

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

POTIRA FERREIRA BRITO DE MACÊDO

**O MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO E O ATO COATOR
IMINENTE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

VITÓRIA/ES

2011

POTIRA FERREIRA BRITO DE MACÊDO

**O MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO E O ATO COATOR
IMINENTE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Processual Civil da Universidade Federal do Espírito Santo, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito na área de concentração Processo Civil.
Orientador: Prof. Dr. Tárek Moysés Moussallem.

VITÓRIA/ES

2011

Dados Internacionais de Catalogação-na-publicação (CIP)
(Biblioteca Central da Universidade Federal do Espírito Santo, ES, Brasil)

M141m Macêdo, Potira Ferreira Brito de, 1981-
Mandado de segurança preventivo e o ato coator iminente na
Constituição Federal de 1988 / Potira Ferreira Brito de Macêdo.
– 2011.
129 f.

Orientador: Tárek Moysés Moussallem.

Dissertação (Mestrado em Direito Processual Civil) –
Universidade Federal do Espírito Santo, Centro de Ciências
Jurídicas e Econômicas.

1. Mandado de segurança. 2. Direito - Filosofia. I.
Moussallem, Tárek Moysés, 1973-. II. Universidade Federal do
Espírito Santo. Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas. III.
Título.

CDU: 34

POTIRA FERREIRA BRITO DE MACÊDO

**O MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO E O ATO COATOR
IMINENTE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

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

Aprovada em 14 de abril de 2011.

COMISSÃO EXAMINADORA

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

Prof(a). Dr(a). Cristiane Mendonça
Universidade Federal do Espírito Santo

Prof. Dr. Tácio Lacerda Gama
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

A Rafael, amor da minha vida.
A Glecinei e Nildete, razão pela qual
existo.

Agradeço em especial a Rafael, pelo amor, companheirismo e incentivo incontestado durante os momentos em que estive ausente.

Aos meus pais, Glecinei e Nildete, exemplos de vida, pelo estímulo aos estudos, e por estarem sempre ao meu lado.

A Naiara, Ivan, Ernesto e Lucia, pelo apoio durante essa caminhada.

Agradeço particularmente ao Professor Tárek Moysés Moussallem, pela oportunidade, confiança, paciência e humildade com que sempre me tratou e, especialmente, pelo conhecimento repassado nesses dois anos.

Também não posso deixar de agradecer ao Professor Francisco Vieira Lima Neto, pela sugestão do tema e pelos *e-mails* enviados sobre as novidades em relação ao meu objeto de estudo. À Professora Cristiane Mendonça, pelas críticas – todas pertinentes – à minha dissertação. Sua colaboração foi fundamental ao desenvolvimento da pesquisa. Ao Professor Jáder Ferreira Guimarães, pela colaboração com o aperfeiçoamento da dissertação. E ao Professor Tácio Lacerda Gama, por aceitar prontamente o convite para participar da minha banca de defesa.

Agradeço ainda aos professores do mestrado por tudo que me ensinaram, e aos colegas, pelo conhecimento compartilhado e pelos incansáveis e sempre produtivos debates.

Como dizia o poeta, “Um sonho sonhado sozinho é um sonho. Um sonho sonhado junto é realidade”. Assim, meu profundo agradecimento a todos que sonharam comigo este sonho.

“[...] Assim, diferentes maneiras de dizer o que se vê serão, com bastante frequência, devidas não apenas a diferenças de conhecimento, sutilezas de discernimento, disposição a correr riscos ou interesse por este ou aquele aspecto da situação total; podem dever-se ao fato de que aquilo que se vê é visto diferentemente, visto de uma maneira diferente, visto mais como isto do que como aquilo. E, às vezes, não existirá uma maneira certa de dizer o que se vê, pela razão adicional de que talvez não exista uma única maneira certa de vê-lo.”

John L. Austin

RESUMO

O objetivo da dissertação foi estudar o mandado de segurança preventivo, na perspectiva da Teoria Geral do Direito, no intuito de organizar e aprofundar seu conhecimento, especialmente no que se refere às possibilidades de sua impetração. Tratou-se também de expor o entendimento dos Tribunais Superiores Brasileiros e do Tribunal de Justiça do Espírito Santo sobre esse assunto. Assentou-se que o mandado de segurança preventivo é uma ação constitucional, o que denota seu caráter de norma jurídica secundária, cuja finalidade é impedir que outra norma seja expedida pela autoridade coatora. Essa norma, concreta, é denominada de ato coator e pressupõe a prática de outros atos no curso do seu processo de formação. A esses atos, também normas concretas, chamou-se atos preparatórios, contra os quais a impetração preventiva se volta. Assim, a ameaça real e iminente, combatida pelo mandado de segurança preventivo, manifesta-se nos atos preparatórios. É a partir de sua compreensão que se torna possível aferir em que circunstâncias é cabível a impetração preventiva. Nesse escopo, concluiu-se que o sistema de direito positivo também prevê um procedimento próprio para a prática do ato preparatório; portanto, em relação a esse processo, ele é um ato final. Logo, os estudos realizados induzem à conclusão de que a impetração preventiva, ainda que tenha como objetivo coibir a prática do ato coator, será sempre repressiva do ato preparatório. Desse modo, o mandado de segurança preventivo, nos moldes aceitos pela doutrina e jurisprudência, constitui-se num mito.

Palavras-chave: Mandado de segurança preventivo. Ato coator. Teoria Geral do Direito.

ABSTRACT

The thesis objective was to study the preventive injunction, in view of the General Theory of Law, in order to organize and deepen their knowledge, especially as regards the possibilities of its filing. It was also to expose what is the understanding of the Brazilian Superior Courts and the Espírito Santo Justice on this matter. There is agreement that the preventive injunction is an constitutional action, which shows his character of a secondary legal norm, which aims to prevent another rule to be issued by the authority constraining. This rule, concrete, constraining party is called constraining act, and requires the commission of other acts in the course of their training process. These acts, concrete rules, were called preparatory acts, against which the filing becomes preventive. Thus, the real and imminent threat, countered by preventive injunction, manifested in acts preparatory. It is from your understanding it becomes possible to assess in what circumstances is applicable to preventive filing. Within this scope, it was concluded that the system of positive law also provides a specific procedure to perform the act of preparation, therefore, for this process, it is a final act. So, the studies lead to the conclusion that the preventive filing, although it aimed at preventing the practice of constraining party act, will always be enforcement of the act preparatory. Thus, the preventive security, in the manner accepted by doctrine and jurisprudence, is a myth.

Keywords: Writ of preventive security. Act constraining party. General Theory of Law.

LISTA DE SIGLAS

ART – Artigo

CF – Constituição Federal

CTN – Código Tributário Nacional

STJ – Superior Tribunal de Justiça

STF – Supremo Tribunal Federal

TJ/ES – Tribunal de Justiça do Espírito Santo

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 TEMAS DE TEORIA GERAL DO DIREITO: DESENVOLVENDO AS PREMISSAS	14
2.1 O CORTE METODOLÓGICO	14
2.1.1 Relação entre teoria e prática	14
2.1.2 O “giro linguístico”	15
2.1.3 A “teoria dos jogos da linguagem” e o Neopositivismo Lógico	17
2.1.4 O objeto de estudo e a Dogmática Jurídica	19
2.2 AS DEFINIÇÕES	21
2.2.1 A definição de direito positivo	22
2.2.2 A definição de norma jurídica	25
2.2.3 A definição de norma geral e abstrata e norma individual e concreta ...	31
2.2.4 A definição de sistema jurídico.....	32
2.3 RETOMANDO AS PREMISSAS.....	37
3 O MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO	39
3.1 REGULAMENTAÇÃO DA MATÉRIA	39
3.2 A DEFINIÇÃO	44
3.3 A NATUREZA JURÍDICA	45
3.3.1 O mandado de segurança preventivo como norma jurídica	46
3.3.2 O mandado de segurança preventivo como ação	48
3.4 AS CONDIÇÕES DA AÇÃO ESPECÍFICAS DO MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO	57
3.4.1 O direito líquido e certo.....	57
3.4.2 A autoridade coatora e o ato coator	60
4. O ATO COATOR	67
4.1 A DISTINÇÃO ENTRE PROCESSO E PRODUTO	67
4.2 O ATO COATOR COMO NORMA JURÍDICA	70
4.3 O ATO PREPARATÓRIO	71

4.3.1 A ameaça e o justo receio	72
4.3.2 Discussão doutrinária	74
4.3.3 O ato preparatório como norma jurídica	82
4.4 A QUESTÃO DO PRAZO DA IMPETRAÇÃO	84
4.4.1 A natureza jurídica	85
4.4.2 A “lei em tese” e a “lei de efeitos concretos”	90
4.5 O MITO DO MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO	95
5 O ENTENDIMENTO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES BRASILEIROS E DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESPÍRITO SANTO	98
5.1 A POSIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	98
5.2 A POSIÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA	104
5.3 A POSIÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESPÍRITO SANTO	109
6 CONCLUSÃO	112
7 REFERÊNCIAS	117

1 INTRODUÇÃO

Apesar das inúmeras obras que tratam do mandado de segurança, em razão de sua importância ímpar para a proteção de direitos líquidos e certos, individuais e coletivos, utilizado diuturnamente nos foros brasileiros, ainda é deveras precária a edição de obras a respeito do *writ* em sua modalidade preventiva, que busca não reparar, mas evitar lesões aos direitos, denotando sua indubitosa relevância.

Nota-se que a doutrina brasileira limitou-se à produção de obras relativas ao mandado de segurança em geral, que dedicam, quando muito, um capítulo ao tema da impetração preventiva. Existem, decerto, artigos científicos sobre o assunto, mas, em sua maioria, trabalham a questão do prazo para a impetração do *writ*. Portanto, é desafiadora a tarefa de adentrar no mundo do mandado de segurança preventivo e suas particularidades.

Dessa forma, o presente estudo pretende sistematizar a matéria relativa ao mandado de segurança preventivo no âmbito da Teoria Geral do Direito, além de apresentar o entendimento dos Tribunais Superiores Brasileiros e do Tribunal de Justiça do Espírito Santo sobre o tema.

O estudo desse assunto é sempre atual, e, com a recente publicação da Lei n.º 12.016, de 7 de agosto de 2009, o tema ressurgiu no âmbito acadêmico e doutrinário, incitando debates sobre seu texto, que, para alguns, já nasceu velho.

Portanto, não é pretensão deste trabalho fazer um tratado do mandado de segurança preventivo, mas analisar suas características marcantes na perspectiva do giro linguístico, organizando e aprofundando seu conhecimento. Por isso, não há preocupação em abordar sua evolução histórica, nem examinar institutos análogos no direito comparado, uma vez que já existe considerável bibliografia sobre o assunto.

O mandado de segurança é ação constitucional criada pela Constituição Federal de 1934, figurando entre os direitos e garantias fundamentais, delineado no artigo 5º, inciso LXIX, da Magna Carta de 1988, tendo como objetivo precípuo a resolução célere e eficaz de situações jurídicas controvertidas contra o Poder Público, evitando-se, assim, o arrastado procedimento ordinário.

Apesar de não prever o inciso LXIX a impetração preventiva, seu *status* constitucional é conferido pelo inciso XXXV desse mesmo dispositivo, que, como o artigo 1º da Lei n.º 12.016, de 7 de agosto de 2009, protege a ameaça e o justo receio de violação ao direito líquido e certo do impetrante.

Ademais, o mandado de segurança preventivo é também norma jurídica, do tipo secundária, utilizada quando for descumprido o dever do sujeito passivo da norma primária, em cujo antecedente está o fato de a autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público estar na iminência de praticar ato ilegal ou revestido de abuso de poder que viole o direito líquido e certo do sujeito ativo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, e, no conseqüente, a relação jurídica processual entre o sujeito ativo que invoca a atuação do Estado-Juiz, para impedir a autoridade de praticá-lo.

Assim, comprovados de plano os fatos, ou seja, não sendo necessária a produção de prova no contraditório comum, e havendo a ameaça de que a autoridade pública pratique um ato ilegal e/ou abusivo, é cabível o mandado de segurança preventivo. Mas a questão não é simples assim.

O ato coator, enquanto norma concreta, produzida por uma autoridade pública, pode ou não estar vertido em linguagem pelo sistema. Quando já foi expedido, é ensejada a impetração repressiva; quando não, tem-se a impetração preventiva se existir ameaça concreta e atual de que a autoridade o praticará.

No entanto, para viabilizar a propositura da ação constitucional em sua modalidade preventiva, faz-se necessário uma norma concreta, pois somente ela é capaz de regular a conduta humana, fazendo nascer o direito subjetivo à impetração.

Logo, ainda que não se constate ato coator, deve existir outra norma concreta, a que denominaremos ato preparatório, produzida pela autoridade pública, que autoriza afirmar que o ato coator será praticado em breve.

Ou seja, esse ato preparatório é o justo receio, a ameaça real e iminente de que a autoridade coatora praticará o ato violador de direito líquido e certo do impetrante. Entretanto, difícil é a tarefa de definir e caracterizar esse ato, distinguindo-o do ato coator, e essa é a discussão que se pretende: compreender os fundamentos dessa norma e identificar as circunstâncias em que é cabível o mandado de segurança preventivo.

2 TEMAS DE TEORIA GERAL DO DIREITO: DESENVOLVENDO AS PREMISSAS

2.1 O corte metodológico

Antes de adentrar no tema propriamente dito, faz-se necessário, no intuito de manter a coerência do texto a ser desenvolvido, estabelecer as premissas que orientarão o presente trabalho. Deve-se esclarecer, desde já, que se trata de um corte metodológico, razão por que não haverá, neste momento, preocupação de apresentar outras posições doutrinárias a respeito desta introdução metodológica, mas apenas fixar aquela que será adotada.

2.1.1 Relação entre teoria e prática

A primeira questão que se deve aclarar é a relação entre teoria e prática. A teoria é o conjunto de informações, opiniões e ideias destinadas à identificação e à compreensão de determinado objeto (realidade), ao passo que a prática é o objeto tal como ele se apresenta concretamente, é a própria realidade. Portanto, ambas, teoria e prática, são indispensáveis uma à outra, pois só é possível conhecer um objeto por meio da teoria que o explica; de igual modo, só tem razão de ser uma teoria se há um objeto a ser conhecido.

Eis a explicação de Aurora Tomazini de Carvalho:

Não existe prática sem teoria e nem teoria sem prática. Nenhum caso concreto é conhecido ou resolvido sem um conjunto de proposições que o explique e nenhum conjunto de proposições explicativas é construído sem uma concretude que o reclame.¹

Esses planos, prático e teórico, são conectados pela linguagem da experiência, que possibilita efetivamente conhecer o objeto. Isso porque de nada serve a teoria se não é possível aplicá-la para elucidar o objeto concreto, e de nada

¹ CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Curso de teoria geral do direito: o construtivismo lógico-semântico*. São Paulo: Noeses, 2009, p. 3-6.

serve o objeto se não é possível compreendê-lo por meio da teoria. Portanto, este é o papel da Teoria do Direito: conhecer o próprio direito, seu objeto.

A função do intérprete é, portanto, aproximar a teoria da prática, a ciência da realidade, por meio do conhecimento, que nada mais é que atribuir um significado à realidade, isto é, ter consciência sobre determinado objeto. Assim, todo conhecimento é proposicional, pois surge da “[...] construção e relação de juízos. Nestes termos, não há conhecimento sem linguagem”.²

2.1.2 O “giro linguístico”

A perspectiva de estudo do conhecimento, no presente trabalho, será a da concepção filosófica do “giro-linguístico”, iniciada com a obra de Ludwig Wittgenstein (*Tractatus logico-philosophicus*)³. De acordo com essa corrente, o conhecimento se dá entre linguagens; ou seja, o homem só conhece o mundo quando o constitui linguisticamente em sua mente.

Assim, é a linguagem que constitui os objetos. É justamente por isso que se torna importante definir as palavras, indicando, por meio de outras palavras, seu significado. Ressalta-se que a definição é das palavras, e não dos objetos reais. Estes são observados e descritos por meio de palavras. Portanto, para definir um objeto, deve-se, previamente, conhecer o significado das palavras que serão empregadas em sua definição.⁴

Não se conhece o objeto propriamente dito (realidade), mas seu significado no contexto de uma determinada língua, ou seja, as proposições que o descrevem; logo, a realidade decorre da interpretação, de uma atribuição de sentido feita pelo homem por meio de sua experiência sensorial, de sua percepção. Por esse motivo, afirmou Wittgenstein: “*Os limites da minha linguagem significa os limites do meu mundo*”⁵, isto é, meu mundo está restringido à capacidade que tenho de formular proposições sobre dado objeto, desse modo, quanto mais se conhece o objeto, mais é possível falar sobre ele.

² CARVALHO, A., 2009, p. 11.

³ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tratado lógico-filosófico e investigações filosóficas*. 4. ed. Tradução de M. S. Lourenço. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

⁴ GUIBOURG, Ricardo; GUIGLIANI, Alejandro; GUARINONI, Ricardo. *Introducción al conocimiento científico*. Buenos Aires: EUDEBA, 1985, p. 53-54.

⁵ WITTGENSTEIN, op. cit., p. 114, nota 3.

Tal assertativa, de que a realidade é constituída pela linguagem não implica em afirmar que não existem dados físicos independentes da linguagem, mas apenas que somente pela linguagem é possível ao homem conhecê-los, formulando proposições sobre eles.

José Luiz Fiorin, após assentar a definição de enunciação como ato produtor de enunciado, exemplifica a utilização da linguagem pelo sujeito da enunciação com uma passagem bíblica. Destaca o autor que “O primeiro capítulo do Gênesis é uma metáfora da enunciação, porque a enunciação cria qualquer mundo. Enunciar é criar. ‘Deus disse: ‘Faça-se a luz’. E a luz fez-se’”.⁶

Ou seja, para construir o mundo, evidencia o autor a importância não só da linguagem, mas do próprio sujeito enunciativo. Finalizando, enfatiza:

[...] a enunciação faz dos homens seres iguais a Deus, pois com ela criam mundos diversos. Não é à toa que o Criador desconfiava da palavra, como demonstrou no episódio da torre de Babel, pois com ela os homens o desafiaram, seriam tão poderosos quanto ele.⁷

Assim, o conhecimento é delimitado por um sistema de referência conformado pela condição cultural do sujeito cognoscente e por coordenadas de tempo e espaço. Há ainda um modelo, um ponto de partida, que consiste na determinação das premissas que fundamentam esse conhecimento. Por conseguinte, algo é verdadeiro quando está em consonância com determinado modelo, que é um conjunto estruturado de formulações linguísticas.⁸

A questão da verdade, sempre formal, também é examinada por Tárek Moysés Moussalem:

Destarte, o conceito de verdade sai de sua mística aura de relação entre palavra e realidade e passa a figurar como relação entre linguagens, ou melhor, a relação de não-contradição entre enunciados dentro de um mesmo sistema. Por outro giro: qualquer enunciado que possuir a estrutura (p. -p) no interior de um mesmo sistema é falso em qualquer circunstância.⁹

⁶ FIORIN, José Luiz. *As astúcias da enunciação: as categorias de pessoa, espaço e tempo*. 2. ed. São Paulo: Editora Ática, 2005, p. 42.

