³ Lei n. 12.016/2009: Art. 23. O direito de requerer mandado de segurança extingue-se-á decorridos 120 (cento e vinte) dias, contados da ciência, pelo interessado, do ato impugnado.

2.7. NORMAS GERAIS E INDIVIDUAIS; E ABSTRATAS E CONCRETAS

Comumente a doutrina, para classificar as normas como gerais, individuais, abstratas e concretas, vale-se, somente, da análise do antecedente normativo, da hipótese da norma. Entretanto, esse estudo, de certa forma superficial, não é o mais apropriado. Conforme PAULO DE BARROS CARVALHO expõe⁷⁴: “A compostura da norma reclama atenção para o consequente: tanto pode haver indicação individualizada das pessoas envolvidas no vínculo, como pode existir alusão genérica aos sujeitos da relação”.

A norma poderá ser classificada como concreta ou abstrata, sim, de acordo com o antecedente normativo, na medida em que, é nessa seção da norma jurídica em que há a descrição de um evento de possível ocorrência no mundo fenomênico: (1) não se podendo determinar no tempo e no espaço (norma abstrata); ou (2) quando se pode determiná-lo no tempo e no espaço (norma concreta).

TÁREK MOYSÉS MOUSSALLEM afirma:

Como o antecedente da norma abstrata é um enunciado conotacional, não podemos afirmar, com rigor linguístico, existir um fato jurídico. O antecedente da norma abstrata possui critério de identificação de um fato jurídico, não o fato propriamente dito⁷⁵.

Importante destacar que a hipótese pode descrever *fato concreto*, mas na tese isso é impossível, visto que a prescrição de uma conduta deve ser em termos abstratos. Prescrição de conduta que já se consolidou no tempo é um sem-sentido deôntico.

É comum dizer que no direito positivo, em sua hierarquia, normas gerais e abstratas ocupem o cume da pirâmide. À medida que o direito vai se positivando, os “graus” de concretude e de individualidade vão se acentuando, com o fito de regular as condutas das pessoas.

⁷⁴ CARVALHO, Paulo de Barros. Direito Tributário – Fundamentos Jurídicos da Incidência. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 33.

⁷⁵ MOUSSALLEM, Tárek Moysés. Fontes do Direito Tributário. In: Curso de Especialização em Direito Tributário. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005. p. 104.

Já as normas individuais e concretas podem ser observadas com a verificação do conseqüente normativo, visto que nessa seção da norma jurídica que estão discriminados os sujeitos da relação jurídica que se formou ou que se constituirá. Na norma jurídica individual a relação já se aperfeiçoou. Na norma jurídica geral o que existe são critérios para determinar uma possível relação jurídica.

RODRIGO DALLA PRIA, com esclarecedoras palavras, define os conceitos assim:

Será abstrata a norma cujo antecedente for composto por enunciados indicativos de eventos do mundo fenomênico, pressupondo a não-ocorrência dos últimos, e, por via de consequência, a não incidência da norma. Por outro lado, teremos norma concreta quando o antecedente desta resultar de ato de aplicação da norma abstrata a fato efetivamente ocorrido no mundo real. Portanto, enquanto primeira pressupõe a não incidência, a segunda, ao contrário, pressupõe a incidência normativa. A verificação da generalidade ou individualidade de uma determinada norma jurídica é verificada por meio da análise dos sujeitos que compõem a relação jurídica localizada em seu conseqüente. Se os sujeitos da relação forem indeterminados, teremos norma geral; se, porém, ambos os sujeitos ou, pelo menos um deles, estiver perfeitamente determinado, teremos norma individual⁷⁶.

Outro trecho da obra de PAULO DE BARROS⁷⁷ é extremamente esclarecedor: “E nessa sucessão de normas, baixando incisivamente para o plano das condutas efetivas, que chamamos “processo de positivação do direito”, entre duas unidades estará sempre o ser humano praticando aqueles fatos conhecidos como fontes de produção normativa”. Assim, nas normas gerais o antecedente prevê acontecimentos futuros: se ocorrer o fato F, enquanto que nas normas individual e concreta: dado que ocorreu o fato F.

EURICO MARCOS DINIZ DE SANTI afirma categoricamente:

Entretanto, apresentam funções prescritivas diversas: as normas gerais e abstratas voltam-se para o futuro e para todos, utilizam-se de enunciados conotativos, informando a conduta que ainda não aconteceu; as normas individuais e concretas são denotativas, dirigem-se ao passado para construir fatos passados e prescrever condutas, imprimindo caráter de definitividade ao sentido do direito. Sem normas individuais e concretas, o direito não alcança essa necessária objetividade e certeza. Daí podermos afirmar

⁷⁶ PRIA, Rodrigo Dalla. O direito ao processo. In: CONRADO, P. C. (Coord.). Processo tributário analítico. Vol. I. São Paulo: NOESSES, 2015. p. 07.

⁷⁷ CARVALHO, Paulo de Barros. Direito Tributário – Fundamentos Jurídicos da Incidência. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 34.

que estas e aquelas submetem-se a regimes jurídicos diversos, em função dos fins que buscam atingir⁷⁸.

PAULO DE BARROS, para “facilitar a transmissão expositiva”⁷⁹ sugere usar o signo “hipótese” para aludir ao suposto da norma geral e abstrata e “antecedente” para o antessuposto da norma individual e concreta.

2.8. NORMAS DE CONDUTA E NORMAS DE ESTRUTURA

Em termos gerais toda norma jurídica disciplina uma conduta intersubjetiva. Ou seja, tanto as comumente chamadas *normas de conduta*, como as *normas de estrutura* são, na verdade, normas de conduta.

Essa última encaixa-se na qualidade de norma de conduta, na medida em que regula a conduta do ente legislativo, daquele que elabora novas regras de direito positivo e, conseqüentemente, novas normas jurídicas.

As primeiras, normas de conduta que regem relações intersubjetivas (excetuando o processo legislativo), as modalizam deonticamente como obrigatórias (O), proibidas (V) e permitidas (P). PAULO DE BARROS CARVALHO acentua⁸⁰: “Essas regras, quando satisfeito o direito subjetivo do titular por elas indicado, são terminativas de cadeias de normas”. Já as normas de estrutura (também normas de conduta, como visto) produzem novas estruturas deôntico-normativas.

RODRIGO DALLA PRIA, citando TÁREK MOYSÉS MOUSSALLEM, esclarece:

Adaptando os ensinamentos de Tárek Moysés Moussallem aos nossos interesses didáticos e fazendo uma espécie de redução conceitual (sem alteração das ideias do autor), podemos afirmar que as normas jurídicas gerais

⁷⁸ SANTI, Eurico Marcos Diniz de. Norma, Evento, Fato, Relação Jurídica, Fontes e Validade no Direito. In: Curso de Especialização em Direito Tributário. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005. p. 22.

⁷⁹ CARVALHO, Paulo de Barros. Direito Tributário – Fundamentos Jurídicos da Incidência. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 34.

⁸⁰ Ibidem. p. 36.

e abstratas podem ser classificadas em: a) normas de conduta, quando se dirigem à conduta humana mediata ou imediatamente, como escopo final; b) normas de estrutura (destinadas à produção normativa), quando se voltam à conduta humana com a finalidade de pautar a produção normativa. Da aplicação tanto de uma espécie quanto de outra, constituem-se normas individuais e concretas (no caso da aplicação de normas de produção, também poderão surgir normas gerais e abstratas), as quais se diferenciarão pela natureza das relações jurídicas verificadas em seus consequentes. As relações jurídicas individualizadas pela aplicação de normas gerais de conduta (também chamadas de normas de comportamento) denominam-se relações jurídicas efectuais; por outro lado, aquelas individualizadas por meio da aplicação de normas gerais de estrutura, são chamadas de relações jurídicas intranormativas⁸¹.

Ou seja, as normas de conduta regulam a conduta humana e as normas de estrutura regulam a produção normativa, assim, regulam a atividade daqueles que têm competência constitucionalmente ou legalmente previstas para produzir outras normas (seja de conduta ou de estrutura).

CRISTIANE MENDONÇA aponta o que diferencia uma de outra:

O diferencial entre as denominadas normas de estrutura e as normas de conduta está em que as primeiras estruturam o processo criativo do direito (tributário, administrativo, constitucional, etc), ou seja, estabelecem como devem ser criadas as normas jurídicas no espectro sistêmico, quer gerais e abstratas, quer individuais e concretas; enquanto as últimas objetivam atingir determinados comportamentos dos sujeitos de direito no âmbito do inter-relacionamento social (o pagamento de tributo, o cumprimento de deveres instrumentais etc.). Incluem-se entre as primeiras as normas constitucionais que autorizam os distintos órgãos dos entes políticos a criar as relações jurídicas instituidoras de tributos. E, entre as últimas, as regras-matrizes de incidência tributária, que estabelecem as hipóteses, que, uma vez verificadas no plano fenomênico, implicam o dever de o sujeito passivo receber um determinado valor patrimonial, expresso em dinheiro⁸².

Ainda, PAULO DE BARROS, estabelece: “No primeiro caso, a ordenação final da conduta é objetivo pronto e imediato. No segundo, seu caráter é mediato, requerendo outra prescrição que

⁸¹ PRIA, Rodrigo Dalla. O direito ao processo. In: CONRADO, P. C. (Coord.). Processo tributário analítico. Vol. I. São Paulo: NOESSES, 2015. p. 08.

⁸² MENDONÇA, Cristiane. Competência Tributária. São Paulo: Quartier Latin, 2004. p. 64.

podemos dizer intercalar, de modo que a derradeira orientação dos comportamentos inter-subjetivos ficará a cargo de unidades que serão produzidas sequencialmente”⁸³.

Exemplo de norma de conduta: regras-matrizes de incidência dos tributos. Exemplo de norma de estrutura: normas que outorgam competência, inclusive regras de imunidade tributária.

2.9. VALIDADE, VIGÊNCIA, EFICÁCIA

Sistema jurídico, expressão ambígua, mas aqui é entendida como conjunto de normas válidas. PAULO DE BARROS CARVALHO⁸⁴ clarifica o tema:

A validade não deve ser tida como predicado monádico, como propriedade ou como atributo que qualifica a norma jurídica. Tem status de relação: é o vínculo que se estabelece entre a proposição normativa, considerada na sua inteireza lógico-sintática e o sistema do direito posto, de tal sorte que ao dizermos que u’ a norma “n” é válida, estaremos pensando que ela pertence ao Sistema “S”. Ser norma é pertencer ao sistema, o “existir jurídico específico” a que alude Kelsen.

Mas qual a característica de uma norma para ser considerada pertencente ao sistema “S”? KELSEN, como sabido, diz que a norma será válida e pertencente ao sistema jurídico se for produzida por órgão credenciado pelo próprio sistema, de acordo com o procedimento previamente previsto nesse mesmo sistema.

O confronto com a norma superior, dentro da hierarquia do sistema empírico, é fundamental para que se verifique a validade (controle) da norma jurídica analisada.

DANIEL MENDONÇA⁸⁵, citado por PAULO DE BARROS CARVALHO, contudo, diz que esses critérios não são suficientes para classificar uma norma como válida. Para ele, pensar como Kelsen seria partir do pressuposto de que o sistema já tivesse outras regras.

⁸³ CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário – Fundamentos Jurídicos da Incidência*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 36.

⁸⁴ *Ibidem*. p. 50.

⁸⁵ MENDONÇA, Daniel. *Obligaciones, normas y sistemas*. Theoria, Madrid, 1996, v. IX, n. 20.

Assim, com base em BULYNG⁸⁶ existiriam quatro critérios a serem observados para verificação de pertinência de uma norma ao sistema e, dessa maneira, de sua validade: (1) critério de extensionalidade para normas soberanas; (b) critério de legalidade para as normas formuladas; (c) critério de dedutibilidade para as normas derivadas; e (d) critério de estabilidade para as normas formuladas e as normas derivadas.

De qualquer maneira, para que uma norma seja válida, ela deve preencher os requisitos de pertinência ao sistema. E ela deixa de ser válida quando é “expulsa” do sistema. Interessante tema é o da ab-rogação, na medida em que é de se esclarecer se esse fenômeno retira a validade da norma jurídica. Retira ou não retira? A ab-rogação retira, sim, a vigência da norma, não sua validade, na medida em que a norma continua pertencente ao sistema.

Quando ab-rogada a norma não mais juridiciza fatos posteriores à sua ocorrência. Apenas fatos passados. PAULO DE BARROS CARVALHO⁸⁷ conclui: “Entretanto, sempre que uma norma jurídica seja ab-rogada, sem ter adquirido vigência, ou quando a vigência foi extinta após intervalo de tempo que impeça sua aplicação, nesses casos a ab-rogação opera diretamente sobre a validade, agora sim, expulsando-a do sistema”.

Com coerência ao corte metodológico que se faz neste trabalho, pode-se definir vigência como a força que a norma tem para regular as condutas inter-humanas. Ou seja, é a qualidade que certas regras têm de propagar seus efeitos, quando no mundo fenomênico, dos fatos, ocorre o que resta previsto no antecedente normativo.

AURORA TOMAZINI DE CARVALHO sintetiza que:

Vigência é a qualidade da norma jurídica, que está apta a produzir efeitos no mundo do direito. É adquirida após o decurso de prazo da *vacatio legis* e se estende integralmente até o momento em que é revogada, ou que se esgota o prazo prescrito para sua duração, quando passa, então, a apresentar tal característica parcialmente (apenas em relação aos fatos passados), até que se esgotem todas as possibilidades de sua aplicação⁸⁸.

⁸⁶ BULYNG, Eugenio. Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos, Alicante: Revista Doxa, n. 10. p. 263-264.

⁸⁷ CARVALHO, Paulo de Barros. Direito Tributário – Fundamentos Jurídicos da Incidência. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 52.

⁸⁸ CARVALHO, Aurora Tomazini de. Curso de Teoria Geral do Direito – O constructivismo lógico-semântico. São Paulo: NOESES, 2013, p. 772.

Assim, uma norma válida (contida no sistema do direito positivo) pode não vigor, pode não ter vigor, na medida em que ainda não esteja apta a propagar seus efeitos ou já tenha perdido essa característica de propagar efeitos. Exemplo de norma válida, mas que ainda não vige, é aquela que está em *vacatio legis*.

Essa regra está posta no sistema, da forma correta, mas há condição temporal (previamente prevista) para começar a vigor. PAULO DE BARROS CARVALHO⁸⁹ define que “vigência significa o atributo da norma que está preparada para incidir no mundo social, regulando deonticamente as condutas intersubjetivas”.

Importante destacar o que é ineficácia técnica: quando a norma é válida e vige de forma plena, mas é impossibilitada de atuar, ou porque inexistem outras regras de hierarquia inferior que impedem que o fato do mundo social seja atingido ou porque, mesmo que prevejam ocorrências do mundo factual possíveis, por dificuldades de ordem material, não existam condições para que incidam.

Assim, eficácia técnica é, conforme PAULO DE BARROS CARVALHO, “a qualidade que a norma ostenta, no sentido de descrever fatos que, uma vez ocorridos, tenham aptidão de irradiar efeitos jurídicos, já removidos os obstáculos materiais ou as impossibilidades sintáticas”⁹⁰.

Por sua vez, a eficácia diz respeito à efetiva produção de efeitos pela norma. Contudo, didaticamente, a eficácia pode ser subdividida em três espécies: eficácia técnica; eficácia jurídica; e eficácia social. Mais uma vez AURORA TOMAZINI DE CARVALHO expõe de maneira cirúrgica o que significa cada uma dessas “eficácias”. Veja-se:

Eficácia refere-se à produção de efeitos normativos, pode ser dividida em três espécies: (i) eficácia técnica que é a característica da norma jurídica que apresenta todas as condições para ser aplicada, ou executada; (ii) eficácia jurídica – em sentido estrito – é a qualidade do fato jurídico de produzir os efeitos que lhe são próprios, devido à causalidade intranormativas, em decorrência da aplicação de normas jurídicas; e – em sentido amplo – o predicativo atribuído à norma aplicada; (iii) eficácia social é a propriedade da norma jurídica de desencadear efeitos sociais, observada quando do seu cumprimento reiterado pelos membros da coletividade⁹¹.

⁸⁹ CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário – Fundamentos Jurídicos da Incidência*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 53.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 56.

⁹¹ CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Curso de Teoria Geral do Direito – O constructivismo lógico-semântico*. São Paulo: NOESES, 2013, p. 772.

De certa forma, a no que tange ao tema proposto neste trabalho, o ato coator é válido, quando ejetado no Sistema por ato da autoridade coatora. É vigente a partir do momento em que é formalizado ou, formalizado, a partir do momento em que no corpo do próprio ato se determina o momento em que ele passará a vigor.

Por exemplo: ato de Auditor da Alfândega no sentido de impossibilitar a partir de determinada data que navios pintados da cor vermelha não possam atracar no Porto de Vitória-ES (situação hipotética absurda, mas que ilustra a questão temporal da vigência desse ato administrativo ilegal). Já a eficácia que nos interessa é a eficácia jurídica, que, no caso em tela, se dá com a efetiva emissão de efeitos pela norma jurídica do ato coator.

2.10. NORMA JURÍDICA PROCESSUAL. RELAÇÃO JURÍDICA PROCESSUAL

Traçadas as lições do que são e do que se compõem as normas jurídicas, há que trazer tais ensinamentos para o âmbito do processo, visto que o tema aqui exposto se refere às relações de direito material e de direito processual atinentes ao processo de mandado de segurança e ao seu objeto de ataque, qual seja o ato coator.

Processo, como bem define PAULO CESAR CONRADO, é:

Jurisdição e ação, como dever e direito abstratamente definidos no plano constitucional, não operam, pragmaticamente, por si: requisitam, para além de sua teórica evocação, a intervenção de um instrumento de os traduza no plano das relações concretas, instrumento esse ordinariamente reconhecido pelo vocábulo processo⁹².

Exercido esse direito de ação e exigido o direito de se obter a jurisdição do Estado-juiz, inicia-se o processo, instalando o vínculo relacional de cunho processual.

⁹² CONRADO, Paulo Cesar. Execução Fiscal. São Paulo: NOESES, 2013. p. 02.

A cada uma dessas relações (material e processual) se impõe a formação de um tipo de norma jurídica, sendo a de direito material uma norma jurídica primária e a de direito processual uma norma jurídica secundária.

EURICO MARCOS DINIZ DE SANTI é categórico ao afirmar que:

A norma primária sancionadora, como a norma secundária, tem por pressuposto o não-cumprimento de deveres ou obrigações; carece, entretanto, de eficácia coercitiva daquela. Nas normas primárias situam-se as relações jurídicas de direito material (substantivo), nas normas secundárias, as relações jurídicas de direito formal (adjetivo ou processual) em que o direito subjetivo é o de ação (em sentido processual). Têm-se, portanto, normas primárias estabelecedoras de relações jurídicas de direito material decorrentes de: (i) ato ou fato lícito, e (ii) de fato ou ato ilícito⁹³.

Ainda, o mesmo artigo, que compõe a introdução da obra Curso de Especialização em Direito Tributário: Estudos Analíticos em Homenagem a Paulo de Barros Carvalho, exemplifica bem as normas jurídicas primárias: “Normas primárias são, pois, aquelas oriundas do direito material, civil, comercial, administrativo, tributário; secundárias, as oriundas do direito processual positivo⁹⁴”.

Importante destacar que para se atribuir a nomenclatura de “primária” ou “secundária” à norma jurídica que contém a relação jurídica, não se leva em conta relação cronológica ou causalidade física, como ensina LOURIVAL VILANOVA⁹⁵, mas antecedente lógico e consequente lógico.

Nessa senda, a norma jurídica primária diz respeito às condutas entre os sujeitos, o direito que floresce dessas relações. Assim, nascem, dessas relações, direitos e deveres entre as pessoas. E essa é a razão para classificar-se a norma jurídica que daí se origina como primária de caráter material.

Diferentemente, na norma jurídica secundária se forma uma relação jurídica de ordem processual, pois essa está ligada à forma como se concretizará esse direito estabelecido na norma

⁹³ SANTI, Eurico Marcos Diniz de. Norma, Evento, Fato, Relação Jurídica, Fontes e Validade no Direito. In: Curso de Especialização em Direito Tributário. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005. p. 12.

⁹⁴ Ibidem, p. 13.

⁹⁵ VILANOVA, Lourival. As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 74.

primária, constando, nessa norma jurídica secundária, as relações entre as partes do processo e o Estado-juiz e do Estado-juiz e as partes do processo. Nunca entre as partes entre si.

Isso porque com o direito de ação o autor buscará o Poder Judiciário, como Estado-juiz para a finalidade de concretizar o seu direito pleiteado (esboçado na norma jurídica primária). Não se buscará o réu diretamente. Logo, na norma jurídica primária as relações são entre as partes e o Estado-juiz, linear ou angularmente. Nunca triangularmente, como é defendido por parte da doutrina.

A norma secundária instala-se com o exercício do direito de ação pela parte que teve seu direito material ofendido. A partir desse momento é que o descumprimento da norma primária enseja a sanção descrita por LOURIVAL VILANOVA e PAULO DE BARROS CARVALHO.

Não se trata de sanção como penalidade, mas como a possibilidade de aquele que teve o seu direito material ofendido (norma primária) buscar o Estado-juiz (Poder Judiciário) para que este, coativamente, faça a ofensa ser desfeita ou, caso isso não seja possível, determine compensação do ofendido com prestação de outra natureza (em quantia financeira, geralmente).

Interessante, assim, chamarmos a sanção de sanção-coerção, para que não se confunda com a sanção-penalidade.

Norma primária (material) e secundária (processual) são dependentes entre si. Existem harmonicamente e se complementando. Uma estabelecendo o direito, a outra no fito de concretizar o suposto direito previsto na norma primária.

Assim, a norma primária sem a secundária significa que a questão não terá o amparo do Estado-juiz. E a norma secundária sem a primária mostra situação em que se tem somente a ferramenta, sem a finalidade.

RODRIGO DALLA PRIA assevera:

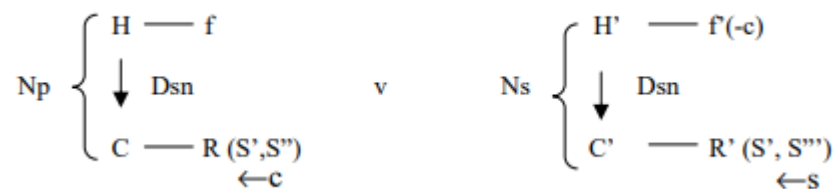
A norma secundária só é chamada de norma processual pela circunstância de ser extraída de contexto inserido num veículo normativo produzido exclusivamente em processos judiciais. Assim, para que se possa falar em norma secundária, é imprescindível que se reporte a uma norma de comportamento, produzida em processo jurisdicional e materializada mediante veículo processual: sentença, acórdão etc. Esta condição, no entanto, só se

torna possível nas ocasiões em que ocorre o julgamento do pedido (imediato e mediato) feito pelo autor, oportunizando a prolação de decisão de mérito, procedente ou não⁹⁶.

Dessa maneira, o conseqüente da norma primária importa no antecedente da norma secundária e o conseqüente da norma secundária é a relação processual que se forma através da relação das partes com o Estado-juiz. E ao final desse processo judicial, instaurado no conseqüente da norma secundária se profere decisão judicial (que é outra norma jurídica, agora primária, visto que estabelece direito material).

Essa norma primária (decisão judicial) produzida pode ser geral ou individual, mas sempre será concreta. Isso porque pode atingir uma ou mais pessoas, mas, necessariamente, deriva de um fato que ocorrera no mundo fenomênico e que fora discutido no bojo do processo judicial. Fato concreto, omissivo ou comissivo.

Vale a demonstração, com base em imagem elaborada por AURORA TOMAZINI, fundamentada no entendimento de PAULO DE BARROS CARVALHO, das representações das normas primária e secundária:



Sendo que a referida autora explica cada um dos elementos:

[...] a norma primária (Np) descreve, em sua hipótese (H), um fato de possível ocorrência (f) e em seu conseqüente (C) estatui uma relação (R), entre dois sujeitos (S' e S''), em torno do cumprimento da conduta ($\leftarrow \text{c}$). A norma secundária (Ns) toma como hipótese (H') o fato do não-cumprimento da conduta prescrita pela norma primária ($-\text{c}$), estabelecendo como conseqüência (C') uma relação (R') entre um dos sujeitos da relação da norma primária (S') e o Estado-Juiz (S'''), para exercício da coação estatal.

⁹⁶ PRIA, Rodrigo Dalla. O direito ao processo. In: CONRADO, P. C. (Coord.). Processo tributário analítico. Vol. I. São Paulo: NOESES, 2015. p. 26.

A relação de coordenação que se estabelece entre norma primária e norma secundária é de ordem não-simétrica. Como ensina LORIVAL VILANOVA, a norma sancionadora pressupõe, previamente, a norma definidora da conduta exigida. Há, assim, sucessividade temporal entre ambas. A primária prescreve uma conduta, a secundária toma como pressuposto a não observância desta conduta (prescrita no conseqüente da primária) para instaurar uma relação jurídica em que o Estado-Juiz assegure o seu cumprimento, mediante o exercício da coatividade estatal⁹⁷.

Importante destacar que na norma secundária do processo judicial se forma, além da relação entre auto e o Estado-juiz, pleiteando o seu direito exposto (e desrespeitado) na norma primária, a relação entre o Estado-Juiz e o réu.

Assim, diferente da ideia de relação triangularizada (equivocada, como dito anteriormente), se formam relações lineares (relação material). Contudo, as forças dessas relações jurídicas que fazem do Estado-juiz um ponto em comum, resultam, em termos lógicos, nessa linearidade se convertendo em angularidade, conforme defende LOURIVAL VILANOVA⁹⁸.

Repita-se: o autor, sentido seu direito (norma primária) ofendido, exerce seu direito de ação, e requer ao Estado-juiz, nascendo, nesse momento, a norma jurídica secundária. Essa norma, coativamente, promove contra o réu, no sentido de constituir linguagem (norma jurídica), que positiva a condenação. Por exemplo, o demandando restabelece o direito do demandante ou recompõe o que foi perdido em função da ofensa à norma material.

O autor direciona a petição inicial ao Estado-juiz e o réu direciona a sua defesa (contestação, por exemplo) também ao julgador, conforme PONTES DE MIRANDA:

Tanto o réu não é sujeito da relação processual entre autor e ele, que a petição se dirige ao juiz, não como intermediário entre ele e o réu, e sim como órgão do Estado, com poderes para aplicar o direito que incidiu no caso e resolver as questões. Em nenhum ponto da petição o autor invoca a outra parte, ou lhe expõe fatos ou pontos de direito. Trata-o com o Estado; e com o Estado é que a outra parte tratará, desde a citação; que o autor requer e é ordenada pelo Estado.⁹⁹

⁹⁷ CARVALHO, Aurora Tomazini de. Curso de Teoria Geral do Direito – O constructivismo lógico-semântico. São Paulo: NOESES, 2013, p. 238-239.

⁹⁸ VILANOVA, Lourival. Causalidade e relação no direito. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 189

⁹⁹ MIRANDA, Pontes de. Comentários ao Código de Processo Civil. Tomo IV. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979; p. 11.

Nos casos em que não há defesa do demandado ou que o processo é extinto antes de que o réu seja inserido, por exemplo, não há essa angularidade. Isso porque essa angularização das forças lineares das relações jurídicas entre autor-Estado-juiz e réu-Estado-juiz, nesses casos, não verifica. Se não existe força relacional do lado do demandado não há força de atração para angularizar-se com a relação linear entre autor e julgador.

Veja o que PAULO CESAR CONRADO, na obra *Processo Tributário*, diz:

Como decorrência da suposta existência de um conflito de interesses – verificado, por afirmação do autor, no seio da relação jurídica de direito material que o vincula ao réu -, podemos ir além, para reconhecer no processo uma relação tal qual aquela primeira (a de direito material), apenas qualificada pela inserção do Estado-juiz, figura de posição angular, para a qual são canalizados todos os atos comunicacionais de autor e réu. Daí, precisamente, a ideia de vínculo(s) linear(es), constitutivo(s) do “todo” processual, e que guarda a nítida virtude de impedir que sujeitos em afirmado conflito estejam em direto contato.

Reafirmando: da combinação das duas relações processuais lineares – a relação entre autor e juiz e a relação entre juiz e réu – ter-se-á a relação processual pela ideia de angularidade, o que implica dizer que toda atividade processual dos sujeitos parciais converge ao Estado-juiz, cuja atividade dirigir-se-á, por seu turno e de ordinário, àqueles sujeitos¹⁰⁰.

Óbvio que, em casos em que não há resposta do réu ou quando o processo é extinto antes da citação do demandando, essa angularidade não existe. Assim, não é regra absoluta. Além disso, em alguns processos judiciais não se verifica o aspecto contencioso, nos casos em que as partes transigem e formalizam composição. Mesmo assim, nesse último caso, há norma jurídica da decisão que homologa o acordo.

Demais disso, é de se lembrar que o termo *processo* possui vários significados, o que de certa maneira dificulta o trabalho do cientista do Direito¹⁰¹. Contudo, nesse trabalho, encararemos o processo como aquele instaurado a partir do exercício do direito de ação de quem teve direito

¹⁰⁰ CONRADO, Paulo Cesar. *Processo Tributário*. São Paulo: Quartier Latin, 2004. p. 42.

¹⁰¹ PRIA, Rodrigo Dalla. O direito ao processo. In: CONRADO, P. C. (Coord.). *Processo tributário analítico*. Vol. I. São Paulo: NOESSES, 2015. p. 01-50, diz: Uma das maiores dificuldades enfrentadas pelos cientistas do direito na construção de uma definição precisa daquilo que vem a ser “processo” advém da maneira plurívoca com que os textos normativos empregam o mencionado vocábulo. Colocam-no como parte integrante de enunciados diversos de um mesmo diploma, como é o caso do Código de Processo Civil, atribuindo-lhe, em cada passagem, dimensões semânticas muito diferentes umas das outras. Esta situação, aliás, em se tratando de CPC, também se repete com a palavra “ação”.

ofendido (norma primária), ou seja, o processo é externado pela norma secundária. Pelo nascimento da sanção-coação.

Processo é norma adjetiva que serve a obter linguagem do órgão credenciado no sentido de positivar decisão (norma jurídica concreta) que determine ao ofensor que desfaça a ilegalidade ou compense o ofendido de alguma maneira.

Por exemplo, em uma ação proposta para obter provimento jurisdicional no sentido de condenar o réu a indenizar o autor em virtude da prática de ato que ensejou dano moral, a partir do momento em que o ofendido exerce seu direito de ação, que é constitucionalmente garantido (inciso XXXV, do artigo 5º), eclode a norma secundária (processual).

Neste trabalho, no qual falaremos especificamente da ação de mandado de segurança, tanto em sua concepção repressiva, quanto preventiva, a partir do momento em que o ofendido impetra a ação para desconstituir ato ilegal praticado por autoridade pública (ou particular que lhe faça as vezes) nasce a norma secundária.

Importante dizer, como se explicará adiante, que o mandado de segurança preventivo não ataca o ato coator (ilegal), mas sim ato preparatório que já indica, com elevadíssimo grau de certeza, a iminente prática do ato ilegal.

Nessas hipóteses, assim que impetrado o *mandamus* há o nascimento de relação jurídica entre o impetrante e o Estado-juiz e entre o Estado-juiz e a autoridade coatora (vinculada a pessoa jurídica de direito público), relações lineares que se angularizam devido a força de coesão que existe entre o impetrante e a autoridade coatora (em virtude da ofensa do direito material).

Nessa norma processual do mandado de segurança está contida, assim, a norma jurídica do ato coator ou do ato preparatório (mandado de segurança preventivo). Mais a frente se exporá como é a composição da norma jurídica de cada um desses atos.

3. ATO ADMINISTRATIVO. PRESUNÇÃO DE LEGALIDADE

3.1. OS ATOS JURÍDICOS

Inicialmente é importante se dizer que ato jurídico é uma manifestação da vontade humana que produz efeitos jurídicos, criando, modificando ou extinguindo relações jurídicas. Assim, esses são atos jurídicos que emanam da manifestação do ser humano.

O agir humano nesse caso precisa ser vertido em linguagem. Mesmo o silêncio deve ser considerado como comunicação, revestido de linguagem, conforme leciona AURORA TOMAZINI DE CARVALHO:

Os fatos comunicacionais (relacionais), elementos do sistema social, efetivam-se com a produção de uma linguagem. Esta linguagem, no entanto, não aparece necessariamente no modo idiomático, mas sob a forma significativa (de signo) como, por exemplo, um olhar, um gesto, uma roupa, um quadro. Até mesmo o silêncio ou a omissão (falta de palavras) caracteriza-se como comunicação quando carregada de significado, isto é, na medida em que possam ser interpretados¹⁰².

O ser humano, com base nas suas emissões linguísticas, exterioriza sua vontade na forma de atos (atos de fala, inclusive, conforme exposto em tópico de capítulo acima), que influenciam diretamente em outras pessoas (naturais e/ou jurídicas). Tais atos são responsáveis por fazer nascer relações intersubjetivas, modificar relações já existentes e, ademais, extinguir relações.

O conseqüente da norma jurídica verificada a partir desses atos contém a formação, transformação ou encerramento de relações intersubjetivas.

¹⁰² CARVALHO, Aurora Tomazini de. Curso de Teoria Geral do Direito – O constructivismo lógico-semântico. São Paulo: NOESES, 2013, p. 113-114.

3.2. ATOS ADMINISTRATIVOS

Importante, desde já, determinar que nem todos os atos realizados por agente administrativos são atos administrativos. Existem os chamados atos da administração, que são aqueles que são praticados por agentes públicos (ou pessoa dotada de prerrogativa idêntica a de agente público), com um interesse público, mas que possuem natureza de direito privado, como, por exemplo, contratos de compra e venda e de locação de imóveis entre o Poder Público e particulares.

O que nos importa no presente trabalho não são esses.

Exemplo de ato administrativo é o ato de lançamento tributário, que o professor PAULO DE BARROS CARVALHO define o conceito assim:

[...] ato jurídico administrativo, da categoria dos simples, constitutivos e vinculados, mediante o qual se insere na ordem jurídica brasileira uma norma individual e concreta, que tem como antecedente o fato jurídico tributário, e como consequência, a formalização do vínculo obrigacional, pela individualização dos sujeitos ativo e passivo, a determinação do objeto da prestação, formado pela base de cálculo e correspondente alíquota, bem como pelo estabelecimento dos termos espaço-temporais em que o crédito há de ser exigido¹⁰³.

O foco aqui são os atos praticados por agentes públicos (do Poder executivo, legislativo ou judiciário) e que possuam interesse público e natureza de direito público, obedecendo o que prevê a lei. Esses sim são atos que devem ser classificados como atos administrativos.

Importante a distinção entre atos e fatos.

Fatos jurídicos são os acontecimentos que ocorrem no mundo fenomênico e que, conforme o próprio nome diz, acarretam efeitos jurídicos. Podem ser fenômenos da natureza ou um acontecimento gerado pelo ser humano. Já os atos jurídicos são atos humanos decorrentes de sua vontade ou não. São atos originados pelo ser humano e que têm consequências jurídicas.

¹⁰³ CARVALHO, Paulo de Barros. Direito Tributário, linguagem e método. 2 ed. São Paulo: Noeses, 2008. p. 432.

O que remete à lógica conclusão de que os atos jurídicos se encaixam no conjunto dos fatos jurídicos. Os primeiros, espécies, e os segundos, gêneros. Dentro do conjunto dos fatos jurídicos podem-se encontrar atos jurídicos, atitudes (comissivas ou omissivas) do ser humano que resultam em efeitos que criam, modificam ou extinguem relações jurídicas.

Ademais, importante trazer conceituação do professor PAULO DE BARROS CARVALHO, no sentido de expor que não basta que o fato jurídico ocorra, mas sim que ocorra e seja vertido em linguagem:

Fatos jurídicos não são simplesmente os fatos do mundo social, constituídos pela linguagem de que nos servimos no dia a dia. Antes, são enunciados proferidos na linguagem competente do direito positivo, articulados em consonância com a teoria das provas¹⁰⁴.

Dessa maneira, importante destacar, novamente, a imprescindibilidade da utilização da linguagem para inserir o fato no mundo jurídico. Sem linguagem, o fato não se juridiciza. Sem essa linguagem, segundo PAULO DE BARROS, existe somente evento.

Ainda, o critério de especificidade é que determina a diferença entre os fatos e os atos jurídicos, ou seja, os atos jurídicos mais específicos, visto que necessariamente são praticados pelo homem, são espécies dos fatos jurídicos (que podem ser acontecimentos não humanos).

Destaca-se que essa definição é didaticamente importante, na medida em que os atos humanos, sejam de particulares ou de agentes públicos, geram importantes consequências no mundo jurídico.

Especialmente para o presente trabalho, os atos praticados por agentes públicos (ou particulares que lhes façam as vezes) têm fundamental importância, na medida em que esses atos, ditos atos administrativos, podem, quando afrontosos à legislação, ser considerados atos ilegais e coatores e, assim, ofenderem direito líquido e certo dos administrados e possibilitar o ajuizamento de mandado de segurança.

¹⁰⁴ CARVALHO, Paulo de Barros. Direito tributário - fundamentos jurídicos da incidência. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 85

Critério básico para a conceituação de ato administrativo, balizando-o dentro do subconjunto dos atos jurídicos (que está dentro do conjunto dos fatos jurídicos) é que eles são atos jurídicos (emanados pela vontade humana), mas que têm como agente pessoa com função relativa à administração pública. Em outro dizer, são atos referentes à atividade estatal.

CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO diz:

Como a noção de ato administrativo surgiu para individualizar um tipo de ato estatal, marcado por características contrapostas às dos atos civis (privados) e às dos atos típicos dos poderes Legislativo e Judiciário (lei e sentença, respectivamente), parece ser um processo adequado para construção de seu conceito reunir os elementos que os fazem distintos de uns e de outros¹⁰⁵.

Vê-se, então, que a atividade estatal é inerente ao ato administrativo.

Tanto os atos do Poder Executivo, do Poder Legislativo e do Poder Judiciário podem ser considerados atos administrativos. Decretos, leis ou sentenças, por exemplos, são atos administrativos. São expedidos por agentes públicos, dentro de suas funções públicas e têm finalidade de direito público.

Esclarece, novamente, CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, em seu Curso de Direito Administrativo, Editora Malheiros:

Já agora, após estes preliminares, é possível conceituar ato administrativo como: declaração do Estado (ou de quem lhe faça as vezes — como, por exemplo, um concessionário de serviço público), no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional¹⁰⁶.

Percebe-se dois pontos interessantes nessa conceituação: (1) o ato administrativo pode ser praticado por agente do Poder Público ou de particular que faça as vezes de agente público; e (2) os

¹⁰⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Curso de Direito Administrativo, 27. ed. Local: Editora Malheiros. Ano 2010. p. 383.

¹⁰⁶ Ibidem. p. 385.

atos administrativos estão sujeitos ao controle de sua legalidade pelo Poder Judiciário, que verificará se realmente tal ato está balizado pela legislação vigente.

Assim, tanto pessoa física agente público ou pessoa física que não seja agente público, mas que esteja em função que pratique atos concernentes à atividade do Poder Público, podem ser sujeitos ativos de atos administrativos.

Esse ponto é de total importância, pois é comum ao leigo admitir que os atos administrativos só podem ser aqueles praticados por agentes públicos, por servidores públicos.

Contudo, alguns particulares, pessoas de direito privado, podem ser ejetoras de atos administrativos, como por exemplo, um ato expedido por uma instituição de ensino, de direito privado, contratada para a organização e aplicação dos testes referentes às etapas para provimento de cargo público: uma banca que aplicará e corrigirá os testes aplicados em certame para seleção de candidatos ao cargo de Soldado da Polícia Militar de algum Estado da Federação.

Presume-se, na medida em que emanados por agentes públicos ou por particulares prévia e rigorosamente selecionados, que tais atos administrativos estão dentro dos limites da legalidade e da constitucionalidade

Ainda, caso o ato se mostre ilegal, pode ser questionado junto ao Poder Judiciário, que deverá, alvejando a presunção de legalidade desse ato, desconstituí-lo. Exemplo disso é a decisão que se profere em procedimento de mandado de segurança ou ação anulatória. Esse ponto é nodal para o presente trabalho. Importante se ter a noção de que os atos administrativos possuem uma latente presunção de que estão dentro dos mais rigorosos limites legais.

Vale aquele clássico brocardo: para o agente público o ato deve observar o que a lei prevê, em seus mais estritos limites, já para o particular (quando não está investido de função pública) os atos têm limite no que a lei não proíbe.

JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, em Manual de Direito Administrativo, define o conceito de ato administrativo da seguinte maneira:

Firmadas tais premissas, podemos, então, conceituar o ato administrativo como sendo a exteriorização da vontade de agentes da Administração Pública ou de seus delegatários, nessa condição, que, sob regime de direito

público, vise à produção de efeitos jurídicos, com o fim de atender ao interesse público¹⁰⁷.

Em destaque aqui é a afirmação de que todo ato administrativo estará na busca de dar efetividade ao interesse público. A vontade do agente público deve, mesmo que seja ato discricionário, estar limitada às balizas da legislação. Essa regra, de forma alguma, deve ser desrespeitada.

Desrespeitá-la é ofender, inicialmente, a Constituição da República, que está hierarquicamente abaixo somente da Norma Hipotética Fundamental de KELSEN.

Já RÉGIS FERNANDES DE OLIVEIRA¹⁰⁸, em obra denominada Ato Administrativo, conceitua assim: “pode-se definir o ato administrativo como declaração unilateral do Estado, ou de quem faça suas vezes, no exercício da função administrativa, que produza efeitos jurídicos individuais e imediatos”.

O Estado, dentro da limitação legal, tem o poder-dever de praticar atos unilateralmente.

CRETELLA JUNIOR, após minuciosa análise, define o ato administrativo assim:

Partindo da premissa de que o ato administrativo constitui espécie de ato jurídico; que é editado, normalmente, por autoridade administrativa, embora, por exceção, possa nascer da iniciativa de autoridade pública de outros poderes e, mais excepcionalmente, em casos anormais, de pessoa privada; que tem por objeto matéria administrativa, podemos defini-lo, latíssimo sensu, do seguinte modo: ato administrativo é a manifestação de vontade do Estado, por seus representantes, no exercício regular de suas funções, ou por qualquer pessoa que detenha, nas mãos, fração de poder reconhecido pelo Estado, que tem por finalidade imediata criar, reconhecer, modificar, resguardar ou extinguir situações jurídicas subjetivas, em matéria administrativa¹⁰⁹.

Dessa maneira, o conceito de ato administrativo pode ser o seguinte: manifestação de vontade de agente público ou de particular externando função pública, que lhe foi conferida dentro dos

¹⁰⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 19 ed. Editora Lumen Juris, ano 2008. p. 92.

¹⁰⁸ OLIVEIRA, Régis Fernandes de. Ato Administrativo. 2 ed. Editora Revista dos Tribunais, 1980, p. 44.

¹⁰⁹ CRETELLA JUNIOR, José. Do ato administrativo. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1972. p. 31.

limites da legislação, não contrariando a forma prevista, com finalidade e interesse públicos, com vistas a atingir um objetivo previsto em lei e dentro das balizas da lei *lato sensu*.

Caso obedeça a esses contornos, o ato administrativo será válido e, também, não poderá ser objeto de questionamento judicial por meio de mandado de segurança, por exemplo, visto que esse procedimento dito especial exige ato ilegal que ofenda direito líquido e certo de administrado (pessoa natural ou jurídica)

Vale a explicação do que se tratam os elementos ou requisitos do ato administrativo

No que tange aos requisitos, CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO¹¹⁰ diz: “Usa-se a expressão “elementos do ato administrativo” para indicar os requisitos do ato. Costuma-se dizer que o ato administrativo pode ser decomposto em elementos, como abstração visando a facilitar-lhe o estudo”.

De início já se vê que o professor iguala elementos a requisitos do ato administrativo.

Muito comum na doutrina brasileira, com o devido respeito, utilizar-se de nomenclaturas diversas para dizer respeito a um mesmo objeto de estudo. Esse é um caso exemplo. Além de utilizarem os termos elementos e requisitos para indicarem praticamente o mesmo, ainda não chegam a um consenso sobre a totalidade desses dados.

Arremata BANDEIRA DE MELLO¹¹¹:

Este procedimento de decomposição corresponderia à anatomia do ato, tendo em vista exame de sua eventual patologia, isto é, dos vícios que, porventura, possa apresentar. [...] Apesar das desavenças aludidas, poder-se-ia relacionar como elementos habitualmente referidos os seguintes: sujeito, forma, objeto, motivo e finalidade.

De certa forma essa anatomia é salutar, na medida em que resta mais claro àquele que estiver a analisar minuciosamente o ato a existência ou não de algum vício. Mais simples verificar um elemento de cada vez.

¹¹⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Curso de Direito Administrativo. 27 ed. Editora Malheiros, ano 2010. p. 390.

¹¹¹ Ibidem. p. 390.

Caso se verifique vício em um ou mais de um desses elementos há que se desconstituir esse ato administrativo. A desconstituição advém de outro ato do Poder Público ou através de decisão do Poder Judiciário, que além de desconstituir o ato determinará a cessão de seus efeitos e a recomposição do *status* anterior à constituição desse ato.

O Poder Judiciário ejetará dentro do processo (norma secundária) uma norma individual e concreta (sentença ou acórdão, que estabelecerá uma relação de direito material, sendo assim uma nova norma primária) e, em julgamento de mérito, desconstituirá o ato jurídico.

Vê-se que esse método de dissecação do ato administrativo em elementos facilita a verificação de sua constitucionalidade e legalidade, servindo de lupa a verificar a existência de qualquer vício que o macule fatalmente.

Os elementos propriamente ditos, segundo JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO¹¹², são a competência, o objeto, a forma, o motivo e a finalidade. A competência é trazida por lei e define dentro de quais limites os agentes públicos devem exercer suas atividades. O objeto (ou conteúdo) é a modificação jurídica que o ato pretende processar (criando, modificando ou extinguindo relações jurídicas). A forma é a maneira, o meio, através do qual o agente público manifesta sua vontade, seu agir. O motivo é a situação de fato ou direito que leva o agente público a praticar o ato administrativo. Por último, a finalidade é diretamente ligada ao interesse público, ou seja, todo ato administrativo deve ter como finalidade atender ao interesse público.

A legislação pátria traz na Lei de Ação Popular (Lei n. 4.717/1965) a definição dos elementos (ou requisitos) do ato administrativo ao expor as situações em que seriam nulos atos praticados e que conteriam vícios de: a) incompetência; b) forma; c) ilegalidade do objeto; d) inexistência dos motivos; e e) desvio de finalidade. Isso em seu artigo 2º¹¹³.

¹¹² CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 19. ed. Local: Editora Lumen Juris, ano, 2008. p. 96-110.

¹¹³ Art. 2º São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de:

- a) incompetência;
- b) vício de forma;
- c) ilegalidade do objeto;
- d) inexistência dos motivos;
- e) desvio de finalidade.

Parágrafo único. Para a conceituação dos casos de nulidade observar-se-ão as seguintes normas:

- a) a incompetência fica caracterizada quando o ato não se incluir nas atribuições legais do agente que o praticou;
- b) o vício de forma consiste na omissão ou na observância incompleta ou irregular de formalidades indispensáveis à existência ou seriedade do ato;

Qualquer vício contido em algum desses elementos, por mais simples que seja, será suficiente para macular o ato, na medida em que todo ato administrativo deve obedecer ao princípio constitucional da estrita legalidade e, portanto, não pode extrapolar os limites trazidos na legislação.

Já REGIS FERNANDES DE OLIVEIRA, ao citar o professor CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO faz crítica aos que compõem o conjunto dos elementos do ato administrativo com a presença do sujeito¹¹⁴: “Justa a crítica que faz o Prof. Celso Antonio Bandeira de Mello ao dizer que todos entendemos por elemento algo que compõe, que integra uma coisa, isto é, uma parte desta mesma coisa. Não considero que o sujeito de uma coisa possa ser parte dela”.

Finaliza REGIS: “O sujeito pode construir, pode produzir algo; mas não é parte do produto, não é segmento dele, em suma, não lhe integra a realidade íntima”.

Esse entendimento, em termos práticos, não traz problemas ao nosso trabalho, pois o sujeito do ato administrativo, mesmo que não seja considerado elemento, didaticamente, caso não seja o competente para praticá-lo, determinará, também, a necessidade de desconstituição deste.

O professor CELSO ANTONIO¹¹⁵, da PUC-SP, não considera o *sujeito* como elemento do ato, mas o considera “pressuposto subjetivo” do ato administrativo: “Sujeito do ato, evidentemente, é quem o produz, Em Direito, por óbvio, não é qualquer que pode produzir qualquer ato. Para expedi-lo validamente, cumpre que se trate de uma pessoa com aptidões normativa-mente conferidas para tanto”.

Sendo assim, mesmo que se considere pressuposto subjetivo, como conceitua BANDEIRA DE MELLO, caso exista vício no sujeito que pratica o ato haverá necessidade de outro ato, da própria administração pública ou do Estado-juiz (Poder Judiciário) que o desconstitua.

-
- c) a ilegalidade do objeto ocorre quando o resultado do ato importa em violação de lei, regulamento ou outro ato normativo;
 - d) a inexistência dos motivos se verifica quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido;
 - e) o desvio de finalidade se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência.

¹¹⁴ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. Ato Administrativo. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo. 1980. p. 49.

¹¹⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Ato administrativo e direito dos administrados. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo. ano. 1981. p. 56.

No que tange a essa desconstituição há que se diferenciar as hipóteses nas quais ela se dá em virtude de conveniência e oportunidade da Administração Pública e quando o ato está eivado de algum vício (ilegalidade).

Importante expor que o ato administrativo pode ser desfeito, conforme CRETELLA JUNIOR de forma sintética expõe:

Desfazer o ato administrativo é suprimir-lhe os efeitos, é impedir que continue a atuar no mundo jurídico. Desfazimento é gênero de que anulação e revogação são espécies. Desfaz-se o que entrou mal no mundo jurídico, contrariando o texto legal, ou por ser inoportuno, inconveniente, ou ainda, ao mesmo tempo, inoportuno e inconveniente¹¹⁶.

Os atos administrativos, conforme premissas trazidas nesse trabalho, são constituídos através de linguagem de agente competente. Ou assim deveria ser. Caso exista necessidade de sua desconstituição, necessário é a emissão de nova linguagem que assim o faça.

Esse desfazimento pode ser, basicamente, através de revogação ou invalidação-anulação.

CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, em “Curso de Direito Administrativo”, leciona: “A revogação tem lugar quando uma autoridade, no exercício de competência administrativa, conclui que um dado ato ou relação jurídica não atendem ao interesse público e por isso resolve eliminá-los a fim de prover de maneira mais satisfatória às conveniências administrativas¹¹⁷.”

Mesmo com divergências de nomenclatura, a revogação ocorre quando a própria administração, pelo fato de o ato administrativo não mais ser conveniente, o desconstitui. Já nos casos de invalidação-anulação tanto a própria administração pública praticante do ato, como o Poder Judiciário, verificando que tal ato ofende a legislação, o desfazem.

Esse último exemplo, no qual o Estado-juiz, verificando que o ato administrativo ofende direito de outrem, o desconstitui, é exatamente o que ocorre no mandado de segurança. Isso porque nesse procedimento especial, o Poder Judiciário, após provocação do impetrante prejudicado

¹¹⁶ CRETELLA JUNIOR, José. Do ato administrativo. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1972. p. 151.

¹¹⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Curso de Direito Administrativo. 27 ed. Editora Malheiros, ano 2010. p. 448.

com a formalização do ato ilegal (comissivo ou omissivo), verificando através de provas documentais, pré-constituídas, a referida ofensa à legislação, o reconfigura em ato coator e, após, o desconstitui.

O atendimento ao interesse público é essencial à manutenção do ato administrativo. Caso não o atenda esse ato deve ser desconstituído: ou por revogação ou por meio da invalidação, que se dá através do Poder Judiciário, que verificando a ilegalidade do referido ato, emite norma jurídica (decisão judicial) que o desconstitui.

Ainda, diz BANDEIRA DE MELLO:

Pode-se conceituá-la do seguinte modo: revogação é a extinção de um ato administrativo ou de seus efeitos por outro ato administrativo, efetuada por razões de conveniência e oportunidade, respeitando-se os efeitos precedentes. [...] O objeto da revogação é um ato administrativo válido ou uma relação jurídica válida dele decorrente. Aí reside uma diferença capital entre a revogação e a invalidação¹¹⁸.

Enquanto na extinção do ato administrativo por revogação desconstitui-se, a própria Administração Pública, através de novo ato administrativo, ato legal que não mais é oportuno, na invalidação (ou anulação) a Administração mantém o ato questionado e o administrado ou o Ministério Público busca a própria Administração ou Poder Judiciário para que ele desconstitua o ato ilegal.

Diferenças básicas são que: (1) em uma hipótese o ato a ser desfeito é legal e na outra o ato a ser desfeito fere a legislação vigente; e (2) na primeira hipótese (revogação) o ato administrativo será desfeito pela própria administração, visto que, naquele momento, é inconveniente; já na anulação (ou invalidação) o ato afronta a legislação desde que nasce e pode ser desfeito tanto pela Administração, quando verifica a existência da ilegalidade, ou pelo Poder Judiciário.

Mais uma vez BANDEIRA DE MELLO:

Na revogação não se busca restaurar legitimidade violada, mas atender a uma conveniência administrativa, ao passo que na invalidação fulmina-se um ato viciado perante as normas jurídicas. [...] Invalidação é a supressão de um ato administrativo ou da relação jurídica dele nascida, por haverem sido produzidos em desconformidade com a ordem jurídica. [...] Podem

¹¹⁸ Ibidem. p. 448-462.

ser sujeitos ativos da invalidação tanto a Administração quanto o Poder Judiciário¹¹⁹.

Essas definições de conceitos de revogação e invalidação dos atos administrativos, além de suas diferenciações, é importante no que tange ao ataque da presunção de legalidade do ato administrativo pelo Poder Judiciário, em razão da impetração de mandado de segurança.

Dessa maneira, o ato administrativo, perdendo sua presunção de legalidade, passa a ser considerado ato coator, conforme se verá mais adiante nesse trabalho.

Para que seja considerado coator, há necessidade de que o ato supostamente ilegal passe pelo crivo do Poder Judiciário e, assim, seja invalidado.

O professor CRETELLA JUNIOR esmiúça um pouco mais os conceitos de desfazimento do ato administrativo, denominando de anulação o que BANDEIRA DE MELLO nomeia invalidação¹²⁰:

Não devemos, portanto, confundir a revogação, que exige perfeição, validade do ato, com a anulação ou a declaração de nulidade, que se fundam nos vícios dos atos administrativos. A eficácia não impede a revogação. Revogação é a eliminação de um ato administrativo por originária ou superveniente inoportunidade desse ato e anulamento é a eliminação por vício de legitimidade.

A anulação ocorre em razão de vício de legitimidade. Por meio dela elimina-se o ato administrativo que se praticou com infração da lei e que por isso é inválido. A revogação, ao contrário, elimina os efeitos do ato válido, aniquilando-o por motivo de vício de mérito, isto é, por entender-se que ele não consulta os interesses que devem ser resguardados.

Veja-se que o que realmente nos interessa no presente trabalho é a anulação ou invalidação do ato administrativo pelo Poder Judiciário através da linguagem trazida na norma jurídica concreta que extirpa a presunção de legalidade do referido ato. Ou melhor, o que nos interessa é o ato que joga por terra a presunção de legitimidade, transmutando o ato administrativo em ato coator e, ao mesmo momento, desconstituindo-o.

¹¹⁹ Ibidem, p. 449.

¹²⁰ CRETELLA JUNIOR, José. Do ato administrativo. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1972. p. 160-161.

JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, em “Manual de Direito Administrativo”:

Firmadas as linhas que caracterizam a invalidação, podemos conceituá-la como sendo a forma de desfazimento do ato administrativo em virtude da existência de vício de legalidade. O pressuposto da invalidação é exatamente a presença do vício de legalidade. Como já examinamos, o ato administrativo precisa observar seus requisitos de validade para que possa produzir normalmente os seus efeitos. Sem eles, o ato não poderá ter a eficácia desejada pelo administrador. Por isso é que para processar a invalidação do ato é imprescindível que esteja ausente um desses requisitos. A presença destes torna o ato válido e idôneo à produção de efeitos, não havendo a necessidade do desfazimento¹²¹.

Exatamente esse vício de legalidade que dá azo ao Estado-juiz de reconfigurar o ato administrativo, extirpando sua presunção de legalidade (inerente aos atos administrativos), em ato ilegal e coator. Esse é um dos requisitos para a impetração de *mandamus*. Óbvio que esse questionamento do ato administrativo, no caso específico do mandado de segurança, deve ser em conjunto com o atendimento dos outros requisitos estabelecidos na Lei n. 12.016, de 2009.

Repise-se: a sentença que concede ou nega a segurança, na hipótese acima, é norma individual e concreta. E essa norma invalida, segundo conceituação trazida nesse subitem, o ato viciado.

Voltando, quanto à revogação do ato administrativo, o professor CARVALHO FILHO define:

É o instrumento jurídico através do qual a Administração Pública promove a retirada de um ato administrativo por razões de conveniência e oportunidade. Trata-se de um poder inerente à Administração. Ao mesmo tempo em que lhe cabe sopesar os elementos de conveniência e oportunidade para a prática de certos atos, caber-lhe-á também fazer a mesma avaliação para retirá-los do mundo jurídico¹²².

Veja-se, mais uma vez, que o que determina a revogação não é o vício de legalidade, mas sim razões de conveniência e oportunidade. O ato desfeito, desconstituído pela nova linguagem do ato de revogação, está dentro dos conformes da legislação. Foi formalizado material e formalmente dentro dos limites legais. Diferentemente do ato ilegal objeto de invalidação-anulação.

¹²¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 19. ed. Local: Editora Lumen Juris, ano. 2008. p. 142.

¹²² Ibidem, p. 151.

Importante destacar que nada impede que o Poder Judiciário desfaça ato ilegal inserido no Sistema Jurídico pela administração pública, na medida em que o inciso XXXV, do artigo 5º, da Constituição da República, dispõe que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

ANTONIO CARLOS CINTRA DO AMARAL resume as possibilidades de o ato administrativo ser considerado ilegal:

O ato administrativo está em desconformidade com a ordem legal quando: a) o órgão é incompetente para produzir o ato; b) não existe o pressuposto de fato correspondente à hipótese legal, ou há incorreta subsunção de um fato à hipótese normativa; c) não é cumprida formalidade legal; ou d) o conteúdo corresponde a uma solução de aplicação não contida na moldura legal¹²³.

Dessa maneira, sendo legal o ato ele poderá, em caso de inoportunidade do mesmo, ser revogado pela própria Administração Pública. Sendo ilegal, poderá ser desconstituído pela Administração ou pelo Poder Judiciário¹²⁴, quando provocado, por exemplo, através de mandado de segurança.

¹²³ AMARAL, Antonio Carlos Cintra do. Extinção do ato administrativo. Editora Revista dos Tribunais, ano 1978, p. 58-59.

¹²⁴ Interessantes são as palavras de CRETELLA JUNIOR em “Do ato Administrativo”, São Paulo: José Bushatsky Editor, 1972. p. 54-56, sobre a possibilidade e necessidade de o Poder Judiciário analisar questionamento de ato administrativo: O mérito perante o Poder Judiciário. – O emprego absolutamente rigoroso da palavra mérito ou merecimento impõe-se, afastando-se, desde logo, quaisquer ideias, mesmo remotas, da terminologia processual. Mérito não é motivo. Apuração do motivo pelo estudo das provas também não é mérito. Aspecto algum do mérito do ato administrativo admite revisão pelo Poder Judiciário, porque este Poder não invade o terreno privativo da administração. Se alguma fração do mérito, por menor que fosse, se entrelaçasse, confundindo-se, com a legalidade, estas entidades perderiam sua razão de ser, ou a noção de legalidade, nos setores comuns, sobrepujaria a noção de mérito. [...] 19. Conclusões – Do estudo que fizemos, diante do sistema jurídico brasileiro. É possível chegar às seguintes conclusões: Mérito ou merecimento é vocábulo equívoco, no âmbito do direito; na parte processual dos vários ramos do direito, inclusive no processo administrativo, mérito é o conteúdo da lide, contraposto às questões, preliminares, sendo, pois, examinável pelo juiz; relativamente ao ato administrativo, o mérito tem sentido especialíssimo, referindo-se à oportunidade e à conveniência das medidas, sendo, pois, inexamínável pelo Poder Judiciário sob qualquer aspecto; assim entendido, o mérito ou merecimento não se confunde de modo algum com a legalidade ou legitimidade, nem a esta se contrapõe, pela própria natureza específica dos dois campos; ao Poder Judiciário é facultado o exame de mérito do processo administrativo, investigando se houve o fato, fiscalizando as provas através de reexame, indo aos motivos, observando se houve aplicação falsa, viciosa ou errônea da lei ou regulamento. Tudo isto é exame da legalidade, porque o mérito do ato administrativo continua a ser campo privativo da Administração, impenetrável ao Judiciário.

3.3. PRESUNÇÃO DE LEGALIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO

Os atos administrativos, praticados pelos agentes públicos ou particulares investidos de poderes e prerrogativas semelhantes a dos agentes públicos, são ejetados no sistema jurídico e se por sua natureza deôntica devem ser considerados normas jurídicas.

Tais normas jurídicas possuem presunção de legalidade (ou legitimidade), na medida em que se presume que elas sejam constituídas com base na legislação vigente, com base nas normas gerais e abstratas que constam no sistema jurídico pátrio.

O agente público é investido de poderes para a busca constante do interesse público e, como sua função deve estar sempre atrelada aos ditames legais, os seus atos são revestidos da presunção (mesmo que relativa) de legalidade.

Constitui-se presunção relativa na medida em que essa pode ser afastada caso se prove que tal ato não está nos conformes da lei. Pode ser afastada pela própria Administração ou mesmo através do Poder Judiciário que, verificando a ilegalidade e/ou inconstitucionalidade do ato, pode desconstituí-lo. Exemplo é o questionamento de ato administrativo (ato coator) por meio da ação judicial, constitucional e legalmente prevista, de mandado de segurança.

CELSON ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, novamente esclarecedor:

Salientem-se entre os atributos dos atos administrativos os seguintes: a) Presunção de legitimidade — é a qualidade, que reveste tais atos, de se presumirem verdadeiros e conformes ao Direito, até prova em contrário. Isto é: má-lita em favor deles uma presunção *juris tantum* de legitimidade; salvo expressa disposição legal, dita presunção só existe até serem questionados em juízo¹²⁵.

¹²⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Ato administrativo e direito dos administrados. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo. ano. 1981. p. 56.

Vê-se que o ato administrativo, quando nasce, já nasce¹²⁶ com a presunção de que está totalmente dentro das balizas da legalidade, material e formalmente. Sendo necessário o seu questionamento para que se desconstitua essa presunção e, em consequência, se desconstitua o ato.

O Estado-juiz, provocado, verifica através das provas a necessidade de transmutar o ato legal e administrativo em ato ilegal e coator.

Arremata CELSO ANTONIO: “Esta, sim, é uma característica comum aos atos administrativos em geral; as subsequentemente referidas não se aplicam aos atos ampliativos da esfera jurídica dos administrados”¹²⁷.

Ora, a prova em contrário para rebate da presunção de legalidade do ato administrativo, no exemplo acima indicado, se dá através de prova documental pré-constituída (direito líquido e certo defendido por meio de *mandamus*).

RÉGIS FERNANDES DE OLIVEIRA¹²⁸, quanto ao tema, assevera: “Significa a presunção que fornece regularidade ao ato e não seus caracteres extrínsecos de perfeição. Os atos administrativos se presumem legítimos, até prova em contrário”.

Tudo com base nas lições de JOSÉ ROBERTO DROMI¹²⁹, professor argentino: “quiere decidir que la actividad administrativa há sido emitida conforme el Derecho; que su emisión responde a todas las prescripciones legales o se han respetado las normas que regulan la producion de la actividad administrativa”¹³⁰.

¹²⁶ Destaque para as palavras do saudoso CRETELLA JUNIOR, em *Do ato administrativo*. São Paulo: José Bus-hatsky Editor, 1972. p. 62-63: Diferentemente do que sucede no âmbito do processo civil, não precisa a Administração fazer prova, de antemão, da iniciativa que vai tomar. Em princípio, tem a Administração o privilégio de fazer executar, por seus agentes credenciados, as decisões tomadas, sem basear-se em título hábil executório, expedido por um juiz. Presume-se, aliás, que os atos administrativos, exatamente por emanarem de órgãos do Estado, são legítimos. Trazem em seu bojo uma presunção de legalidade. A tal posição privilegiada da Administração, diante do particular, posição que lhe assegura expedir atos administrativos autoexecutáveis, costumam os franceses denominar de *priviège du préalable* ou *priviège d'action d'office*. Cumpre ao administrado, funcionário ou particular, lesado em seus interesses, recorrer à Administração ou, ferido em seus direitos, apelar, ao Poder Judiciário, atuando, então, em qualquer dos casos, as autoridades, a posteriori, na revisão daqueles atos e ficando o ônus da prova inteiramente a cargo do prejudicado.

¹²⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de Direito Administrativo*. 27 ed. Editora Malheiros, ano 2010. p. 419.

¹²⁸ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Ato Administrativo*. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo. 1980. p. 28.

¹²⁹ DROMI, José Roberto. *Acto y procedimiento administrativo*. Editora Plus Ultra. Buenos Aires. 1975.

¹³⁰ Tradução da língua espanhola para a língua portuguesa: “[...] quer decidir que a atividade administrativa foi emitida de acordo com a lei; que sua emissão responde a todos os requisitos legais ou se as normas que regem a produção da atividade administrativa foram respeitadas”.

Mais uma vez o destaque é para a observância das regras de produção do ato administrativo, o qual deve ser constituído dentro do que a lei estabelece.

Já para JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, a presunção de legitimidade do ato administrativo é delimitada da seguinte maneira: “Os atos administrativos, quando editados, trazem em si a presunção de legitimidade, ou seja, a presunção de que nasceram em conformidade com as devidas normas legais, como bem anota Diez¹³¹. Essa característica não depende de lei expressa, mas deflui da própria natureza do ato administrativo, como ato emanado de agente integrante da estrutura do Estado”¹³².

Vê-se que não há necessidade de qualquer regra expressa no sentido de que os atos administrativos possuem presunção de legalidade ou legitimidade. Essa presunção deriva da própria natureza do ato, que é emanado de agente do Poder Público, que deve agir no mais estrito limite legal.

Assim fundamenta CARVALHO FILHO:

O fundamento precípua, no entanto, reside na circunstância de que se cuida de atos emanados de agentes detentores de parcela do Poder Público, imbuídos, como é natural, do objetivo de alcançar o interesse público que lhes compete proteger. Desse modo, inconcebível seria admitir que não tivessem a aura de legitimidade, permitindo-se que a todo momento sofressem algum entrave oposto por pessoas de interesses contrário¹³³.

Essa presunção de legalidade é que dá aos atos de autoridade a possibilidade de serem executados de imediato, sem limitação, visto que se presume que foram constituídos dentro das balizas trazidas pela legislação. Trata-se da auto-executoriedade do ato administrativo.

E arremata o professor da PUC-SP: “Por esse motivo é que se há de supor que presumivelmente estão em conformidade com a lei. É certo que não se trata de presunção absoluta e intocável. A hipótese é de presunção *iuris tantum* (ou relativa), sabido que pode ceder à prova em contrário,

¹³¹ O professor José dos Santos Carvalho Filho faz alusão ao pensamento do autor argentino Manuel Maria Diez, que escrevera sobre diversos temas relacionados aos Atos Administrativos.

¹³² CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 19. ed. Local: Editora Lumen Juris, ano. 2008. p. 111.

¹³³ *Ibidem*, p. 111.

no sentido de que o ato não se conformou às regras que lhe traçavam as linhas, como se supunha”¹³⁴.

CRETELLA JUNIOR¹³⁵ assevera assim:

Em princípio, tem a Administração o privilégio de fazer executar, por seus agentes credenciados, as decisões tomadas, sem basear-se em título hábil executório, expedido por um juiz. Presume-se, aliás, que os atos administrativos, exatamente por emanarem de órgãos do Estado, são legítimos. Trazem em seu bojo uma presunção de legitimidade.

Vê-se, mais uma vez, que presunção de legitimidade e auto-executoriedade andam lado a lado no que tange aos atos de autoridade.

Importante destacar que o ato é considerado válido e produz seus efeitos até que outra norma o desfaça (seja emanada pela própria administração ou pelo Estado-juiz). Mesmo que tenha todos os traços de ilegalidade possíveis a sua desconstituição e/ou cessação de seus efeitos só virá a partir do momento em que se constituir nova norma que derrube sua presunção de legalidade e o desconstitua. Ato desconstituído não pode irradiar efeitos.

Mais à frente, na mesma obra, CRETELLA¹³⁶, citando o autor italiano TREVES¹³⁷: “Para alguns, o fundamento da executoriedade dos atos administrativos reside na presunção de legitimidade que os acompanha, alinhando-se entre estes, Treves, que dedicou ao tema esplêndida monografia”.

Importante destacar que nos casos de questionamento da presunção de legitimidade dos atos administrativos haveria, à primeira vista, uma inversão do ônus da prova, na qual não seria o Poder Público (por seus agentes) quem deveriam comprovar que agiu nos conformes da legislação, mas aquele que questiona o ato administrativo.

¹³⁴ Ibidem. p. 112.

¹³⁵ CRETELLA JUNIOR, José. Do ato administrativo. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1972. p. 62.

¹³⁶ Ibidem. p. 67.

¹³⁷ Trabalho de autoria de G. Treves: “La presunzione di legittimità degli atti amministrativi” (Padova, 1936).

FABIANA DEL PADRE TOMÉ, em artigo publicado na obra “Curso de Especialização em Direito Tributário: Uma homenagem a Paulo de Barros Carvalho”, traz ótimas conclusões sobre os atos administrativos, presunção de legalidade e o ônus da prova:

Os atos administrativos apresentam características que objetivam, simultaneamente, conferir garantia aos administrados e prerrogativas à Administração. Dentre elas, releva destacar a presunção de legalidade, caracterizando presunção *juris tantum* de validade, da qual decorre que o ato seja considerado regularmente praticado, até que outra linguagem jurídico-prescritiva determine o contrário, invalidando-o. Essa presunção, entretanto, não exige a Administração do dever de comprovar a ocorrência do fato jurídico, bem como as circunstâncias em que este se verificou¹³⁸.

Quanto a essa dinâmica expõe com muita propriedade, em livro de sua autoria, FABIANA DEL PADRE TOMÉ, no que tange à imprecisão da expressão *inversão do ônus da prova*:

Seguindo, porém, a linha de raciocínio de Leo Rosenberg e Gian Antonio Micheli, entendemos inexistir inversão do ônus da prova, pois referido encargo não está determinado previamente para esta ou aquela parte, ficando na dependência da alegação efetuada. Não obstante se observe no ordenamento uma série de normas que, aparentemente, estabeleçam essa inversão do ônus de prova, a interpretação sistemática desses dispositivos leva à conclusão de que eles não invertem, efetivamente, o encargo, de provar, pois continua havendo necessidade de que cada uma das partes demonstre o pressuposto de fato previsto na hipótese da norma que invoca como fundamento à sua pretensão¹³⁹.

Alinhando-se a esse pensamento vê-se que a difundida expressão é errônea e mesmo que o ato da administração seja revestido de presunção de legitimidade, para praticá-lo a autoridade deve demonstrar o pressuposto de fato contido na sua norma e o administrado deve, para extirpar a presunção, demonstrar que algum requisito da mesma norma não fora corretamente preenchido. Não se inverte o ônus da prova, pois cada um dos dois sujeitos têm o seu ônus, de acordo com a sua necessidade (de praticar o ato ou de questionar o ato).

¹³⁸ TOMÉ, Fabiana Del Padre. A prova no processo administrativo fiscal. In: Curso de Especialização em Direito Tributário. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005. p. 562-563.

¹³⁹ Idem. A prova no direito tributário. Editora Noeses, 2005. p. 225-226.

4. MANDADO DE SEGURANÇA. PRESUNÇÃO DE LEGALIDADE DO ATO ANTES DE SER RECONFIGURADO COMO COATOR.

4.1. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCEDIMENTO ESPECIAL. CPC DE 2015

O Direito Processual, atualmente, com o advento das regras trazidas pela codificação de 2015, em síntese, passou a ser ordenado, com muito mais ênfase do que sob a égide do CPC de 1973, com base em valores estabelecidos na Constituição da República de 1988¹⁴⁰, especialmente pelo que vêm determinado logo no artigo 1º do CPC¹⁴¹.

Dessa maneira, tanto as regras gerais de Processo Civil, contidas no Código, como aquelas que compõem o regramento de procedimentos especiais codificado (contidos no bojo do CPC) e não-codificados (não contidos no Código de Processo Civil, mas em legislação extravagante, própria do procedimento especial) devem se nortear pelos valores e normas fundamentais esculpidos na Carta Política brasileira.

FREDDIE DIDIER JR., ANTONIO DO PASSO CABRAL e LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA definem:

Como se viu no item anterior, é frequente associar o procedimento comum a um procedimento padrão.

Nessa linha, procedimento especial seria aquele construído para servir a uma determinada espécie de situação jurídica material; é, por isso, especial, porque criado para atender a uma situação específica.

O procedimento especial, portanto, possui pressupostos de cabimento específicos, que fazem com que a incidência da norma que prevê o procedimento especial se dê pelo critério da especialidade¹⁴².

¹⁴⁰ ROCHA, Cláudio Jannotti da. Uma interpretação constitucional do art. 384 da CLT. In. Como aplicar a CLT à luz da Constituição: alternativas para os que militam no foro trabalhista. São Paulo: LTr, 2016. p. 334-347, dá um panorama da Constituição brasileira de 1988: “Pode-se dizer que A Constituição de 1988 é temática, afinal sua elaboração teve como premissa temas. Inexistia ponto, assunto ou debate predeterminado. O objetivo de todo naquele momento era criar uma ordem democrática capaz de abranger o maior número de setores possível. As divergências políticas passaram para o segundo plano diante da necessidade de se construir um novo projeto, refundando a democracia no país”.

¹⁴¹ Art. 1º O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código

¹⁴² DIDIER JR, Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Por uma nova teoria dos Procedimentos especial. Dos procedimentos às técnicas. Salvador: Editora Justpodivm. 2018. p. 20-21.

Destaca-se que, com essa denominação, a primeira Constituição brasileira a trazer o instituto do Mandado de Segurança foi a Carta de 1934. Mas nosso trabalho se dará com base na orientação específica da Constituição vigente, de 1988.

ADRIANA PEREIRA CAMPOS, professora da Universidade Federal do Espírito Santo, em artigo¹⁴³ em coautoria com KÁTIA TORÍBIO LAGHI LARANJA, traz, inclusive, a redação do artigo constitucional sobre o *mandamus*:

Ao final de discussões na Câmara, a Constituição de 1934 instituiu, de fato, o mandado de segurança, em título inerente às garantias de direitos, mais exatamente no §33, do artigo 113, com a seguinte redação:

Dar-se-á mandado de segurança para a defesa do direito, certo e inconteste, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade. O processo será o mesmo do habeas-corpus, devendo ser ouvida a pessoa do direito público interessada. O mandado não prejudica as ações petitorias competentes.

Ressalte-se que, em sua primeira versão, o mandado de segurança somente poderia ser utilizado em face de atos praticados por autoridade, ficando, ainda, sem a devida proteção os atos oriundos de particulares.

Por falar em Constituição Federal, a atual prevê expressamente procedimento especial regrado subsidiariamente pelas diretrizes do Processo Civil, qual seja o Mandado de Segurança, que é estabelecido pelo inciso LXIX, do artigo 5º¹⁴⁴.

Paralelamente à Carta Magna, a Lei n. 12.016, de 7 de agosto de 2009, veio para substituir a antiga Lei n. 1.533, de 1951, e trazer regramentos específicos ao procedimento do referido *writ*¹⁴⁵: Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências.

Inicialmente vale destacar as palavras de TIAGO FIGUEIREDO GONÇALVES, em artigo Visão Geral dos Procedimentos Especiais¹⁴⁶, em coautoria com RODRIGO REIS MAZZEI: O

¹⁴³ CAMPOS, Adriana P.; LARANJA, Katia T. L. Mandado de segurança. Revista Agora, Vitória, n. 02, p. 01-32. 2005. Disponível em: <www.periodicos.ufes.br/agora>. Acesso em: 10/03/2020 Ano. 2005.

¹⁴⁴ Art. 5º [...]

LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público;

¹⁴⁵ Termo na língua inglesa que significa “mandado”, “ordem escrita”, “ordem judicial”. No Brasil é utilizado para designar o mandado de segurança e o habeas corpus.

¹⁴⁶ MAZZEI, Rodrigo; GONÇALVES, Tiago Figueiredo. Visão geral dos procedimentos especiais no novo Código de Processo Civil. In. Instituto Brasileiro de Direito Processual; SCARPINELLA BUENO, Cassio (org.). PRODIREITO: Direito Processual Civil: Programa de Atualização em Direito. Ciclo 1. Porto Alegre: Artmed Panamericana, 2015. p. 97-128.

CPC/ 2015 não cria nenhum embaraço para que sejam previstos procedimentos especiais não codificados, tendo o novo Código o papel básico de editar os **regimes gerais do processo**, que se aplicam, de forma sistemática, a partir da iluminação constitucional (destaque contido no texto original).

De pronto já se vê que a Codificação em momento algum impedirá o funcionamento das regras estabelecidas para esses microssistemas, como é o caso do Mandado de Segurança e de sua lei de regência (Lei n. 12.016/2009). Deve-se, apenas, no momento de sua aplicação se verificar a correta aplicação com a utilização compatibilizada das regras processuais gerais e das regras processuais específicas do procedimento. Sendo o *mandamus* uma ação civil de rito sumário, buscará fonte de regramento processual na sua lei disciplinadora e, ainda, no conjunto legal do CPC.

Importante proceder em novo destaque ao trabalho acima indicado, de TIAGO FIGUEIREDO e RODRIGO MAZZEI¹⁴⁷:

[...] os procedimentos especiais não codificados são reconhecidos pelo CPC/ 2015, que passa a ter diálogo mais claro de suplementação apenas naquilo não previsto nas leis especiais ou estatutárias, assim como para exportar as diretrizes afirmadas na codificação como farol de toda a legislação nacional, notadamente as de perfil constitucional.

E o Mandado de Segurança, como sabido, é um desses Procedimentos Especiais não codificados, previsto, inclusive na Constituição da República, no inciso LXIX, do artigo 5º, conforme transcrito na página anterior.

Ora, basicamente, o mandado de segurança serve a combater judicialmente ato ilegal de agente do Poder Público (tanto Executivo, Legislativo ou do próprio Judiciário) ou de particular no exercício de atribuições do Poder Público, comprovada, de plano, a existência de direito líquido e certo (prova pré-constituída documental).

UADI LAMMÊGO BULOS pontua:

¹⁴⁷ Ibidem, p. 97-128.

É que a palavra lei, constante no art. 5º, XXXV, deve ser compreendida no sentido material e formal, precisamente para englobar todas as pautas jurídicas de comportamento que, porventura, pretendam obstaculizar o acesso à Justiça, e não, apenas, aquelas produzidas pelo Poder Legislativo¹⁴⁸.

A esse ato ilegal HELY LOPES MEIRELES¹⁴⁹ chama de Ato de Autoridade e diz que é toda manifestação ou omissão do Poder Público ou de seus delegados, no desempenho de suas funções ou a pretexto de exercê-las.

Interessante transcrição de outro trecho da citada obra de nome “Mandado de Segurança e Ações Constitucionais” de MEIRELLES, WALD e MENDES¹⁵⁰:

O mandado de segurança, como a lei regulamentar o considera, é ação civil de rito sumário especial destinada a afastar ofensa ou ameaça a direito subjetivo individual ou coletivo, privado ou público, através de ordem corretiva ou impeditiva da ilegalidade – ordem, esta, a ser cumprida especificamente pela autoridade coatora, em atendimento a notificação judicial. Sendo ação civil, o mandado de segurança enquadra-se no conceito de “causa”, enunciado pela Constituição da República, para fins de fixação de foro e juízos competentes para seu julgamento quando for interessada a União Federal (art. 109, I e VIII), e produz todos os efeitos próprios dos feitos contenciosos. Distingue-se das demais ações apenas pela especificidade de seu objeto e pela sumariedade de seu procedimento, que lhe é próprio, aplicando-se, subsidiariamente, as regras do Código de Processo Civil. Visa, precipuamente, à invalidação de atos de autoridade ou à supressão de efeitos de omissões administrativas capazes de lesar direito individual ou coletivo, líquido e certo.

Aplicando-se, subsidiariamente, as regras do CPC, importante ter em mente que deve haver compatibilidade entre as disposições da lei de regência (Lei n. 12.016/2009) e o que determina a Codificação Processual Civil.

¹⁴⁸ BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 481.

¹⁴⁹ MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. Mandado de segurança e ações constitucionais. 37 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2016. p. 33-34.

¹⁵⁰ Ibidem, p. 32-33.

4.2. DIREITO LÍQUIDO E CERTO E AUTORIDADE COATORA

Requisito básico ao ajuizamento de ação de mandado de segurança é a existência do direito denominado “líquido e certo”, que é aquele que pode ser reconhecido de plano, através de comprovação imediata por documentos a serem acostados à exordial no momento do ajuizamento da referida ação.

Para CELSO AGRÍCOLA BARBI, em “Do Mandado de Segurança”, “Enquanto, para as ações em geral, a primeira condição para a sentença favorável é a existência da vontade de lei cuja atuação se reclama, no mandado de segurança isto é insuficiente: é preciso não apenas que haja o direito alegado, mas também que ele seja LÍQUIDO E CERTO¹⁵¹.

A certeza e liquidez do direito pleiteado pelo impetrante (demandante) deve ser demonstrada de plano, já no momento da propositura da ação judicial. Não há que se aguardar outro momento. Não se pode aguardar o momento de dilação probatória como ocorre em procedimento ordinário.

Não existe dilação probatória no mandado de segurança. O próprio direito líquido e certo pressupõe a desnecessidade de se produzir provas no decorrer do processo (que, inclusive, deve ser célere).

Arremata BARBI assim: “Se ele existir, mas sem essas características, ensejará o exercício da ação por outros ritos, mas não pelo específico do mandado de segurança. Daí a necessidade fundamental de caracterizar o que seja direito líquido e certo”¹⁵².

Vê-se que não somente lei indicando o direito do demandante é suficiente para garantir a utilização do procedimento de mandado de segurança. Há necessidade dessa previsão legal e, ainda, que os fatos comprobatórios sejam apresentados de pronto, no início da demanda, juntamente com o protocolo da petição inicial do *mandamus*.

Destaca-se que o questionamento judicial do ato ilegal (ato coator) não será impossibilitado. O que se impossibilitará será esse questionamento pela via do *writ*. Poder-se-á utilizar, então, caso não se preencha a “condição” da existência de direito líquido e certo, de outros procedimentos

¹⁵¹ BARBI, Celso Agrícola. Do Mandado de Segurança. Belo Horizonte. 1960. p. 51.

¹⁵² Ibidem, p. 51.

previstos em lei, que aceitem dilação probatória com provas testemunhais e periciais, por exemplo.