⁷ Ibid., p. 43.

⁸ CARVALHO, A., 2009, p. 25.

⁹ MOUSSALEM, Tárek Moysés. *Fontes do direito tributário*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 37.

Portanto, entendido que toda ciência se expressa por meio da linguagem, imperioso se torna compreender o que é propriamente linguagem. A linguagem é o conjunto de signos que devem estar

[...] ordenados en una estructura más o menos orgánica, y tener atribuida cierta función propia como partes del lenguaje. Así, podría definirse el concepto de lenguaje en una primera aproximación como un sistema de símbolos que sirve a la comunicación.¹⁰

Ante tal definição, é ainda imprescindível distinguir “signo” (gênero), de “símbolo” (espécie). Aquele é um fenômeno que a mente humana relaciona com outro fenômeno, isto é, com um acontecimento real, enquanto símbolo é um signo fixado arbitrariamente e significa a representação do fenômeno.¹¹

Desse modo, a ciência se expressa por meio da linguagem; esta, por sua vez, é um conjunto de símbolos que servem para a comunicação. Cumpre destacar que no processo comunicacional há sempre um emissor, um receptor, uma mensagem e um canal. Esse processo é realizado por meio de um código, ou seja, um idioma, que deve ser conhecido tanto pelo emissor quanto pelo receptor. Esse código é que estabelece a linguagem a ser utilizada e sua estrutura. A mensagem é composta por signos, que possuem um significado e uma significação. Esta pode ser natural ou artificial, como se verá em seguida. Logo, o objeto da linguagem é a comunicação por meio do significado.¹²

2.1.3 A “teoria dos jogos da linguagem” e o Neopositivismo Lógico

Portanto, inúmeros são os métodos que o sujeito cognoscente pode utilizar para se aproximar do objeto de estudo, dependendo do sistema de referência que ele escolhe. Por coerência com o que foi analisado anteriormente, adota-se no presente trabalho a “teoria dos jogos da linguagem”, também apresentada por Wittgenstein.¹³ Segundo esse autor, o significado das palavras é estabelecido por seu uso na linguagem, e este, por sua vez, é determinado por certos hábitos linguísticos.

¹⁰ GUIBOURG; GUIGLIANI; GUARINONI, 1985, p. 19.

¹¹ GUIBOURG; GUIGLIANI; GUARINONI, 1985, p. 17-18.

¹² Ibid., p. 19-20.

¹³ WITTGENSTEIN, 2008.

A linguagem tem suas próprias regras; isto é, cada língua é um jogo, um método, com regras que a identificam e a diferenciam das demais. Logo, o conhecimento científico exige a observância das regras da linguagem científica, ou melhor, o jogo dessa linguagem. A linguagem aqui utilizada deve ser a mais concisa possível, desvincilhada de ambiguidade e vaguidade, conferindo precisão ao discurso científico.

Na construção das proposições científicas, toma-se ainda como premissa os ensinamentos do Neopositivismo Lógico ou Filosofia Analítica, que ganhou expressão por meio do Círculo de Viena, na segunda década do século XX, e que buscou reduzir o estudo do conhecimento à Epistemologia, isto é, “[...] uma teoria crítica voltada para o estudo e a análise dos conceitos básicos, dos princípios e dos objetivos do conhecimento científico em geral, bem como dos resultados de sua efetiva aplicação”.¹⁴

Trata-se do estudo crítico do conhecimento.

Além disso, tal teoria buscou ainda reduzir a Epistemologia à Semiótica, esta entendida como a teoria geral dos signos, que são as unidades mínimas de comunicação, composta pelo triângulo semiótico: suporte físico (expressão material de um signo – enunciado), significação (construção de sentido do enunciado – proposição) e significado (ideia ou conceito).¹⁵

Seus adeptos primam por uma linguagem rígida e precisa para a ciência. Nota-se que tal corrente pretendeu apontar as regras do jogo da linguagem científica por meio da formalização da linguagem, ou seja, pela substituição das palavras por símbolos lógicos.

A linguagem artificial, em contraposição à linguagem natural – aquela utilizada ordinariamente pelos seres humanos –, pode dividir-se em: linguagem técnica, que busca definições precisas por meio de significados restritos das palavras, e a linguagem formal, exatamente a adotada pelos neopositivistas, que utilizam unicamente símbolos arbitrários, expressos em fórmulas.

Paulo de Barros Carvalho explica a escolha dos neopositivistas pela linguagem formalizada:

[...] A linguagem, aqui, é tida como instrumento do saber científico, empregada pelo intérprete jurídico na constituição do direito positivo. É

¹⁴ CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário, linguagem e método*. 2 ed. São Paulo: Noeses, 2008, p. 20-21.

¹⁵ MOUSSALLEM, 2001, p. 77 passim.

esta busca da excelência sintática dos neopositivistas que os aproxima da Lógica ou, em outras palavras, da linguagem formalizada. O pensar científico, no intuito de precisar a descrição da mensagem legislada, exige métodos que assegurem a estrutura sintática rígida e bem organizada, que, no plano semântico, caminhem ao encontro de termos dotados de uma e somente uma significação. Apenas a Lógica, expressão da dimensão formal de toda e qualquer linguagem, com recursos da simbologia, foi capaz de dar substrato a este universo.¹⁶

O direito enquanto objeto cultural, da mesma forma dos demais objetos do mundo físico (da realidade), é criado pelo homem, mediante linguagem, para regular suas condutas. Por isso, “[...] (1) sem linguagem não há realidade social (nem natural); (2) sem linguagem não há direito (objeto) e (3) sem linguagem não há conhecimento, logo, sem linguagem não há Ciência do Direito”.¹⁷

Portanto, a lógica tem como objetivo descrever em linguagem formalizada o direito positivo e a Ciência do Direito, no intuito de torná-los precisos e consistentes, sem, contudo, alterá-los. No entanto, no presente estudo, não haverá a preocupação de formalizar a linguagem ora descrita. Entretanto, o rigor e a precisão da linguagem não serão abandonados, apenas a utilização de sua formalização, por meio de modelos artificiais.

2.1.4 O objeto de estudo e a Dogmática Jurídica

Entendido isso, resta claro que o primeiro passo do cientista é delimitar o objeto que pretende estudar e o método a ser utilizado. Trata-se de realizar um corte metodológico,¹⁸ observando, sempre, as premissas antes apontadas. Desse modo, optou-se por estudar o objeto na perspectiva da Dogmática Jurídica, ou seja, a partir da descrição, da interpretação e da sistematização de uma ordem jurídica vigente, que exige do cientista jurídico objetividade e neutralidade axiológica, livre de julgamentos valorativos.

Assim, adota-se a Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen,¹⁹ que procura conhecer o direito propriamente dito, dando à Ciência Jurídica autonomia em relação às outras ciências, libertando-a, assim, das influências destas e afastando-a das

¹⁶ CARVALHO, P., op. cit., p. 66, nota 14.

¹⁷ MOUSSALLEM, 2001, p. 43.

¹⁸ “Corte metodológico é o ato linguístico delineador da linguagem do objeto de estudo”. (MOUSSALLEM, op. cit., p. 34, nota 9).

¹⁹ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 1.

análises histórica, política, sociológica, filosófica etc., isto é, de outros jogos de linguagem.

Trata-se de analisar o fenômeno jurídico, objeto da Ciência do Direito, pura e simplesmente, sem excluir a ideia de que os problemas relativos à sua história ou a suas implicações políticas, sociológicas e filosóficas possam ser estudados por outros ramos científicos, com regras de jogos distintos. Discutindo a questão da cognição racional, Hans Kelsen ensina que:

[...] Tal cognição pode entender apenas uma ordem positiva evidenciada por atos determináveis objetivamente. Essa ordem é o Direito positivo. Somente isso pode ser objeto da ciência; somente isso é o objeto de uma teoria pura do Direito, o qual é uma ciência, não uma metafísica do Direito. Ela apresenta o Direito tal como ele é, sem defendê-lo chamando-o justo. Ou condená-lo denominando-o injusto. Ela busca um Direito real e possível não o correto. É, nesse sentido, uma teoria radicalmente realista e empírica. Ela declina de avaliar o Direito Positivo.²⁰

Segundo o autor, o método e o objeto devem ter enfoque normativo. A conduta humana só será objeto da Ciência Jurídica quando constituir o conteúdo da norma, e as relações inter-humanas só serão objeto da Ciência do Direito quando se constituírem em relações jurídicas. Logo, uma norma é justa quando é legal.

Nessa mesma linha é a posição de Paulo de Barros Carvalho:

O conhecimento jurídico não refoge a esse imperativo epistemológico. Ao observarmos o fenômeno existencial de um determinado sistema de direito positivo, somos imediatamente compelidos a abandonar outros prismas, para que se torne possível uma elaboração coerente e cheia de sentido.²¹

Corroborando esse entendimento Tárek Moysés Moussallem:

A Ciência do Direito em sentido estrito (Dogmática Jurídica) não deve preocupar-se com aspectos externos ao objeto, como a moral, o costume (não juridicizado) e a justiça (extrajurídica). Trata-se de campo fértil a outras ciências (Ética, Sociologia e Filosofia) que não a dogmática jurídica. *São jogos de linguagem distintos.*²²

O que se procura é conhecer o direito positivo vigente, compreendê-lo, interpretá-lo, construir o sentido e o alcance da comunicação legislada. Logo, o cientista jurídico se ocupa das normas positivadas por meio de uma análise

²⁰ KELSEN, H. *Teoria geral do direito e do estado*. 3 ed. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 19.

²¹ CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 12.

²² MOUSSALLEM, 2001, p. 35.

intrassistemática, não as julgando como justas ou como injustas, pois tal juízo interessa apenas ao legislador ou ao filósofo. Aliás, como bem assevera o autor referido, não cabe ao dogmático emitir juízos de como deve ser o dever-ser.

Fixada mais essa premissa, isto é, entendido que a pretensão deste trabalho é o estudo das normas jurídicas, objeto da Ciência do Direito, nada mais, nada menos, passa-se à análise dos institutos que nortearão o desenvolvimento do tema.

2.2 As definições

Antes de iniciar, faz-se aqui a ressalva da distinção entre definição e conceito discutida por Tárek Moysés Moussallem. Segundo o autor, o conceito é o significado da palavra ou expressão, enquanto definição é explicitação do conceito das palavras por meio de outras palavras. Ou seja:

[...] a operação lógica entre dois conceitos, que consiste em indicar, por meio da linguagem, as características “essenciais” ou definitórias que devem reunir a linguagem do objeto – *definiens* –, para o termo definido (outro conceito) – *definiendum* – lhe seja aplicável.²³

Definir, portanto, é um corte metodológico.

Tal tarefa, apesar de não ser fácil ao cientista do direito, tem de ser desenvolvida neste estudo, dadas as premissas nele fixadas. Torna-se, pois, uma obrigação tentar utilizar uma linguagem científica, precisa e rigorosa na descrição do direito positivo. É uma regra que se impôs a este jogo. Para isso, é necessário não só compreender as definições de determinados institutos como tentar afastar a ambiguidade, a vaguidade e a carga emotiva das palavras, buscando repelir as incoerências linguísticas.

Fala-se, aqui, em tentativa, pois não é possível eliminar totalmente os problemas a que se acaba de referir. Nesse sentido afirma o autor citado:

Funciona mais ou menos da seguinte forma: já que não conseguimos vencer nosso inimigo (ambiguidade, vaguidade e carga emotiva), procuramos conviver com ele pacificamente, caso contrário, viver (em um mundo linguístico), habitar uma linguagem, tornar-se-ia insuportável.²⁴

²³ MOUSSALLEM, 2001, p. 58-60.

²⁴ Ibid., p. 53-58.

A ambiguidade é a multiplicidade de significados atribuíveis a uma palavra (polissemia). Trata-se, portanto, de problema semântico da linguagem, isto é, da relação entre uma determinada palavra e as demais palavras que lhe são referentes, que lhe explicam. A vaguidade é a ausência de determinação da palavra, é a imprecisão de seu significado. Já a carga emotiva é a intensidade emocional que acompanha a palavra, e se refere ao plano pragmático, ou seja, à relação da palavra com seus usuários.

Por conseguinte, essa será a tentativa dos subcapítulos que seguem.

2.2.1 A definição de direito positivo

A palavra “direito” padece de todos os problemas linguísticos acima apontados. De ambiguidade, pois é utilizada com inúmeros significados, como, por exemplo, direito positivo e Ciência do Direito. Também é vaga, porque não é possível determinar as propriedades que devem estar presentes em todos os casos em que se a empregam. Além da carga emotiva, que é de fácil percepção, já que “direito” é utilizado, muitas vezes, como sinônimo de justiça, correção etc.

Convém adiantar que o conceito de direito que se pretende compreender é o do direito positivo, objeto do presente estudo.

Na tentativa de compreender o conceito de direito positivo, inicia-se com a lição de Hans Kelsen, para quem o direito positivo é um conjunto de normas jurídicas válidas em um dado país e em determinado espaço de tempo, que regulam o comportamento humano. Segundo o autor, “O Direito é uma ordem da conduta humana. Uma ‘ordem’ é um sistema de regras. O Direito não é, como às vezes se diz, uma regra. É um conjunto de regras que possui o tipo de unidade que entendemos por sistema”.²⁵

O direito, por conseguinte, é um complexo de normas jurídicas, que, vertido em linguagem, volta-se para regular a conduta humana, tendo como traço distintivo a coercitividade, isto é, a pacificação social feita pelo uso da força, que, excepcionalmente, é aplicada por autoridade competente (agente autorizado pela ordem jurídica). Portanto, é uma ordem coercitiva, e a coerção se volta contra o

²⁵ KELSEN, *Teoria geral do direito e do estado*, 2000, p. 5.

indivíduo que age contra essa ordem; e este assim o faz praticando um delito, sendo esta a condição para a sanção.²⁶

Importante elucidar algumas palavras e expressões utilizadas por Kelsen em sua definição, que serão de grande valia no decorrer da explanação: “sanção”, “delito” e “dever jurídico”. As sanções são estabelecidas pela ordem jurídica e visam ao cumprimento, pelo homem, de dada conduta desejada pelo legislador. As sanções do direito têm caráter de atos coercitivos. O delito ocorre quando o indivíduo pratica uma ação ou omissão contrária ao estatuído pelo legislador, ou seja, o delito faz parte do conteúdo da norma jurídica. Já o dever jurídico é a conduta a ser observada pelo indivíduo para não praticar determinado delito; corresponde, assim, à obediência à norma jurídica.²⁷

Distinguindo o uso dos termos sanção e coação, ensina Lourival Vilanova:

A sanção em nível pré-processual, que tem por pressuposto o não-cumprimento de deveres ou obrigações principais, carece de eficácia coercitiva. Somente na norma secundária, que se diz norma sancionadora, o descumprimento é pressuposto antijurídico que conduz à relação jurídica processual.²⁸

Assim, o poder de coação ficou sob responsabilidade do Estado-Juiz, encontrando-se na norma secundária, e somente pela via processual é possível a exigência coativa. Neste trabalho, o termo sanção será utilizado como sinônimo de coerção.

Imprescindível ainda distinguir direito positivo e Ciência Jurídica. Aquele, como se disse, é o conjunto de normas jurídicas válidas, cujo objetivo é regular a conduta humana, prescrevendo, permitindo, conferindo poder ou competência. Enquanto a Ciência Jurídica descreve o direito posto, ou seja, debruça-se sobre as normas jurídicas com o propósito de conhecê-las e descrevê-las, e o faz por meio de proposições ou enunciados jurídicos.²⁹

Observam Bulygin e Mendonca:

La diferencia central entre enunciados y normas radica en que los enunciados no obligan, prohíben o facultan a nada ni a nadie, pero pueden ser verdaderos o falsos, mientras que, a la inversa, las normas obligan, prohíben o facultan, pero no pueden ser verdaderas o falsas, sino válidas o

²⁶ Ibid., p. 27-29.

²⁷ KELSEN, *Teoria geral do direito e do estado*, 2000, p. 71-84 passim.

²⁸ VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 194-195.

²⁹ KELSEN, *Teoria pura do direito*, 2000, p. 80-81.

inválidas, aunque, para Kelsen, los enunciados jurídicos son también enunciados <<de deber>> (<<Sollsatze>>), si bien se trata de un <<deber descriptivo>>.³⁰

Seguindo a linha de raciocínio de Kelsen, Paulo de Barros Carvalho ensina:

[...] o direito positivo é o complexo de normas jurídicas válidas num dado país. À Ciência do Direito cabe descrever 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 significação.³¹

Destarte, a linguagem do direito positivo é técnica prescritiva e volta-se a disciplinar o comportamento humano, enquanto a da Ciência do Direito é científica descritiva e visa ao estudo das normas jurídicas. Portanto, a Ciência do Direito é uma sobrelinguagem em relação ao direito positivo, já que discorre sobre ele. Isso porque “cuando una investigación se realiza acerca de un lenguaje, llamamos a éste lenguaje objeto de la investigación, y el lenguaje en el cual los resultados de la investigación se formulan se llama metalenguaje”.³²

A cada uma dessas linguagens corresponde uma lógica específica, ao direito positivo, a lógica deôntica (lógica do dever-ser, lógica das normas) e à Ciência do Direito, a lógica apofântica (lógica das ciências, lógica alética ou lógica clássica).³³

Essa distinção é de suma importância, uma vez que, partindo-se da premissa de que o direito positivo é o objeto da Ciência do Direito, percebe-se que o objetivo do presente trabalho, enquanto ciência, será justamente descrever o direito posto. Não sua totalidade, mas um segmento específico de normas que o compõem, especificamente inseridas no art. 5º, inciso LXIX, da Constituição Federal e na novel Lei n.º 12.016/2009. Não se afasta com essa afirmação que será necessário ainda, no decorrer do trabalho, socorrer-se de outros diplomas normativos. O que se quer afirmar é que as normas acima citadas terão análise preponderante. Trata-se de um corte metodológico, novamente, das regras desse jogo.

³⁰ BULYGIN, E.; MENDONÇA, D. *Normas y sistemas normativos*. Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 21.

³¹ CARVALHO, P. *Curso de direito tributário*, 2002, p. 2.

³² GUIBOURG; GUIGLIANI; GUARINONI, 1985, p. 26.

³³ CARVALHO, P., op. cit., p. 3, nota 21.

Assim, adota-se, neste estudo, na esteira do pensamento acima esboçado, a definição de direito positivo como um conjunto de normas jurídicas válidas num dado país e em determinado espaço de tempo. Trata-se, portanto, de uma análise formal do conceito de direito, e não de conteúdo.

2.2.2 A definição de norma jurídica

Compreendido que o direito positivo é um conjunto de normas jurídicas válidas, faz-se necessário entender o que são normas jurídicas. Distinguindo-as das proposições jurídicas formuladas pela Ciência do Direito, Kelsen afirma que as normas jurídicas não se caracterizam como enunciados, mas como mandamentos, isto é, comandos imperativos que prescrevem, permitem, atribuem poder ou competência, vertidas em linguagem. Conceitua-as como algo que deve ser; isto quer dizer que o homem deve se conduzir de uma dada forma.³⁴

São as normas jurídicas que conferem aos fatos o caráter de jurídicos ou antijurídicos; isto é, a partir da interpretação das normas é que se determina se certa conduta humana constitui um fato jurídico ou um fato antijurídico. Nesse sentido elucida Lourival Vilanova:

[...] Sem norma, um fato não adquire qualificação de *fato jurídico*. E sem fato jurídico, efeito (eficácia) nenhum advém. [...]. É o sistema que decide que fatos são fatos jurídicos (juridicização do fático), e que fatos deixam de ser jurídicos (desjuridicização do fático).³⁵

Segundo o autor, o fato jurídico é um entrelaçamento de manifestações de vontade qualificado por um ato constitutivo de normas. Já o órgão competente é um plexo de fatos e atos qualificados por normas de organização e de competência.

A validade de uma norma se confunde com sua existência, e está legitimada numa norma anterior formalmente válida. A norma só é válida se pertencer a determinado sistema jurídico, ou seja, se emanada de um ato legítimo de autoridade competente segundo os procedimentos nele previstos. Logo, se existe uma norma, é porque ela é válida. A ordem jurídica possui uma estrutura escalonada de diferentes níveis de normas, numa unidade que forma uma relação de dependência

³⁴ KELSEN, *Teoria geral do direito e do estado*, 2000, p. 4-5.

³⁵ VILANOVA, 2000, p. 54.

em estrutura piramidal, segundo a qual, no topo está a norma fundamental de onde deriva a validade formal das demais. Já a eficácia jurídica é sua efetiva aplicação e obediência por parte de seus destinatários.³⁶

Por conseguinte, visto que o direito é um conjunto de normas que regulam o uso da força na sociedade e a norma jurídica é aquela que estabelece uma sanção coercitiva, deve-se retomar a ideia de sanção e dever jurídico. Para Kelsen, existem duas normas jurídicas separadas, dois enunciados de dever ser: a primeira, no sentido de que certo indivíduo deve observar determinada conduta; a segunda, de que outro indivíduo deve executar uma sanção no caso de violação da primeira.³⁷

O autor estabeleceu distinção entre normas primárias e normas secundárias. Em sua concepção originária, a norma primária é aquela que estipula uma sanção diante de um possível delito (ilícito); a secundária é a que prescreve a conduta de omissão do delito (lícito). A norma secundária destina-se apenas a enunciar de forma explícita o que foi estabelecido implicitamente pela norma primária.

Diz-se originária porque, na obra *Teoria geral das normas*, Kelsen corrige a visão sobre a norma primária, concebendo-a como a que descreve a conduta, enquanto define a norma secundária como a que contém a sanção. A primeira norma está contida na segunda, a única genuína. Reafirma, assim, crucial relevância da sanção em sua teoria.³⁸

Já Eugenio Bulygin e Daniel Mendonça,³⁹ que, ao contrário de Kelsen, não distinguem a norma jurídica por seu caráter sancionador, afirmam existirem normas jurídicas que estabelecem sanções e outras que não o fazem. O caráter jurídico destas últimas lhes é conferido, segundo eles, pelo fato de pertencerem ao sistema jurídico. A norma jurídica é uma prescrição emitida por um agente competente, dirigida a um ou a vários indivíduos, que obriga, proíbe ou permite determinadas ações ou estados de coisas. Para os autores, a formulação das normas se dá por meio da linguagem prescritiva.

Portanto, “[...] la norma no es un conjunto de signos lingüísticos, sino el sentido (o significado) que esos signos expresan”.⁴⁰ A captação do sentido da formulação normativa por parte de seu destinatário é condição necessária para que a

³⁶ KELSEN, *Teoria geral do direito e do estado*, 2000, p. 55.

³⁷ *Ibid.*, p. 86.

³⁸ *Id.* *Teoria geral das normas*. Porto Alegre: Fabris, 1986, p. 181.

³⁹ BULYGIN; MENDONÇA, 2005, p. 12.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 16.

norma possa cumprir seu papel. Ademais, nos moldes de Kelsen, distinguem a formulação normativa, ou enunciado prescritivo, e a norma, sentido expresso pela formulação.

Norberto Bobbio⁴¹ entende o direito como um conjunto de normas ou proposições prescritivas do modo comando, ou seja, um conjunto de palavras que têm um significado e que influem sobre o comportamento alheio para modificá-lo. Do mesmo modo que Kelsen, percebe a sanção externa e institucionalizada como característica distintiva das normas jurídicas, mas assevera a existência de normas jurídicas não sancionadas no sistema, e resolve tal incoerência afirmando que a sanção como elemento constitutivo do direito não deve levar em consideração as normas jurídicas singularmente, mas o ordenamento jurídico no seu conjunto.

Paulo de Barros Carvalho,⁴² após distinguir normas jurídicas em sentido amplo – significações dos enunciados prescritivos construídas pelo intérprete – de normas jurídicas em sentido estrito – a articulação dessas significações com sentido deôntico-jurídico completo –, afirma que as normas jurídicas são as significações que o exegeta constrói a partir dos textos positivados, e estão estruturadas na forma lógica dos juízos condicionais.

Assim, o suporte físico são os enunciados prescritivos, isto é, a forma pela qual um determinado significado é expresso; são as formações frásicas, as orações. A significação são as normas jurídicas em sentido amplo, ou seja, as significações isoladas dos enunciados, enquanto as normas jurídicas em sentido estrito são as significações construídas a partir dos suportes físicos dos enunciados com sentido deôntico no juízo hipotético-condicional. Logo, os enunciados são explícitos ou implícitos, quando derivados de outros enunciados, e as normas jurídicas são sempre implícitas.⁴³

Segundo Tárek Moysés Moussallem,⁴⁴ seguindo o esquema proposto por Paulo de Barros Carvalho, o direito manifesta-se em três planos ou subsistemas. O sintático (S1) é o das formulações literais, composto pelos enunciados prescritivos, ou seja, pelas orações com sentido, mas sem concluir unidade completa de significação deôntica, pois se encontra na expectativa de unir-se a outras unidades de mesma natureza para formar as normas jurídicas.

⁴¹ BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. São Paulo: EDIPRO, 2001, p. 23-167 passim.

⁴² CARVALHO, P. *Direito tributário, linguagem e método*, 2008, p. 128-129.

⁴³ *Ibid.*, p. 182-183.

⁴⁴ MOUSSALLEM, 2001, p. 83-84.

O semântico (S2), ou das significações isoladas dos enunciados prescritivos, traduz-se por proposições formuladas a partir da leitura desses enunciados. E finalmente, no plano das normas jurídicas (S3) o intérprete promove a contextualização das significações, com a finalidade de produzir unidades dotadas de sentido deôntico (a própria norma jurídica). Aqui, o intérprete articula as significações obtidas em S2 e compõe a norma jurídica.

Desse modo, no processo de formação da norma jurídica, em seu sentido completo, o exegeta percorre o sistema do direito, iniciando com uma análise da literalidade textual (S1), passando a construir os conteúdos significativos dos vários enunciados ou frases prescritivas (S2), para depois ordená-los na estrutura de normas jurídicas (S3). Logo, a norma jurídica é um trabalho intelectual do intérprete, que, por meio da linguagem, emite um juízo de valor sobre o texto jurídico sobre o qual ele se debruça.

Por isso, a norma jurídica quase nunca coincide com os sentidos imediatos dos enunciados que o legislador distribui a matéria no corpo físico da lei, já que aquela só é alcançada após um trabalho de interpretação sistemática do texto legal.

Portanto, a norma é um juízo hipotético-condicional (se ocorrer o fato X, então deve ser a prestação Y) composta de uma hipótese e um conseqüente. Essa ligação entre o antecedente e o conseqüente denomina-se imputação, que é justamente a conexão entre o ilícito e a consequência do ilícito.⁴⁵

Aliás, esse é tido como um dos maiores avanços da teoria de Kelsen: afirmar que a norma está estruturada no juízo hipotético condicional. Com isso, o autor pretendeu conferir caráter estrutural universal à norma jurídica, o que não implica dizer que as normas têm conteúdos iguais, mas uma forma única. Logo, possuem homogeneidade sintática e heterogeneidade semântica.⁴⁶

Assim, estruturalmente, toda norma assume uma feição dual, ou seja, terá um antecedente unido a um conseqüente, por um conectivo deôntico neutro. No antecedente há a descrição de um fato de possível ocorrência no mundo real; no conseqüente, a prescrição de condutas intersubjetivas, apresentando-se como uma proposição relacional entre sujeitos de direito em torno de uma determinada conduta. Essa relação jurídica, prevista no conseqüente, instaura-se quando e onde ocorrer o fato descrito na hipótese.

⁴⁵ CARVALHO, P. *Curso de direito tributário*, 2002, p. 8-9.

⁴⁶ MOUSSALLEM, 2001, p. 92.

Como já afirmado, a relação intersubjetiva instalada no conseqüente da norma sofre a incidência do modal deôntico “dever-ser” em uma de suas formas: obrigatório, proibido ou permitido. Já sobre a relação entre o antecedente e o conseqüente incide um modal deôntico não-modalizado (neutro).⁴⁷

A significação deôntica completa só é alcançada com a reunião de duas normas em sentido estrito: a norma primária, que prevê certo dever, e a norma secundária, que prescreve uma sanção, aplicada pelo Estado-Juiz no caso de descumprimento da conduta estatuída na norma primária. A norma primária sem a secundária fica desprovida de juridicidade.⁴⁸

Assim, em seu modo completo, a norma jurídica também tem feição dúplici: a norma primária, já descrita, e a norma secundária, que preceitua uma sanção do Estado-Juiz para o caso de descumprimento da conduta estabelecida pela norma primária. A norma secundária descreve em seu antecedente o descumprimento da relação jurídica prevista na norma primária (ato ilícito⁴⁹) e, no seu conseqüente, uma atuação do Estado-Juiz, chamada tradicionalmente de sanção, isto é, uma penalidade imposta por autoridade para que o sujeito cumpra com o previsto na norma primária.

No entanto, Tárek Moysés Moussallem propõe a substituição da palavra sanção por “atuação judicial” ou “positivação”, já que o alcance da norma secundária não se resume em forçar o cumprimento da norma primária, mas implica criação de normas jurídicas:

A norma secundária não visa somente efetivar o cumprimento coativo do disposto no conseqüente da norma primária, mas prevê uma atuação do Estado-Juiz para expedir uma outra norma que, por sua vez, (1) pode ser pressuposto de uma coação – execução forçada – em virtude de o “conteúdo” da sentença transparecer uma norma de conduta ou (2) de se referir a uma norma para expulsá-la do sistema (norma de revisão sistêmica).⁵⁰

Desse modo, a norma jurídica tem estrutura dual duplamente (permitindo-se o pleonismo); primeiro, por ser estruturada por uma hipótese e uma consequência,

⁴⁷ MOUSSALLEM, 2001, p. 86.

⁴⁸ VILANOVA, 2000, p. 175.

⁴⁹ Conforme lição de Norberto Bobbio, o ilícito é a violação da norma jurídica: “[...] O ilícito consiste em uma ação quando a norma é um imperativo negativo e em uma omissão quando a norma é um imperativo positivo. No primeiro caso, afirma-se que a norma não foi observada, no segundo, que não foi executada” (BOBBIO, 2001, p. 152).

⁵⁰ MOUSSALLEM, op. cit., p. 88-90, nota 9.

ligadas por um modal deôntico, e, na sua completude, também por ser composta por duas normas, uma primária e outra secundária.

Convém abrir um parêntese para elucidar o conceito de relação jurídica, em razão de sua importância para este estudo. Relações são “[...] estruturas formais, compondo-se de um termo antecedente (ou termo referente) e termo conseqüente (ou termo correlato) e, ainda, de uma espécie de operador relacionante”.⁵¹

Por conseguinte, são universais, ou seja, independem do campo de conhecimento a que se referem, e no caso do direito a situação não é diferente.

Quando se fala em relação jurídica, refere-se, normalmente, à relação existente no conseqüente da norma primária, que congrega dois sujeitos em torno de um objeto. Já a relação jurídica processual é aquela que se encontra no bojo da norma secundária, que decorre do descumprimento do dever jurídico previsto na norma primária.

Assim, a norma primária é de direito material (civil, administrativa, tributária), disciplinadora da conduta humana, e a norma secundária é de direito processual, reguladora da atividade jurisdicional.⁵²

Em suma, a norma jurídica é fruto do trabalho intelectual do intérprete, enquanto agente competente, credenciado pelo sistema, que se debruça sobre o texto de direito positivo, buscando interpretá-lo e, a partir daí, construir a norma jurídica. Tal não se dá ilimitadamente, mas sempre em observância aos limites do texto constitucional.

É, portanto, um juízo hipotético-condicional, no qual se encontra regulamentada a conduta humana por meio de uma estrutura implicacional (se X, então deve ser Y). Ela estatui um dever-ser; isto é, prescreve determinada conduta que permite, proíbe ou obriga o indivíduo a conduzir-se de certo modo. E prevê ainda uma providência sancionatória, por meio do Poder Judiciário, para o caso de inobservância do dever imposto ao sujeito passivo.

Resumindo, eis o que leciona Lourival Vilanova:

Da variedade de linguagens em que se exprime o direito positivo (multiplicidade de idiomas, de estilos, de técnicas de formulação linguística), passando da gramaticalidade expressional ou frásica para a *forma lógica*, o fazemos mediante a abstração formalizadora. Encontraremos a *estrutura sintática* reduzida. O que uma norma de direito positivo enuncia é que, dado um fato, seguir-se-á uma relação jurídica,

⁵¹ VILANOVA, 2000, p. 116-117.

⁵² Ibid., p. 190.

entre sujeitos de direito, cabendo, a cada um, posição ativa ou passiva. Mais. Que, nessa relação jurídica primária, define-se o conteúdo da conduta, modalizando-a como obrigatória, permitida ou proibida. E que no caso de descumprimento, inobservância, inadimplência, por parte do sujeito passivo, o outro sujeito da relação pode exigir coativamente a prestação não-adimplida. Com isso, estabelece-se nova relação jurídica, na qual intervém outro sujeito, o órgão judicial, aplicador da sanção coacionada.⁵³

2.2.3 A definição de norma geral e abstrata e norma individual e concreta

Compreendido o que é direito e norma jurídica, deve-se ainda elucidar a questão das normas jurídicas gerais e abstratas e das individuais e concretas, o que será de suma importância para a análise do tema. O direito se compõe de normas gerais, que estabelecem a conduta dos indivíduos em eventos similares, criadas pelo procedimento legislativo, e de normas individuais, que prescrevem uma determinada conduta a ser observada pelo indivíduo em uma dada circunstância singular, e são válidas para o caso concreto. Abstratas, quando no antecedente das normas existirem critérios de identificação de um fato jurídico de possível ocorrência, e concretas, se há um evento já ocorrido, relatado em linguagem competente.

As normas individuais e concretas são criadas a partir das normas gerais e abstratas pelo processo de positivação, a ser explicado adiante.

Em razão de a norma jurídica possuir a estrutura lógica do condicional, composta de duas proposições – antecedente e conseqüente –, a análise da generalidade ou da individualidade da norma é feita no seu conseqüente, ou seja, para o sujeito passivo da relação jurídica. Se o sujeito passivo é indeterminado, a norma é geral; se é determinado, a norma é individual.

Deste modo distingue Paulo de Barros Carvalho:

[...] geral, aquela que se dirige a um conjunto de sujeitos indeterminados quanto ao número; individual, a que se volta a certo indivíduo ou a grupo identificado de pessoas. Já a abstração e a concretude dizem respeito ao modo como se toma o fato descrito no antecedente. A tipificação de um conjunto de fatos realiza uma previsão abstrata, ao passo que a conduta especificada no espaço e no tempo dá caráter concreto ao comando normativo.⁵⁴

⁵³ VILANOVA, 2000, p. 101-102.

⁵⁴ CARVALHO, P. *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 35-36.

No entanto, o autor critica a classificação que se limita a observar o antecedente normativo para qualificar a norma em abstrata e concreta, geral e individual. Segundo ele, há que analisar também o conseqüente da norma jurídica.

Por isso, relata a existência de quatro espécies de normas: a) geral e abstrata; b) geral e concreta; c) individual e abstrata e d) individual e concreta. Geral e abstrata será a norma jurídica cujo antecedente define um fato de possível ocorrência e o conseqüente prescreve uma conduta para sujeitos indeterminados (norma de competência, regra matriz de incidência tributária). Geral e concreta é aquela cujo antecedente refere-se a um fato efetivamente acontecido e no conseqüente prescreve uma conduta a determinado indivíduo que deve ser respeitada por toda a comunidade (dissídio coletivo, Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Civil Pública).⁵⁵

A individual e abstrata tem no seu antecedente um conjunto de fatos, e no conseqüente, um indivíduo ou grupo de pessoas (consulta, servidão de passagem, regime especial). E, finalmente, será individual e concreta quando seu antecedente define um fato já ocorrido e seu conseqüente prescreve uma conduta para um sujeito determinado (sentença, lançamento).

Apesar de utilizar classificação diferente, baseada na universalidade ou na singularidade do destinatário e da ação, e criticar a distinção com base na generalidade e na abstração, Norberto Bobbio já classificava as normas jurídicas nos quatro tipos acima descritos. Para o autor, as normas gerais são dirigidas a uma classe de pessoas, isto é, são universais em relação aos destinatários, enquanto nas individuais o destinatário seria um indivíduo determinado. As normas abstratas, por sua vez, são universais em relação à ação, logo, regulam uma ação-tipo, ou uma classe de ações, e as concretas regulam uma ação particular.⁵⁶

Observa-se que, independente da nomenclatura e da classificação que se utiliza, a conclusão é a mesma; existem quatro tipos de normas jurídicas, que surgem da combinação entre a generalidade, a abstração, a individualidade e a concretude.