Contudo, vantagens inerentes ao procedimento de mandado de segurança não poderão ser utilizadas por quem teve sua esfera jurídica afetada pelo ato ilegal, por exemplo:

- (1) procedimento mais célere que o da ação no rito comum;
- (2) liminar deferida com mandado de intimação dirigido diretamente para a autoridade coatora, não para a pessoa de direito público a que ela se vincula (que após receber direcionaria à referida autoridade), o que reforça a ideia de celeridade processual;
- (3) ausência de condenação em honorários de sucumbência, conforme o que dita o enunciado da Súmula 512, do Supremo Tribunal Federal: Súmula 512: *Não cabe condenação em honorários de advogado na ação de mandado de segurança.*

Impossível não concluir pela vantagem, nos casos em que se preenche os requisitos, de se ajuizar o mandado de segurança em vez de uma ação no rito comum. A rapidez do procedimento é o que mais se destaca. Inclusive, JOSÉ MANOEL DE ARRUDA ALVIM NETTO, em artigo sobre o tema expôs:

Num perfil preliminar, podemos dizer que as vantagens do mandado de segurança são as de se dispensar o particular, contra a Administração, de uma instrução demorada, e, também, dotá-lo, desde logo, e eventualmente - se preenchidos os pressupostos legais específicos, constantes do art. 7.º da Lei do Mandado de Segurança - de uma suspensão liminar, que tranca a auto-executoriedade dos atos administrativos¹⁵³.

Não raras as vezes são as que o processo judicial (norma secundária) provoca um desestímulo à parte detentora do direito (norma primária) no que tange ao ajuizamento e manutenção da discussão exatamente em razão da demora em seu desfecho. Processo esse que se demonstra pelas demoradas ações no rito comum (constitutivas e constitutivas negativas).

Ainda ARRUDA ALVIM NETTO: “Sintetizando, as vantagens ínsitas no mandado de segurança são: a rapidez; a suspensão liminar; a ausência da fase probatória, em si mesma, eis que

¹⁵³ ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. Mandado de segurança. Revista de Processo, a. 2, n. 6. p. 145-159, abr./jun. 1977.

o mandado de segurança só terá cabimento quando os fatos forem incontroversos e documental-mente comprovados ab initio”¹⁵⁴.

Ou seja, para fazer jus às vantagens, há que se comprovar de plano o direito líquido e certo.

Para CASTRO NUNES, ex-Ministro do STF, em “Do Mandado de Segurança”: “Direito certo e incontestável (ou líquido e certo) não é condição a priori; não seria possível enquadrá-lo numa fórmula legal, com elementos de definição que servissem à solução de todas as espécies¹⁵⁵.

Vê-se que, segundo o entendimento acima, o requisito processual de demonstração, de pronto, do direito líquido e certo não é absoluto. Em cada demanda há necessidade de se verificar os elementos necessários para comprovação do direito pleiteado pelo impetrante, com a documentação e argumentação (fática e jurídica) necessárias.

Não há uma determinação fechada, que se aplica a todo e qualquer caso. Há que se analisar o caso em si, que se verificar o ato coator e as provas que o impetrante possui para demonstrar seu direito cabalmente desde o aforamento da demanda. Em outras palavras, trata-se de uma situação processual.

CASTRO NUNES conclui seu raciocínio:

Direito certo e incontestável, para os efeitos do mandado de segurança, se define por uma condição processual e pelo teor da obrigação que incumba à autoridade. Condição processual é a possibilidade de provar de plano, documental-mente, os pressupostos da situação jurídica a preservar do ato lesivo e a violação ou ameaça que de que se queixa o impetrante, suscetível, em regra, de prova oficial¹⁵⁶.

Veja-se que esse direito incontestável é “condição processual” nas palavras de CASTRO NUNES. É a possibilidade de se provar de plano. Na verdade, possibilidade aqui se lê como necessidade, visto que, caso não se prove de plano, o procedimento do *mandamus* sequer será aceito para a discussão do direito.

¹⁵⁴ ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. Mandado de segurança. Revista de Processo, a. 2, n. 6. p. 145-159, abr./jun. 1977.

¹⁵⁵ NUNES, Castro. Do Mandado de Segurança. Editora Forense: Rio de Janeiro, 1980. p. 56-60.

¹⁵⁶ Ibidem. p. 56-60.

GILMAR MENDES e PAULO GUSTAVO GONET BRANCO lecionam:

Pela própria definição constitucional, o mandado de segurança tem utilização ampla, abrangente de todo e qualquer direito subjetivo sem proteção específica, desde que se logre caracterizar a liquidez e certeza do direito, materializada na inquestionabilidade de sua existência, na precisa definição de sua extensão e aptidão para ser exercido no momento da impetração¹⁵⁷.

Por sua vez, SÉRGIO FERRAZ¹⁵⁸, em “Mandado de Segurança (individual e coletivo) Aspectos Polêmicos”, arremata:

Surge, no mandado de segurança, uma condição da ação específica: o direito líquido e certo. Diremos que líquido será o direito que se apresente com alto grau, em tese de plausibilidade; e certo aquele que se oferece configurado preferencialmente de plano, documentalmente, sem recurso a dilações probatórias.

Vê-se que o entendimento de FERRAZ se assemelha ao de CELSO AGRÍCOLA BARBI e, por sua vez, se distingue do de CASTRO NUNES, na medida em que os dois primeiros classificam o direito líquido e certo como condição da ação de mandado de segurança. Uma condição da ação específica desse procedimento sumário do *mandamus*.

Já o último entende ser uma condição processual não uma condição a priori, visto que cada caso deverá ser analisado e essa condição deverá ser demonstrada, mesmo que de plano, dentro de suas especificidades.

SÉRGIO FERRAZ, logo em sequência diz:

Cumprе ressaltar que o direito líquido e certo é uma condição da ação criada no patamar constitucional, o que, inclusive, nos dispensa de digressões quanto ao maior ou menor acerto na escolha da expressão. E aqui, o Texto Maior, ao mesmo tempo em que só enseja o writ se de plano verificável a existência dessa condição, também só se concede, afinal, a segurança se o

¹⁵⁷ MENDES, Gilmar. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 480.

¹⁵⁸ FERRAZ, Sérgio. Mandado de Segurança (individual e coletivo) Aspectos Polêmicos. Editora Malheiros: São Paulo, 1992. p. 24.

direito líquido e certo, a início tido por plausível, por último se constatar efetivamente existente¹⁵⁹.

Importantes conclusões de FERRAZ ao expor que a “liquidez” desse direito tem relação com a plausibilidade com a qual ele é demonstrado na petição inaugural do mandado de segurança. Caso não seja plausível já se verá que o procedimento escolhido fora equivocado. Ademais, caso não seja plausível, não seja verossimilhante a alegação, o *fumus boni juris*¹⁶⁰ não estará comprovado e um possível pedido de liminar deverá ser indeferido.

Interessante conclusão de EURICO MARCOS DINIZ DE SANTI e PAULO CESAR CONRADO¹⁶¹, em artigo publicado, no sentido de que: “Liquidez e certeza é expressão que apresenta, em seu uso no direito, uma série de prismas significativos, variando seu sentido em função do objeto que qualifica”.

Em síntese: o direito líquido e certo do mandado de segurança pode ter significado diverso do direito líquido e certo empregado para outra situação jurídica. E geralmente tem.

Ainda, os autores expõem¹⁶²:

Na expressão líquido e certo para fins de mandado de segurança, o que se tira, portanto, é que o predicativo líquido e certo não se aplica imediatamente a ideia de direito, mas aos fundamentos fáticos e jurídicos que sustentam o exercício dessa especial forma de jurisdição: liquidez e certeza, neste sentido, é a tessitura do argumento jurídico, articulada na inicial do mandado de segurança, se necessário com a prova dos fatos que o justificam, tendente a qualificar o direito que se pleiteia.

Logo, direito líquido e certo, para os professores do transcrito artigo é, no caso do mandado de segurança, a qualificação dos fatos e direito trazidos pelo impetrante na petição inicial do *man-*

¹⁵⁹ FERRAZ, Sérgio. Mandado de Segurança (individual e coletivo) Aspectos Polêmicos. Editora Malheiros: São Paulo, 1992. p. 24.

¹⁶⁰ Significa, em sua literalidade, a *fumaça do bom direito*. É um indício de que o direito pleiteado realmente será verificado no decorrer do processo judicial.

¹⁶¹ SANTI, Eurico Marcos Diniz de; CONRADO, Paulo Cesar. Mandado de Segurança Preventivo em Matéria Tributária: requisitos e efeitos. In: CONRADO, P. C. (Coord.). Processo tributário analítico. Vol. I. São Paulo: NOESSES, 2015. p. 177-178.

¹⁶² *Ibidem*, p. 177-178.

damus. A partir desse “direito” qualificado como líquido e certo o Estado-juiz verificará se o impetrante realmente faz jus ao remédio constitucional do mandado de segurança.

Sentença que concede ou denega a segurança, positivada através de norma individual e concreta que constitui direito e, então, constitui norma jurídica primária de natureza material.

E essa possível negativa ao pedido formulado no mandado de segurança se dará por dois motivos basicamente: (1) pelo fato de o direito não poder ser provado de pronto; ou (2) pelo fato de o suposto direito puder ser provado de pronto, mas o Estado-juiz entender que não está preenchida a norma jurídica primária (de direito material).

Para HELY LOPES MEIRELLES, em “Mandado de Segurança e Ação Popular”¹⁶³, o direito líquido e certo tem sua definição de conceito nos seguintes termos: “Direito líquido e certo é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração”.

Veja-se que o entendimento de MEIRELLES destoa, de certa forma, do que defendem os autores DE SANTI e CONRADO, pois o primeiro entende que o direito líquido e certo traduz o próprio direito do impetrante. Os outros dois concluem que esse direito líquido e certo não é o direito em si, mas a forma como esse direito é apresentado ao Estado-juiz.

Retornando-se às palavras de MEIRELLES: Por outras palavras, o direito invocável para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante¹⁶⁴.

Entendo, na verdade, que o direito líquido e certo engloba o direito do administrado em si e a forma como ele é apresentado ao Poder Judiciário.

Ora, nítido está que há necessidade da previsão legal e de que os meios de comprovação de plano estejam presentes e de possível oferta ao Poder Judiciário juntamente com a peça inaugural do *writ*. A situação fática deve ser abrangível pela norma e os meios de demonstração de que a situação fática fora abrangida pela norma devem estar ao alcance do impetrante para que este a traga desde o início do feito, documentalmente.

¹⁶³ MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado de Segurança e Ação Popular. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 1967. p. 04-05.

¹⁶⁴ *Ibidem*. p. 04-05.

CELSONO CARDOSO FILHO, em artigo denominado Alguns aspectos processuais do mandado de segurança, também estabelece:

Direito líquido e certo, referido nas atuais legislações e que veio substituir a anterior expressão “direito certo e incontestável” é o que se apresenta existente e delimitado, pronto a ser exercitado no momento da impetração. Se houver necessidade de produzir provas para reconhecimento desse direito não é ele líquido nem certo devendo pois ser objeto de ação própria e não do instituto tratado¹⁶⁵.

HELIO LOPES MEIRELLES ainda expõe: “Se a sua existência fôr duvidosa; se a sua extensão ainda não estiver determinada; se o seu exercício depender de situações e fatos não esclarecidos nos autos, não rende ensejo à segurança, embora possa ser definido por outros meios judiciais”¹⁶⁶.

Em nota de rodapé¹⁶⁷, traz crítica à expressão *direito líquido e certo*, ao dizer que:

[...] a atual expressão “direito líquido e certo” substituiu a precedente, da legislação criadora do mandado de segurança, “direito certo e incontestável”. Nenhuma satisfaz. Ambas são impróprias e de significação equívoca, como procuraremos demonstrar no texto. O direito, quando existente, é sempre líquido e certo; os fatos é que podem ser imprecisos e incertos, exigindo comprovação e esclarecimentos para propiciar a aplicação do direito invocado pelo postulante.

Importante crítica às expressões “direito certo e incontestável” e do “direito líquido e certo” (da atual legislação), na medida em que o legislador põe em xeque a certeza sobre o próprio direito, o que não pode ocorrer. O que é incerto não é o direito, mas são os fatos que poderiam comprovar o suposto direito do impetrante.

No entendimento de LÚCIA VALLE FIGUEIREDO¹⁶⁸ o direito líquido e certo aparece em dois momentos distintos no processo de mandado de segurança: “[...] o direito líquido e certo

¹⁶⁵ CARDOSO FILHO, Celso. Alguns aspectos processuais do mandado de segurança. Revista de Processo, São Paulo, a. 6, n. 21, p. 79-89, jan./mar. 1981.

¹⁶⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado de Segurança e Ação Popular. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 1967. p. 04-05.

¹⁶⁷ Ibidem. p. 04-05.

¹⁶⁸ FIGUEIREDO, Lucia Valle. Mandado de Segurança. 2. ed. Editora Malheiros: São Paulo, 1997. p. 17.

aparece em duas fases distintas no mandado de segurança. Aparece, inicialmente, como condição da ação. É o direito líquido e certo, ao lado das demais condições da ação, requisito de admis-sibilidade do mandado de segurança”.

Aqui se vê que a professora LÚCIA VALLE acompanha grande parte da doutrina sobre o tema ao dizer que o “direito líquido e certo” é uma condição da ação “complementar” àqueles ordi-nariamente previstas a todas as demais ações. Trata-se de uma condição da ação específica do procedimento de mandado de segurança.

Ademais, diz que o direito líquido e certo aparece, ainda, ao final do procedimento do *manda-mus*, quando da análise do Poder Judiciário do suposto direito do auto pelo cometimento de suposto ato coator.

Esclarecedoras as palavras da professora:

Em consequência, o próprio conceito de direito líquido e certo incide duas vezes. Incide de início no controle do juiz. [...] O problema que se coloca, a seguir, é de como aparece o direito líquido e certo no final do mandado de segurança. É dizer, instruído o mandado de segurança, se ao juiz se apresentou o direito como líquido e certo inicialmente, mesmo assim, po-derá, a final, o juiz dizer que inexistente tal direito¹⁶⁹.

No entanto, divergimos do entendimento da professora LÚCIA VALLE FIGUEIREDO, visto que o direito líquido e certo somente pode ser considerado como real direito no momento em que o Poder Judiciário o constitui como tanto, proferindo decisão liminar¹⁷⁰ favorável (na qual, por lei, há necessidade de observância do *fumus boni juris*) ao impetrante e/ou sentença de concessão de segurança. Antes disso há uma expectativa de que esse direito exista.

Passada a definição do conceito da expressão “direito líquido e certo”, importante é a exposição do que acarreta o jurisdicionado a pleitear a manifestação do Poder Judiciário no sentido da obtenção da segurança no *mandamus* e, ainda, quem é o sujeito passivo da relação processual que se instaura com a impetração do mandado de segurança. Em outro dizer, o direito líquido e certo é trazido ao Estado-Juiz em razão a prática do ato coator por autoridade coatora. Este

¹⁶⁹ Ibidem, p. 17.

¹⁷⁰ Verificada a existência do *fumus boni juris* o Poder Judiciário entende que a situação fática, observada no mundo fenomênico se enquadra na legislação vigente, até que advenha nova decisão confirmando esse entendimento prévio (ou não).

primeiro é o ato que enseja a impetração e o segundo é quem pratica (ou faz as vezes de quem pratica) tal ato.

Autoridade coatora é, conforme CÁSSIO SCARPINELLA BUENO, em “A nova lei do Mandado de Segurança”¹⁷¹, de acordo com o artigo 3º, da Lei n. 12.016/2009, “*aquela que tenha praticado o ato impugnado ou da qual emane a ordem para sua prática*”. Nesse sentido, para figurar como autoridade coatora, no pólo passivo da ação de mandado de segurança, a pessoa deve ter praticado o ato ilegal, tido como ato coato, ou deve ter emitido ordem para outra pessoa praticar o referido ato.

No entanto, por essa definição, dúvida paira sobre a eleição da autoridade coatora. Se pode ser quem pratica o ato ou quem determina que o ato seja praticado, nos casos em que há essa ordem (em diversos casos não se observará a ordem, somente a execução mesmo) quem seria o sujeito passivo do *mandamus*? Quem executa? Quem determina que se execute o ato ilegal-coator? Ou qualquer um dos dois? Ou os dois concomitantemente?

Mais à frente, em sua referida obra, SCARPINELLA BUENO dirime qualquer dúvida sobre os questionamentos acima: “mister que ela tenha poder decisório ou deliberativo sobre a prática do ato ou a abstenção de praticá-lo. O mero executor material do ato, que apenas cumpre as ordens que lhe são dadas, não lhe cabendo questioná-las, não pode ser entendido como autoridade coatora”¹⁷².

Por vezes, importante destacar, quem pratica o ato tem poder decisório e deliberativo.

Com olhar crítico HELY LOPES MEIRELLES¹⁷³ assevera, sobre o assunto: “Coator é a autoridade autônoma que ordena concreta e especificamente a execução ou inexecução do ato impugnado, e responde pelas suas consequências administrativas”. No que tange a quem executa a ordem, o professor conclui: “executor é o agente subordinado que cumpre a ordem por dever hierárquico, sem se responsabilizar por ela”¹⁷⁴.

Exemplo de que em algumas situações quem executa o ato é quem tem poderes decisórios; é o caso no qual o Secretário de Estado de Fazenda pratica ato ilegal em face do administrado. A

¹⁷¹ BUENO, Cassio Scarpinella. A nova lei do Mandado de Segurança. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 47.

¹⁷² Ibidem. p. 48.

¹⁷³ MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado de Segurança e Ação Popular. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 1967. p. 14.

¹⁷⁴ Ibidem. p. 14.

autoridade máxima dentro da Secretaria de Estado da Fazenda é o próprio executor do ato que será considerado coator e enseja a impetração de mandado de segurança.

Nessa situação específica, a autoridade coatora, que figurará como sujeito passivo da ação de mandado de segurança, será o próprio Secretário de Estado da Fazenda, sendo competente para julgá-lo o Tribunal de Justiça do Estado (o tema de competência não é objeto deste trabalho, portanto não nos aprofundaremos sobre esse ponto).

Para RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO, em artigo “Sobre a identificação da autoridade coatora e a impetração contra a *lei em tese*, nos mandados de segurança”, conclui que:

De todos esses elementos até agora coligidos, deflui a conclusão de que a autoridade coatora pode ser o agente que praticou o ato ou a omissão (é o *quod plerumque fit*), mas, não necessariamente: haverá casos em que esse agente será o mero executor material de ordem emanada de superior hierárquico. Como funcionário subalterno, ele não participou do processo de tomada de decisão, não pode questionar a decisão tomada, não pode, sponte sua, reformá-la ou negar-lhe aplicação, de sorte que não pode ser equiparado à autoridade coatora, em eventual mandado de segurança; e isso, brevitatis causa, porque, em essência, não é dele a coação¹⁷⁵.

Veja-se que o signo *ato coator* encontra fundamento nessa coação efetuada pela autoridade coatora sobre o administrado, ao praticar ato ilegal (comissivo ou omissivo).

LÚCIA VALLE FIGUEIREDO em sentido um pouco diferente conceitua: “Assim, a autoridade coatora é quem pratica o ato, causa constrangimento ilegal, e, por isso, chamada é ao mandado de segurança somente para prestar informações”.

Possível extrair duas conclusões do posicionamento da professora transcrita: (1) que ela não faz distinção entre executor e quem ordena a execução (nesses casos específicos); e (2) não considera a autoridade coatora como parte no procedimento do mandado de segurança, sendo parte a pessoa jurídica de direito público a quem a autoridade coatora é vinculada. Inclusive, essas também são as conclusões de CELSO AGRÍCOLA BARBI¹⁷⁶ e SÉRGIO FERRAZ¹⁷⁷.

¹⁷⁵ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Sobre a identificação da “autoridade coatora” e a impetração contra a “lei em tese”, nos mandados de segurança. Revista de Processo, São Paulo, a. 11, n. 44, p. 69-84, out./dez. 1986.

¹⁷⁶ BARBI, Celso Agrícola. Do Mandado de Segurança. Belo Horizonte. 1960.

¹⁷⁷ FERRAZ, Sérgio. Mandado de Segurança (individual e coletivo) Aspectos Polêmicos. Editora Malheiros: São Paulo, 1992. p. 54-55.

Assim, diante da possibilidade de verificação da correta eleição e indicação da autoridade coatora no procedimento de mandado de segurança, o impetrante deve apresentá-la no polo passivo da demanda através da exordial do *mandamus*.

Importante destacar que o artigo 6º¹⁷⁸, da Lei n. 12.016/2009, determina a necessidade de indicação da pessoa jurídica de direito público a quem está vinculada a autoridade coatora. Caso não seja indicada, o Juízo deve possibilitar que o impetrante emende a inicial para sanar esse vício.

Mas e em casos de eleição errada da autoridade coatora na petição inicial do mandado de segurança pelo impetrante? É possível a correção, como se possibilita no caso de ausência de indicação da pessoa jurídica a que a autoridade coatora se vincula?

Segundo AYLTON BONOMO JÚNIOR e HERMES ZANETI JÚNIOR¹⁷⁹, em “Mandado de Segurança individual e coletivo”, lecionam no sentido de que: “Nessa medida, caso a autoridade indicada coatora alegue a sua ilegitimidade, deverá apontar a autoridade legítima, sendo conferido ao autor a oportunidade de alterar o polo passivo da demanda”¹⁸⁰.

Arrematam assim: “Isso não impede que, ao constatar de plano da ilegitimidade da autoridade coatora, antes mesmo da notificação para prestar informações, o magistrado faculte ao impetrante a emenda da inicial, para correção da autoridade apontada como coatora”.

Inclusive, esse é o atual entendimento do Superior Tribunal de Justiça, sobre o tema, conforme se verifica no julgamento do Recurso Especial n. 865.391/BA¹⁸¹.

¹⁷⁸ Art. 6º A petição inicial, que deverá preencher os requisitos estabelecidos pela lei processual, será apresentada em 2 (duas) vias com os documentos que instruírem a primeira reproduzidos na segunda e indicará, além da autoridade coatora, a pessoa jurídica que esta integra, à qual se acha vinculada ou da qual exerce atribuições.

¹⁷⁹ ZANETI JUNIOR, Hermes; BONOMO JUNIOR, Aylton. Mandado de Segurança Individual e Coletivo. 1. ed. Salvador: Jus Podivm, 2019. P. 128-129.

¹⁸⁰ Os autores indicam que o Enunciado 511 do FPPC – Fórum Permanente de Processualistas Civis é nesse mesmo sentido: “(art. 338, caput; art. 339; Lei n. 12.016/2009) - *A técnica processual prevista nos arts. 338 e 339 pode ser usada, no que couber, para possibilitar a correção da autoridade coatora, bem como da pessoa jurídica, no processo de mandado de segurança.* (Grupo: Impacto do novo CPC e os processos da Fazenda Pública)”. Ainda, o Enunciado 488, também do FCCP, diz: “(art. 64, §§3º e 4º; art. 968, §5º; art. 4º; Lei 12.016/2009) *No mandado de segurança, havendo equivocada indicação da autoridade coatora, o impetrante deve ser intimado para emendar a petição inicial e, caso haja alteração de competência, o juiz remeterá os autos ao juízo competente.* (Grupo: Impacto do novo CPC e os processos da Fazenda Pública)”.

¹⁸¹ “[...] considerando a finalidade precípua do mandado de segurança que é a proteção de direito líquido e certo, que se mostre configurado de plano, bem como da garantia individual perante o Estado, sua finalidade assume vital importância, o que significa dizer que as questões de forma não devem, em princípio, inviabilizar a questão de fundo gravitante sobre ato abusivo da autoridade. Conseqüentemente, o Juiz, ao deparar-se, em sede de man-

Inclusive, vale destacar que o STJ editou a Súmula 628, acatando a Teoria da Encampação, que permite a alteração da autoridade coatora no procedimento de *mandamus*, com a condição de preenchimento de alguns requisitos:

Súmula 628: A teoria da encampação é aplicada no mandado de segurança quando presentes, cumulativamente, os seguintes requisitos: a) existência de vínculo hierárquico entre a autoridade que prestou informações e a que ordenou a prática do ato impugnado; b) manifestação a respeito do mérito nas informações prestadas; e c) ausência de modificação de competência estabelecida na Constituição Federal.

Ainda, autoridade coatora é aquela com poder de decisão e, também, que pratica o ato ilegal ou que tem o poder de decisão e ordena a execução do ato ilegal. Esse ato ilegal (ou ato coator).

4.3. ATO COATOR E ATOS PREPARATÓRIOS. MANDADO DE SEGURANÇA REPRESSIVO E PREVENTIVO

O ato administrativo praticado pela autoridade pública, que é eivado de ilegalidade, é considerado ato coator. E este dá azo ao ajuizamento do *mandamus*. Em outros termos, requisito para ajuizamento do mandado de segurança é a existência de ato praticado (comissivo ou omissivo) por autoridade pública (ou quem lhe faça as vezes) com tendência a ser considerado, pelo Poder Judiciário, como ilegal ou inconstitucional.

Diz-se dessa forma, pois a condição de ato coator somente será aferida na decisão de mérito do Poder Judiciário. Antes disso o ato administrativo deve, ao menos, conter prenúncios de que é afrontoso à legislação.

A norma individual e concreta ou geral e concreta do ato administrativo, que será ou não constituído em ato coator pela decisão judicial (outra norma individual e concreta) é quem dá ensejo ao ajuizamento do mandado de segurança. Procedimento especial que se compatibiliza, claro,

dado de segurança, com a errônea indicação da autoridade coatora, deve determinar a emenda da inicial ou, na hipótese de erro escusável, corrigi-lo de ofício, e não extinguir o processo sem julgamento do mérito” (REsp 865.391/BA, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 7/8/2008.

com as normas trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015, mesmo que a legislação de regência seja a Lei n. 12.016/2009 (anterior ao referido CPC).

Característica básica dessa norma geral ou individual e concreta do ato administrativo é a presunção de legalidade ou legitimidade. Que como exposto no capítulo anterior é a característica do ato administrativo que diz respeito a que se presume que o ato é materialmente e formalmente constituído nos conformes da legislação vigente.

Nessa esteira, o agente público (ou particular que tem função pública) pratica o ato, e esse ato presumidamente é legal (está dentro dos limites da legislação). O administrado verifica que essa presunção não deve subsistir, visto que o considera ilegal e, dessa maneira, maneja um mandado de segurança com o fito de que o Poder Judiciário constitua uma nova realidade, considerando aquele ato (cuja legalidade se presumia) ilegal e coator e, assim, desconstituindo, também, seus efeitos. Isso no mandado de segurança repressivo.

Já no mandado de segurança preventivo não há o ataque a ato coator. Isso porque, por lógica, se o mandado de segurança é prévio é porque ele fora ajuizado antes da ocorrência do fato que a ele daria ensejo. Ajuíza-se mandado de segurança preventivo quando há justo receio de que um ato administrativo ilegal ou inconstitucional ocorra.

Vale a transcrição dos ensinamentos de CÁSSIO SCARPINELLA BUENO:

[...] a Constituição, neste inciso XXXV do art. 5º, assegura a tutela jurisdicional da mera ameaça a direito, o que equivale dizer que não é necessário aguardar a lesão a um direito para buscar sua reparação junto ao Judiciário. Desde que se verifique a possibilidade dessa lesão, a Constituição já autoriza o ingresso no Estado-juiz para que a lesão sequer seja consumada, imunizando-se a situação concreta prestes a ser violada, afastando-se, assim, a primazia da tutela meramente reparatória, que pressupõe a existência e a consumação do dano, sobre a inibitória, que durante séculos predominou no direito material e, de maneira reflexa, no direito processual¹⁸².

¹⁸² BUENO, Cassio Scarpinella. Mandado de segurança: comentários às Leis n. 1.533/51, 4.348/64 e 5.021/66. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 08.

Veja-se que o mandado de segurança, seja repressivo quanto preventivo (como visto acima), resta previsto na Constituição da República, o que determina que qualquer legislação infraconstitucional deve, obrigatoriamente, seguir o norte constitucional. Nesse sentido HUGO BARROSO UELZE:

Assim, qualquer interpretação da Lei do Mandado de Segurança (LMS), Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009, há que sempre partir dos entrelaçamentos verticais – isto é, respeitar a compatibilidade vertical ditada pela supremacia da Constituição – entre os conceitos magnos e os dispositivos legais, sob pena de menoscabo ao sentido [finalístico ou teleológico] e ao alcance [histórico-lógico-jurídico-sistêmico] do mandado de segurança, tal como estatuídos, no plano individual e coletivo, pelos incisos LXIX e LXX do art. 5º da CF¹⁸³.