2.2.4 A definição de sistema jurídico

⁵⁵ CARVALHO, P.. *Direito tributário, linguagem e método*, 2008, p. 140-145.

⁵⁶ BOBBIO, 2001, p. 178-183.

Resta ainda definir o conceito de sistema jurídico ou ordenamento jurídico, utilizados como sinônimos. A palavra sistema também sofre do vício da polissemia; por isso, é imprescindível delimitar seu conceito. Sistema é “[...] todo conjunto de elementos, quaisquer: de fatos, coisas, pessoas, números, propriedades e relações. Basta um critério definiente no agrupar objetos para se formar um sistema”.⁵⁷

Em razão da posição antes adotada, segundo a qual se distingue direito positivo de Ciência do Direito, é preciso também estabelecer diferença entre sistema do direito positivo e sistema da Ciência do Direito.

Paulo de Barros Carvalho, após discorrer sobre a classificação dos sistemas, elucida com brilhantismo a questão:

O direito positivo é um sistema nomoempírico prescritivo, onde a racionalidade do homem é empregada com objetivos diretivos e vazada em linguagem técnica. A ciência que o descreve, todavia, mostra-se um sistema também nomoempírico, mas teórico ou declarativo, vertido em linguagem que se propõe ser eminentemente científica.⁵⁸⁵⁹

Portanto, o sistema do direito positivo é o complexo de normas jurídicas, entrelaçadas entre si, que visam regular a conduta humana e está vertido em uma linguagem prescritiva, enquanto o sistema da Ciência do Direito é o conjunto de proposições jurídicas formuladas com o fim de compreender o direito positivo por meio de uma linguagem descritiva.

Nesse caso, somente o último sistema é isento de contradições, já que, em relação às proposições jurídicas, se uma for verdadeira, a outra só pode ser falsa. Com as normas jurídicas é diferente; estas são válidas ou inválidas, e os órgãos credenciados pelo sistema para produzi-las podem exarar normas que se contradizem, o que será solucionado pela interpretação do cientista do direito. Portanto, o princípio da não contradição só lhes é aplicado indiretamente.⁶⁰

Tárek Moysés Moussallem, ao contrário, afirma que a contradição pode ocorrer em ambos os sistemas, mas apenas no plano semântico e no pragmático. Já

⁵⁷ VILANOVA, 2000, p. 43-44.

⁵⁸ CARVALHO, P., *Curso de direito tributário*, 2002, p. 133.

⁵⁹ O sistema nomoempírico é aquele em que “[...] a linguagem está sempre aberta ao acrescentamento de enunciados fundados na experiência”. Divide-se em descritivos, que “[...] têm função gnosiológica (conhecimento) e por isso estão compostos de enunciados descritivos”, e prescritivos, que “[...] possuem função reguladora de condutas e por sua vez estão formados por enunciados prescritivos” (MOUSSALLEM, 2001, p. 67).

⁶⁰ KELSEN, *Teoria pura do direito*, 2000, p. 228-229.

no plano sintático tal não ocorre, pois só ingressam no sistema os elementos que preencherem os critérios de pertença por ele determinados.⁶¹

O sistema normativo é aquele segundo o qual todas as normas retiram sua validade de uma norma fundamental. Essa norma fundamental é pressuposta e não pode ser derivada de uma norma superior. Portanto, conclui-se que o fundamento de validade de uma norma é sempre outra hierarquicamente superior; em suma, uma norma só é válida se pertencer a um sistema válido de normas e derivar de outra norma.⁶²

O sistema normativo pode ser observado sob o prisma estático e sob o dinâmico, dependendo da natureza da norma fundamental. Em sua perspectiva estática, o direito é visto como um sistema de normas em vigor, e há a presunção de que os indivíduos se conduzem pelo modo prescrito nas normas em razão de seu conteúdo; ou seja, seu aspecto semântico advém de uma norma fundamental, já referida. Logo, as normas estão unificadas por seu conteúdo. Trata-se de critério hierarquicamente material.

Já a perspectiva dinâmica refere-se à produção e à aplicação das normas por agente credenciado pelo sistema. Nesse caso, é a norma fundamental que confere o fundamento de validade, e não o conteúdo das normas que compõem o sistema. Assim, o critério formal de pertença da norma ao sistema é revelado pela forma como ela é criada.⁶³

Esclarecedoras são as lições de Paulo de Barros Carvalho, ao discorrer sobre a análise estática e dinâmica do sistema de direito positivo:

Na primeira, as unidades normativas são surpreendidas num determinado instante, como se fossem fotografadas; na segunda, é possível indagar do ordenamento nas suas constantes mutações, quer no que diz com a criação de regras novas, quer no que atina às transformações internas que o complexo de normas tem idoneidade para produzir.⁶⁴

O sistema do direito positivo a ser adotado no presente estudo é um sistema do tipo dinâmico, uma vez que as normas jurídicas são válidas na medida em que são criadas segundo outra norma, e a norma fundamental é pressuposta e definitiva, consistindo em fundamento de validade das demais, independentemente de seu conteúdo.

⁶¹ MOUSSALLEM, 2001, p. 66-70 *passim*.

⁶² KELSEN, *Teoria geral do direito e do estado*, 2000, p. 162-165.

⁶³ MOUSSALLEM, *op. cit.*, p. 71, nota 9.

⁶⁴ CARVALHO, P., *Direito tributário, linguagem e método*, 2008, p. 215.

Portanto, o sistema normativo é um conjunto de normas cuja união é estabelecida pelo fato de todas elas terem o mesmo fundamento de validade. E o fundamento de validade dessa ordem normativa é a norma fundamental pressuposta, que é uma proposição axiomática obrigatória, da qual, como se disse anteriormente, se retira a validade de todas as demais.⁶⁵

A norma hipotética fundamental é a última e mais elevada, é ela que fixa uma regra em conformidade com a qual devem ser criadas as normas do sistema; ou seja, ela legitima a Constituição Federal, outorgando-lhe validade. Não se trata de uma norma posta, positiva, mas hipotética, pensada, razão pela qual a Ciência Jurídica somente pode constatar que essa norma é pressuposta como norma fundamental. Assim:

Como a norma fundamental não é uma norma querida, nem mesmo pela ciência jurídica, mas é apenas uma norma pensada, a ciência jurídica não se arroga qualquer autoridade legislativa com a verificação da norma fundamental. Ela não prescreve que devemos obedecer às ordens do autor da Constituição. Permanece conhecimento [...].⁶⁶

Logo, sob a condição de pressupor a norma fundamental, deve-se proceder de acordo com a prescrição da Constituição Federal, pois é ela o fundamento de validade das demais normas do sistema jurídico. Esta é a lição do mestre de Viena:

Como, dado o caráter dinâmico do Direito, uma norma somente é válida porque e na medida em que foi produzida por uma determinada maneira, isto é, pela maneira determinada por uma outra norma, esta outra norma representa o fundamento imediato de validade daquela. A relação entre a norma que regula a produção de uma outra e a norma assim regularmente produzida pode ser figurada pela imagem espacial da supra-infra-ordenação. A norma que regula a produção é a norma superior, a norma produzida segundo as determinações daquela é a norma inferior. A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas.⁶⁷

Nesse sentido, na ordem jurídica brasileira a Constituição Federal está no nível mais elevado dessa estrutura, devendo as demais normas infraconstitucionais, para terem validade, respeitá-la em sua integridade. Caso contrário, decerto serão inválidas. Tal organização confere caráter unitário ao conjunto e homogeneidade

⁶⁵ KELSEN, *Teoria geral do direito e do estado*, 2000, p. 165-167.

⁶⁶ KELSEN, *Teoria pura do direito*, 2000, p. 227-228.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 246-247.

sintática às normas. Portanto, as normas jurídicas não existem sozinhas, mas no contexto de normas que se relacionam entre si.⁶⁸

Nessa hierarquia das normas jurídicas, as normas gerais e abstratas situam-se no ápice da pirâmide, enquanto as individuais e concretas estão mais próximas de sua base, ou seja, dos comportamentos humanos. Aquelas, sozinhas, não regulam a conduta humana, mas dependem das individuais e concretas para fazê-lo.

Esse é o processo de positivação das normas jurídicas; isto é, parte-se de uma norma geral e abstrata, que não disciplina juridicamente os comportamentos intersubjetivos diretamente e, por meio do processo de positivação, expede-se uma norma individual e concreta. Esta sim, reguladora da conduta humana. Assim, o processo de positivação se efetiva pela aplicação ou incidência do direito quando o agente competente emite uma norma individual e concreta.⁶⁹

Eis a lição de Lourival Vilanova: “A concreção da regra geral faz-se através da manifestação de vontade, cujos efeitos são modelos paradigmáticos, os traçados na norma geral”.⁷⁰ E continua o autor:

A passagem da norma geral para o concreto faz-se mediatamente, nos atos de competência de poder. É preciso ato de poder, manifestação de vontade de órgão (legislativo, administrativo ou jurisdicional) para a realização da regra abstrata.⁷¹

Após discorrer sobre a classificação das normas jurídicas em normas de produção normativa, normas de revisão sistêmica e normas de conduta, esclarece Tárek Moysés Moussallem:

Aplicar é ato linguístico de criação normativa, é realizar a incidência da norma, enfim, é fazer-ser o direito positivo. Aqui surge o homem como agente produtor do direito (competente) constituído pelo próprio produto do ato: a norma jurídica.⁷²

Assim, o fato social torna-se jurídico pelo ato de aplicação do direito. Essa também é a posição de Aurora Tomazini Carvalho:

⁶⁸ CARVALHO, P., *Direito tributário, linguagem e método*, 2008, p. 137.

⁶⁹ A positivação ocorre com a “[...] produção das mensagens normativas expedidas pelo agente competente (emissor) por meio de linguagem escrita (canal) segundo os preceitos do direito positivo (código)”. Para que essa mensagem seja comunicada, faz-se ainda necessária a incidência da norma jurídica, ou seja, que ela seja interpretada, incidindo no caso concreto, o que consiste em sua aplicação (CARVALHO, op. cit., p. 168-169, nota 14).

⁷⁰ VILANOVA, 2000, p. 138.

⁷¹ Ibid., p. 149-150.

⁷² MOUSSALLEM, 2001, p. 95.

Neste sentido, temos um ciclo ininterrupto: uma linguagem jurídica é produzida mediante uma série de procedimentos preestabelecidos e realizados pelo homem com base em outra linguagem jurídica que, por sua vez, também foi produzida da mesma forma.⁷³

É o próprio direito que determina o agente credenciado e o procedimento a ser adotado na aplicação do direito; ou seja, para cada tipo de norma que se pretenda produzir, o sistema estabelece um procedimento e define quem são as pessoas capacitadas para realizá-lo. Essa incumbência foi conferida às normas de produção normativa.

Como o próprio nome já indica, são as normas de produção normativa que determinam o procedimento e o agente competente para a produção de novos enunciados jurídicos.

Portanto, o sistema do direito positivo é o conjunto de normas jurídicas válidas em determinado espaço e em certo tempo, que tem como finalidade regular as condutas intersubjetivas e está vertido em linguagem. A pertença dessas normas ao sistema, ou seja, sua validade, é confirmada quando elas são produzidas em conformidade com outra norma do ordenamento jurídico. Logo, “[...] é o próprio direito positivo quem diz, sintaticamente, o que é e o que não é norma”.⁷⁴ Este é o entendimento de Lourival Vilanova:

[...] É no sistema que a norma encontra seu fundamento de validez. O sistema preestabelece, prepõe, pré-constitui, pré-seleciona: dos fatos do mundo físico e social separa que fatos irão compor o universo juridicamente qualificado; que fatos serão fatos jurídicos, que possíveis condutas serão efeitos (eficácia) desses fatos juridicizados.⁷⁵

2.3 Retomando as Premissas

Buscando melhor compreensão dos cortes metodológicos adotados, observa-se a técnica utilizada por Paulo de Barros Carvalho, citado por Aurora Tomazini de Carvalho,⁷⁶ para resumi-los.

O primeiro corte metodológico é influenciado pela teoria de Hans Kelsen, que considera o direito como complexo de normas jurídicas válidas num determinado

⁷³ CARVALHO, A., 2009, p. 429.

⁷⁴ Ibid., p. 74.

⁷⁵ VILANOVA, 2000, p. 83.

⁷⁶ CARVALHO, A., op. cit., p. 77-81, nota 1.

país e coordenada de tempo; desse modo, só existe direito onde houver normas jurídicas. Portanto, são as normas jurídicas válidas o objeto do presente estudo, numa análise dinâmica, direcionada à criação e à aplicação de tais normas.

A partir da concepção filosófica do giro linguístico, iniciada por Ludwig Wittgenstein, têm-se as normas jurídicas como manifestação linguística; assim, sempre que existir norma jurídica, há uma linguagem que se manifesta. Logo, estudar o direito positivo é estudar uma linguagem engendrada pelo homem, que constrói (interpreta) a realidade por meio da linguagem.

O método que se tentará utilizar terá um caráter analítico e outro hermenêutico. O primeiro é útil, pois visa a decomposição do discurso jurídico para estudá-lo minuciosamente em seus âmbitos sintático (estrutural), semântico (significativo) e pragmático (prático), para construir a unicidade do objeto por meio de seu detalhamento. Já com o hermenêutico entra-se em contato com o sentido dos textos positivados e com os referenciais culturais que os informam. Esse é o construtivismo lógico-semântico.⁷⁷

A opção unilateral por esses métodos não denota desconhecimento da existência de outros. Significa tão somente afirmar que essas são as premissas que serão guias deste estudo, com as quais se pretende ver discutida a matéria do mandado de segurança preventivo. Essas são as regras desse jogo, é a forma que se escolheu para descrever o objeto. Em suma, eis a lição de John Langshaw Austin a respeito do método utilizado para analisar o objeto:

[...] Assim, diferentes maneiras de dizer o que se vê serão, com bastante frequência, devidas não apenas a diferenças de conhecimento, sutilezas de discernimento, disposição a correr riscos ou interesse por este ou aquele aspecto da situação total; podem dever-se ao fato de que aquilo que se vê é visto diferentemente, visto de uma maneira diferente, visto mais como isto do que como aquilo. E, às vezes, não existirá uma maneira certa de dizer o que se vê, pela razão adicional de que talvez não exista uma única maneira certa de vê-lo.⁷⁸

Desse modo, elucidadas as premissas que nortearão todo o trabalho, passa-se a adentrar no tema do mandado de segurança preventivo e do ato coator iminente.

⁷⁷ CARVALHO, A., 2009, p. 82.

⁷⁸ AUSTIN, John Langshaw. *Sentido e percepção*. 2. ed. Tradução de Danilo Marcondes de Souza Filho São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 107-108.

3 O MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO

3.1 Regulamentação da matéria

Permite-se fazer, neste momento, uma sucinta digressão histórica do aparecimento do mandado de segurança nas Constituições Federais brasileiras.⁷⁹ A Constituição de 1937 e a de 1891 foram omissas com relação ao tema. A primeira Constituição Federal a tratar do mandado de segurança foi a de 1934, que dispôs em seu art. 113, § 33:

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

Tratava-se de um verdadeiro *habeas corpus* civil.⁸⁰ A matéria, então, passou a ser regulamentada pela Lei n.º 191, de 16 de janeiro de 1936. Nota-se que o novo instituto não foi elencado na autoritária Constituição de 1937, vez que se tratava de período ditatorial, caracterizado por restrições aos direitos individuais. No entanto, mesmo sob a égide do regime militar, foi disciplinado pelo Código de Processo Civil de 1939, para apenas em 1946 ganhar, novamente, *status* constitucional.⁸¹

A Constituição de 1946, em seu art. 141, § 24, previa: “Para proteger direito líquido e certo não amparado por *habeas corpus*, conceder-se-á mandado de segurança, seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder”. Na vigência dessa Constituição foi promulgada a Lei n.º 1.533/51, que regulamentou a matéria por quase 60 anos.

A Constituição de 1967, por sua vez, determinava, no art. 150, § 21: “Conceder-se-á mandado de segurança, para proteger direito individual líquido e certo não amparado por *habeas corpus*, seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder”. Por fim, a Constituição de 1969, no art. 153, § 21,

⁷⁹ PACHECO, José da Silva. *Mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 121.

⁸⁰ BARBI, Celso Agrícola. *Do mandado de segurança*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 32.

⁸¹ CAVALCANTI, Francisco. *O novo regime jurídico do mandado de segurança: comentários à Lei n. 12.016, de 07 de agosto de 2009*. São Paulo: MP Editora, 2009, p. 23-24.

previa o seguinte: “Conceder-se-á mandato de segurança para proteger direito líquido e certo não amparado por *habeas corpus*, seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder”.

Adveio então a atual Constituição Federal de 1988 (CF), foco do presente estudo, que, em seu artigo 5º, inciso LXIX, dispõe:

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.

O breve apanhado histórico serviu para verificar que a ameaça de violação de direito foi, originariamente, protegida na Constituição Federal de 1934; no entanto, posteriormente foi suprimida dos textos constitucionais. Observa-se, ainda, que, ao longo de sua existência constitucional, firmaram-se alguns elementos essenciais do mandado de segurança que não se modificaram, tais como: a proteção a direito líquido e certo; contra ilegalidade ou abuso de poder de qualquer autoridade, e a exclusão dos casos amparados por *habeas corpus*.

A matéria está hoje regulamentada pela recente Lei n.º 12.016, de 7 de agosto de 2009, que, em seu artigo 1º, prescreve:

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.

Nota-se, pela redação transcrita, que não ocorreu alteração substancial desse dispositivo em relação ao artigo 1º da revogada Lei n.º 1.533/1951.⁸²

Ressalta-se que o mandado de segurança preventivo não encontra previsão no inciso LXIX do art. 5º da Constituição Federal de 1988, mas seu *status* constitucional é conferido pelo inciso XXXV desse mesmo dispositivo, que prevê: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

O referido inciso, denominado pela doutrina de princípio da inafastabilidade da jurisdição, princípio do acesso à justiça ou, ainda, princípio do

⁸² Art. 1º Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus*, sempre que, ilegalmente ou com abuso do poder, alguém sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for ou sejam quais forem as funções que exerça.

direito de ação, é decorrência do vetor da legalidade, também previsto no art. 5º, inciso II, da CF, e assegura o direito à tutela jurisdicional no caso de ameaça ou lesão a direito.

Trata-se de norma constitucional dirigida não apenas ao Poder Legislativo, mas também ao Executivo e ao Judiciário; ou seja, nenhum dos Poderes poderão inviabilizar a tutela jurisdicional, preventiva ou repressiva, de direito individual, coletivo, difuso ou individual homogêneo.

Este é o entendimento de Uadi Lammêgo Bulos:

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 Legislativo.⁸³

No mesmo sentido se posiciona José da Silva Pacheco:

[...] o art. 5º, XXXV, da CF, ao dizer que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, não está se dirigindo somente ao legislador nem ao Legislativo, mas a todos. Expressa-se desse modo porque, tendo por pressuposto o princípio da legalidade inscrito, antes, no art. 5º, II, de que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, logicamente, haveria de dizer que esta, todavia, não poderá, em hipótese alguma, impedir prestação jurisdicional sobre lesão ou ameaça a direito.⁸⁴

Portanto, o referido inciso constitucional assegura a tutela jurisdicional aos titulares de todo e qualquer direito lesado ou ameaçado, independentemente de existirem ações ou recursos previstos no ordenamento para protegê-lo. Logo, com maior razão, o dispositivo confere ao titular de direito líquido e certo ameaçado a garantia constitucional de ingressar com mandado de segurança preventivo. Essa é a lição de inúmeros doutrinadores brasileiros,⁸⁵ dentre eles, Cassio Scarpinella Bueno, cuja interpretação vale destacar:

⁸³ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 481.

⁸⁴ PACHECO, 2008, p. 85.

⁸⁵ ALVIM, Eduardo Arruda. *Mandado de segurança no direito tributário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 134. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. O ato coator. In: _____. *Curso de mandado de segurança*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986, p. 7-37. BARBI, 2000, p. 68. BRITO, Edvaldo. Medida cautelar, tutela antecipada o mandado de segurança? In: ROCHA, V. O. (Coord.). *Problemas de processo judicial tributário*. São Paulo: Dialética, 1998, p. 48. FERRAZ, Sergio. *Mandado de segurança*. São Paulo, Malheiros, 2007, p. 34. FIGUEIREDO, Lúcia Valle. A autoridade coatora e o sujeito passivo no mandado de segurança. In: GONÇALVES, A. P. (Coord.). *Mandado de segurança*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 133. MACHADO, Hugo de

[...] 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 processual.⁸⁶

Contraditoriamente, após analisar com acuidade o mencionado inciso XXXV, concluindo que esse dispositivo, dirigido a todos os entes públicos, assegura a provocação da tutela jurisdicional, de caráter preventivo, no caso de ameaça, ou satisfativo, na hipótese de lesão a direito, José da Silva Pacheco⁸⁷ afirma que o mandado de segurança preventivo é admitido apenas pela legislação infraconstitucional e jurisprudência, mas não pela Constituição de 1988.⁸⁸

Caso se admitisse como correto o posicionamento do autor, o inciso XXXV do art. 5º, que institui um juízo preventivo geral, não se aplicaria ao mandado de segurança; ou seja, restaria afastado da análise do Poder Judiciário o direito líquido e certo ameaçado, o que, pelas razões acima narradas, não tem cabimento.

Diferente é a lição de Caio Tácito:

A lei ordinária não fez senão tornar explícito o que se continha, sistematicamente, no preceito constitucional, que abriga, sob o seu manto, a garantia ampla dos direitos subjetivos lesados ou ameaçados pela ilegalidade dos poderes públicos.⁸⁹

Alberto Deodato Maia Barreto Filho examina o assunto sob outro aspecto:

Parece-nos que a matéria não exige maior espaço. Basta considerar que o texto dos dois dispositivos constitucionais, referindo-se à lesão, compreende a hipótese de ameaça, pois ameaçar já é lesionar o direito constitucionalmente garantido.⁹⁰

Brito. *Mandado de segurança em matéria tributária*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 263-264.

⁸⁶ 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. 8.

⁸⁷ PACHECO, 2008, p. 133.

⁸⁸ Esse também é o entendimento de Ada Pellegrini Grinover (GRINOVER, Ada Pellegrini. A tutela preventiva das liberdades: “habeas corpus” e mandado de segurança. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 6, n. 22, p. 32, abr./jun. 1981).

⁸⁹ TÁCITO, Caio. Mandado de segurança preventivo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 61, p. 221, jul./set. 1960.

⁹⁰ BARRETO FILHO, Alberto D. M. Mandado de segurança preventivo e lei e tese. In: GONÇALVES, A. P. (Coord.). *Mandado de segurança*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 40.

Apesar de corroborar a tese ora defendida, parece que o autor confunde lesão com ameaça de lesão, pois, segundo ele, a ameaça já seria a própria lesão ao direito, o que, até o momento, representa um equívoco.

Assim, é fundamental assentar que o mandado de segurança preventivo tem raiz constitucional, e deve ser compreendido na perspectiva da Constituição Federal, o que permite enxergar toda sua magnitude. Diante disso, dado seu caráter de norma constitucional, qualquer outra norma infraconstitucional que pretenda dispor sobre o instituto deve, para ser válida, observar as disposições constitucionais sobre o assunto, não se permitindo limitar ou embaraçar sua plena aplicação.

Logo, qualquer interpretação a respeito do mandado de segurança deve sempre levar em consideração que se trata de mecanismo de defesa do indivíduo contra o Poder Público, e não o contrário. Essa é a opção do texto constitucional e essa é uma das premissas que nortearão o presente estudo.

Destaca-se a lição de Sergio Ferraz, ao afirmar o enfoque constitucional como orientador de sua obra:

Firma-se aqui, portanto, desde já, o princípio fundamental a nortear este ensaio, o princípio de espeque constitucional: como, a um só tempo, remédio processual e garantia constitucional, o mandado de segurança, em seu cabimento e amplitude, há de ser admitido de forma amplíssima, tendo-se por ilegítimo tudo que amesquinhe tal parâmetro.⁹¹

Nesse mesmo sentido é a inteligência de 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 CF.⁹²

Ademais, convém esclarecer que a norma que prevê o mandado de segurança é cláusula pétrea, nos termos do art. 60, § 4º, inciso IV, da Constituição Federal, não sendo permitida a deliberação de emenda tendente a abolir o instituto. Além disso, tem eficácia plena absoluta, prescindindo de qualquer legislação

⁹¹ FERRAZ, 2006, p. 19.

⁹² UELZE, Hugo Barroso. A nova lei do mandado de segurança e o plano de validade das definições legais. *Revista de Estudos Tributários*, Porto Alegre, v. 13, n. 75, p. 32, set./out. 2010.

infraconstitucional para sua aplicação e desenvolvimento, conforme dispõe o § 1º do art. 5º da CF.

Portanto, o mandado de segurança é destinado à proteção dos direitos líquidos e certos do indivíduo ou de coletividade em face do Poder Público, de atuação rápida e eficiente, que objetiva a correção jurídica de ilegalidades ou abusos estatais iminentes (função preventiva), ou já perpetrados (função repressiva), cometidos diretamente ou por interposta pessoa física ou jurídica, não atacáveis por *habeas corpus* ou *habeas data*, limitado por seus pressupostos constitucionais específicos.

Essa pequena digressão permite compreender de modo mais claro determinadas facetas do mandado de segurança bem como a importância desse instituto na prática forense desde os seus primórdios até os dias de hoje.

Destarte, o estudo do mandado de segurança preventivo será delimitado pelas disposições constitucionais e infraconstitucionais que norteiam a matéria, nada além, nada aquém.

3.2 A definição

Mantendo a coerência com as premissas fixadas no primeiro capítulo, deve-se perquirir a definição do mandado de segurança preventivo. Mandado é um comando, uma ordem, uma determinação imperativa, enquanto segurança denota aquilo que está garantido, certo, livre de ameaças. Preventivo é aquilo que se evita, que se impede que aconteça. Nesse sentido entende José da Silva Pacheco:

Em seguida, o inciso LXIX do art. 5º da CF de 1988 fala em mandado de segurança, que deverá ser concedido pela autoridade jurisdicional competente. Mandado é ordem, determinação; segurança é o ato ou efeito de tornar livre de estorvos ou ameaças. Trata-se, pois, de mandamento judicial para ordenar ou determinar a remoção dos óbices ou sustar os seus efeitos, a fim de fluir, sem empecilho, direitos líquidos e certos. Trata-se de sentença mandamental, determinativa, ordenativa, obrigatória e cumprível de imediato sem nova ação, como ocorre com a sentença condenatória. Para obtê-la, é claro, insta ter presente a necessidade: a) de ato provocatório, b) do processo e, por fim, c) da própria sentença mandamental ou concessiva do mandado de segurança.⁹³

⁹³ PACHECO, 2008, p. 95.

A norma constitucional que determina seja concedido o mandado de segurança é dirigida, especialmente, ao Poder Judiciário enquanto órgão credenciado pelo ordenamento jurídico para exercer a função jurisdicional. Portanto, compete ao Poder Judiciário conceder ou não a segurança, por meio de uma decisão judicial.

Logo, o mandado de segurança importa num meio célere e eficaz de controle judicial da atividade administrativa, legislativa e judiciária. Vale trazer a lição, por sua inteira adequação ao tema, de Hugo de Brito Machado.⁹⁴ Ele encerra três elementos do conceito do mandado de segurança que demonstram a sua importância: (a) primeiro, porque se trata de garantia constitucional de valiosa utilidade; (b) segundo, porque se trata de instrumento processual destinado a proteger todo e qualquer direito líquido e certo não amparado pelo *habeas corpus* e *habeas data* e (c) terceiro, por ser uma garantia constitucional e um instrumento processual do contribuinte contra o Poder Público.

Assim, o mandado de segurança preventivo é ação dirigida ao Poder Judiciário para que este impeça, por meio de uma ordem, possíveis óbices ao direito líquido e certo do indivíduo por uma autoridade coatora. Nota-se que o mandado de segurança preventivo possui duas características que lhe diferenciam das demais ações: a existência de direito líquido e certo e o justo receio de sua violação por parte de autoridade pública, os quais serão posteriormente examinados.

Convém observar que neste estudo não interessa discutir as questões processuais, já exaustivamente debatidas pela doutrina nacional, mas ater-se especificamente ao estudo do mandado de segurança individual preventivo e do ato coator iminente.

3.3 A natureza jurídica

Na linha de pensamento antes alinhavada, é assente que os homens inventam nomes para os objetos reais, traçando, artificialmente, limites para a realidade. E no direito não é diferente, já que a linguagem introduz alterações na realidade prevista no ordenamento jurídico, como ensina Paulo de Barros Carvalho:

⁹⁴ MACHADO, 1995, p. 22.

A mera atribuição de denominação diferenciada, por exemplo, não é suficiente para criar uma realidade distinta. Só é possível identificar determinada existência, no mundo do direito, pelo exame de seu regime jurídico. Daí porque a “natureza jurídica” de algo é ditada pelas normas que a regem e pelas prescrições que delas decorrem, sendo irrelevante o nome que lhe venha a ser atribuído.⁹⁵

O autor, discordando do significado tradicional da expressão “natureza jurídica”, como sendo os atributos essenciais da coisa, afirma que tal acepção busca conhecer o objeto por meio de sua essência, esquecendo-se, entretanto, que o único acesso que se tem a eles é por meio da linguagem. Entendido que a relação entre a palavra e o objeto que ela descreve é artificial, não há que centrar esforços na análise do nome dos institutos no direito, mas no fenômeno jurídico para o qual este aponta.

Portanto, o mandado de segurança preventivo nada mais é que uma proposição normativa de onde se emana um feixe de enunciados prescritivos constitucionais e infraconstitucionais. São essas prescrições que determinam sua natureza.

3.3.1 O mandado de segurança preventivo como norma jurídica

Como restou assentado, a norma jurídica é um juízo hipotético-condicional, na qual se encontra regulamentada a conduta humana por meio de uma estrutura implicacional. Ela tem estrutura dúplice, primeiro porque é composta por um antecedente e um conseqüente; segundo porque é formada pela união de uma norma primária e outra secundária.

A norma primária é de direito material, e visa disciplinar a conduta humana, e a norma secundária é de direito processual, cujo objetivo é regular a atividade jurisdicional. A norma secundária descreve em seu antecedente o descumprimento da relação jurídica prevista na norma primária e, no seu conseqüente, uma atuação do Estado-Juiz, que, por meio da produção de outra norma, força o sujeito passivo a cumprir com o previsto na norma primária.

Assim, a norma secundária visa não só efetivar o cumprimento coativo do conseqüente da norma primária, mas prevê a atuação do Poder Judiciário para expedir outra norma: uma sentença.

⁹⁵ CARVALHO, P. Obrigação tributária: definição, acepções, estrutura interna e limites conceituais. *Revista Bimestral de Direito Público*, Belo Horizonte, a.10, n. 49, p. 214-215, maio/jun. 2008.

O mandado de segurança preventivo, enquanto ação, é uma norma secundária utilizada quando for descumprido o dever do sujeito passivo da norma primária. Em seu antecedente está o fato de a autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público estar na iminência de praticar ato ilegal ou revestido de abuso de poder, que viole o direito líquido e certo do sujeito ativo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data* e, no conseqüente, a relação jurídica processual entre o sujeito ativo que invoca a autuação do Estado-Juiz, para impedir a autoridade de praticar o ato ilegal e/ou abusivo.

Dada sua característica de ação *sui generis*, o mandado de segurança possui como particularidade a existência de duas pessoas distintas contra as quais recaem os efeitos da decisão judicial, conforme se verá detalhadamente adiante. Assim, na segurança preventiva a decisão judicial volta-se, primeiro, contra a autoridade pública que está na iminência de praticar o ato coator, para impedi-la de fazê-lo. Esta, por sua vez, irá prestar informações ao juízo, conforme previsão do inciso I do art. 7º da Lei n.º 12.016/2009, encerrando, nesse ato, sua participação na relação jurídica processual.

Por outro lado, a decisão volta-se também contra a pessoa jurídica à qual está vinculada a autoridade coatora, que figurará no polo passivo da ação caso seja de seu interesse, consoante dispõe o inciso II do art. 7º do mesmo diploma legal.

Observa-se que a norma do mandado de segurança preventivo não tem qualquer utilidade se não existir a norma primária, de direito material, que estabelece determinada conduta para a autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público. Isso porque o mandado de segurança preventivo só será impetrado se a autoridade pública ou o agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público estiver na iminência de agir com ilegalidade ou abuso de poder, isto é, de praticar o ato coator.

Desse modo, a partir da negação da norma primária, fácil perceber a existência não só da norma de aplicação judicial, mas também a norma de competência jurisdicional. A primeira é descrita da seguinte forma: dado o fato de que a autoridade pública está na iminência de praticar ato ilegal ou cingido de abuso de poder que viole o direito líquido e certo do sujeito ativo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, deve-ser a permissão do sujeito ativo de provocar o Poder Judiciário. Já na segunda tem-se: dada a provocação do órgão jurisdicional,

deve-ser a obrigação de esse sentenciar, e o direito dos litigantes obterem uma sentença.⁹⁶

3.3.2 O mandado de segurança preventivo como ação

O objetivo principal do direito é a regulação da conduta humana; por isso, criou-se para o indivíduo a possibilidade de intervir no processo de sua positivação, por meio da via judicial, que é dirigida a um terceiro sujeito, o Estado-Juiz, que exerce o monopólio da função jurisdicional. Como assevera Lourival Vilanova, tal monopólio provém do fato de ser o Poder Judiciário “[...] portador de um complexo de poderes-deveres, em virtude da incidência de normas constitucionais (e legais) que o institui e lhe demarca a competência”.⁹⁷

Portanto, o processo de positivação do direito se inicia com as normas de competência previstas na Constituição Federal, que conferem poderes-deveres aos entes políticos (Legislativo, Executivo e Judiciário) para emitirem normas gerais e abstratas. Com o exercício dessa competência e, conseqüentemente, a emissão dessas normas, surge ainda a possibilidade de emissão de normas concretas e individuais ou gerais, que podem afetar direito de dado indivíduo ou coletividade, conferindo-lhes o direito de intervir no processo de positivação.

Eurico de Santi e Paulo Cesar Conrado exemplificam o referido processo no âmbito do direito tributário. Segundo eles, a partir das normas de competência tributária previstas na Constituição, cria-se uma norma geral e abstrata denominada regra-matriz de incidência tributária. Avançando, há a emissão de uma norma individual e concreta chamada lançamento, que constitui a obrigação tributária. Em seguida, ao ser notificado do lançamento, o contribuinte passa a ter o direito de exercer o contraditório, dilatando o ciclo evolutivo de positivação do direito.⁹⁸

Assim, quando o agente competente aplica a norma geral e abstrata emitindo uma norma individual e concreta que afeta o direito de um indivíduo, surge para ele o direito subjetivo de intervir no processo de positivação por meio de uma ação.

⁹⁶ MOUSSALLEM, 2001, p. 99-102.

⁹⁷ VILANOVA, 2000, p. 202.

⁹⁸ SANTI, Eurico M. D.; CONRADO, Paulo C. Mandado de segurança preventivo em matéria tributária: requisitos e efeitos. In: CONRADO, Paulo Cesar (Coord.). *Processo tributário analítico*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 116-117.

Tendo em vista que “a todo o direito corresponde uma ação – em sentido de pretensão material – e a toda lesão de direito subjetivo fica aberta a via judiciária –, pretensão ou direito subjetivo processual”,⁹⁹ nasce para o indivíduo a possibilidade de buscar o Poder Judiciário para que este preste a tutela jurisdicional.

A relação presente no conseqüente da norma secundária entre o sujeito ativo e o Estado-Juiz é linear, bem como a existente entre o sujeito passivo e o Estado-Juiz. Essas duas relações lineares, unidas pelo órgão jurisdicional, formam uma relação angularizada, que é a relação jurídica processual. Nota-se que as relações jurídicas, material e processual não se confundem, conforme leciona Lourival Vilanova:

O ser sujeito-de-direito é efeito de fato que a norma qualificadora de subjetividade ligou a esse fato. [...]. Antes de ser sujeito-de-direito em relação processual, é-se sujeito-de-direito. Não coincidem necessariamente as duas posições de sujeito. É o sistema que diz que dada a subjetividade de direito material deva ser a possibilidade de pretensão à tutela jurisdicional.¹⁰⁰

E continua o autor:

Ordinariamente, provém do sujeito titular da pretensão ativa a manifestação de vontade, que é justamente o exercício do direito subjetivo público de acionar. Encontrando-se com a manifestação de vontade do Estado-juiz, aceito o pedido ou requerimento (a petição inicial), a potencialidade abstrata se converte em ato jurídico processual. Satisfeitos os pressupostos e as condições do exercício do direito de agir, e pressupondo-se a competência do órgão, tem-se o suporte factual, do qual resulta o efeito: a relação jurídico-processual.¹⁰¹

No caso do mandado de segurança repressivo, a resistência ocorre contra um ato de uma autoridade pública, podendo ele constituir-se numa norma concreta, geral ou individual já expedida. Assim, o sujeito ativo produz uma linguagem de resistência contra um ato do Poder Público perante o Poder Judiciário. Já na impetração preventiva há uma ameaça da prática do ato coator.