Sendo assim, no mandado de segurança repressivo o ato que dá ensejo à discussão judicial é ato que será reconfigurado em coator, já no *mandamus* preventivo não se fala em ato coator, mas em atos preparatórios¹⁸⁴.

4.4. ATAQUE À PRESUNÇÃO DE LEGALIDADE DO ATO COATOR

Conforme exposto no item logo acima, a presunção de legalidade do ato praticado por agente da administração (ou quem lhe faça as vezes) que tende a ser considerado ato coator pelo Poder Judiciário que julga o mandado de segurança, deve ser atacada para que tal ato seja considerado ilegal, coator e, assim, seja desconstituído.

Na verdade, o ato administrativo, que nasce com uma ação ou omissão do agente público ou particular incumbido de função pública, na decisão do Poder Judiciário é reconfigurado como

¹⁸³ UELZE, Hugo Barroso. A nova lei do mandado de segurança e o plano de validade das definições legais. Revista de Estudos Tributários, Porto Alegre, volume 13, n. 75, p. 32.

¹⁸⁴ Traz-se conclusão a que chegou Potira Ferreira Brito de Macêdo, em Dissertação defendida no Programa de Pós-Graduação Strictu Sensu em Direito Processual da UFES, denominada O mandado de segurança preventivo e o ato coator iminente na Constituição Federal de 1988: “Apesar do conhecimento de que o ato coator pode significar tanto ato como procedimento, deve-se ter clara a nomenclatura que se utilizará para cada um deles, pois traduzem conceitos distintos. Para o resultado do procedimento de produção normativa denominar-se-á ato coator; para os atos praticados no curso dessa atividade, atos preparatórios. Aqueles ensejam a impetração repressiva; estes, a preventiva. Logo, na impetração preventiva o ato coator sequer foi produzido, e a impetração se voltará contra os atos preparatórios de sua produção. São eles os supostos fáticos presentes no antecedente da norma jurídica do mandado de segurança preventivo.

ato coator, com a derrubada de sua presunção de legalidade, sendo esse ato coator, após, desconstituído. Inclusive, cessando seus efeitos.

EURICO MARCOS DINIZ DE SANTI e PAULO CESAR CONRADO, em artigo publicado, concluem da seguinte forma: “Ato coator é o ato de autoridade cuja especial presunção de legalidade foi desqualificada em razão da reanálise do procedimento de sua produção ou da projeção futura deste procedimento, no caso de mandado de segurança preventivo¹⁸⁵”.

Veja-se que é especialmente imperiosa a reanálise do procedimento da produção do ato administrativo, para que se verifique se ele está material e formalmente nos conformes da legislação de regência. Os mesmo professores¹⁸⁶ ainda expõem: “O juízo do mandado de segurança revisita, mediante peculiar procedimento, aquele procedimento que deu origem ao ato-fato que se pretende predicar de coator, reanalizando os fatos (F1, F2, F3, F4 e F5) desde que provados de plano, bem como as normas juridicizantes desses fatos (N1, N2, N3, N4 e N5)”.

Note-se que há uma revisita pelo Poder Judiciário aos “atos-fatos” e às normas que juridicizaram esses fatos, que se pode concluir pela sua ilegalidade e, assim, pela decisão concedendo a segurança (ou, em caráter de urgência, a decisão liminar).

Outro trecho interessante do mesmo artigo é o que diz:

Nos atos de autoridade pública, a presunção de legalidade implica a presunção da correção do seu processo de produção [procedimento]. O mandado de segurança rompe esta especial presunção de legalidade, mediante o reingresso normativo (via procedimentos e provas) no processo de produção do ato que se pretende atacar¹⁸⁷.

Veja-se que o Estado-juiz, chamado a se manifestar sobre o ato administrativo praticado e que se alega estar a violar direito de pessoa natural ou jurídica, através das provas trazidas aos autos de plano, ou seja, provas materiais, deve, retirando a presunção de legitimidade do referido ato,

¹⁸⁵ SANTI, Eurico Marcos Diniz de; CONRADO, Paulo C. Mandado de Segurança em matéria tributária, definindo e inter-relacionando Conceitos Fundamentais: “Direito Líquido e Certo”, “Ato Coator”, “Medida Liminar”, “Sentença”, “Periculum in Mora” e “Fumus Boni Iuris”. Revista Dialética de Direito Tributário, São Paulo, n. 90, 2003. p. 50.

¹⁸⁶ Ibidem. p. 51.

¹⁸⁷ Ibidem, p. 50.

considerá-lo coator e, via de consequência, desconstituí-lo, visto que está em descompasso com a legislação vigente.

4.5. LIMINAR EM MANDADO DE SEGURANÇA

Importante, em grande parte dos casos ajuizados, que se conceda, em decisão com caráter de urgência, a suspensão dos efeitos do ato que se quer seja considerado coator (ato administrativo questionado), visto que está a prejudicar o impetrado.

Ou, na hipótese de mandado de segurança preventivo, que se impeça a prática do ato administrativo que, caso já tivesse sido vertido em linguagem pela autoridade pública, seria ato de que se pleitearia a desconstituição.

Veja-se que o inciso III, do artigo 7º, da Lei n. 12.016/2009 estabelece que “quando houver fundamento relevante e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida”¹⁸⁸ deve ser prolatada decisão liminar com vistas a suspender o ato que deu origem ao pedido de concessão da segurança no *mandamus*. Inclusive, pode-se exigir “caução, fiança ou depósito, com o objetivo de assegurar o ressarcimento à pessoa jurídica”.

Assim, claro está que os requisitos obrigatórios, que o impetrante deve demonstrar de plano, na propositura do *writ*, são: (1) o fundamento relevante; e (2) que do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida. O primeiro se refere à demonstração do que está a violar o direito líquido e certo do impetrante.

Já o segundo pressuposto diz respeito ao tempo. Ou melhor, caso o Estado-juiz não profira decisão de urgência com finalidade de suspender os efeitos do ato impugnado, o tempo correrá e, quando for proferida a norma jurídica concreta da sentença está será inócua.

¹⁸⁸ Art. 7º Ao despachar a inicial, o juiz ordenará:

[...]

III - que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido, quando houver fundamento relevante e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja finalmente deferida, sendo facultado exigir do impetrante caução, fiança ou depósito, com o objetivo de assegurar o ressarcimento à pessoa jurídica.

Esse segundo requisito, conforme MARCOS ROGÉRIO LYRIO PIMENTA¹⁸⁹, equivale ao *periculum in mora*.

Diante disso, quando o sujeito ativo do mandado de segurança demonstrar, em sua petição inicial, com os documentos que a instruem, seu direito líquido e certo, preenchendo o pressuposto de fundamento relevante, além de mostrar ao Estado-juiz que caso a decisão de suspensão dos efeitos do ato não seja proferida com urgência a sentença será inócua, o mesmo Poder Judiciário suspenderá, na verdade, os efeitos da presunção de legalidade do ato administrativo que se está a questionar.

A presunção de legalidade que acompanha o ato, que se requer a reconfiguração em ato coator para que seja desconstituído com a linguagem competente da sentença, deve, preenchidos os requisitos contidos no inciso II, do artigo 7º, da Lei n. 12.016/2009, ser suspensa pela decisão proferida em caráter liminar.

4.6. OS EFEITOS DA SENTENÇA QUE CONCEDE A SEGURANÇA

Com base nas premissas acima, a sentença que concede a segurança tem os efeitos de reconfigurar o ato administrativo questionado em ato ilegal e coator, na medida em que sua presunção de legalidade fora extirpada, através da comprovação de plano do seu direito líquido e certo e, além disso, desconstituir o ato coator, para que seus efeitos não mais se irradiem.

Nos casos de mandado de segurança preventivo, a sentença proferida no *mandamus* tem efeito de impedir que o ato da autoridade administrativa (ou de particular que lhe faça as vezes) seja executado. Em outros termos, impede o processo de positivação do direito que seria ejetado no Sistema jurídico pela autoridade pública.

Ou, caso esse ato seja proferido no curso do mandado de segurança, visto que não fora deferido pedido de liminar, a norma jurídica concreta da sentença terá os mesmos efeitos da proferida no mandado de segurança repressivo, acima expostos.

¹⁸⁹ PIMENTA, Marcos Rogério Lyrio. Mandado de Segurança e Efeito das Liminares. In: Curso de Especialização em Direito Tributário. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005. p. 633.

PAULO CESAR CONRADO e EURICO MARCOS DINIZ DE SANTI, em artigo da obra “Processo Tributário Analítico – Volume I”, entendem que no *mandamus* preventivo a sentença proferida funciona como “verdadeira regra de proibição”¹⁹⁰.

Exatamente porque a norma individual e concreta da sentença, de certa forma, proíbe a realização do ato administrativo que viria a ser reconfigurado como ato coator.

DE SANTI e CONRADO, em outro já indicado artigo publicado na Revista Dialética de Direito Tributário¹⁹¹, concluem que a sentença proferida em sede de mandado de segurança tem, além do efeito declaratório e constitutivo negativo, o efeito mandamental, que é a ordem direta do Estado-juiz à autoridade pública competente para desfazer ou deixar de praticar o ato coator.

Com todo o respeito, discorda-se de parte da afirmação trazida pelos autores acima, na medida em que a linguagem trazida na sentença do *mandamus* não pode em hipótese alguma declarar algo. Se existe linguagem, na norma jurídica concreta da sentença, essa linguagem cria, constitui ou constitui negativamente. Então, essa norma não tem efeito de declarar o ato como coator, mas de constituí-lo como ato coator e, ato contínuo, desconstituí-lo, pois mostra-se contrário à legislação.

¹⁹⁰ SANTI, Eurico Marcos Diniz de; CONRADO, Paulo Cesar. Mandado de Segurança Preventivo em Matéria Tributária: requisitos e efeitos. In: CONRADO, P. C. (Coord.). Processo tributário analítico. Vol. I. São Paulo: NOESES, 2015. p. 180-181: “É que, tomando como referência a iminência de ato de autoridade, o mandado de segurança preventivo implica, quando julgado procedente, a emissão de norma individual e concreta que, se não anula o ato (uma vez ainda não praticado), impede sua realização, funcionando, assim, como verdadeira regra de proibição, de caráter flagrantemente declaratório, portanto. Em outro dizer: ao julgar procedente o mandado de segurança preventivo, o Estado-juiz, afasta a presunção de legalidade que permearia todo e qualquer ato que viesse a ser praticado pela autoridade pública, proibindo-a, por via oblíqua, de fazê-lo”.

¹⁹¹ SANTI, Eurico Marcos Diniz de; CONRADO, Paulo C. Mandado de Segurança em matéria tributária, definindo e inter-relacionando Conceitos Fundamentais: “Direito Líquido e Certo”, “Ato Coator”, “Medida Liminar”, “Sentença”, “Periculum in Mora” e “Fumus Boni Iuris”. Revista Dialética de Direito Tributário, São Paulo, n. 90, 2003. p. 50.

5. ATO COATOR COMO NORMA JURÍDICA

5.1. NORMATIVIDADE APLICADA AO ATO COATOR

Conforme premissas expostas, o ato administrativo, que é o praticado pela autoridade pública ou por particular revestido de função pública, a partir do momento em que perde a sua inerente presunção de legalidade (legitimidade) constitui-se em ato coator. Veja-se que o ato administrativo foi reconstituído em ato coator. Trata-se de uma reconfiguração. Dá-se um novo formato ao ato, uma nova forma, com novas características. Positiva-se um novo ato.

E a prática desse ato coator ou o fundado receio de que ato coator (atos preparatórios) possa ocorrer é que possibilita a impetração do mandado de segurança. Sem esses requisitos a impetração é impossível. Trata-se de condição *sine qua non*.

Obviamente, como exposto, ocorrido o ato coator (ou existente o justo receio de sua ocorrência) há, ainda, necessidade de o impetrante fazer prova de que essa ação ofende seu direito líquido e certo (prova documental feita de plano, no momento do ajuizamento do feito). Há que se ter certeza da prática do ato ou certeza de sua iminente prática.

Trata-se, como dito, de prova concreta desse justo receio na hipótese de mandado de segurança preventivo. Não é suficiente que seja apenas um receio infundado de que o ato coator possa ser praticado, mas uma prova de que atos anteriores (prévios) já tenham sido praticados e que o ato administrativo ilegal está em sua iminência de ser positivado pela autoridade coatora.

Vê-se que o ato coator, na medida em que já reconhecido pelo Estado-juiz como coator, após a remoção da presunção de legalidade¹⁹² do ato da autoridade pública, pode ser classificado dentro da categoria normativa: geral e concreto e individual e concreto.

¹⁹² Mais uma vez importante trazer as palavras de Fabiana Del Padre Tomé, em A prova no direito tributário, (p. 231), no sentido de que: Os atos administrativos apresentam características que objetivam, simultaneamente, conferir garantia aos administrados e prerrogativas à Administração. Dentre elas, releva destacar a presunção de legitimidade, caracterizando presunção *juris tantum* de validade, da qual decorre que o ato seja considerado regu-

Como bem define EURICO MARCOS DINIZ DE SANTI:

As normas gerais e abstratas e as individuais e concretas impõem diretivos ao comportamento das pessoas e são produzidas em conformidade com as regras de produção e objetivadas por veículos introdutores credenciados pelo ordenamento jurídico. Entretanto, apresentam funções prescritivas diversas: as normas gerais e abstratas voltam-se para o futuro e para todos, utilizam-se de enunciados conotativos, informando a conduta que ainda não aconteceu; as normas individuais e concretas são denotativas, dirigem-se ao passado para construir fatos passados e prescrever condutas, imprimindo caráter de definitividade ao sentido do direito. Sem normas individuais e concretas, o direito não alcança essa necessária objetividade e certeza. Daí podemos afirmar que estas e aquelas submetem-se a regimes jurídicos diversos, em função dos fins que buscam atingir¹⁹³.

Dentro da definição do conceito de ato coator, como aquele constituído através do poder decisório do Estado-juiz (ato jurisdicional) que extirpa a presunção de legitimidade do ato de autoridade pública (ou de particular com função de autoridade), ou seja, sendo aquele que se formaliza só após seu reconhecimento como ilegal pelo Poder Judiciário, temos que ele pode ser visto, normativamente, como geral ou individual¹⁹⁴ e concreto.

Diz-se isso porque a norma criada pelo Estado-juiz, sentença que concede (ou denega) a segurança pleiteada pelo impetrante e que reconhece (ou não) o ato de autoridade como ato coator, pode abarcar uma coletividade (por exemplo, ato ilegal-coator praticado por agente de trânsito que determina, ilegalmente, o fechamento de uma avenida de um grande centro urbano por uma semana, afetando um incontável número de pessoas) ou um indivíduo pontualmente (por exemplo, ato de agente da Receita Federal que formaliza auto de infração contra pessoa física que supostamente inadimpliu recolhimento do Imposto de Renda).

larmente praticado até que outra linguagem jurídico-prescritiva determine o contrário, invalidando-o. Essa presunção, entretanto, não exime a Administração do dever de comprovar a ocorrência do fato jurídico, bem como das circunstâncias em que este se verificou.

¹⁹³ SANTI, Eurico Marcos Diniz de. Norma, Evento, Fato, Relação Jurídica, Fontes e Validade no Direito. In: Curso de Especialização em Direito Tributário. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005. p. 01.

¹⁹⁴ Aurora Tomazini de Carvalho, mais uma vez elucida o tema, citando o professor Paulo de Barros Carvalho, ao afirmar, quanto à individualidade ou generalidade da norma jurídica, que: “Numa análise ainda mais aprofundada, levando-se em conta a estrutura normativa, Paulo de Barros Carvalho, ao atentar-se para o fato de que os qualificativos “geral” e “individual” são definidos de acordo com estar ou não individualizado o sujeito cuja ação é regulada [...]”. (CARVALHO, Aurora Tomazini de. Curso de Teoria Geral do Direito – O constructivismo lógico-semântico. São Paulo: NOESSES, 2013, p. 358).

Vê-se, nesse particular, que a norma jurídica pode ser classificada, no que tange a sua função, como geral ou individual. Geral na situação de se refere a uma coletividade indeterminada, ou seja, não se é possível individualizar os sujeitos que figurarão no lugar sintático do conseqüente da norma; individual quando se refere a uma pessoa (física ou jurídica) determinada (sujeitos que se pode individualizar).

No entanto, a norma do ato coator somente poderá ser, quanto à sua função, concreta, na medida em que se trata de fato efetivamente ocorrido no mundo real. Isso também se aplica aos atos preparatórios (prévios à prática do ato ilegal) do mandado de segurança preventivo.

5.2. LUGARES SINTÁTICOS DA NORMA JURÍDICA DO ATO COATOR

Conforme exposto no tópico anterior, o ato coator somente pode ser considerado ato coator a partir do momento em que o ato de autoridade (ou de particular que lhe fala as vezes, dentro da previsão na lei) perde sua presunção de legalidade através de norma individual e concreta (sentença do Estado-juiz) que o constitui dessa forma. Em outros termos, linguagem prescritiva dá nova tônica ao ato administrativo.

Contudo, importante lembrar que a expressão *ato coator* é ambígua e possui mais de um significado. É que esse *ato coator* pode ser considerado o processo ou o produto. Processo quando implica no procedimento (veículo introdutor) que tem como sujeito ativo a autoridade administrativa na prática de atos que resultarão no referido *ato coator*. Assim, tanto o procedimento percorrido pela autoridade pública (ou particular que possua poderes descritos na lei), como o resultado desse procedimento podem ser denominados como ato coator.

O ato coator indicado no primeiro parágrafo desse tópico, qual seja, o ato oriundo da recodificação do ato administrativo, através de sentença do Poder Judiciário, é norma individual ou geral e concreta. É norma jurídica praticada por agente público de qualquer um dos três Poderes (Poder Executivo, Poder Legislativo ou Poder Judiciário) ou particular em função pública, que,

após linguagem emitida pelo Estado-juiz passa, efetivamente, a ser nomeado de ato coator. Antes era nomeado *ato administrativo*, de quem se pleiteou a retirada de sua presunção de legalidade para que fosse recodificado em ato coator e, assim, desconstituído.

Dessa feita, a norma jurídica do ato coator pode ser subdividida em 03 (três) momentos, basicamente: (1) a norma jurídica do ato coator como procedimento (veículo introdutor); (2) a norma jurídica do ato coator como produto desse procedimento (ato coator *stricto sensu*); e (3) a norma jurídica do ato coator como resultado da ação do Estado-juiz a reconfigurando em efetivo ato coator.

Na norma jurídica do ato coator como processo¹⁹⁵ (veículo introdutor) no antecedente existe a formalização de um procedimento (mesmo que extremamente simples) e o percurso desse procedimento pela autoridade pública com vistas a introduzir no Sistema Jurídico ato (comissivo e omissivo) ou atos preparatórios (*mandamus preventivo*); e no conseqüente normativo está a constituição do efetivo ato (produto) que relaciona a autoridade pública ao administrado que sente seu direito líquido e certo ofendido.

Veja-se que se trata de norma jurídica primária, visto que diz respeito a direito material, mesmo que exista em sua natureza uma ideia de procedimento. Mas é procedimento intrínseco ao ato e não entre sujeitos. Não se pode dizer que é norma jurídica secundária, adjetiva, processual, pois não há aqui uma sanção-coação pela prática de um ato ilegal.

Lembra-se que a norma jurídica acima é geral ou individual e concreta.

Após, na norma jurídica do ato coator como produto (*stricto sensu*), no antecedente está a prática do ato coator efetivo (resultado do procedimento de criação) ou de atos preparatórios (mandado de segurança preventivo) pela autoridade administrativa. Vê-se que aqui o ato coator é resultado do ato do veículo introdutor. Na verdade, o ato administrativo cuja presunção de legalidade será extirpada pelo Estado-juiz e, assim, passar-se-á a chamar de ato coator.

¹⁹⁵ Aqui não se deve confundir a norma jurídica do veículo introdutor, como processo, com a norma jurídica processual (sanção-coação) que é a resultante da provocação do Estado-juiz após a norma jurídica primária ser desrespeitada.

Destaca-se mais uma vez que a expressão *ato coator* é utilizada, por vezes, para designar o ato administrativo ilegal. Somente para fins didáticos. Mas já vimos que o ato coator só pode receber essa nomenclatura após a sua constituição por decisão do Poder Judiciário.

E no conseqüente dessa norma jurídica (do ato coator *stricto sensu*, como produto) está a efetiva ofensa (ou justo receio, com base em efetivos atos preparatórios) ao direito líquido e certo do administrado (pessoa natural ou jurídica) que possibilita, segundo os termos da Lei n. 12.016, de 2009, a impetração de mandado de segurança para questionar e desconstituir o ato. A relação instaurada no conseqüente dessa norma é entre a autoridade coatora e o administrado.

Trata-se de norma primária ainda.

Já no terceiro momento, a norma jurídica que se observa é de cunho processual, ou seja, norma jurídica secundária, que prevê em seu antecedente a impetração de mandado de segurança por administrado que se sente lesado (ofensa à norma primária) em seu direito líquido e certo (ou com justo receio de ser lesado) e, no conseqüente, a formalização de relações jurídicas lineares entre o ofendido-impetrante e o Estado-juiz (Poder Judiciário) e, ainda, entre a autoridade coatora-ofensora e o mesmo o Estado-juiz. Tendo vistas a recodificar o ato administrativo em ato coator e, ato contínuo, desconstituí-lo.

Assim, no antecedente da norma jurídica do ato coator (processual) há a previsão de que o ato de autoridade tem sua presunção de legalidade derrubada por uma sentença do Poder Judiciário (norma individual e concreta) e, no conseqüente, a relação jurídica (da norma jurídica primária) entre o impetrante e o Poder Público no sentido de que aquele ato não poderá mais produzir os efeitos. E, ainda, uma relação entre o Poder Público que deu origem ao ato de autoridade e o Poder Judiciário no sentido de que aquele ato será desconstituído e seus efeitos serão cessados, sob risco de aplicação das penalidades da lei.

Aqui, a norma jurídica primária é expressada por $D [f \rightarrow R(S, S')]$, sendo que f é o fato ocorrido no mundo fenomênico e R , no conseqüente da norma, é a relação jurídica formada, após a ocorrência do fato jurídico (evento vertido em linguagem competente), entre os sujeitos S e S' . Trata-se de norma de direito material, que se descumprida, nesse caso com a positivação de ato administrativa (do qual se extirpará a presunção de legalidade, visto que ilegal), nascerá a norma

jurídica secundária $D [-f \rightarrow R'(S, S'')]$, sendo que $-f$ é o fato jurídico de descumprimento da regra de direito material; R' é a relação de direito processual que se instala entre o sujeito que teve seu direito ofendido S e o Estado-juiz S'' .

Ou melhor, $-f$ é o ato administrativo ilegal (o descumprimento do que determina a norma jurídica primária). Sendo que R' é a relação jurídica processual linear que se instala entre o administrado ofendido S e o Estado-juiz S'' .

Veja-se, mais uma vez, que o Sistema de normas não contém a previsão geral e abstrata de que um ato administrativo específico será considerado ato coator caso preencha alguma condição fática também específica. Não é algo automático. A condição de ato coator só é adquirida pelo ato administrativo após posituação da norma introduzida pela sentença. Só com a sentença que o ato passa de ato administrativo a ato coator. E essa reconstituição se dá por meio de linguagem da autoridade competente (norma individual e concreta).

A legislação prevê os limites em que o ato administrativo deve estar inserido (até onde o agente público pode ir na prática do ato), não podendo, esse ato, ultrapassar essas balizas. E essa limitação é exatamente o contorno da legalidade. A legislação prevê como (formal e materialmente) o ato da autoridade poderá se exteriorizar. Ultrapassado o campo delimitador da legalidade o ato já passa a ser passível de questionamento (norma jurídica secundária).

Dessa maneira, caso a prática do ato (comissivo ou omissivo) pelo agente público (ou particular com poderes para praticá-lo) ultrapasse os contornos da legalidade, já se perceberá a necessidade de extingui-lo, visto que estará *contra legem*. Mas não se pode dizer que desde que o ato é praticado fora dos limites legais ele pode ser considerado coator. Há a necessidade de que do Estado-juiz se exprima linguagem (norma jurídica individual e concreta) para revesti-lo dessa nova condição.

Na sequência: norma jurídica primária, de direito material, é inserida no Sistema Jurídico por meio de Fonte do Direito (em atividade de enunciação). Autoridade pública ou particular que esteja investido de função pública afronta a norma primária através de ato administrativo que

se mostra ilegal. O administrado ofendido, exercendo o direito de ação¹⁹⁶, constitucionalmente garantido, busca o Estado-juiz para obter jurisdição e, assim, obter provimento jurisdicional no sentido de retirar a presunção de legalidade do ato administrativo questionado, reconfigurando-o, como dito, em ato coator e, via de consequência, desconstituí-lo.

O ato coator, vale repetir, é constituído (fruto da reconfiguração do ato administrativo ilegal) e desconstituído na mesma norma jurídica concreta (sentença).

Importante dizer que essa desconstituição do ato ilegal pode ser realizada pelo próprio poder público, administrativamente, verificando algum vício material ou de forma (trata-se de revogação, vista no início desse trabalho, no capítulo referente aos atos administrativos). Entretanto, caso isso não ocorra (o que geralmente acontece), o administrado ofendido provoca o Estado-juiz para que esse exerça sua sanção-coação.

Nessa toada, a norma jurídica direito material que estabelece a correta ação do agente público se mostra desrespeitada, ensejando a aplicação da norma jurídica processual, secundária, adjetiva, a qual estabelecerá duas relações jurídicas: uma entre o administrado que está sendo prejudicado pelo ato coator e o Estado-juiz e outra entre o ofensor-autoridade coatora e o Estado-juiz, resultando na já demonstrada dinâmica relacional angular.

Destaca-se que nesse momento não há relação jurídica entre a pessoa jurídica de direito público, a qual é vinculada a autoridade coatora, e o Estado-juiz (o Poder Judiciário). Mesmo que seja requisito da petição inicial do *mandamus* a indicação desta pessoa jurídica de direito público, em razão do que prevê o artigo 6º, da Lei n. 12.016, de 2009¹⁹⁷, essa relação só se dará caso exista manejo de recurso em face de decisões proferidas no feito (agravo de instrumento, embargos de declaração, apelação, etc.).

No agravo de instrumento a autoridade coatora, como processualmente determinado, não figura como agravante ou agravado, mas sim a pessoa jurídica de direito público a quem ela está vinculada (Estado, União, Município, autarquias, etc.). Já na apelação, existe uma particularidade:

¹⁹⁶ Art. 5º [...] XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

¹⁹⁷ Art. 6º A petição inicial, que deverá preencher os requisitos estabelecidos pela lei processual, será apresentada em 2 (duas) vias com os documentos que instruírem a primeira reproduzidos na segunda e indicará, além da autoridade coatora, a pessoa jurídica que esta integra, à qual se acha vinculada ou da qual exerce atribuições.

por mais que a regra comum seja a interposição pela pessoa de direito público a qual a autoridade ofensora esteja vinculada, a Lei n. 12.016, de 2009 possibilita o manejo pela própria autoridade coatora¹⁹⁸. Trata-se de exceção.

Assim, nos recursos, em regra, há relação entre a pessoa de direito público a quem se vincula a autoridade impetrada e o Estado-juiz e, ainda, entre o administrado e o Estado-juiz. Lembre-se sempre que são duas relações lineares, independentes.

A partir do momento em que se estabelece essas relações, o Estado-juiz, com base nas alegações de existência de direito líquido e certo (visto que violada alguma norma jurídica) trazidas pelo impetrante em sua exordial do *mandamus* (que deve estar calcada em provas pré-constituídas, apresentadas de plano no momento do ajuizamento), verifica se a presunção de legalidade que reveste todos os atos administrativos deve ser derrubada.

Caso seja derrubada, com a constituição de norma jurídica individual e concreta, o ato administrativo, que anteriormente era intocável por presumir-se que era legítimo, é reconfigurado em ato coator, pois é afrontoso ao direito positivo.