Desse modo, o mandado de segurança preventivo, enquanto meio de invocação da jurisdição, é uma ação constitucional cuja especificidade de requisitos e aplicação lhe confere o caráter de especial. Feita essa afirmativa, torna-se essencial definir ação; para isso, válida é a lição de Marcelo Abelha Rodrigues:

⁹⁹ VILANOVA, 2000, p. 200.

¹⁰⁰ Ibid., p. 200.

¹⁰¹ Ibid., p. 201.

Sem pretender esgotar o tema nesse momento, e lembrando do que foi dito alhures, a ação, na concepção semântica, significa força de um agente sobre o outro, atitude, obra, movimento, e, procurando aplicar ao direito processual, o sentido não se afasta por completo. Ação no direito processual pode ser entendida como o direito constitucional que cria um poder ao cidadão de ir ao Poder Judiciário para reclamar (queixar-se, solicitar, reclamar, provocar, pedir) a tutela jurisdicional a uma determinada situação em conflito em um caso concreto.¹⁰²

Após afirmar que a ação deve ser considerada na sua dinâmica, isto é, na perspectiva do processo, Arruda Alvim assevera que ação

[...] é o direito constante da lei processual civil, cujo nascimento depende de manifestação de nossa vontade. Tem por escopo a obtenção da prestação jurisdicional do Estado, visando, diante da hipótese fático-jurídica nela formulada, à aplicação da lei (material).¹⁰³

Preferindo referir-se a direito de ação, e não ação – já que esse termo padece do vício da polissemia –, Paulo Cesar Conrado também o entende como o direito de invocar o Estado-Juiz, para que este preste a tutela jurisdicional, independentemente de o juízo ser de procedência ou não.¹⁰⁴

Em igual sentido elucida Lourival Vilanova, ao afirmar que ação é

[...] o direito subjetivo público para reclamar do Estado sua intervenção jurisdicional para proteger as violações ou ameaças a esse direito de ser sujeito-de-direito, em suas diversas manifestações, como titularidade ativa ou passiva de relações de direito material, privadas ou públicas.¹⁰⁵

Observa-se que o destinatário da ação é sempre o Estado-Juiz, para o qual o sujeito ativo ingressa com ação pedindo a prestação da tutela jurisdicional, e não o sujeito passivo da relação jurídico material. Assim, é a norma secundária que abre a via para a relação jurídica processual, cujo direito subjetivo do sujeito ativo é a ação utilizada para a defesa de seu direito subjetivo material – relativo ao bem jurídico da vida sobre o qual recai o litígio.¹⁰⁶

¹⁰² RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de direito processual civil*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008, p. 137.

¹⁰³ ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006/2007, v. 1, p. 415.

¹⁰⁴ CONRADO, Paulo Cesar. *Introdução à teoria geral do processo civil*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 163.

¹⁰⁵ VILANOVA, 2000, p. 201.

¹⁰⁶ CONRADO, op. cit., p. 162, nota 104.

Desse modo, a definição do mandado de segurança preventivo subsume-se à de ação, denotando sua característica de meio de intervenção no processo de positivação do direito, que visa à prestação de uma tutela jurisdicional.

A questão da nomenclatura (direito, garantia, remédio, ação, *writ*) utilizada pela doutrina para referir-se ao mandado de segurança advém do fato de estar este incluso no Título II da Constituição Federal, denominado “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”. A Magna Carta não estabeleceu distinção entre direitos e garantias fundamentais, restando ao intérprete fazê-lo. Os direitos fundamentais são as disposições meramente declaratórias, ou seja, declaram a existência legal aos direitos reconhecidos, enquanto as garantias fundamentais são as disposições assecuratórias que defendem os direitos e limitam o poder.¹⁰⁷

Após discorrer sobre as terminologias oferecidas pela doutrina para os direitos fundamentais, Ada Pellegrini Grinover também afirma que estes são de caráter declaratório, e só se completam quando encontram seus correspondentes instrumentos de tutela, que tem conteúdo de garantia.¹⁰⁸

A respeito do tema, assim se manifestaram Adriana Pereira Campos e Kátia Toríbio Laghi Laranja:

Rios de tintas foram gastos para diferenciar “garantia” de “direito”, o que significa dizer que não são palavras sinônimas. A garantia é meio de defesa, coloca-se diante do direito, mas com este não se deve confundir. É um instrumento criado em favor do indivíduo para que ele possa fazer valer os seus direitos.¹⁰⁹

Assim, essas disposições assecuratórias, ou instrumentos de tutela das liberdades, são os mecanismos constitucionais postos à disposição dos indivíduos ou da coletividade para provocar o Poder Judiciário a prestar a tutela jurisdicional na defesa de direitos lesados ou ameaçados. São exemplos desses instrumentos o *habeas corpus*, o *habeas data*, a ação popular, o mandado de segurança, entre outros.

A doutrina denomina-os de distintas formas: remédios constitucionais, pois corrigem atos viciados; garantias constitucionais, por assegurarem o gozo de direitos violados ou em vias de violação; ações constitucionais, em razão de serem meios previstos na Constituição Federal de provocar a atuação judicial; ou *writs*

¹⁰⁷ Cf. BULOS, 2008, p. 404; MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 171.

¹⁰⁸ GRINOVER, 1981, p. 26.

¹⁰⁹ CAMPOS, A.; LARANJA, K.. Mandado de segurança. *Revista Agora*, Vitória, n. 2, p. 1-32. 2005. http://www.ufes.br/ppghis/agora/Documentos/Revista_2_PDFs/K1%C3%ADtia%20Tor%C3%ADbio.pdf. Acesso em 28/09/2010.

constitucionais, já que consagram ordens a serem cumpridas pelos Poderes estatais.¹¹⁰

Não se pretende, aqui, aprofundar a discussão sobre os direitos e garantias fundamentais – vez que não é esse o objetivo da presente dissertação –, mas apenas deixar claro que o mandado de segurança está no rol de garantias fundamentais previstas na CF enquanto instrumento de provocação do Poder Judiciário na defesa de direitos líquidos e certos, ou seja, enquanto ação constitucional.

Na realidade, não se pode perder de vista que o direito de ação é um direito fundamental previsto no inciso XXXV do art. 5º da CF; portanto, a ação do mandado de segurança não deixa de ser, além de garantia, um direito fundamental constitucional. Logo, independente do nome que lhe atribuem, seja remédio, garantia, medida ou providência, o mandado de segurança preventivo é uma ação prevista na Constituição Federal, portanto, uma ação constitucional.

Corroborando a ideia de mandado de segurança como ação, tem-se a lição da maioria dos doutrinadores brasileiros. José da Silva Pacheco leciona:

O art. 5º, LXIX, da CF, bem como o art. 1º da Lei 1.533/51 falam na concessão do mandado de segurança, no sentido de prestação jurisdicional, mas é claro que, para viabilizar essa prestação, insta pedi-la, acionando e movimentando o Judiciário, exercitando a ação de mandado de segurança, a qual segue o processo e procedimento previsto na lei processual.¹¹¹

Luiz Guilherme Marinoni, conferindo ao direito de ação *status* de direito fundamental processual, já que imprescindível à concreção de todos os demais direitos, elucida a questão afirmando que “o mandado de segurança é uma ação dotada de técnica processual diferenciada para a imediata e efetiva proteção do cidadão ameaçado e violado pelo Poder Público”.¹¹²

Nessa mesma linha se posiciona Celso Agrícola Barbi, ao dizer que

[...] o mandado de segurança é “ação de cognição”, que se exerce através de um procedimento especial da mesma natureza, de caráter documental, pois só admite prova dessa espécie, e se caracterizando também pela forma peculiar da execução do julgado.¹¹³

¹¹⁰ BULOS, 2008, p. 556.

¹¹¹ PACHECO, 2008, p. 137.

¹¹² MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, v. 1, p. 193, 207.

¹¹³ BARBI, 2000, p. 44.

Ainda sobre a vigência da Constituição de 1969, entendia Hely Lopes Meirelles:

O mandado de segurança, como a lei regulamentar o considera, é ação civil de rito sumário especial, destinado a afastar ofensa a direito subjetivo próprio, privado ou público, através de ordem corretiva ou impeditiva da ilegalidade, ordem esta a ser cumprida especificamente pela autoridade coatora, em atendimento da notificação.¹¹⁴

Afirma que a distinção entre essa ação e as demais é a especificidade de seu objeto e a sumariedade de seu procedimento. Sérgio Augusto Zampol Pavani concorda com Hely Lopes Meirelles quanto à natureza de ação civil de rito sumário.¹¹⁵ Já Carlos Alberto Menezes Direito a entende como ação constitucional de rito próprio sumaríssimo.¹¹⁶

Ressaltando a importância do instituto, Francisco Cavalcanti o denomina de remédio processual constitucional cível, ação constitucional ou *writ* constitucional.¹¹⁷ Sergio Ferraz, por sua vez, admite a natureza dúplice do mandado de segurança, isto é, garantia constitucional e instrumento processual, de jurisdição contenciosa. Segundo o autor, é o *status* constitucional dessa ação que garante sua implementação no dia-a-dia.¹¹⁸

Já Alfredo Buzaid entende que o mandado de segurança é uma ação judiciária de conhecimento, que se distingue das demais pelo seu pedido (meramente declaratório, constitutivo ou condenatório) e cuja característica principal consiste na possibilidade de forçar a autoridade coatora a praticar ou deixar de praticar algum ato.¹¹⁹

Observa-se que os autores concordam com a natureza de ação do mandado de segurança, posição preponderante atualmente, mas divergem quanto à espécie de ação a que pertence. Celso Agrícola Barbi, após discorrer sobre as sentenças condenatórias, declaratórias, constitutivas e mandamentais – não sendo esta última considerada espécie de ação pelo autor –, leciona:

¹¹⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança e ação popular*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, p. 13.

¹¹⁵ PAVANI, Sérgio Augusto Zampol. *O mandado de segurança: jurisdição constitucional e repartição de competências*. São Paulo: MP Editora, 2005, p. 129.

¹¹⁶ DIREITO, Carlos Alberto Menezes. *Manual do mandado de segurança*. 4 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 21.

¹¹⁷ CAVALCANTI, 2009, p. 41.

¹¹⁸ FERRAZ, 2006, p. 19.

¹¹⁹ BUZOID, Alfredo. *Do mandado de segurança*. São Paulo: Saraiva, 1989, v. 1, p. 67/74-76.

Mas o mandado de segurança tem conteúdo variável, podendo a pretensão do autor ter objetivos diversos; quando o pedido for para abstenção de um ato, como no caso do mandado de segurança preventivo, ter-se-á uma sentença condenatória; se visa à anulação de ato administrativo que lesou direito do impetrante, a sentença será constitutiva. [...]. A nosso ver, o mandado de segurança não pode, como figura geral, ser classificado, “com exclusividade”, em qualquer dos três tipos de ação que se caracterizam pela natureza da “sentença” pleiteada. Em cada caso concreto é que se poderá dizer se a ação ajuizada é condenatória, constitutiva ou declaratória. O que se pode afirmar, com base apenas na observação do movimento forense, é a predominância dos casos em que a ação tem caráter constitutivo.¹²⁰

Lúcia Valle Figueiredo também entende que a sentença proferida no mandado de segurança poderá ser de qualquer tipo. Além disso, afirma a autora que não há necessidade de acrescer o tipo mandamental, pois o mandamento seria o objeto da própria sentença condenatória, ou seja, a ordem emanada à autoridade coatora.¹²¹

Por outro lado, Pontes de Miranda classificou as ações em cinco classes, de acordo com a preponderância de sua eficácia. As ações seriam declarativas, constitutivas, condenatórias, mandamentais e executivas.¹²²

Segundo o autor, nenhuma sentença é pura; ou seja, nenhuma se amolda apenas a uma das classes citadas, mas tem como eficácia maior uma delas. Há, conseqüentemente, apenas uma preponderância de sua eficácia, que, no caso do mandado de segurança, é mandamental, ou seja, aquela que tem o fito prevalecte de determinar que alguém atenda imediatamente ao que o juiz mandou. A ação mandamental, desse modo, é aquela em que o juiz expede um mandado, o juiz manda, ordena que se faça ou não determinada coisa.¹²³

Também Hugo de Brito Machado defende a natureza mandamental da sentença proferida em sede de mandado de segurança:

No mandado de segurança não se pede ao Juiz que anule, ou que declare nulo um ato, e por isto se diz que a sentença não é constitutiva. Nem que declare existente, ou inexistente uma relação jurídica, nem que lhe declare o alcance, ou o modo de ser, e por isto se diz que a sentença não é declaratória. Nem que condene a autoridade impetrada a pagar ao impetrante determinada quantia, ou a cumprir outras obrigações de dar, e por isto se diz que a sentença não é condenatória. Outra não é a razão pela qual o mandado de segurança não substitui a ação de cobrança, nem a sentença que concede o mandado de segurança produz efeitos patrimoniais relativamente ao período pretérito, devendo tais efeitos ser reclamados administrativamente, ou pela via judicial própria. Tais restrições ao

¹²⁰ BARBI, 2000, p. 43-44.

¹²¹ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Mandado de segurança*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 215.

¹²² MIRANDA, Pontes. *Tratado das ações*. São Paulo: RT, 1970. t. 1. p. 117-118.

¹²³ *Ibid.*, p. 211.

mandado de segurança somente se explicam em face da natureza mandamental da sentença que no mesmo se obtém, a qual decorre da natureza do pedido que na impetração geralmente se faz.¹²⁴

A par das discussões doutrinárias a respeito da classificação das ações, no caso específico do mandado de segurança preventivo, há nítido caráter declaratório, uma vez que, ao proferir a decisão liminar e/ou a sentença, o Poder Judiciário estará emitindo uma norma individual e concreta capaz de impedir o Poder Público de realizar determinado ato coator que está na iminência de ocorrer. O mandado de segurança preventivo, funciona, neste caso, como regra de proibição de caráter declaratório. Isso porque as ações declaratórias visam à eliminação de uma incerteza jurídica, ou seja, buscam no Poder Judiciário a declaração da (in)existência de determinada relação jurídica.

É exatamente isso que o mandado de segurança preventivo irá perquirir: uma decisão judicial que declara inexistir determinada relação jurídica entre o indivíduo e o Poder Público que o ameaça. No entanto, não se atém a buscar uma declaração, mas visa, preponderantemente, a um mandamento proibitivo ao Poder Público, isto é, um comando que o impede de expedir determinado ato, antes protegido pela presunção de legalidade, mas que se tornará coator. Trata-se, em verdade, de limitação de atos dos demais poderes estatais por parte do Poder Judiciário, que também se submete a essa limitação.¹²⁵

Portanto, a sentença do mandado de segurança preventivo envolve não só um provimento declaratório, mas também mandamental. Segundo Eduardo Arruda Alvim, esse mandamento pode envolver uma condenação ou prescrever uma ordem.¹²⁶

O que não se pode perder de vista é que o mandado de segurança requer do Poder Judiciário a prestação de uma tutela jurisdicional eficaz, ou seja, apta a assegurar o direito lesionado ou ameaçado *in natura*. Isso porque o objetivo primordial do mandado de segurança não é a reparação do direito irremediavelmente lesado, mas a conservação de seu pleno exercício. Portanto, a ideia da tutela específica se subsume integralmente ao mandado de segurança, uma vez que o *writ* constitucional visa dar ao impetrante exatamente aquilo a que tem direito.¹²⁷

¹²⁴ MACHADO, *Mandado de segurança em matéria tributária*, 1995, p. 186.

¹²⁵ SANTI; CONRADO, 2003, p. 122.

¹²⁶ ALVIM, 1998, p. 262.

¹²⁷ BUENO, 2008, p. 8-10.

De tudo que foi exposto, resta concordar com as singelas palavras de Coqueijo da Costa, ao afirmar que “singular é a ação de pedir segurança”.¹²⁸ Ademais, em razão das múltiplas possibilidades de sua aplicação, não se pode classificar a ação constitucional antes da verificação do caso concreto.

Por esse motivo – da tutela específica – não é preciso aguardar a lesão ao direito para impetrar o mandado de segurança repressivo, mas basta que se verifique a possibilidade dessa lesão, por meio da ameaça ao direito do impetrante, para viabilizar sua impetração em seu modo preventivo.

Retomando a questão da ação, certo é que toda ação possui três requisitos, limites ou condições necessárias ao seu pleno exercício: a legitimidade, a possibilidade jurídica do pedido e o interesse de agir.¹²⁹ A legitimidade para a causa ou *ad causam* é a identificação das partes com o direito material em litígio; ou seja, refere-se aos sujeitos passivos e ativos que sofrerão os efeitos da tutela jurisdicional, salvo exceções previstas em lei. Portanto, é a atribuição, pelo ordenamento, do direito de ação ao autor, possível titular ativo da relação jurídico-material e da sujeição do réu aos efeitos da decisão judicial. Vale lembrar que essa legitimidade não se confunde com a legitimidade *ad processum*, isto é, com a capacidade de estar em juízo, que é pressuposto processual.

Com relação à possibilidade jurídica do pedido, é a verificação, por parte do Estado-Juiz, de que a demanda encontra previsão no ordenamento jurídico. Já o interesse de agir alude ao binômio necessidade e adequação, ou seja, à necessidade da tutela e à adequação da técnica processual utilizada para alcançar o resultado almejado.

Nota-se que o interesse de agir ou processual não é o interesse substancial, isto é, aquele protegido pelo direito material, decorrente da relação jurídico-material, mas de um interesse “[...] dirigido à supressão do obstáculo, de molde a que o direito possa novamente ser objeto de gozo e utilização normal. A este interesse secundário dá-se o nome de interesse processual”.¹³⁰ Enfim, é a demonstração de que o sujeito ativo necessita da jurisdição para proteger seu direito.

¹²⁸ COSTA, Coqueijo. *Mandado de segurança e controle constitucional*. São Paulo LTR, 1980, p. 27.

¹²⁹ Cf. ALVIM, 2006/2007, p. 421-423. CONRADO, 2003, p. 174-179. MARINONI, 2006, p. 173. RODRIGUES, 2008, p. 138-149.

¹³⁰ ALVIM, 2006/2007, op. cit., p. 418, nota 103.

Caracterizado o mandado de segurança preventivo como ação, este deve observar as condições acima impostas bem como os pressupostos processuais¹³¹ inerentes a toda ação, conforme disposto no art. 6º da Lei n.º 12.016/2009, que prescreve: “A petição inicial, que deverá preencher os requisitos estabelecidos pela lei processual [...]”.

No entanto, além dessas condições gerais no mandado de segurança preventivo, conforme disposição da Constituição Federal e da referida lei, é imperiosa a existência de mais dois requisitos especiais, ou condições da ação específicas, indispensáveis ao seu exercício: o direito líquido e certo e o justo receio (ameaça) de que uma autoridade pública pratique ato que viole o direito do impetrante, os quais se pretende demonstrar a seguir.

3.4 As condições da ação específicas do mandado de segurança preventivo

3.4.1 O direito líquido e certo

Já que o assunto foi exaustivamente tratado na doutrina nacional, deve-se apenas firmar a definição que será utilizada no presente estudo, uma vez que a expressão “direito líquido e certo” foi equivocadamente utilizada pelo legislador. Líquido é o que está apurado, verificado. Certo é o exato, preciso, determinado. Portanto, líquido e certo significa o direito que já foi apurado e determinado.

A expressão “direito líquido e certo”, utilizada na Constituição e na legislação infraconstitucional, é imprópria, porque não é o direito que é líquido e certo, mas os fatos demonstrados documentalmente pelo impetrante.

O “direito líquido e certo” é condição específica para o exercício do direito de ação; ou seja, o indivíduo só poderá intervir no processo de positivação se existir “direito líquido e certo”. Logo, a constatação da existência desse requisito deve ser anterior à propositura da ação, isto é, pré-constituída. Elucidativas são as palavras de Eurico de Santi e Paulo Cesar Conrado:

[...] o predicativo líquido e certo não se aplica imediatamente a ideia de direito, mas aos fundamentos fáticos e jurídicos que sustentam o exercício

¹³¹ Cf. CONRADO, 2003, p. 219-239.

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.¹³²

Portanto, os fundamentos de fato e de direito deverão ser provados previamente. Ao impetrar o mandado de segurança, o impetrante deverá carrear com a inicial as provas com as quais pretende demonstrar seu direito; ou seja, deve provar, documentalmente, a ilegalidade ou o abuso do ato de autoridade ou sua iminência, bem como o fato e a legislação incidente que dão origem ao seu direito subjetivo ameaçado ou violado.¹³³

Esse também é o ensinamento de Eduardo Arruda Alvim: “Hoje predomina o entendimento de que a certeza do direito é aferível a partir da circunstância de estarem suficientemente demonstrados os fatos a partir dos quais se pretende a concessão da ordem”.¹³⁴

Do mesmo modo entende Lúcia Valle Figueiredo,¹³⁵ assim traduzindo: quando os fatos forem incontroversos, o direito será líquido e certo.

Nesse mesmo sentido é a lição de Arnold Wald:

É preciso que o fato alegado pela parte e em que baseia o seu direito seja certo, tenha sido provado documentalmente, de modo absoluto e evidente. Assim, pouco importa a complexidade do problema jurídico discutido [...].¹³⁶

Após assentar que as divergências doutrinárias a respeito do assunto são, em sua maioria, periféricas e meramente acadêmicas, explica Francisco Cavalcanti:

[...] o sentido de direito líquido e certo é perceptível a partir da ideia de que, para a utilização da ação mandamental contra ato de autoridade, ou pessoas a ela equiparadas, necessita-se que o direito seja passível de demonstração de plano, com prova já existente, pré-constituída, fazendo com que a discussão judicial seja apenas sobre questões de direito. Em não havendo controvérsia fática, por mais complexas que sejam as questões jurídicas, observados os demais requisitos legais, o mandado de segurança é instrumento pertinente.¹³⁷

¹³² SANTI; CONRADO, 2003, p. 121.

¹³³ PACHECO, 2008, p. 196.

¹³⁴ ALVIM, 1998, p. 92.

¹³⁵ FIGUEIREDO, 2004, p. 20.

¹³⁶ WALD, Arnold. *Do mandado de segurança na prática judiciária*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 126-127.

¹³⁷ CAVALCANTI, 2009, p. 36.

No entanto, Alfredo Buzaid entende que o “direito líquido e certo” quer dizer um direito extremado de dúvida, incontroverso, tratando-se de fenômeno pré-processual, e sua ameaça ou violação pode dar causa e nascimento a um processo. Logo, pertence a uma ordem jurídica material. Para o autor, não é possível dissociar direito de fato; então, o Juiz não pode dizer que o direito é certo, e o fato, duvidoso.¹³⁸

Analisando a superação desse entendimento, são precisas as palavras de Sérgio Augusto Zampol Pavani:

Com a evolução doutrinária e jurisprudencial, tal ponto de vista foi superado por uma nova visão, fundada na distinção entre esses dois polos da relação jurídica (fático e normativo), em que se concluía que a certeza e a liquidez se situavam no âmbito fático.¹³⁹

O fato social juridicizado está localizado no antecedente de uma norma concreta. Portanto, o fato jurídico resulta da incidência da linguagem normativa sobre a linguagem social por meio do ato de aplicação do direito. Ou seja, existe, na estrutura da norma jurídica do mandado de segurança, um âmbito fático e um normativo. Aquele, para possibilitar a impetração do *writ* constitucional, deve, necessariamente, ser incontroverso.

Eis a lição de Carlos Mário da Silva Velloso:

Realmente, quando a Constituição fala em direito líquido e certo, refere-se a direito subjetivo, e este decorre de uma relação fático-jurídica. Se os fatos não são controvertidos, então poderá ser ajuizado o mandado de segurança. A operação seguinte consistirá, apenas, na aplicação do direito objetivo aos fatos incontroversos.¹⁴⁰

Explica, com brilhantismo, Barbosa Moreira:

O direito de alguém é elemento de uma relação jurídica, que pertence ao mundo dos efeitos jurídicos. Toda relação jurídica é efeito jurídico. Efeito de quê? Efeito da incidência de uma norma sobre determinado fato ou conjunto de fatos. O direito de alguém está sempre dependendo desse casamento, dessa conjugação entre uma norma e um fato ou um conjunto de fatos. Ora, a norma, o juiz presume-se que a conheça: não há dúvida.

¹³⁸ BUZAIID, 1989, p. 85-87.

¹³⁹ PAVANI, 2005, p. 131.

¹⁴⁰ VELLOSO, C. M. da Silva. Conceito de direito líquido e certo. In: BANDEIRA DE MELLO, C. A. (Coord.). *Curso de mandado de segurança*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986, p. 76.

Quanto ao fato é que pode haver dúvida. Aí é que brota, aí é que nasce a necessidade da certeza.¹⁴¹

Ressalva importante é aquela feita por Celso Ribeiro Bastos, de que a distinção entre o fato e a norma nem sempre é fácil, só sendo possível mediante um processo lógico de abstração, em que se considera, com especial ênfase, um dos polos da relação deduzida em juízo, o normativo ou o fático. Isso porque, segundo o autor, na mesma linha referida neste trabalho, se toda norma remete a uma situação fática, também todo fato só se torna jurídico “[...] por encontrar-se na área coberta pelo foco luminoso do ato normativo”.¹⁴²

Assim, o que se quer dizer com “direito líquido e certo” é, repita-se, que os fundamentos de fato e de direito devem ser incontrovertidos, isto é, provados antes da impetração do mandado de segurança. Todo direito é certo, e, se for incontestável, incontrovertido, ou seja, se inexistir incerteza ou dúvida, não há utilidade, nem necessidade, da propositura de qualquer tipo de ação. Logo, a propositura do *writ* pressupõe a existência das provas relativas às alegações do impetrante; provas que devem juntadas com a inicial. Aliás, esse é o juízo firmado na Súmula 625 do Supremo Tribunal Federal (STF): “Controvérsia sobre matéria de direito não impede concessão de mandado de segurança”.¹⁴³

No caso do mandado de segurança preventivo, ante a ausência do ato coator veiculado pela autoridade pública, fala-se em possibilidade desse ato; logo, o direito líquido e certo será a prova da potencialidade de ocorrer o ato coator por meio da demonstração da existência de outro ato, denominado preparatório, que será tratado no próximo capítulo.

Assim, passa-se à análise do ato de autoridade pública passível da impetração do mandado de segurança, isto é, do ato coator.

3.4.2 A autoridade coatora e o ato coator

A Constituição Federal e a Lei n.º 12.016/2009 afirmam que o mandado de segurança não é impetrado contra uma pessoa jurídica, mas contra uma pessoa física

¹⁴¹ MOREIRA, J. C. B. Mandado de segurança – uma apresentação. In: GONÇALVES, A. P. (Coord.). *Mandado de segurança*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 80-81.

¹⁴² BASTOS, Celso R. *Do mandado de segurança*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 13.

¹⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula 625*. Sessão Plenária. Brasília, de 09 out. 2003. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 03 fev. 2011.

ou natural, uma autoridade. Aquela se personaliza por força da lei, ou seja, convencionou-se teria individualidade própria. Essa é a individualidade jurídica constituída pelo homem.¹⁴⁴

Por isso, é essencial entender o conceito de autoridade para fins de impetração de mandado de segurança preventivo. Autoridade, de modo geral, é “qualquer poder exercido sobre um homem ou grupo humano sobre outro homem ou grupo”.¹⁴⁵ Portanto, é a pessoa física que tem um poder de comando, o que lhe assegura praticar, ou determinar a prática de certos atos.

Não é pretensão deste trabalho discorrer sobre a discussão travada pela doutrina a respeito da distinção entre as palavras “poder” e “competência”, que serão, aqui, utilizadas como sinônimos. No entanto, convém ressaltar o entendimento de Cristiane Mendonça, para quem tais termos têm significados distintos. O poder é pré-jurídico, ou seja, preexiste ao ordenamento jurídico, e não sofre qualquer limitação jurídica, logo, não é objeto de análise da Dogmática Jurídica. Já a competência é instituto jurídico regrado pelo direito, por isso, limitada. Segundo a autora, é a juridicização do poder que o torna competência.¹⁴⁶

Por outro lado, após apontar, pormenorizadamente, os fundamentos de cada corrente, Tácio Lacerda Gama dirime a questão:

Diante de tantos e tão bons argumentos, caberia perguntar: a quem assiste razão? E a resposta seria, simultaneamente, a todos e a nenhum. Esse é um típico caso de conflito verbal, justificado por razões culturais, mas sem qualquer relevância conceitual. Todas as correntes concordam com o seguinte ponderamento: as faculdades impositivas devem ser exercidas nos termos prescritos pela ordem jurídica, em especial pela própria Constituição da República. O problema, portanto, não tem raiz ontológica, como se poder só pudesse ser algo incontrastável.¹⁴⁷

Retomando, no direito, autoridade pública é a pessoa física investida de poder de decisão dentro da esfera de competência que lhe é atribuída pela norma legal. Em outras palavras, é a fração de poder atribuída pelo sistema jurídico a determinada pessoa física. A autoridade apoia a validade de seus atos na competência ou atribuição que lhe foi conferida pelo ordenamento jurídico.

Deste modo assevera José da Silva Pacheco:

¹⁴⁴ SILVA, De Plácido. *Vocabulário jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 609.

¹⁴⁵ ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. 5. ed. Tradução de Alfredo Bossi e Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 113.

¹⁴⁶ MENDONÇA, Cristiane. *Competência tributária*. São Paulo: Quartier Latin, 2004, p. 40-42.

¹⁴⁷ GAMA, Tácio Lacerda. *Competência tributária: fundamentos para uma teoria da nulidade*. São Paulo: Noeses, 2009, p. 190.

Na linguagem jurídica, quando se fala em “autoridade”, tem-se em vista o poder ou fração de poder, público ou privado, de que se investem as pessoas em razão do seu estado ou de sua situação, tornando-as aptas, de acordo com o direito, a exercê-lo, impondo-o a outras pessoas.¹⁴⁸

A autoridade é pública quando exerce função estatal. Segundo o administrativista Celso Antônio Bandeira de Mello, a designação de agentes públicos abarca toda a gama de sujeitos que exercitam uma função estatal, e os requisitos que caracterizam a qualidade de agente público são a natureza estatal de sua atividade e sua investidura nela.¹⁴⁹

A palavra autoridade será utilizada neste trabalho com o mesmo significado que foi atribuído a agentes públicos pelo citado autor, para designar que a autoridade passível de ser autoridade coatora no mandado de segurança é toda aquela que atua em nome do Estado e tem competência para tal, seja qual for a categoria, e exerça qualquer função, na forma como prescrito na lei de regência, desde que detenha poder de decisão.

Portanto, independentemente do Poder a que ela pertença – Executivo, Legislativo ou Judiciário –, poderá ser autoridade coatora se integrar o aparelho estatal direta ou indiretamente e estiver exercendo uma atividade pública.

Isso porque o art. 1º da Lei n.º 12.016/2009 afirma claramente que a definição de autoridade, para fins de impetração de mandado de segurança, independe da categoria a que pertença essa autoridade ou das funções que exerça, bastando que seja pública. No entanto, deve-se fazer a ressalva do § 3º, art. 6º, da referida Lei, que definiu a autoridade coatora do seguinte modo: “Considera-se autoridade coatora aquela que tenha praticado o ato impugnado ou da qual emane a ordem para a sua prática”.

Logo, é correta, em parte, a lição de Hely Lopes Meirelles quando afirma que a autoridade pública distingue-se do agente público, vez que aquela detém, na ordem hierárquica, poder de decisão e tem competência para praticar atos administrativos decisórios.¹⁵⁰ Realmente, nem todos os agentes públicos serão autoridades públicas coadoras, mas basta que ele pratique o ato, ou dele emane a ordem para praticá-lo, que será considerado como tal.

¹⁴⁸ PACHECO, 2008, p. 145.

¹⁴⁹ BANDEIRA DE MELLO, C. *Curso de direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 226-227.

¹⁵⁰ MEIRELLES, 1979, p. 14.

A autoridade pública, para tornar-se autoridade coatora do mandado de segurança, deve praticar um ato coator, ou seja, um ato ilegal ou revestido de abuso de poder. Socorrendo-se novamente do direito administrativo, tem-se que os atos dos agentes públicos pautam-se pelo princípio da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, conforme dispõe o art. 37 da CF.

A obediência à legalidade é a sujeição do agente público às disposições legais em toda sua atividade funcional, sob pena de praticar atos inválidos. Assim, a autoridade pública só pode fazer o que a lei lhe permite, dentro de suas competências e atribuições constitucionais e infraconstitucionais.

Com relação ao abuso de poder, Hely Lopes Meirelles ensina que ele ocorre quando a autoridade, tendo competência para praticar o ato, o faz, porém, ultrapassando os limites de suas atribuições ou se desviando das finalidades administrativas. O autor divide o abuso de poder em excesso de poder e desvio de finalidade. O primeiro se dá no momento em que a autoridade se excede no uso de suas faculdades administrativas, e o segundo, quando ela pratica o ato por motivos ou com fins diversos daqueles que são previstos em lei ou exigidos pelo interesse público. Nota-se, portanto, que o ato abusivo ocorre se a autoridade, ainda que competente para praticá-lo, o faz com excesso de poder e/ou desvio de finalidade.¹⁵¹

Considera-se válida a ressalva feita por Maria Sylvia Zanella di Pietro quando afirma que a ilegalidade abarca toda gama de ofensas à lei, podendo o ato de autoridade viciar-se em relação à competência, à forma, ao objeto, ao motivo ou à finalidade. Portanto, se a redação do dispositivo constitucional se referisse apenas à ilegalidade, já englobaria os atos praticados com abuso de poder.¹⁵²

Assim, o ato de autoridade pública é definido em razão dos atributos que o ordenamento jurídico confere a esses atos, especialmente o da presunção de legalidade.¹⁵³

José da Silva Pacheco resume as causas que conduzem um ato de autoridade a tornar-se coator:

Em resumo, a ilegalidade se configura pela prática de ato ou omissão de praticá-lo quando: a) haja lei que impeça a sua prática ou a determine; b) não haja lei que atribua a competência para praticá-lo ou haja dever de

¹⁵¹ MEIRELLES, H. *Direito administrativo brasileiro*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 108, 110.

¹⁵² DI PIETRO, M. S. Z. Mandado de segurança: ato coator e autoridade coatora. In: GONÇALVES, A. P. (Coord.). *Mandado de segurança*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 149.

¹⁵³ SANTI; CONRADO, 2003, p. 119.

praticá-lo; c) contrariar lei expressa, regulamento ou princípio público; d) não observar os princípios e normas do art. 37 da CF/88 e outros estabelecidos na Constituição e no direito (lei, costume, princípios gerais do direito); e) não se incluir nas atribuições legais do agente ou se incluir e houver omissão; f) houver usurpação de funções, abuso de funções ou invasão de funções; g) houver vício de competência, de forma, objeto, motivo ou finalidade; h) for desconforme com a norma legal ou conforme com norma ilegal ou inconstitucional.¹⁵⁴

Dessa lição tem-se que a autoridade coatora será qualquer autoridade pública, de qualquer dos três Poderes, em qualquer de seus níveis, cujo comportamento constrange inconstitucional, ilegal ou abusivamente, ou seja, age em descompasso com o ordenamento jurídico, causando constrição indevida, ou seu justo receio, a direito líquido e certo do indivíduo.¹⁵⁵

Essa também é a lição de Sérgio Augusto Zampol Pavani:

Com efeito, autoridade coatora, para fins de mandado de segurança, é aquela que por ação ou omissão pratica o ato impugnado, isto é, que no exercício da parcela de poder a ela conferida pelo Direito pratica uma ação ou omissão ilegal ou inconstitucional que ofende o direito subjetivo do impetrante.¹⁵⁶

O mesmo entendimento tem Eduardo Arruda Alvim: “A autoridade coatora é quem pratica, comissiva ou omissivamente, o ato impugnado. Deverá ter competência para desfazer o ato impugnado, acatando eventual sentença concessiva da ordem pleiteada [...]”.¹⁵⁷

Portanto, a autoridade coatora é aquela que praticou ou ordenou a prática de ato inconstitucional, ilegal ou abusivo, ofendendo direito líquido e certo do impetrante. É a autoridade competente para desconstituir o ato coator, tenha ela praticado esse ato ou determinado sua prática. Assim, podem os atos ser praticados por autoridades públicas do Poder Legislativo, Executivo ou Judiciário bem como por aqueles que lhes são equiparados pelo § 1º do art. 1º da Lei n.º 12.016/2009.

Abordando a distinção entre a autoridade coatora e o sujeito passivo do mandado de segurança, Lúcia Valle Figueiredo¹⁵⁸ afirma que a autoridade coatora é o agente administrativo que pratica ato passível de constrição, enquanto o sujeito passivo será a pessoa jurídica que suportará os encargos da decisão do mandado de segurança. Esta última é a pessoa jurídica a que a autoridade coatora se acha

¹⁵⁴ PACHECO, 2008, p. 142.