Ora, vê-se que no antecedente da norma jurídica do ato coator (aqui ato coator como produto, *stricto sensu*) é necessário a existência do ato administrativo presumivelmente legal, sendo questionado por meio de mandado de segurança. Pois, se para que se reconfigure como ato coator, aquele ato inicialmente administrativo, necessário é a positivação de sentença (norma individual e concreta), o processo judicial com finalidade a transmutar o ato de administrativo em ato ilegal e coator.

Dessa maneira, a norma primária é a que será desrespeitada e, assim, o ofendido-impetrante se verá na necessidade (direito) de impetração de *mandamus*. Com esse ajuizamento, na norma jurídica secundária (ou adjetiva) há o nascimento das relações jurídicas lineares acima expostas, entre o impetrante e o Estado-juiz e o impetrado e o mesmo Estado-juiz. Resultando, como dito anteriormente, em angularidade relacional.

¹⁹⁸ Art. 14. Da sentença, denegando ou concedendo o mandado, cabe apelação. (...) §2º Estende-se à autoridade coatora o direito de recorrer.

Exercendo seu direito de ação, o impetrante, que viu a norma jurídica primária desrespeitada e ajuizou o mandado de segurança, calcado na existência de direito líquido e certo, devendo ser comprovado de imediato, através de provas documentais pré-constituídas, pleiteará provimento jurisdicional (sentença como norma individual e concreta) que reconfigure o ato administrativo em ato coator e, assim, o desconstitua (inclusive seus efeitos). O ato coator, então, é constituído para ser desconstituído. Nasce para imediatamente morrer, pois não se desconstitui aquilo que sequer existe.

Com efeito, não se desconstitui ato administrativo ao se julgar procedente o mandado de segurança. O *mandamus* serve a desconstituir um ato específico, qual seja, o ato coator. Portanto, a sentença: (1) retira a presunção de legalidade do ato administrativo; (2) reconfigura o ato administrativo em ato coator; (3) com a existência do ato coator, agora, vê-se o preenchimento de requisito básico à impetração do *mandamus*; e (4) desconstitui-se o ato coator.

E, assim, o procedimento do *writ* leva o Estado-juiz a, ao se extirpar a presunção de legitimidade do ato administrativo, reconfigurar tal ato presumivelmente legal, conferindo-lhe vestes de ato ilegal e coator.

Só nesse momento que o ato, que se apontou estar eivado de ilegalidade (ou inconstitucionalidade) quando do ajuizamento do mandado de segurança, é transmutado em ato coator.

Diante dessas premissas vê-se que o ato coator, na verdade, não é o requisito para *ajuizamento* do mandado de segurança. É o requisito para *concessão* da segurança. Requisito ao ajuizamento é a existência de ato administrativo no qual se aponte a necessidade de derrubada de sua presunção de legalidade.

Assim, no antecedente da norma do jurídica do ato coator (como processo) há a necessidade de demonstração do ato administrativo tendo sua presunção de legalidade questionada visto que é afrontoso à legislação vigente (norma primária). Já no consequente há a existência de relação jurídica entre o impetrante e o Estado-juiz e, ainda, entre a autoridade coatora e o Estado-juiz.

Em termos lógico-sintáticos: $H \rightarrow R(S, S'')$ é a norma de direito material na qual há a previsão de ato administrativo dentro da legalidade. Contudo, ultrapassadas as balizas da legalidade pelo

agente público (ou particular) tem-se que $H'(-c) \rightarrow R'(S, S''')$, ou seja, no antecedente há o cumprimento da lei pelo agente (-c), resultando, no conseqüente, a relação jurídica entre o impetrante (ofendido S) e o Estado-juiz (S''').

São relações lineares, sendo que dessas relações resulta a emissão de linguagem (sentença) no sentido de decodificar o ato administrativo e codificá-lo, constituí-lo, como ato coator. A dinâmica de forças dessas relações lineares resulta em uma forma angular relacional entre autor, Estado-juiz e réu. Não uma forma triangular como a maior parte da doutrina processual costuma comumente classificar. Isso porque não há relação jurídica processual direta entre o autor e o réu. O autor vai ao Estado-juiz requerer o que entende de direito e o Estado-juiz vai ao réu verificar o pleito do autor.

Em suma, na relação jurídica de direito material, prevista na norma primária, no ato coator visto como procedimento e produto existe relação jurídica direta entre autor e réu. Na norma de direito processual – aqui o processo de mandado de segurança previsto na Constituição e na Lei n. 12.016/2009 – a relação entre autor e réu, ou impetrante e autoridade coatora (vinculada à pessoa jurídica de direito público) não ocorre, mas sim entre esses e o Estado-juiz.

Como dito, o autor pede ao Estado-juiz que invista contra o réu e o réu defende-se da acusação feita pelo autor dirigindo sua defesa ao Estado-juiz. Nunca diretamente entre impetrante e autoridade coatora.

5.3. NORMA JURÍDICA DO ATO QUE ENSEJA MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO. ATOS PREPARATÓRIOS

Conforme exposto alhures, no mandado de segurança preventivo se combate não o ato coator (ato administrativo ilegal que será reconfigurado em ato coator) em si, visto que ele, por lógica, ainda não ocorreu. O objeto de ataque do *mandamus* preventivo é ato preparatório. Aquele que antecede a provável prática do ato coator.

Nesse processo de positivação do ato coator alguns outros atos são inseridos no mundo fenomênico pela autoridade pública antecipando a provável prática do referido ato coator (ato administrativo ilegal, nesse momento). No entanto, o impetrado no *justo receio* de que esse ato administrativo-coator esteja em vias de ser praticado, vale-se do *mandamus* preventivo para resguardar seu direito líquido e certo e impedir que haja descumprimento da norma primária.

Importante expor que a prática do ato prévio preparatório não significa o não cumprimento do que está contido na norma primária. Apenas sinaliza que esse descumprimento se aproxima e certamente ocorrerá, caso não seja brecado.

Veja-se, mais uma vez, que o combate, através mandado de segurança impetrado, não é o ato coator *in casu*, mas são os atos preparatórios que indicam a viabilidade da prática, pela autoridade pública (ou particular que lhe faça as vezes) do ato coator. Destaca-se que esses atos denominados preparatórios dão, com uma carga de certeza suficiente, a confiança que em curto intervalo de tempo, esse ato coator (o ato administrativo ilegal) se positivará (ou se positivaria, caso não seja ajuizado o *mandamus*).

Essa certeza será, diante das premissas já expostas neste trabalho, dada a partir dos documentos acostados à petição inicial do *mandamus*, no formato de provas pré-constituídas que servirão a demonstrar o direito líquido e certo do impetrante.

Tanto o ato preparatório, quanto o ato coator, como exposto em item anterior, podem ser norma jurídica geral e concreta, quando vistos pela ótica de veículos introdutores de normas (ato-procedimento) e como norma individual e concreta, quando analisados do panorama do ato-produto que efetivamente ofende o direito líquido e certo de pessoa ofendida.

No caso específico do ato preparatório, o que se vê, quando veículo introdutor, é norma jurídica que tem em seu antecedente a formalização de um procedimento por autoridade pública competente (ou particular investido de poderes para tanto) em certo tempo e espaço e, no seu conseqüente, uma prescrição de que todos devem observar o resultado desse ato-procedimento.

Veículo introdutor é, segundo conceituação de AURORA TOMAZINI DE CARVALHO:

Por partirmos da premissa de que o direito positivo é um conjunto de normas jurídicas, não podemos aceitar que enunciados ingressem no sistema senão por força de um efeito jurídico, que assim se caracteriza por encontrar-se prescrito no consequente de uma regra. Nestes termos, nenhuma norma jurídica ingressa no direito positivo sem se através de outra norma jurídica (veículo introdutor), pois a fórmula que o sistema estipula para nele introduzir regras é a produção de uma norma introdutora¹⁹⁹.

Constitui-se relação jurídica entre o agente do poder público que inseriu no sistema o ato-preparatório-procedimento e aquele que possui justo receio de que o resultado desse procedimento viole seu direito.

Quando ato preparatório como produto, a norma jurídica individual e concreta tem em seu antecedente um ato que antecede a possível positividade do ato coator, de autoridade pública (ou particular que resta investido, por lei, de poderes), que indica uma possível e iminente ofensa à legislação (o direito líquido e certo de algum indivíduo) e no seu consequente a possibilidade de questionamento judicial através de mandado de segurança preventivo²⁰⁰.

Aqui se dará ênfase ao ato preparatório como produto: o ato coator efetivo.

Mais uma vez a relação jurídica constituída no consequente da norma é composta pelo agente do Poder Público que positiva o ato preparatório, que antecede o ato coator de possível ocorrência, e aquele que possui justo receio de ser ofendido caso venha a ser praticado o ato coator de que se tem elevado grau de certeza que ocorrerá.

Assim, a representação sintática seria: $H \rightarrow R(S, S'')$, sendo que essa seria a norma primária que deveria ser observada. Nela há previsão de observância, pela autoridade pública, do que a legislação determina para balizar a prática do ato administrativo. Sendo assim, praticado o ato, formar-se-ia a relação jurídica entre S (o administrado) e S'' (a Administração Pública, que é representada pela autoridade pública). No entanto, caso descumprido o balizamento previsto na

¹⁹⁹ CARVALHO, Aurora Tomazini de. Curso de Teoria Geral do Direito – O constructivismo lógico-semântico. São Paulo: NOESES, 2013, p. 500.

²⁰⁰ A princípio poder-se-ia questionar, também, por meio de ação no rito ordinário. Mas não é o foco do nosso trabalho. Aqui estabelecemos as particularidades do procedimento especial do mandado de segurança.

legislação para a prática dos atos prévios ao ato coator, formar-se-á a relação entre o administrado com receio de ser ofendido e o Estado-juiz e entre esse e a autoridade coatora, com a consequente impetração do *mandamus* preventivo. Veja-se: $H'(-c) \rightarrow R'(S, S'')$.

Relações lineares, que resultam na dinâmica relacional angular (e não triangular).

5.4. ATO COATOR NO MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO

A Lei n. 12.016, de 2009, que rege o processo de mandado de segurança estabeleceu em seu artigo 21 que:

Art. 21. O mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, na defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária, ou por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há, pelo menos, 1 (um) ano, em defesa de direitos líquidos e certos da totalidade, ou de parte, dos seus membros ou associados, na forma dos seus estatutos e desde que pertinentes às suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial.

Veja-se que o que diferencia o mandado de segurança individual do *mandamus* coletivo é, basicamente, a delimitação dos legitimados a impetrar a ação de direito coletivo, além dos direitos que podem ser objeto de discussão (direito líquido e certo coletivo).

Mandado de segurança coletivo é espécie do gênero mandado de segurança.

HERMES ZANETI JUNIOR e AYLTON BONOMO JUNIOR trazem, em livro em coautoria, que:

Como veremos, a corrente vencedora e dominante nos tribunais, fixou-se na tese ampliativa, a qual permite a tutela pelo writ coletivo dos direitos coletivos lato sensu, ou seja, dos direitos difusos, coletivos, coletivos stricto sensu e individuais homogêneos. Sendo essa a interpretação que deve prevalecer através da leitura conjunta dos dispositivos legais e do micro-sistema do processo coletivo de forma a preservar a integralidade da

Constituição de 1988, propiciando uma interpretação conforme da Lei Federal n. 12.016/2009 e acatando a vedação da proibição de retrocesso²⁰¹.

Aqui, visto que os pressupostos para impetração são definidos de forma geral tanto para o mandado de segurança individual, como para o coletivo, o ato coator do *mandamus* coletivo também pode ser, na medida em que, como vimos, é expressão ambígua, ato coator como processo e ato coator como produto. O processo engloba, como dito, os atos praticados pela autoridade coatora no procedimento de formalização do ato coator. O produto é o ato coator em si, praticado no findar desse procedimento.

Dessa maneira, o ato coator do mandado de segurança coletivo, entendido como processo, tem em sua hipótese a formalização de um procedimento e todo o caminho percorrido nesse procedimento pela autoridade, no sentido de inserir no Sistema Jurídico ato (comissivo e omissivo) ou atos preparatórios (*mandamus* preventivo); e no conseqüente normativo está a postura em linguagem do efetivo ato (produto) que estabelece a relação jurídica entre a autoridade pública e os administrados que sentem seu direito líquido e certo ofendido (ou em vistas de ser ofendido).

Repita-se: administrados, que podem ser representados pelos legitimados previstos na lei.

Sempre importante lembrar que se trata de norma jurídica primária, visto que trata de direito material, mesmo que exista em sua natureza uma ideia de procedimento.

Se a análise for da norma jurídica do ato coator como produto, no antecedente está a prática do ato coator efetivo (que resulta do procedimento de criação) ou dos atos preparatórios (mandado de segurança preventivo) pela autoridade administrativa.

Nessa hipótese o ato coator é, na verdade, o ato administrativo cuja presunção de legalidade será extirpada pelo Estado-juiz e, assim, passará a ser considerado ato coator. No conseqüente dessa norma está a ofensa (ou justo receio) de direito líquido e certo dos administrados (pessoas

²⁰¹ ZANETI JUNIOR, Hermes; BONOMO JUNIOR, Aylton. Mandado de Segurança Individual e Coletivo. 1. ed. Salvador: Jus Podivm, 2019. p. 335.

naturais ou jurídicas) que possibilita, segundo os termos da Lei n. 12.016/2009, a impetração de mandado de segurança para questionar e desconstituir o ato.

As relações jurídicas instauradas no consequente dessa norma são entre a autoridade coatora e os administrados (com a representação pelos legitimados).

É de se dar destaque que as relações jurídicas não se dão entre os legitimados processuais e a autoridade coatora. Mas entre aqueles que tiveram seu direito ofendido e a autoridade coatora, visto que aqui também se trata de norma jurídica primária, de ordem material.

Por fim, a norma jurídica que também se observa, é de cunho processual, ou seja, norma jurídica secundária, que prevê em seu antecedente a impetração de mandado de segurança por administrado que se sente lesado em seu direito líquido e certo (ou com justo receio de ser lesado), por meio dos legitimados estabelecidos na legislação, e no consequente a formalização de relações entre os substituídos processuais e o Estado-juiz e a autoridade coatora e o Estado-juiz.

Tudo com vistas a recodificar o ato administrativo em ato coator e, assim, desconstituí-lo. Deixando, dessa forma, de ser válido, vigente e eficaz.

Assim, no antecedente da norma jurídica do ato coator (processual) há a previsão de que o ato de autoridade teve sua presunção de legalidade derrubada por uma sentença do Poder Judiciário e no consequente a relação entre os substituídos processuais e o Poder Público. Isto no sentido de que aquele ato não poderá mais produzir os efeitos e uma relação entre o Poder Público que deu origem ao ato de autoridade e o Poder Judiciário para que aquele ato seja desconstituído e seus efeitos sejam cessados, sob risco de aplicação das penalidades da lei.

5.5. DECISÃO JUDICIAL. ATO JURISDICIONAL COMO ATO COATOR

Tema interessante é o relativo ao cabimento do mandado de segurança contra ato jurisdicional, ou seja, contra ato praticado por membro (ou membros) do Poder Judiciário que tenha conteúdo decisório. Ou seja, ato praticado por Juízes, Desembargadores ou Ministros em sua atividade

jurisdicional. Excetuam-se aqui os atos de membros do Poder Judiciário que não tenham conteúdo decisório (jurisdicional).

Assim, sob a lente do manejo do mandado de segurança, o ato coator aqui seria o referido ato praticado por membro do Poder Judiciário, que tenha conteúdo decisório em atividade jurisdicional. Essas decisões, que podem carregar a qualificação de ato combatível por meio de mandado de segurança, são, obviamente, atos administrativos praticados com ilegalidade ou abuso de poder, conforme preceitua a Lei n. 12.016/2009²⁰².

Tais ilegalidades, a princípio, poderiam ser atacadas por meio de recursos previstos no Ordenamento Jurídico pátrio. No entanto, o Ordenamento é omissivo quanto à possibilidade de interposição de recursos em determinados casos: decisão interlocutória em Juizados Especiais Cíveis, por exemplo. A Lei n. 9.099/1995 não prevê a possibilidade de interposição de agravo de instrumento. Inclusive o Supremo Tribunal Federal – STF já decidiu, sem sede de Repercussão Geral²⁰³, esse assunto, no sentido de que não é cabível recurso de agravo de instrumento no âmbito dos JEC – Juizados Especiais Cíveis.

Por tal razão, o jurisdicionado começou a se valer do mandado de segurança para combater tais decisões. Veja-se que o ato é praticado por autoridade administrativa, investida da função jurisdicional (inerente à atividade dos membros do Poder Judiciário). Esse ato-decisão teria sido praticado contrariamente ao que as regras (de direito material ou de procedimento) determinam. Nesse sentido, seria o que o direito processual civil chama de *error in iudicando* ou *error in procedendo*. Os professores FREDIE DIDIER JR. e LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA, inspirando-se no Mestre BARBOSA MOREIRA, lecionam que:

Chama-se de *error in iudicando* o equívoco de julgamento. Denuncia-se por meio de impugnação, “uma má-apreciação da questão de direito ou da

²⁰² Art. 1º Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica 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. (destacou-se)

²⁰³ CONSTITUCIONAL. CONCESSÃO DE TUTELA LIMINAR NO SISTEMA DOS JUIZADOS ESPECIAIS ESTADUAIS. IMPOSSIBILIDADE DE RECURSO CONTRA DECISÃO INTERLOCUTÓRIA QUE ANTECIPA OS EFEITOS DA TUTELA. MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA DECISÃO JUDICIAL. INDEFERIMENTO LIMINAR PELA TURMA RECURSAL. REPERCUSSÃO GERAL. (RE 576847 RG, Relator(a): Min. EROS GRAU, julgado em 01/05/2008, DJe-142 DIVULG 31-07-2008 PUBLIC 01-08-2008 EMENT VOL-02326-09 PP-01839)

questão de fato, ou de ambas, pedindo-se, em consequência, a reforma da decisão”. É um dado que investiga no conteúdo da decisão: o juiz decidiu mal, apreciou mal aquilo que lhe foi submetido para ser decidido. Trata-se de fato jurídico que enseja a reforma da decisão recorrida.

[...]

Chama-se de erros *in procedendo* o vício de atividade, que revela um defeito da decisão, apto a invalidá-la. Denuncia-se o defeito formal, pleiteando-se a invalidação da decisão. “O vício é de natureza formal, invalidando o ato judicial, não dizendo respeito ao conteúdo desse mesmo ato”²⁰⁴.

Vê-se que o *error in iudicando* é no conteúdo da decisão. E o *error in procedendo* está na forma da decisão. É de natureza formal. De toda maneira, o ato-decisão estará viciado caso o *error* seja *in iudicando* ou *in procedendo*. Dando, assim, azo à interposição de recurso.

No entanto, como dito, casos há em que a legislação não permite a utilização de recurso. Mas o jurisdicionado, que é acometido pela ilegalidade (conteúdo ou forma) do *decisum*, tem necessidade de questionar o ato-decisão, especialmente quando esse causa dano ou se demonstre o justo receio de que esse ato cause dano. Nessas hipóteses, poder-se-ia, o administrado-jurisdicionado, valer-se do mandado de segurança.

Veja-se que se trata de ato ilegal praticado por autoridade pública. Preenche-se um dos requisitos para a impetração do *mandamus*.

Além disso, para instruir o feito de mandado de segurança deve se valer de prova, de plano, de que o ato-decisão está a afrontar direito líquido e certo do jurisdicionado. Ou que, no caso do *mandamus* preventivo, há justo receio de que o ato-decisão a ser praticado ofenda direito líquido e certo do administrado-jurisdicionado. Importante destacar que, conforme dito em tópico anterior, o que se ataca no mandado de segurança preventivo não é o ato coator (ato administrativo ilegal), mas os atos preparatórios.

Em resumo, as regras aplicadas aos mandados de segurança utilizados para atacar atos praticados por agentes públicos serão as mesmas para atacar os atos-decisão praticados por membros do Poder Judiciário.

²⁰⁴ DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Curso de direito processual civil. Vol. 3. 13 ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 135.

Nesse caso específico, vê-se que tanto na norma primária, quanto na secundária, figurará o Estado-juiz. Na norma primária o Estado juiz estará numa relação de direito material (mesmo que a regra ofendida seja procedimental) com o jurisdicionado. Na norma secundária, processual, o Estado-juiz que proferiu o ato-decisão objeto do *mandamus* figurará, no conseqüente da norma jurídica, em uma ligação relacional linear com outro Estado-juiz (este competente para julgar o feito) e o administrado-jurisdicionado fará parte de uma obrigação relacional também com o Estado-juiz. Resultado na já descrita relação angular.

Assim, o Estado-juiz, nesses casos, se diferenciará em sua função subjetiva. Será sujeito ativo no processo de mandado de segurança e será julgador desse mandado de segurança.

Com efeito, o Superior Tribunal de Justiça – STJ, em sua atividade interpretativa da legislação infraconstitucional, deu os contornos de significação às regras processuais que norteiam o *mandamus* ajuizado contra decisões judiciais. Veja-se:

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ATO JUDICIAL. AUSÊNCIA DE QUALQUER OUTRO RECURSO APTO A IMPUGNAR O ATO DA AUTORIDADE COATORA. DECISÃO TERATOLÓGICA. 1. Possibilidade de impetração do mandado de segurança quando ausente qualquer outro recurso cabível contra o ato judicial realizado pela autoridade coatora. 2. Ato judicial que se mostra manifestamente teratológico e abusivo, a ensejar perigo de dano irreparável. 3. Existência de abuso de poder no ato do Magistrado que, ignorando por duas vezes determinação do Tribunal de Justiça, manteve decisão que, entendendo serem inadmissíveis embargos de declaração com efeitos infringentes, recebeu-os como apelação e, ato contínuo, julgou-a deserta. 4. RECURSO ORDINÁRIO PROVIDO COM A CONCESSÃO DA ORDEM.²⁰⁵

Veja-se que o STJ entende caber impetração de mandado de segurança contra ato-decisão nas hipóteses em que esses atos são manifestamente ilegais, teratológicos e abusivos e, ainda, que ensejam perigo de dano irreparável. Demais disso, na situação deve ser ausente qualquer recurso cabível contra a decisão a qual se pretende atacar.

²⁰⁵ STJ; RMS 34.181/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/09/2012, DJe 11/09/2012.

Com o Código de Processo Civil de 2015, que teve vigência a partir do mês de março de 2016, em seu artigo 1.015²⁰⁶, previu-se um rol de hipóteses contra as quais caberia interposição de recurso de agravo de instrumento. Ou seja, tal modalidade recursal, utilizada contra decisões interlocutórias em geral, passou a ser aplicada somente a questionar determinadas decisões interlocutórias. Esse rol, a princípio, seria taxativo. Não se admitia a utilização do agravo de instrumento fora dos limites ali previstos.

Nas situações que extrapolassem essa lista passou-se a utilizar o mandado de segurança contra tais atos-decisão não previstos, visto não existir recurso a ser utilizado de imediato. Caso a parte quisesse questionar a decisão, deveria aguardar o possível recurso de apelação e alegar seu descontentamento em preliminares recursais.

Contudo, diante dos questionamentos judiciais, o STJ decidiu, em sede de Recurso Repetitivo, o Tema 988, no qual restou decidido que o a taxatividade do rol seria mitigada²⁰⁷, admitindo-

²⁰⁶ Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre:

I - tutelas provisórias;

II - mérito do processo;

III - rejeição da alegação de convenção de arbitragem;

IV - incidente de desconsideração da personalidade jurídica;

V - rejeição do pedido de gratuidade da justiça ou acolhimento do pedido de sua revogação;

VI - exibição ou posse de documento ou coisa;

VII - exclusão de litisconsorte;

VIII - rejeição do pedido de limitação do litisconsórcio;

IX - admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros;

X - concessão, modificação ou revogação do efeito suspensivo aos embargos à execução;

XI - redistribuição do ônus da prova nos termos do art. 373, § 1º ;

XII - (VETADO);

XIII - outros casos expressamente referidos em lei.

Parágrafo único. Também caberá agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário.

²⁰⁷ RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. NATUREZA JURÍDICA DO ROL DO ART. 1.015 DO CPC/2015. IMPUGNAÇÃO IMEDIATA DE DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS NÃO PREVISTAS NOS INCISOS DO REFERIDO DISPOSITIVO LEGAL. POSSIBILIDADE. TAXATIVIDADE MITIGADA. EXCEPCIONALIDADE DA IMPUGNAÇÃO FORA DAS HIPÓTESES PREVISTAS EM LEI. REQUISITOS. 1- O propósito do presente recurso especial, processado e julgado sob o rito dos recursos repetitivos, é definir a natureza jurídica do rol do art. 1.015 do CPC/15 e verificar a possibilidade de sua interpretação extensiva, analógica ou exemplificativa, a fim de admitir a interposição de agravo de instrumento contra decisão interlocutória que verse sobre hipóteses não expressamente previstas nos incisos do referido dispositivo legal. 2- Ao restringir a recorribilidade das decisões interlocutórias proferidas na fase de conhecimento do procedimento comum e dos procedimentos especiais, exceção feita ao inventário, pretendeu o legislador salvar apenas as "situações que, realmente, não podem aguardar rediscussão futura em eventual recurso de apelação". 3- A enunciação, em rol pretensamente exaustivo, das hipóteses em que o agravo de instrumento seria cabível revela-se, na esteira da majoritária doutrina e jurisprudência, insuficiente e em desconformidade com as normas fundamentais do processo civil, na medida em que sobrevivem questões urgentes fora da lista do art. 1.015 do CPC e que tornam inviável a interpretação de que o referido rol seria absolutamente taxativo e que deveria ser lido de modo restritivo. 4- A tese de que o rol do art. 1.015 do CPC seria taxativo, mas admitiria interpretações extensivas ou analógicas, mostra-se igualmente ineficaz para a conferir ao referido dispositivo uma interpretação

se que se interponha agravo de instrumento para questionar outros tipos de decisões não especificadas no artigo 1.015, do Código de Processo Civil, e quando for verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação.

HERMES ZANETI JR e AYLTON BONOMO JÚNIOR trazem, em sua obra, explicação sobre esse novo panorama:

Contudo, decidiu a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, em regime de recurso repetitivo (precedente vinculante), no sentido de que as hipóteses de cabimento de agravo de instrumento não são absolutamente taxativas (mas também não é um rol exemplificativo), de modo que “o rol do art. 1.015 do CPC é de taxatividade mitigada, por isso admite a interposição de agravo de instrumento quando verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação”.

Nesse precedente vinculante, observa-se que o Superior Tribunal de Justiça adotou a posição quanto ao cabimento do agravo de instrumento mais ampla (taxatividade mitigada) do que a interposição extensiva, porquanto “a tese de que o rol do art. 1.015 do CPC seria taxativo, mas admitiria interpretações extensivas ou analógicas, mostra-se igualmente ineficaz para a conferir ao referido dispositivo uma interpretação em sintonia com as normas fundamentais de processo civil, seja porque ainda remanescerão hipóteses em que não será possível extrair o cabimento do agravo das situações enunciadas no rol, seja porque o uso da interpretação extensiva ou da analogia pode desnaturar a essência de institutos jurídicos ontologicamente distintos”²⁰⁸.

em sintonia com as normas fundamentais do processo civil, seja porque ainda remanescerão hipóteses em que não será possível extrair o cabimento do agravo das situações enunciadas no rol, seja porque o uso da interpretação extensiva ou da analogia pode desnaturar a essência de institutos jurídicos ontologicamente distintos. 5- A tese de que o rol do art. 1.015 do CPC seria meramente exemplificativo, por sua vez, resultaria na repriminção do regime recursal das interlocutórias que vigorava no CPC/73 e que fora conscientemente modificado pelo legislador do novo CPC, de modo que estaria o Poder Judiciário, nessa hipótese, substituindo a atividade e a vontade expressamente externada pelo Poder Legislativo. 6- Assim, nos termos do art. 1.036 e seguintes do CPC/2015, fixa-se a seguinte tese jurídica: O rol do art. 1.015 do CPC é de taxatividade mitigada, por isso admite a interposição de agravo de instrumento quando verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação. 7- Embora não haja risco de as partes que confiaram na absoluta taxatividade serem surpreendidas pela tese jurídica firmada neste recurso especial repetitivo, pois somente haverá preclusão quando o recurso eventualmente interposto pela parte venha a ser admitido pelo Tribunal, modulam-se os efeitos da presente decisão, a fim de que a tese jurídica apenas seja aplicável às decisões interlocutórias proferidas após a publicação do presente acórdão. 8- Na hipótese, dá-se provimento em parte ao recurso especial para determinar ao TJ/MT que, observados os demais pressupostos de admissibilidade, conheça e dê regular prosseguimento ao agravo de instrumento no que se refere à competência, reconhecendo-se, todavia, o acerto do acórdão recorrido em não examinar à questão do valor atribuído à causa que não se reveste, no particular, de urgência que justifique o seu reexame imediato. 9- Recurso especial conhecido e parcialmente provido. (STJ; REsp 1696396/MT, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, CORTE ESPECIAL, julgado em 05/12/2018, DJe 19/12/2018)

²⁰⁸ ZANETI JUNIOR, Hermes; BONOMO JUNIOR, Aylton. Mandado de Segurança Individual e Coletivo. 1. ed. Salvador: Jus Podivm, 2019. p. 96-97.

Por consequência, nos casos de decisões interlocutórias, com a formalização do Tema 988, do STJ, no meu entender, deixou de ser possível a impetração de mandado de segurança, visto que este não poderá, nesse caso, ser sucedâneo do recurso de agravo de instrumento, pois: (1) existe recurso previsto para questionar esse tipo de decisão – taxatividade mitigada; e (2) a esse recurso pode ser conferido efeito suspensivo, nos termos do inciso I, do artigo 1.019, do Código de Processo Civil²⁰⁹. Inclusive o STJ decide no sentido de que o *mandamus* não pode ser utilizado como sucedâneo recursal²¹⁰.

Dessa maneira, especificamente quanto às decisões interlocutórias, que são atacáveis por meio de agravo de instrumento, não pode ser utilizado mandado de segurança para questionar o referido ato-decisão. Importante destacar que o CPC de 2015 retirou a regra de concessão automática de efeito suspensivo (suspensão da eficácia) a recursos, mas possibilitou sua concessão caso sejam preenchidos determinados requisitos, como o risco de dano grave ou de difícil reparação. Assim, a qualquer recurso pode ser atribuído efeito suspensivo, caso se verifique risco de dano grave ou de difícil reparação.

Ainda, o STJ admite a utilização do *writ* contra decisões manifestamente ilegais ou teratológicas.

Nas demais decisões somente seria possível a impetração do *mandamus* nos casos que a legislação não previr qualquer recurso, como o caso das decisões interlocutórias no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis (Lei n. 9.099/1995).

²⁰⁹ Art. 1.019. Recebido o agravo de instrumento no tribunal e distribuído imediatamente, se não for o caso de aplicação do art. 932, incisos III e IV, o relator, no prazo de 5 (cinco) dias:

I - poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal, comunicando ao juiz sua decisão;

²¹⁰ Ementa: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SUBMISSÃO À REGRA PREVISTA NO ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 03/STJ. MANDADO DE SEGURANÇA UTILIZADO COMO SUCEDÂNEO RECURSAL. NÃO CABIMENTO. PRECEDENTES. 1. "O mandado de segurança não serve como sucedâneo recursal, daí porque não é cabível sua impetração em casos em que há recurso próprio, previsto na legislação processual, apto a resguardar a pretensão do impetrante, mesmo que sem efeito suspensivo, salvo a hipótese de decisão teratológica ou flagrantemente ilegal, o que não restou demonstrado" (AgInt no MS 23.159/DF, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, CORTE ESPECIAL, julgado em 29/11/2017, DJe 05/12/2017). 2. Agravo interno não provido. (AgInt no RMS 61.946/ES, Relator Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/03/2020, DJe 09/03/2020).

No Juízo Criminal o STJ - Superior Tribunal de Justiça decide no mesmo sentido dos assuntos de competência da Justiça Cível quanto à impossibilidade utilização do mandamus como sucedâneo recursal e quanto à possibilidade nas hipóteses de decisões teratológicas ou manifestamente ilegais. Em outros termos, trata-se de possibilidade excepcionalíssima. Veja-se ementa deste ano de 2020:

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DECISÃO JUDICIAL QUE INDEFERIU O PEDIDO PARA CONSTAR APENAS AS INICIAIS DO NOME DO ACUSADO NAS INFORMAÇÕES E FUTURAS PUBLICAÇÕES RELATIVAS AO PROCESSO PENAL. IMPUGNAÇÃO POR MANDADO DE SEGURANÇA. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEI-TA. SÚMULA N. 267 DO STF. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE OU TERATOLOGIA. RECURSO ORDINÁRIO NÃO PROVIDO. 1. O mandado de segurança é admissível para a proteção de direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, diante de ilegalidade praticada por autoridade pública. **Não é viável a sua utilização como sucedâneo recursal.** 2. O indeferimento do pedido incidental da defesa - constar apenas as iniciais do nome do acusado nas informações e futuras publicações de processo criminal -, pelo Desembargador responsável pela análise da admissibilidade do recurso especial na origem, possui natureza jurídica de decisão judicial e havia previsão de recurso próprio para sua impugnação (agravo interno/regimental). Incidência da Súmula n. 267 do STF. 3. **Não há ilegalidade flagrante ou teratologia no ato apontado como coator que pudesse justificar, excepcionalmente, a sua impugnação via mandado de segurança,** posto que a ação penal não tramitava sob sigilo de justiça e havia o dever de observância ao princípio da publicidade. 4. Recurso ordinário não provido²¹¹. (grifos apostos)

Já no Juízo Trabalhista, o TST – Tribunal Superior do Trabalho admite a utilização de mandado de segurança quando da decisão (ato-decisão) não se puder atacar com recurso próprio e que a esse recurso não seja possível a concessão de efeito suspensivo. O impetrante deve estar prestes a sofrer prejuízos irreparáveis. Transcreve-se a ementa recentíssima:

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ATO COATOR PROFERIDO EM RECLAMAÇÃO TRABALHISTA PROPOSTA ANTES DA EDIÇÃO DA LEI Nº 13.467/2017. REJEIÇÃO DE ARGUIÇÃO DE SUSPEIÇÃO DE PERITA NOMEADA PELO JUÍZO. ATO ATACÁVEL MEDIANTE MEIO JUDICIAL PRÓPRIO. Orientação jurisprudencial 92 da sbdi-2. O art. 5º da Lei nº 12.016/2009 dispõe

²¹¹ STJ; RMS 46.982/RS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 19/09/2019, DJe 30/09/2019.

que não se concederá mandado de segurança quando se tratar de decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo. A jurisprudência desta corte (orientação jurisprudencial 92 da SBDI-2, assim como a do Supremo Tribunal Federal (Súmula nº 267), estabelecem que **o mandado de segurança é cabível somente nas hipóteses em que o impetrante encontra-se prestes a sofrer prejuízos irreparáveis, desde que não exista recurso próprio com fim específico**. No caso concreto, o ato impugnado é aquele que rejeita a exceção de suspeição da perita nomeada pelo juízo. Ocorre que a pretensão do impetrante de que seja declarada a suspeição da perita, com a consequente substituição da expert, desafia meio próprio para impugnação, no próprio feito matriz, conforme previsto nos arts. 893, § 1º e 895, I, da CLT, atraindo a aplicação, como óbice à ação mandamental, do disposto na orientação jurisprudencial nº 92 desta c. Subseção. Decisão recorrida que se mantém. Precedentes. Recurso ordinário conhecido e desprovido²¹². (grifou-se)

Importante destacar que a Súmula 267²¹³, indicada no aresto acima, do Supremo Tribunal Federal - STF, proíbe a impetração de *mandamus* nas hipóteses de questionamento de atos-decisão judicial que sejam passíveis de combate por recurso ou correição.

Ainda, outra súmula deve ser destacada aqui, que é o caso da Súmula 202, do STJ, que dispõe que a impetração de segurança por terceiro, contra ato judicial, não se condiciona à interposição de recurso .

Assim, mesmo terceiro, que não faz parte da relação jurídica de direito material, no processo no qual foi proferida decisão judicial a ser questionada, pode se valer do mandado de segurança, obviamente, como dito acima, em casos de decisões teratológicas, manifestamente ilegais, das quais não caiba recurso previsto em lei.

²¹² TST; RO 0101133-09.2018.5.01.0000; Subseção II Especializada em Dissídios Individuais; Rel. Min. Alexandre de Souza Agra; DEJT 06/03/2020; Pág. 392.

²¹³ Súmula 267 do STF: Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição.

6. EXAME PELOS TRIBUNAIS SUPERIORES (STF E STJ) E DO TJES: O ATO COATOR NOS MANDADOS DE SEGURANÇA REPRESSIVO E PREVENTIVO

O Código de Processo Civil de 2015 trouxe em seu texto enunciados a respeito da valorização das decisões judiciais maturadas pelos Tribunais Superiores, especialmente pelo Supremo Tribunal Federal - STF e pelo Superior Tribunal de Justiça - STJ e por seus órgãos de julgamento (Turmas e Plenário).

Não se trata de inovação, visto que essa questão já era prevista no Código anterior, mas de uma nova dinâmica processual.

Ou melhor, o legislador deu melhores contornos sobre o que deveria obrigatoriamente ser observado pelos Juízos (hierarquicamente inferiores) quando determinado tema que já tenha sido decidido, de forma madura, pelos referidos Tribunais (repercussão geral e recursos repetitivos).

Dessa maneira, imperioso observar o que o STF e o STJ entendem a respeito dos temas. Inclui-se sobre seus entendimentos a respeito da dinâmica de ajuizamento e processamento dos mandados de segurança, com ênfase na análise do ato coator (repressivo) ou atos preparatórios (preventivo).

Para tanto, aproximando, neste trabalho, a teoria já exposta à prática do que é decidido pelos Tribunais, se tratarão, exemplificativamente, normas jurídicas concretas (decisões judiciais) que constatem exatamente o que expusemos de premissas e conclusões nos capítulos anteriores.

Inicialmente traz-se a ementa do julgamento do Agravo Regimental em Mandado de Segurança 31.366, do Supremo Tribunal Federal, da relatoria da Ministra Rosa Weber e que expõe brilhantemente sobre os atos preparatórios no mandado de segurança preventivo:

EMENTA AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA. INERPOSIÇÃO SOB A ÉGIDE DO CPC/1973. MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO CONTRA ATO SUPOSTAMENTE IMINENTE A SER PRATICADO PELA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. DESAPROPRIAÇÃO DE DIREITOS DE LAVRA MINERAL. DEFICIÊNCIA DE INSTRUÇÃO DO MANDADO DE SEGURANÇA. AUSÊNCIA DE CÓPIA DO RESPECTIVO PROCESSO ADMINISTRATIVO OU DE REQUERIMENTO PARA QUE ESTE FOSSE EXIBIDO (ART. 6º, § 1º, DA LEI Nº 12016/09). ARTIFICIAL ATRIBUIÇÃO DE COMPETÊNCIA A ESTE SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

INEXISTÊNCIA DE FUNDADO RECEIO DE PRÁTICA FUTURA DE ATO PELA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. 1. A impetrante não trouxe aos autos cópia do processo administrativo em que alega estar sofrendo cerceamento de direitos, e nem requereu a aplicação do art. 6º, § 1º, da Lei nº 12016/09, de modo a fomentar a correta instrução do mandado de segurança. Sem tais cópias, é impossível tecer juízo de valor a respeito das alegações deduzidas. 2. A inicial, de qualquer modo, se limita a narrar atos praticados pelo Departamento Nacional de Infraestrutura e Transportes (DNIT), do Departamento de Estradas e Rodagens do Rio de Janeiro (DER-RJ) e do Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM), a partir dos quais sugere a iminência de ato desapropriatório a ser editado pela Presidência da República. Não há nada que indique, com razoável grau de certeza, a iminência da adoção desta ou daquela atitude por parte da autoridade que fundamentou, nesta sede, a impetração do mandado de segurança. O justo receio, situação apta a configurar hipótese de cabimento de mandado de segurança preventivo, não se confunde com mera possibilidade, mas com a comprovação de uma situação concreta a indicar verdadeiro vaticínio de que determinada ocorrência venha a se realizar na forma sugerida. 3. Agravo regimental conhecido e não provido.²¹⁴

Veja-se, como exposto nos tópicos acima, que para impetração do mandado de segurança preventivo não há que se comprovar a existência do ato coator que viole direito líquido e certo do impetrante, mas sim a existência de atos preparatórios que demonstrem o justo receio diante de uma situação concreta que indicaria a possível e posterior ocorrência de ato ilegal praticado por autoridade coatora ou particular investido de função pública.

Destaque para o vocábulo *concreto*, que mostra que há mais que um mero receio de que seja praticado ato que viole direito, mas sim que seja praticado ato preparatório que indica uma tendência de a autoridade administrativa vir a executar ato administrativo (ou omitir-se deliberadamente) que certamente violará o direito líquido e certo do administrado.

No caso em tela o impetrante apenas alega que está com justo receio, conforme ementa transcrita, de ter seu direito violado pela iminente possibilidade de ter imóvel desapropriado por ato da Presidência da República visto que sugere a prática de atos anteriores pelo Departamento Nacional de Infraestrutura e Transportes (DNIT), do Departamento de Estradas e Rodagens do Rio de Janeiro (DER-RJ) e do Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM).

²¹⁴ STF; MS 31366 AgR, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Tribunal Pleno, julgado em 06/06/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-117 DIVULG 13-06-2018 PUBLIC 14-06-2018.

No entanto, apenas alega a ocorrência desses atos anteriores. Não comprova. Logo, o impetrante cai em, no mínimo, dois problemas processuais do mandado de segurança preventivo: (1) não traz provas pré-constituídas do direito líquido e certo de que teria justo receio de, a princípio, ser violado por ato administrativo do Presidente da República; e (2) não comprova a ocorrência dos atos preparatórios concretos (situação concreta) que culminariam, fatalmente, segundo alegações, na prática do suposto ato ilegal. Apenas alega que ocorreram.

No entanto, a prova deveria ter sido feita de plano e os atos preparatórios devem ser concretos, devendo, para tanto, o impetrante comprovar que efetivamente ocorreram e que existe nexo de causalidade entre eles e o possível ato ilegal (que seria reconfigurado em ato coator se fosse o caso de mandado de segurança repressivo).

A norma jurídica dos atos preparatórios (como produto) desse mandado de segurança específico da ementa transcrita acima teria, caso tivesse o impetrante preenchido os requisitos necessários, em seu antecedente a ocorrência de atos praticados pelo Departamento Nacional de Infraestrutura e Transportes (DNIT), pelo Departamento de Estradas e Rodagens do Rio de Janeiro (DER-RJ) e pelo Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM), indicando concretamente a prática iminente de ato de desapropriação pelo Presidente da República; e em seu consequente a possibilidade de exercício do direito de ação pelo administrado.

Ainda, a norma jurídica processual nesse caso específico (norma jurídica adjetiva, secundária) traz em seu antecedente a prática (ou alegação apenas) de atos preparatórios pelo Departamento Nacional de Infraestrutura e Transportes (DNIT), pelo Departamento de Estradas e Rodagens do Rio de Janeiro (DER-RJ) e pelo Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM) e, no consequente, a possibilidade de impetração de mandado de segurança preventivo que terá relações jurídicas lineares entre o impetrante e o Estado-juiz e as autoridades coatoras e o Estado-juiz, resultando numa angularização das relações jurídicas (não triangularização, pois não há relação jurídica processual entre o impetrante e as autoridades coatoras).

O Superior Tribunal de Justiça também traz julgamento interessante sobre a utilização do mandado de segurança preventivo e o risco de se o impetrar, na verdade, contra lei em tese e ir de encontro ao que prevê a Súmula 266, do Supremo Tribunal Federal:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PRETENSÃO DE AFASTAMENTO DA APLICABILIDADE DA DELIBERAÇÃO

2/2010, DO SECRETÁRIO DE EDUCAÇÃO DO ESTADO DO PARANÁ. ATIVIDADES ESCOLARES. EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE IDONEIDADE DAS EMPRESAS E DE SEUS SÓCIOS. IMPETRAÇÃO CONTRA LEI EM TESE. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 266/STF. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. I. Agravo interno aviado contra decisão que julgara recurso interposto contra decisum publicado na vigência do CPC/73.II. Na origem, trata-se de Mandado de Segurança, impetrado pela parte agravante contra ato do Secretário de Educação do Estado do Paraná, consubstanciado na exigência do preenchimento dos requisitos previstos nos arts. 20, 24, 27, 30, 33, 39 e 42 da Deliberação 02/2010, do Conselho Estadual de Educação do Paraná, para o exercício regular das atividades escolares, pelas instituições de ensino do Estado. O Tribunal de origem denegou a segurança. III. Sendo preventivo o mandado de segurança coletivo, desnecessária a existência concreta de ato coator, porquanto o receio de ato que venha a violar o direito líquido e certo dos substituídos pelo impetrante é suficiente a ensejar a impetração. Ocorre que, in casu, diante da argumentação constante da impetração, não se verifica a existência de possíveis atos de efeitos concretos, a serem praticados pelo Secretário de Educação do Estado do Paraná, tendentes a violar ou ameaçar suposto direito líquido e certo dos substituídos do impetrante, a dar ensejo à impetração, ainda que na forma preventiva. Com efeito, o impetrante não aponta ato, de efeitos concretos, a ser praticado pela autoridade que se aponta coatora, o Secretário de Educação do Estado do Paraná. Apenas impetra o *mandamus* contra a exigência dos requisitos, previstos nos arts. 20, 24, 27, 30, 33, 39 e 42 da Deliberação 02/2010, do Conselho Estadual de Educação, por reputar ilegais tais dispositivos normativos de direito local. Assim, incide, na espécie, a Súmula nº 266/STF ("Não cabe mandado de segurança contra Lei em tese").IV. Agravo Regimental improvido.²¹⁵

Ora, veja-se na ementa do julgado recente do acima, do STJ, que trata-se de tentativa do impetrante (substituto processual), que representando aqueles que têm receio de serem lesados pelo Poder Público, de, manejando mandado de segurança coletivo, tentar impedir a prática de suposto ato ilegal do Secretário de Educação do Estado do Paraná consubstanciado na exigência do preenchimento dos requisitos previstos nos artigos 20, 24, 27, 30, 33, 39 e 42 da Deliberação 02/2010, do Conselho Estadual de Educação do Paraná, para o exercício regular das atividades escolares, pelas instituições de ensino do Estado.

No julgamento do Superior Tribunal de Justiça deixou-se claro que, sendo preventivo o mandado de segurança, desnecessária é a existência concreta de ato coator (ato administrativo ilegal

²¹⁵ STJ; AgRg-RMS 38.100; Proc. 2012/0107346-8; PR; Segunda Turma; Relatora Ministra Assusete Magalhães; Julg. 18/08/2016; DJE 16/09/2019.

já praticado), pois o receio de ato que venha a violar o direito líquido e certo dos substituídos pelo impetrante é suficiente a ensejar a impetração. Veja-se que não se refere a ato preparatório, mas ao ato administrativo ilegal (chamado aqui de ato coator).

De acordo com as premissas por nós delineadas nos capítulos anteriores, em mandado de segurança preventivo, necessária é a verificação concreta, comprovada pelo impetrante, dos chamados atos preparatórios. Não basta o justo receio. Imprescindível que esse justo receio seja calcado na comprovação da ocorrência de atos preparatórios (sejam comissivos ou omissivos).

Mas a decisão justifica a denegação de segurança na não verificação da existência de possíveis atos de efeitos concretos, a serem praticados pelo Secretário de Educação do Estado do Paraná, tendentes a violar ou ameaçar suposto direito líquido e certo dos substituídos do impetrante, a dar ensejo à impetração, ainda que na forma preventiva.

Ainda, justifica que o demandante substituto processual impetra o *mandamus* contra a exigência dos requisitos, previstos nos arts. 20, 24, 27, 30, 33, 39 e 42 da Deliberação 02/2010, do Conselho Estadual de Educação, por reputar ilegais tais dispositivos normativos de direito local e, dessa maneira, incide, na espécie, a Súmula n. 266/STF (Não cabe mandado de segurança contra Lei em tese).

Percebe-se, de pronto, que a decisão, equivocadamente, com o devido respeito, não estabelece expressamente a necessidade de prova da prática concreta de atos preparatórios, dizendo que somente “receio de ato que venha a violar o direito líquido e certo” seria suficiente a possibilitar a impetração preventiva. Somente alegar o receio não é suficiente, como exposto acima e disposto na outra ementa de decisão do STF transcrita.

Mandado de segurança exige prova. Prova de plano do ato administrativo ilegal ou do ato que antecede a provável prática do ato administrativo ilegal.

Também de importante destaque é o ataque, por meio de mandado de segurança, quando o ato administrativo ilegal e/ou inconstitucional é praticado por membro do Poder Judiciário. Veja-se recente julgado do STJ:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. TITULAR DE CARTÓRIO DE REGISTRO DE IMÓVEIS DA COMARCA DE SABINÓPOLIS/MG. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR QUE RESULTOU NA APURAÇÃO DE VÁ-

RIAS INFRAÇÕES ADMINISTRATIVAS. APLICAÇÃO CUMULATIVA DE SANÇÕES DISCIPLINARES. POSSIBILIDADE. DUPLA PUNIÇÃO POR UM MESMO FATO. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DO NE BIS IN IDEM. INTELIGÊNCIA DA LEI Nº 8.935/1994 C/C ART. 1.041, § 2º, DO PROVIMENTO Nº 260/CGJ/2013. APLICAÇÃO DA SÚMULA Nº 19/STF POR ANALOGIA. RECURSO ORDINÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO. SEGURANÇA CONCEDIDA EM PARTE. 1. Cuida-se, na origem, de mandado de segurança impetrado pela ora recorrente, titular do Cartório de Registro de Imóveis da Comarca de Sabinópolis/MG, contra apontado ato ilegal do Juízo de Direito da Comarca de Sabinópolis e do Presidente do Conselho da Magistratura do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, consubstanciado na indevida acumulação de sanções administrativas, em face dos fatos apurados no PAD 10.528/83/568/ 2015. 2. Revela-se possível, em um mesmo processo administrativo disciplinar, a cumulação de sanções administrativas em face da prática de condutas diversas, desde que se refiram a fatos distintos. Inteligência da Lei nº 8.935/1995 c/c o art. 1.041, § 2º, do Provimento 260/CGJ/2013 e com a Súmula nº 19/STF, aplicada por analogia. 3. Conquanto o princípio de vedação ao bis in idem não possua previsão constitucional expressa, é ele reconhecido como decorrência direta dos princípios da legalidade, da tipicidade e do devido processo legal. 4. O princípio do ne bis in idem consubstancia direito fundamental do implicado, assim reconhecido no art. 8.4 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, quando estabelece: "8. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por Lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. [...] 4. O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos. " 5. Segundo tal regramento, um mesmo fato não poderá ensejar duas punições de mesma natureza. É dizer, dentre as esferas penal, civil e administrativa, o sujeito ativo de um ato ilícito somente poderá sofrer as sanções na respectiva esfera por uma única vez, respeitada a sanção correspondente, já prevista no ordenamento. 6. Caso concreto em que restou configurada a dupla punição da delegatária impetrante em relação a algumas das infrações que lhe foram imputadas. 7. Recurso ordinário parcialmente provido para reformar o acórdão recorrido e, nessa extensão, conceder em parte a segurança, determinando-se às autoridades impetradas que promovam novo julgamento da impetrante, aplicando as sanções que entendam cabíveis, ressalvando-se a impossibilidade de dupla penalização por um mesmo fato.²¹⁶

Extrai-se da ementa acima transcrita que se trata de ato coator praticado por duas autoridades públicas, concomitantemente, do Poder Judiciário, quais sejam, o Juiz de Direito da Comarca

²¹⁶ STJ; RMS 61.317; Proc. 2019/0200411-4; MG; Primeira Turma; Rel. Min. Sérgio Kukina; Julg. 11/02/2020; DJE 20/02/2020.

de Sabinópolis e do Presidente do Conselho da Magistratura do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Ambos membros do Poder Judiciário.

O ato ilegal e reconhecidamente coator (através da norma individual e concreta do acórdão que fora prolatado pela 1ª Turma do STJ) é a imputação de dupla penalidade, em razão do que fora apurado no PAD 10.528/83/568/2015.

Em análise normativa, o ato coator (como ato-produto), tem em seu antecedente a prática de ato ilegal de imputação de dupla penalidade, em processo administrativo, ao titular do Cartório de Registro de Imóveis da Comarca de Sabinópolis-MG e, no conseqüente, a possibilidade de se questionar esse ato por meio de mandado de segurança, visto que se formam relações jurídicas entre o referido Titular do Cartório e o Juiz de Direito e entre o Titular do Cartório e o Presidente do Conselho da Magistratura do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. São constituídas duas relações jurídicas concomitantes e independentes.

Note-se que o ato praticado na hipótese acima fora executado por membros do Poder Judiciário, mas não o foram em processo judicial. Não se trata de atos administrativos decisórios de que se pretendeu desconstituir a presunção de legalidade, para anulá-los em processo judicial, mas sim, atos de membros do Judiciário em função administrativa e não jurisdicional.

No entanto, imperiosa a análise de atos coatores praticados em atividade jurisdicional, especialmente após a formalização do Tema 988, do Superior Tribunal de Justiça. A questão submetida a julgamento nesse tema foi a de “Definir a natureza do rol do art. 1015 do CPC/2015 e verificar possibilidade de sua interpretação extensiva, para se admitir a interposição de agravo de instrumento contra decisão interlocutória que verse sobre hipóteses não expressamente versadas nos incisos do referido dispositivo do Novo CPC”.

Já a tese firmada foi a de que o rol do art. 1.015 do CPC é de taxatividade mitigada, por isso admite a interposição de agravo de instrumento quando verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação.

E o que exatamente essa tese tem que ver com a possibilidade (ou não) de impetração de mandado de segurança contra ato de membro do Poder Judiciário em função jurisdicional? Tem que ver pois outrora, as decisões judiciais que não podiam ser atacadas por recursos com efeito suspensivo poderiam ser objeto de mandado de segurança.

O ato coator (decisão judicial) poderia se questionado por *mandamus*, quando não houvesse previsão de recurso ou, em caso de existir previsão de recurso, esse não portasse efeito suspensivo. Ou quando a decisão for teratológica ou prejudicar terceiro não inserido no processo judicial. Transcreve-se *decisum* do STJ:

AGRAVO INTERNO NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ATO JUDICIAL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. PENHORA EM CONTA DO IMPETRANTE. TERCEIRO PREJUDICADO. MANEJO SIMULTÂNEO DE EMBARGOS DE TERCEIROS PELO IMPETRANTE. CARÊNCIA DA AÇÃO MANDAMENTAL. AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR. AGRAVO IMPROVIDO. 1. A impetração de mandado de segurança contra ato judicial, a teor da doutrina e da jurisprudência, reveste-se de índole excepcional, admitindo-se apenas em hipóteses extraordinárias, a saber: a) decisão judicial manifestamente ilegal ou teratológica; b) decisão judicial contra a qual não caiba recurso; c) para imprimir efeito suspensivo a recurso desprovido de tal atributo; e d) quando impetrado por terceiro prejudicado por decisão judicial. 2. Hipótese em que o impetrante, na qualidade de representante legal do espólio executado, e ciente da constrição patrimonial incidente em sua própria conta bancária, manejou ação de embargos de terceiro pouco antes do ajuizamento da ação mandamental, invocando as mesmas razões de direito. 3. A interposição simultânea de mandado de segurança e recurso ou a propositura de ação judicial própria, como no caso dos embargos de terceiro, implica a carência da ação mandamental por ausência de interesse jurídico. Precedentes. 4. Agravo interno não provido.²¹⁷

Importante transcrever o que determina a Súmula 267, do STF: Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição.

Vê-se, assim, que o mandado de segurança, a princípio, não pode ser utilizado como sucedâneo de recurso. Não pode substituir recurso quando exista previsão de recurso. A não ser, segundo julgados do STJ, que esse recurso não seja dotado de efeito suspensivo ou que a ele não se possa atribuir efeito suspensivo.

Seria o caso, por exemplo, de decisão interlocutória, não recorrível por recurso de agravo de instrumento, conforme redação original do Código de Processo Civil, do artigo 1.015, que previa rol taxativo de hipóteses para interposição do indicado recurso.

²¹⁷ STJ; AgInt-RMS 58.854; Proc. 2018/0259218-4; MT; Quarta Turma; Rel. Min. Raul Araújo; Julg. 10/12/2019; DJE 19/12/2019.

No entanto, após maturação do tema levado ao STJ, restou decidido (Tema 988) que: O rol do artigo 1.015 do CPC é de taxatividade mitigada, por isso admite a interposição de agravo de instrumento quando verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação.

Dessa maneira, não somente as hipóteses previstas expressamente nos incisos do artigo 1.015, do Código de Processo Civil, podem ser questionáveis por meio de agravo de instrumento. Mas também as que não estão previstas, mas que se indica a *urgência de inutilidade* caso seja a análise deixada para o momento da possível interposição de apelação.

Se outras hipóteses também podem ser atacáveis por meio de agravo de instrumento, nos casos de urgência de inutilidade, me parece que nessas hipóteses também necessário seria a concessão de efeito suspensivo ao agravo (diante da urgência).

Se essa é a premissa, e o entendimento do Poder Judiciário é no sentido de que o mandado de segurança não pode ser utilizado, para questionar decisões judiciais, como sucedâneo recursal e nas hipóteses em que há possibilidade de concessão de efeito suspensivo ao recurso, conclui-se que o Tema 988 limitou absurdamente as possibilidades de utilização de mandado de segurança para questionar decisões judiciais.

Exemplo dessas hipóteses restritíssimas é a impetração de mandado de segurança contra *decisum* (decisão interlocutória) proferido em Juizado Especial Cível, que não prevê a possibilidade de interposição de agravo de instrumento (omissa quanto a esse ponto).

O Tribunal de Justiça do Espírito Santo – TJES, no final do ano de 2019, decidiu no sentido de se aplicar o entendimento do STJ, que entende não caber impetração de mandado de segurança contra decisão judicial da qual possa se recorrer com recurso próprio. Veja-se que o TJES traz tal entendimento analogicamente ao processo administrativo:

AGRAVO INTERNO EM MANDADO DE SEGURANÇA. WRIT UTILIZADO COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO ADMINISTRATIVO. DECISÃO MONOCRÁTICA IMPUGNADA QUE INDEFERIU A PETIÇÃO INICIAL DO MS MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. 1) Inadmissibilidade do mandado de segurança como sucedâneo de recurso administrativo não interposto. In casu, o ato judicial atacado (ou seja, decisão do Corregedor Geral da Justiça que não conheceu do pedido de revisão do PAD nº 200900915745 - 0900644 - por ausência de fatos novos ou circunstâncias suscetíveis de justificar a inocência do punido ou a inadequação da penalidade aplicada) não padece de teratologia,

ilegalidade ou abuso de poder, capaz de autorizar o manejo do *mandamus*, o qual não pode servir como sucedâneo recursal à disposição das partes. Desse modo, reitera-se, a decisão que se objetiva anular (proferida pelo Corregedor Geral da Justiça) é passível de recurso administrativo perante o Conselho da Magistratura (art. 57, I, b e e do RITJES) e, posteriormente, acaso haja desrespeito a Súmula do Tribunal ou de Tribunal Superior, ao Pleno (art. 57-A, do RITJES). Contudo, em consulta ao sistema de segunda instância não se identifica a interposição de recurso contra a decisão do Corregedor ao Conselho, de modo que a impetrante recorrente busca, agora, atacá-la através de mandado de segurança. 2) Nos termos da jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça, o mandado de segurança não serve como sucedâneo recursal, daí porque não é cabível sua impetração em casos em que há recurso próprio, previsto na legislação processual, apto a resguardar a pretensão do impetrante, mesmo que sem efeito suspensivo, salvo a hipótese de decisão teratológica ou flagrantemente ilegal [...] (STJ, AgInt no RMS n. ° 60.205/SP, Relatora: Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, J 16/05/2019, DJ 23/05/2019). 3) Ensina a doutrina que no direito brasileiro todo recurso pode ter efeito suspensivo. Há recursos que possuem efeito suspensivo automático, por determinação legal. [...] Mas a regra é a de que o recurso não possua efeito suspensivo automático por determinação legal [...]. Cabe ao recorrente pedir o efeito suspensivo ao relator do recurso, preenchidos os requisitos legais (Didier Junior, Fredie. Curso de direito processual civil: O processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária e tribunal e querella nulitatis, incidentes de competência originária de tribunal. 13. ED. Salvador: Editora JusPodivm, 2016, p. 142). Portanto, o recurso administrativo ao Conselho da Magistratura, ainda que não tenha efeito suspensivo automático, pode ter efeito suspensivo conferido pelo respectivo Relator a pedido da parte. 4) Recurso conhecido e improvido, com a manutenção integral da decisão monocrática objurgada.²¹⁸

Extrai-se do julgado acima, do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, que não seria possível a impetração de mandado de segurança nos casos de ato administrativo questionado (ou questionável) por recurso administrativo com efeito suspensivo.

Aplicou, o Desembargador relator, o mesmo entendimento do STJ quando o ato do Poder Jurisdicionado é relativo à atividade jurisdicional. No caso em tela (da ementa acima transcrita) trata-se de ato do Poder Judiciário, mas não se trata de atividade jurisdicional, mas atividade funcional-administrativa (Processo Administrativo Disciplinar).

²¹⁸ TJES; AgInt-MS 0019575-68.2018.8.08.0000; Tribunal Pleno; Rel. Des. Ronaldo Gonçalves de Sousa; Julg. 24/10/2019; DJES 01/11/2019.

Entendeu-se que quando existe possibilidade (previsão legal) de interposição de recurso administrativo, com efeito suspensivo, contra o ato supostamente ilegal, não cabe mandado de segurança. Repita-se, o suposto ato coator não é ato decisório jurisdicional de processo judicial.

Demais disso, a Lei n. 12.016, de 2009, estabelece que não se concederá mandado de segurança quando se tratar de ato do qual caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, independentemente de caução²¹⁹.

Veja-se que a Lei de regência do processo de mandado de segurança é expressa nesse sentido.

E mais, não se impede a impetração de mandado de segurança pelo fato de se ter interposto o recurso administrativo com efeito suspensivo ou pelo fato de tal recurso interposto estar pendente de julgamento. Só o fato de constar hipótese, norma geral e abstrata, no sentido de que o ato a ser questionado pode ser feito através de recurso administrativo com efeito suspensivo já é o bastante para que se impeça o ataque por meio de ação de mandado de segurança.

A ementa do *decisum* acima transcrito não menciona esse dispositivo legal. Não se baseia nele.

Ainda, é de destaque que a referida decisão do TJES conclui que não pode o mandado de segurança servir como sucedâneo²²⁰ recursal, conforme entendimento do STJ no AgInt no RMS número 60.205/SP, Relatora Ministra Assusete Magalhães, 2ª Turma, publicado em 23/05/19.

Já no caso de mandado de segurança preventivo, o STF sumulou o entendimento de que: Súmula 429 - A existência de recurso administrativo com efeito suspensivo não impede o uso do mandado de segurança contra omissão da autoridade.

Dessa maneira, tem-se dois entendimentos sobre a possibilidade ou não de impetração de mandado de segurança contra ato do qual caiba recurso administrativo. Quanto ao mandado de segurança repressivo, aplica-se a literalidade do inciso I, do artigo 5º, da Lei n. 12.016, de 2009, ou seja, não é permitida a utilização do referido remédio constitucional. Já no caso de mandado

²¹⁹ Art. 5º Não se concederá mandado de segurança quando se tratar: I - de ato do qual caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, independentemente de caução

²²⁰ Sucadâneo, nesse caso, seria mecanismo que poderia substituir recurso tendo em vista que resultaria em mesmos efeitos.

de segurança preventivo, a Súmula 429, do STF, determina que a existência de recurso administrativo dotado de efeito suspensivo não impede o questionamento do ato por mandado de segurança.

Assim, seguindo a determinação do Código de Processo Civil, no inciso IV, do artigo 927, no sentido de que deverão ser observados os enunciados de Súmulas dos Tribunais Superiores pelos demais juízes e tribunais²²¹, essa orientação sumulada deve ser seguida.

²²¹ Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: [...] IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional

7. CONCLUSÕES

Conforme exposto no início do trabalho, necessariamente o homem constitui o mundo através de linguagem. Assim, a linguagem constitui o que existe no mundo. Desde coisas mais simples, como a verbalização do nome de um singelo objeto, até dados mais complexos como um texto técnico de determinada área científica, necessita de linguagem para se constituir.

TÁREK MOYSÉS MOUSSALLEM, sempre de forma elucidativa, anota:

O conhecimento é um fato complexo surgido da interação entre pelo menos quatro elementos: (1) sujeito(s), (2) objeto, (3) percepção e (4) proposição. O sujeito, por meio da percepção em seu sentido amplo (tato, olfato, paladar, imaginação, lembrança, experiência prévia, etc), trava contato com o objeto para, a partir daí, emitir proposições. Na (linguagem) o conhecimento adquire sua plenitude²²².

Dessa mesma forma, se dá (e se dará) o conhecimento, em especial o conhecimento científico.

O Direito, expressão com mais de um significado, também se compõe por meio de linguagem, tanto em sua forma prescritiva (direito positivo), quanto em sua forma descritiva (ciência do direito). Como visto, o direito positivo é objeto de estudos pela ciência do direito. Veja-se que se trata de linguagem falando sobre outra linguagem, pois isso a ciência do direito é classificada como metalinguagem ou linguagem de sobrenível.

Algumas manifestações jurídicas, contidas nos enunciados de direito positivo são consideradas atos de fala, na medida em que determinam a realização ou elas próprias realizam ações.

Inclusive, essas regras prescritivas também compõem o que chamamos de norma jurídica. Aqui, normas jurídicas serão consideradas aquela manifestação mínima necessária extraída dos enunciados de direito positivo a estabelecer que a ocorrência de determinado fato no mundo fenomênico, implicará, como resultado, uma consequência que necessariamente faça o *link* (relação jurídica) entre dois ou mais sujeitos.

²²² MOUSSALEM, Tárek Moysés. Fontes do Direito Tributário. In: Curso de Especialização em Direito Tributário. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005. p. 98.

Dessa maneira, a norma jurídica sempre será composta de um antecedente (hipótese) e de um conseqüente (tese). No primeiro local sintático estará contida a previsão, no segundo a consequência que se dará caso ocorrido o que a hipótese prevê, com a ligação relacional entre sujeitos. Importante destacar que a norma jurídica pode sempre ser expressada, em sua forma lógica, sintaticamente.

Essas normas podem ser primárias ou secundárias. As primárias exprimem relações de direito material, que caso desrespeitadas ensejam uma sanção-coação. Sanção aqui não significa penalidade, mas a possibilidade de exercício, pelo ofendido, de recorrer-se ao Estado-juiz para que, com a constituição da norma secundária (processual), o seu direito violado seja reestabelecido ou compensado. Ou mesmo que se impeça que o direito material seja ofendido, quando há o concreto e comprovado justo receio, como nos casos de mandado de segurança preventivo.

Nesse sentido, na norma jurídica primária a relação jurídica será de ordem material e na norma jurídica secundária será processual.

Para impetração do mandado de segurança, conforme dito acima, há necessidade de violação do direito material ou justo receio de violação, nas impetrações repressivas ou preventivas. E essa violação se dá através de ato administrativo, praticado por agente do Poder Público ou de particular que esteja investido de função administrativa.

No entanto, todo ato administrativo está investido de presunção de legalidade. Assim, para que tal ato seja desconstituído há, necessariamente, que se extirpar essa presunção. O administrado que teve direito material afrontado socorre-se ao Poder Judiciário, por meio do *mandamus*, para, atacando a presunção de legalidade do ato administrativo, vê-lo desconstituído. Nesse ato de desconstituição do ato administrativo (sentença – que é norma individual e concreta) o Estado-juiz reconfigura tal ato em ato coator.

Importante dizer que o questionamento por meio do referido remédio constitucional somente pode se dar através de provas pré-constituídas apresentadas, de pronto, quando se exerce esse direito de ação, para questionar o direito líquido e certo do administrado ofendido.

O desfazimento do ato administrativo, reconfigurado em ato coator, se dá pelo método da anulação pelo Poder Judiciário. O ato administrativo ilegal é levado, por meio do ajuizamento do mandado de segurança, ao Estado-juiz para que, utilizando-se de seu poder de sanção-coação, transmude o ato administrativo ilegal, o reconfigure em ato coator e, assim, o desconstitua. Na

hipótese do mandado de segurança preventivo, em vez do ato coator em si, o que se ataca é o ato preparatório (ou atos preparatórios) que são aqueles atos administrativos prévios e que indicam, com elevado grau de certeza, que o ato coator será praticado.

Com efeito, no *mandamus* preventivo, o justo receio de ocorrência do ato administrativo ilegal (que seria, caso praticado, reconfigurado em ato coator) externado pela positivação de atos preliminares (preparatórios) é o que justifica o exercício do direito de ação por parte do administrado.

Diante dessas premissas, vê-se que, tanto o ato coator, como os atos preparatórios, também são normas jurídicas. E aqui se deu ênfase aos atos resultados (produto) do processo de positivação. Tanto um como o outro, por serem expressões ambíguas, podem ser considerados esse procedimento de positivação em si.

Mas o foco desse trabalho é o ato-produto, o ato coator como resultado. Além do ato preparatório, no *mandamus* preventivo.

Sendo assim, a norma jurídica do ato coator *stricto sensu* – como produto - (mandado de segurança repressivo) tem em seu antecedente a retirada da presunção de legalidade do ato administrativo praticado, pelo Estado-juiz (Poder Judiciário), e, no conseqüente, a reconfiguração desse ato administrativo em ato coator, relacionando-se o administrado ofendido e o Estado-juiz e o Estado-juiz e a autoridade coatora. Relações lineares dinamizadas numa angularidade.

No caso do mandado de segurança preventivo, a norma jurídica dos atos preparatórios tem no antecedente a prática desses atos prévios pela autoridade pública que está na iminência de praticar o ato coator (imputando justo receio ao administrado) e no conseqüente a proibição de que a autoridade pública pratique o ato coator do qual se tinha receio, relacionando o administrado ofendido e o Estado-juiz e o Estado-juiz e a autoridade coatora.

É de se destacar, também, que decisões judiciais (com conteúdo decisório em provimentos jurisdicionais) também são atos administrativos que são externados por membros do Poder Judiciário.

Nos casos concretos, observa-se os Tribunais Superiores, nos julgamentos de mandado de segurança preventivo, e a partir desse estudo tiramos algumas lições fundamentais, tais como: (1) o mero receio de prática do ato coator não é suficiente a embasar o ajuizamento de mandado de

segurança, sendo necessário que (2) se faça prova do ato preparatório (situação concreta) que indique a iminente tendência de a autoridade pública (ou particular que lhe faça as vezes) de praticar o ato administrativo ilegal; ou seja, (3) necessário é que se comprove, de plano, no momento da impetração do *mandamus*, a situação concreta.

Ainda, tema importante nesse estudo foi a possibilidade (ou não) de ajuizamento de mandado de segurança contra atos judiciais com conteúdo decisório (ato jurisdicional). Concluiu-se, com base nos julgamentos sedimentados no âmbito do Superior Tribunal de Justiça (e que vincula, de certa maneira, o julgamento dos Tribunais e Juízos hierarquicamente a ele submetidos) que o *mandamus* só pode ser utilizado para atacar atos jurisdicionais do Poder Judiciário em hipóteses extraordinárias. Em outros termos, tem índole excepcional.

Pode ser, segundo o STJ, utilizado nas seguintes hipóteses: a) de decisão judicial manifestamente ilegal ou teratológica; b) contra decisão judicial contra a qual não caiba recurso; c) para imprimir efeito suspensivo a recurso desprovido de tal atributo; e d) por impetrado por terceiro prejudicado por decisão judicial, da qual a legislação não preveja possibilidade de ele próprio interpor recurso.

Ainda, antes de 2018 (Tema 810 do STJ, julgado em sede de recurso repetitivo) o rol das hipóteses de interposição de agravo de instrumento, contido no artigo 1.015, do Código de Processo Civil de 2015, era taxativo. Ou seja, entendia-se que somente as hipóteses ali previstas, em seus incisos, possibilitariam a interposição de agravo de instrumento. Contudo, com o julgamento do recurso repetitivo, representado pelo Recurso Especial n. 1696396, de relatoria da Ministra Nancy Andrichi, Corte Especial (julgado em 05/12/2018), decidiu-se pela taxatividade mitigada, estendendo a possibilidade de interposição a outras decisões interlocutórias não elencadas no referido rol.

Dessa feita, o mandado de segurança que antes de 2018 poderia ser utilizado para combater as decisões interlocutórias não dispostas no rol do artigo 1.015, do Código de Processo Civil (pois, em princípio, delas não caberia recurso imediato), passou à condição de não cabimento, visto que o agravo de instrumento teve suas hipóteses de interposição consideravelmente alargadas.

Claro que, nos casos de decisões interlocutórias proferidas no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis, da Lei n. 9.099, de 1995, das quais não há previsão de agravo de instrumento, há possibilidade sim de combate via mandado de segurança.

Ainda, é de se observar as hipóteses de não cabimento previstas no §2º, do artigo 1º e nos três incisos do artigo 5º, da Lei n. 12.016, de 2009²²³, que, especificamente, são: (1) contra os atos de gestão comercial praticados pelos administradores de empresas públicas, de sociedade de economia mista e de concessionárias de serviço público; (2) de ato do qual caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, independentemente de caução; (3) de decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo; e (4) de decisão judicial transitada em julgado.

Concluo, assim, o presente estudo convicto de que o ato coator somente pode ser considerado ato coator a partir do momento em que a norma jurídica individual e concreta da decisão judicial retirar a presunção de legalidade do ato administrativo ilegal questionado. Antes disso, com a presença da presunção de legalidade, o ato não pode ser chamado de coator. Somente através da linguagem positivada pela decisão que concede a segurança no *mandamus* é que se reconfigura o ato administrativo em ato coator.

No caso de mandado de segurança preventivo o ato coator sequer ocorreu. O mandado de segurança será impetrado contra atos prévios ao ato administrativo ilegal. Atos esses preparatórios, pois indicam a provável e iminente ocorrência do ato ilegal (do qual se tem justo receio de que seja praticado). A norma individual e concreta, *in casu*, impede que a autoridade coatora constitua tal ato. Nesse sentido, o *mandamus* preventivo não é impetrado contra ato que viria a ser reconfigurado coator, mas contra atos prévios.

Dessa maneira, tanto o ato administrativo cuja legalidade se presume, como o ato preparatório e o efetivo ato coator podem ser considerados norma jurídica, pois vertidos em linguagem (seja de conteúdo comissivo ou omissivo), e compostos de um antecedente que demonstra a ocorrência de algum fato no mundo fenomênico e de um conseqüente, que contém o reflexo desse ato

²²³ Art. 1º Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica 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.

(...)

§ 2º Não cabe mandado de segurança contra os atos de gestão comercial praticados pelos administradores de empresas públicas, de sociedade de economia mista e de concessionárias de serviço público.

Art. 5º Não se concederá mandado de segurança quando se tratar:

- I - de ato do qual caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, independentemente de caução;
- II - de decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo;
- III - de decisão judicial transitada em julgado.

com a formação de relação jurídica entre a autoridade coatora e o administrado-ofendido-impetrante.

8. REFERÊNCIAS

ALVES, Alaor Caffé. **Lógica - Pensamento Formal e Argumentação**. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. **Mandado de segurança**. Revista de Processo, a. 2, n. 6. p. 145-159, abr.-jun. 1977.

AMARAL, Antonio Carlos Cintra do. **Extinção do Ato administrativo**. Editora Revista dos Tribunais, ano 1978.

AUSTIN, John Langshaw. **Quando dizer é fazer: Palavras em ação**, Porto Alegre: Artes Médicas, 1990.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**, 27. ed. Local: Editora Malheiros. Ano 2010.

_____. **Ato administrativo e direito dos administrados**. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo. 1981.

BARBI, Celso Agrícola. **Do Mandado de Segurança**. Belo Horizonte: editora. 1960.

BUENO, Cassio Scarpinella. **A nova lei do Mandado de Segurança**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010.

BULYNG, Eugenio. **Algunas Consideraciones sobre los sistemas jurídicos**, Alicante: Revista Doxa, n. 10.

CAMPOS, Adriana P.; LARANJA, Katia T. L. **Mandado de segurança**. Revista Agora, Vitória, n. 2, p. 1-32. 2005. Disponível em: <www.periodicos.ufes.br/agora>. Acesso em: 10/03/20 Ano. 2005.

CARDOSO FILHO, Celso. **Alguns aspectos processuais do mandado de segurança**. Revista de Processo, São Paulo, a. 6, n. 21, p. 79-89, jan./mar. 1981.

CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de Teoria Geral do Direito - O constructivismo lógico-semântico**. São Paulo: NOESES, 2013.

CARVALHO, Paulo de Barros. **O Neopositivismo Lógico e o Círculo de Viena**. Apostila de Filosofia do Direito I (Lógica Jurídica), 2004, PUC-SP.

_____. **Curso de Direito Tributário**, 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

- _____. **Direito tributário - linguagem e método**. 6 ed. São Paulo: Noeses, 2015.
- _____. **Direito Tributário – Fundamentos Jurídicos da Incidência**. São Paulo: Saraiva, 1999.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 19 ed. Editora Lumen Juris, ano 2008.
- COSSIO, Carlos. **La teoría egológica del derecho**. Buenos Aires: Losada, 1944.
- CONRADO, Paulo Cesar. **Execução Fiscal**. São Paulo: NOESES, 2013.
- _____. **Processo Tributário**. São Paulo: Quartier Latin, 2004.
- CRETELLA JUNIOR, José. **Do ato administrativo**. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1972.
- DIDIER JR, Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Por uma nova teoria dos Procedimentos especial. Dos procedimentos às técnicas**. Salvador: Editora Juspodivm. 2018.
- DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil. Vol. 3**. 13 ed. Salvador: Juspodivm, 2016.
- DROMI, José Roberto. **Acto y procedimiento administrativo**. Buenos Aires: Editora Plus Ultra. 1975.
- FERRAZ, Sérgio. **Mandado de Segurança (individual e coletivo) Aspectos Polêmicos**. São Paulo: Malheiros, 1992.
- FERRAZ JR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. 3 ed.. São Paulo: Atlas, 2001.
- FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Mandado de Segurança**. 2. ed. Editora Malheiros: São Paulo, 1997.
- FIORIN, José Luiz. **A linguagem em uso**. In: Introdução à linguística: objetos teóricos. Volume I. São Paulo: Contexto, 2005.
- GUASTINI, Riccardo, **Das fontes às normas**. Tradução Edson Bini. Apresentação: Heleno Taveira Torres, São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- GUIBOURG, Ricardo A., GHIGLIANI, Alejandro M. e GUARINONI, Ricardo V. **Introducción al conocimiento científico**. 3 ed. Buenos Aires: Eudeba, 2004.
- HOSPERS, John. **Introducción al analisis filosofico**. Buenos Aires: Editorial Macchi, 1962.
- JACOBSON, Roman. **Linguística e Comunicação**. Tradução de Izidoro Blikstein e José Paulo Paes. São Paulo: Editora Cultrix, 2010.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução: J. Cretella Jr. E Agnes Cretella. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Sobre a identificação da “autoridade coatora” e a impetração contra a “lei em tese”, nos mandados de segurança**. Revista de Processo, São Paulo, a. 11, n. 44, p. 69-84, out./dez. 1986.

MAZZEI, Rodrigo; GONÇALVES, Tiago Figueiredo. **Visão geral dos procedimentos especiais no novo Código de Processo Civil**. In: Instituto Brasileiro de Direito Processual; SCARPINELLA BUENO, Cassio (org.). PRODIREITO: Direito Processual Civil: Programa de Atualização em Direito. Ciclo 1. Porto Alegre: Artmed Panamericana, 2015. p. 97-128.

MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnaldo; MENDES, Gilmar Ferreira. **Mandado de segurança e ações constitucionais**. 37 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2016.

_____. **Mandado de Segurança e Ação Popular**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1967.

MOUSSALLEM, Tárek Moysés. **Revogação em Matéria Tributária**. São Paulo: Editora Noeses, 2005.

_____. **Fontes do direito tributário**. São Paulo: Max Limonad, 2001.

MENDONÇA, Cristiane. **Competência Tributária**. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

MENDONÇA, Daniel. **Obligaciones, normas y sistemas**. Madrid: Theoria, 1996, v. IX, n. 20.

MENDES, Gilmar. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil. Tomo IV**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

NUNES, Castro. **Do Mandado de Segurança**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1980.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Ato Administrativo**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980.

PIMENTA, Marcos Rogério Lyrio. **Mandado de Segurança e Efeito das Liminares**. In: Curso de Especialização em Direito Tributário. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005.

PRIA, Rodrigo Dalla. **O direito ao processo**. In: CONRADO, P. C. (Coord.). Processo tributário analítico. Vol. I. São Paulo: NOESES, 2015. p. 07.

ROCHA, Cláudio Jannotti da. **Uma interpretação constitucional do art. 384 da CLT**. In: Como aplicar a CLT à luz da Constituição: alternativas para os que militam no foro trabalhista. São Paulo: LTr, 2016. p. 334-347

SANTI, Eurico Marcos Diniz de. **Lançamento Tributário**. São Paulo: Editora Max Limonad, 1996.

_____. **Norma, Evento, Fato, Relação Jurídica, Fontes e Validade no Direito**. In: Curso de Especialização em Direito Tributário. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005.

_____; CONRADO, Paulo Cesar. **Mandado de Segurança Preventivo em Matéria Tributária: requisitos e efeitos**. In: CONRADO, P. C. (Coord.). Processo tributário analítico. Vol. I. São Paulo: NOESES, 2015.

_____; CONRADO, Paulo C. **Mandado de Segurança em matéria tributária, definindo e inter-relacionando Conceitos Fundamentais: “Direito Líquido e Certo”, “Ato Coator”, “Medida Liminar”, “Sentença”, “Periculum in Mora” e “Fumus Boni Iuris”**. Revista Dialética de Direito Tributário, n. 90, São Paulo: Dialética, 2003.

SEARLE, John. **Mente, linguagem e sociedade: filosofia no mundo real**. Tradução de F. Rangel. Rio de Janeiro: Ciência Atual Rocco, 2000.

TOMÉ, Fabiana Del Padre. **A prova no processo administrativo fiscal**. In: Curso de Especialização em Direito Tributário. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005. p. 562-563.

_____. **A prova no direito tributário**. São Paulo: Editora Noeses, 2005.

TOVAR, Leonardo Zehuri. **Teoria do direito e decisão judicial - Elementos para a compreensão de uma resposta adequada**. Salvador: Editora Juspodivm, 2020.

UELZE, Hugo Barroso. **A nova lei do mandado de segurança e o plano de validade das definições legais**. Revista de Estudos Tributários, Porto Alegre, volume 13, n. 75.

ULLMANN, Stephen. **Semântica: uma introdução à ciência do significado**. Tradução J. A. Osório Mateus. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1964.

VILANOVA, Lourival. **Notas para um ensaio sobre a cultura. Escritos jurídicos filosóficos. Volume 02**, São Paulo: Axis Mundi - IBET, 2003.

_____. **Lógica Jurídica**. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1976.

_____. **As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo**. São Paulo: RT, 1977.

_____. **Causalidade e Relação no direito**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

WARAT, Luis Alberto. **O direito e sua linguagem**. 2. ed. Porto Alegre: SAFE, 1995.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tractatus Logico-Philosophicus**. Edusp: São Paulo, 1994.

ZANETI JUNIOR, Hermes; BONOMO JUNIOR, Aylton. **Mandado de Segurança Individual e Coletivo**. 1. ed. Salvador: Jus Podivm, 2019.