¹⁵⁵ FIGUEIREDO, 2004, p. 89.

¹⁵⁶ PAVANI, 2005, p. 141.

¹⁵⁷ ALVIM, 1998, p. 61.

¹⁵⁸ FIGUEIREDO, op. cit., p. 23, nota 121.

vinculada, ou da qual exerce atribuições, que, por sua vez, poderá intervir no processo, nos termos do art. 6º da novel Lei do Mandado de Segurança.

Ainda sobre o assunto, elucidativas são as palavras de Eduardo Arruda Alvim¹⁵⁹, ao afirmar que a autoridade coatora age em nome da pessoa jurídica de direito público, já que é integrante de seus quadros. Portanto, uma coisa é a autoridade coatora, ou seja, o agente público que pratica o ato coator ou determina sua prática, outra é a pessoa jurídica, à qual a autoridade coatora está vinculada; essa sim é o sujeito passivo do mandado de segurança.

De igual maneira entende Sérgio Augusto Zampol Pavani, quando diz que o sujeito passivo é que vai tolerar as consequências do ato praticado pela autoridade coatora; por conseguinte, são os entes políticos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) os sujeitos passivos no mandado de segurança, e as autoridades pertencentes aos seus quadros serão as coatoras.¹⁶⁰

A distinção entre essas duas figuras é prevista nos artigos 6º e 7º da Lei n.º 12.016/2009, cuja redação prescreve que a petição inicial do mandado de segurança será apresentada em duas vias (art. 6º), uma para a autoridade coatora, que será notificada para prestar informações, outra para a pessoa jurídica interessada, que será cientificada por meio de seu órgão de representação judicial, e poderá ingressar no feito (art. 7º, incisos I e II).

Em análise sobre o tema, Dalton Santos Moraes enfatiza que o ente público é o único legitimado passivo no mandado de segurança, enquanto a autoridade coatora apenas informa ao juízo “[...] as justificativas técnico-administrativas que levaram o Poder Público, através do ato administrativo por ela produzido, a adotar a conduta comissiva ou omissiva judicialmente impugnada”.¹⁶¹

A impetração do mandado de segurança repressivo pressupõe um ato ou uma omissão de autoridade pública, pois é sua presunção de legalidade que será desqualificada, por meio da ação constitucional; portanto,

[...] o ato de autoridade pública constitui verdadeiro pressuposto do mandado de segurança, funcionando, noutro dizer, como elementar para sua utilização: à falta de ato de autoridade, descabido uso da via

¹⁵⁹ ALVIM, 1998, p. 64.

¹⁶⁰ PAVANI, 2005, p. 146-147.

¹⁶¹ MORAIS, Dalton Santos. A legitimidade passiva e a “defesa” do Poder Público na nova Lei do Mandado de Segurança – Lei 12.016/2009. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 35, n. 184, p. 202-207, jun. 2010.

jurisdicional especial, o que nos levaria, em tese, para a via geral do já referido art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal.¹⁶²

Assim, sempre que houver ato ou omissão de autoridade pública, seja administrativa, legislativa ou judiciária, ilegal ou abusivo, que importe em violação ao direito líquido e certo do indivíduo, caberá a impetração de mandado de segurança repressivo. No entanto, há casos em que esse ato coator ainda não foi praticado, mas há uma ameaça de o ser.

O ato coator iminente, apesar de revestir-se, numa das condições especiais da ação do mandado de segurança preventivo, por sua importância neste trabalho, será tratado em capítulo específico.

¹⁶² SANTI; CONRADO, 2003, p. 119.

4 O ATO COATOR

Em diversas passagens o texto referiu-se ao ato coator como sendo uma ação ou omissão de determinada autoridade pública, praticada contra as disposições do ordenamento jurídico, que ofenda direito líquido e certo e, conseqüentemente, enseje a impetração do mandado de segurança. Portanto, trata-se de um ato¹⁶³ praticado pela autoridade pública. No entanto, é ainda imprescindível compreender o que ocorre quando essa ação ainda não foi praticada pela autoridade, mas está em vias de o ser, ou melhor, ameaça ser praticada em breve.

4.1 A distinção entre processo e produto

Para elucidar a questão do ato coator iminente é imprescindível distinguir ato e processo. O primeiro, como já se deixou claro, é uma ação humana que alcançou, ou alcançará, sua forma plena e final. O processo é o caminho para alcançar a concretização do ato, isto é, o “procedimento, maneira de operar ou de agir”.¹⁶⁴ Um é resultado do outro: o ato final é produto e decorre da realização do processo.

Para Paulo de Barros Carvalho,

*[...] o procedimento é sempre desenvolvido e caminha na direção de um objetivo adremente estipulado. Não tem, em si mesmo, sentido unitário, como o ato, contudo se preordena para obtê-lo [...] ali onde houver procedimento haverá sucessão organizada de ações, praticadas sequencialmente, com o escopo de atingir determinado resultado, de tal modo que é possível promover a decomposição analítica do todo, tendo em vista o exame pormenorizado de ato específico que, por qualquer razão, venha a nos interessar.*¹⁶⁵

Assim, a ação, em sua concepção estática, pode ser produto (ato), quando tem fim em si mesma, e em sua concepção dinâmica pode ser processo, que leva

¹⁶³ Segundo o Dicionário de Filosofia de Nicola Abbagnano, a palavra “ato” tem dois significados: é uma ação, ou seja, uma “operação que emana do homem ou de um poder específico dele”, e uma “realidade que se realizou ou se vai realizando, do ser que alcançou ou está alcançando a sua forma plena e final, em contraposição com o que é simplesmente potencial ou possível” (ABBAGNANO, 2007, p. 103). Portanto, a união dessas duas acepções confere à palavra “ato” a significação que se pretende adotar neste estudo, isto é, uma ação humana que alcançou, ou alcançará, sua forma plena e final.

¹⁶⁴ Ibid., p. 935-936.

¹⁶⁵ CARVALHO, P. *Curso de direito tributário*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 401.

gradualmente ao ato. Logo, o processo é composto por vários atos concatenados e sequenciais que buscam um único resultado: o ato final ou o produto.¹⁶⁶

No primeiro capítulo restou assentado que a aplicação do direito consiste no ato linguístico de criação normativa; ou seja, é por meio dela que o agente autorizado pelo sistema, de acordo com os procedimentos nele previstos, produz os enunciados prescritivos. Trata-se de um ciclo constante: a linguagem jurídica é produzida por meio de uma série de procedimentos predeterminados realizados pelo homem; e é fundada em outra linguagem jurídica, que também foi produzida dessa forma.

Como já se teve a oportunidade de evidenciar, os enunciados prescritivos (suporte físico) são as frases soltas, que não encerram uma unidade completa de significação deontica. E a enunciação é justamente a produção desses enunciados. Eis a lição de Tárek Moysés Moussallem: “Então, a enunciação seria o ato produtor de enunciado, enquanto o enunciado, o produto de tal ato”.¹⁶⁷

Desse modo, a enunciação é uma ação humana que, embora se exaure no tempo e no espaço, projeta no enunciado marcas ou fatos enunciativos, possibilitando reconstruir o evento da enunciação. Os enunciados, por sua vez, são de duas espécies: o enunciado-enunciado, que é a sequência enunciada desprovida de marcas da enunciação (artigos, parágrafos, incisos e alíneas) e a enunciação-enunciada, que é o conjunto de marcas, identificáveis no texto, que remetem à enunciação (órgão competente, espaço, tempo e procedimento).

Na atividade de produção normativa, ou melhor, na enunciação, ainda não há fato jurídico nem norma jurídica, mas só “fato procedimental”. Esse procedimento só é alcançado pelas marcas da enunciação deixadas no enunciado, o que ocorre somente após a publicação do documento normativo. Os fatos procedimentais, assim como qualquer outro, só ingressam no sistema jurídico quando presentes no antecedente de uma norma concreta.¹⁶⁸

Corroborando esse entendimento Aurora Tomazini de Carvalho:

Com base nestas premissas, a atividade de enunciação, considerada no tempo e no espaço de sua realização (processo), é um acontecimento de ordem social e ainda não jurídico. Com o seu fim, que culmina na publicação dos enunciados produzidos em canal credenciado pelo sistema (i. e. diário oficial, edital), surge a linguagem jurídica (produto). No corpo

¹⁶⁶ CARVALHO, A., 2009, p. 438.

¹⁶⁷ MOUSSALLEM, 2001, p. 78.

¹⁶⁸ Ibid., p. 151.

do comento produzido encontramos a *enunciação-enunciada*, um conjunto de enunciados que nos remete à instância da enunciação e que a constituem como o fato jurídico. Apenas quando relatada em linguagem jurídica, na *enunciação-enunciada* do produto por ela produzido é que a enunciação se constitui como fato jurídico ejetor de normas no sistema. A enunciação, enquanto atividade considerada no tempo e no espaço de sua realização, é fato social desprovido de linguagem jurídica. O produto a juridiciza, constituindo-a como uma enunciação jurídica na *enunciação-enunciada*.¹⁶⁹

Logo, a aplicação/produção da norma é justamente a atividade que supõe a pluralidade organizada de atos praticados sequencialmente com a finalidade de atingir um resultado, que é a produção do enunciado prescritivo. Em outras palavras, a ação de produção normativa (processo) é o conjunto de atos cujo resultado final é um outro ato (produto). Exemplo disso é o processo legislativo. Em seu percurso tem-se um processo, ou seja, a prática de vários atos sequenciais (projeto, iniciativa, votação, veto, publicação) cujo objetivo é um só, produzir uma dada lei (produto).

Do mesmo modo ocorre com o processo administrativo tributário, em que são praticados inúmeros atos (início de fiscalização, intimação para apresentação de livros e/ou documentos fiscais etc.) que buscam como resultado o lançamento. Assim também é no processo judicial, em que se tem o protocolo da petição inicial, o despacho de citação, a contestação etc., cujo objetivo último é prolatar uma sentença. Isso ocorre em todos os âmbitos dos poderes estatais e em seus diversos setores.

Observa-se, portanto, que no curso do processo gerativo de enunciados são praticados vários atos, que também resultam de um procedimento previsto no sistema. Esses atos, apesar de pertencerem ao caminho que se percorre para a produção de um ato final, também encerram um procedimento próprio; ou seja, são eles mesmos produtos de um processo. Logo, também esses atos são relevantes para o direito, pois são disciplinados por normas de produção normativa.

Aliás, convém ressaltar que não há, no curso do processo, qualquer garantia fática ou jurídica de que ele (processo) chegará ao seu final, com a produção do ato derradeiro. Desse modo, nesse estágio, o ato final é, na verdade, uma presunção.¹⁷⁰

Vale lembrar que ato e processo devem estar previstos em normas de direito positivo; portanto, “[...] norma, procedimento e ato são momentos significativos de uma e somente uma realidade”.¹⁷¹ Transpondo o raciocínio para o

¹⁶⁹ CARVALHO, A., 2009, p. 648-649.

¹⁷⁰ A presunção é um “[...] juízo antecipado e provisório, que se considera válido até prova em contrário” (ABBAGNANO, 2007, p. 926).

¹⁷¹ CARVALHO, P. *Curso de direito tributário*, 2007, p. 399.

ato coator, ele pode ser concebido como norma, como procedimento ou como ato. Como norma, para reduzir as complexidades em relação aos dispositivos que regulam o procedimento para a produção do ato; procedimento, como a sucessão organizada de atos praticados pela autoridade competente na forma da legislação; e ato, como resultado da atividade procedimental. A prevalência de qualquer um desses enfoques dependerá do interesse de quem pretende estudar o assunto.

No caso do mandado de segurança preventivo, essas considerações têm suma importância. Primeiro, porque o ato coator, enquanto produto da atividade de produção normativa, isto é, enquanto enunciado prescritivo, ainda não foi produzido; portanto, fala-se ainda em procedimento. Segundo, porque permite identificar as circunstâncias em que é possível a impetração preventiva, que será justamente contra os atos proferidos no curso do processo de formação do ato coator.

4.2 O ato coator como norma jurídica

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.

Assim, o ato coator pode ou não estar vertido em linguagem pelo sistema; ou seja, pode ou não já ter sido produzido pela autoridade pública. No caso da impetração preventiva, esse ato final, ou seja, o ato coator, ainda não foi praticado; portanto, o que enseja sua impetração é a existência de outro ato, denominado preparatório; este permite afirmar que é viável a autoridade praticar o ato coator.

Observa-se que não se trata de uma omissão; isto é, a autoridade pública não deixou de agir quando deveria, violando direito líquido e certo do impetrante.

Aqui existem todas as condições que facultam à autoridade pública praticar um ato coator, sendo questão de tempo que ela o faça.

A omissão ocorre quando, por exemplo, o indivíduo requer uma Certidão Negativa de determinado órgão público e esse se mantém inerte, em silêncio, o que concretiza a lesão passível de ser corrigida via mandado de segurança repressivo. No caso da impetração preventiva, a situação é diferente, a autoridade pública não está inerte, mas já demonstra, por meio de um ato preparatório, que a qualquer momento poderá praticar o ato coator.

O ato coator, seja proferido pela Administração, pelo Judiciário ou pelo Legislativo, será sempre uma norma concreta e geral, isto é, um veículo introdutor de norma no sistema do direito positivo, fruto da aplicação da norma sobre produção jurídica. A norma sobre produção normativa descreve em seu antecedente a realização de um procedimento previsto no ordenamento jurídico por parte de um agente competente em dado espaço e tempo e, no seu conseqüente, prescreve a obrigação de toda comunidade de respeitar as disposições inseridas no sistema por esse veículo introdutor.¹⁷²

É por meio dessa norma introdutora, que também é documento normativo, que se insere no sistema uma norma individual e concreta, ofensiva do direito líquido e certo do indivíduo.

Levando em consideração o agente credenciado pelo sistema para a edição de documentos normativos, os veículos introdutores são classificados em quatro espécies: os veículos introdutores-legislativos, que são as normas concretas e gerais expedidas pelo Poder Legislativo, compreendendo a Constituição Federal e as leis complementares e ordinárias; os veículos introdutores-executivos, expedidos pelo Poder Executivo, consistindo no decreto regulamentar, nas portarias e nos lançamentos; os veículos introdutores-judiciários, que são as normas expedidas pelo Poder Judiciário, como as sentenças e os acórdãos; e os veículos introdutores-particulares, enquanto normas expedidas pelo particular, como nos casos do lançamento por homologação. Para a produção de cada uma dessas normas adota-se um procedimento específico.¹⁷³

4.3 O ato preparatório

¹⁷² MOUSSALLEM, 2001, p. 138-139.

¹⁷³ Ibid., p.189-190.

Como se afirmou anteriormente, a impetração do mandado de segurança pressupõe um ato coator praticado por uma autoridade pública que será atacado pela ação constitucional. No entanto, como no mandado de segurança preventivo esse ato ainda não foi perpetrado, o que autoriza sua impetração é a ameaça, o justo receio de que ele ocorra.

Essa ameaça é justamente a prática, por parte da autoridade coatora, de atos preparatórios, isto é, atos praticados no curso do processo de formação do ato coator, e que permitem a afirmação de que este irá, a qualquer momento, ser praticado. Assim, inicialmente deve-se elucidar a questão da ameaça e do justo receio, previstos na Carta Magna e na Lei do Mandado de Segurança.

4.3.1 A ameaça e o justo receio

Conforme já transcrito, o inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal de 1988 protege o cidadão de ameaça a direito, e o art. 1º da novel Lei n.º 12.016/2009 reafirma a proteção do justo receio de sua violação. Logo, o justo receio deve ser entendido como a ameaça iminente e objetiva; isto é, deve existir efetivamente no momento da impetração, não bastando sua existência anterior ou o pressentimento do impetrante.¹⁷⁴

Lúcia Valle Figueiredo ensina que “a ameaça firme de lesão, quer dizer, a suposição real, forte, de que o ato irá ser praticado, já poderá deflagrar mandado de segurança preventivo”.¹⁷⁵ A autora também afirma que o justo receio tem de ser concreto, palpável e aferível pelo juiz de plano. Por conseguinte, não basta a mera alegação de possível constrangimento ilegal e/ou abusivo, mas deve haver a comprovação da ameaça real e atual.

O justo receio, por si só, é deveras subjetivo para aferir os casos em que a ameaça ao direito justifique a impetração da ação preventiva, restando necessário não apenas o receio, mas a ameaça objetiva e atual. Elucidativas são as palavras de Celso Agrícola Barbi:

A “ameaça” que tiver essas duas características, segundo o prudente arbítrio do juiz, será então capaz de produzir o “justo receio”, a que se refere a lei. Na falta de algum daqueles requisitos, a ameaça será inábil

¹⁷⁴ PACHECO, 2008, p. 133.

¹⁷⁵ FIGUEIREDO, 2004, p. 59/89-90.

para causar a modalidade de receio que a legislação exige para justificar o ingresso em juízo.¹⁷⁶

Esse também é o ensinamento de Francisco Cavalcanti, ao assegurar que no justo receio deve existir uma “[...] ameaça concreta, um risco de que o suposto patrimônio jurídico do administrado seja alcançado por ação, ou omissão, da Administração Pública, em hipóteses em que estivesse legalmente obrigada a agir”.¹⁷⁷

Sergio Ferraz diferencia o mero comportamento administrativo do ato administrativo propriamente dito. Segundo o autor, aquele ainda não se consubstanciou em ato, mas está no mundo da volição administrativa, com conteúdo identificável, consistente em ameaça e passível de impetração de mandado de segurança preventivo.¹⁷⁸

Cassio Scarpinella Bueno, por sua vez, ressalta o objetivo do *writ* preventivo, afirmando que esse tipo de impetração visa à imunização da situação fática que enseja a propositura da ação, pois resguarda a futura fruição do bem jurídico do impetrante a ser atingido pelo ato da autoridade coatora.¹⁷⁹

Portanto, a doutrina brasileira entende que para desencadear o justo receio, apto à impetração do mandado de segurança preventivo, deve haver uma ameaça objetiva (efetiva/real) e atual (iminente/contemporânea), independentemente da subjetividade, do sentimento do impetrante, de que a autoridade coatora praticará determinado ato lesivo ao direito do impetrante.

Logo, as condições necessárias à impetração do mandado de segurança preventivo, além do direito líquido e certo, são: que haja ameaça real e atual de um ato coator violador de direito líquido e certo do impetrante e que essa ameaça advenha de uma autoridade pública.

No entanto, afirmar que deve existir uma ameaça objetiva e contemporânea não basta para estabelecer em que consiste essa ameaça, para viabilizar a impetração preventiva. Ou melhor, ante a ausência do ato coator, qual circunstância autoriza afirmar que a autoridade pública praticará um ato lesivo, que ensejará o *writ* preventivo? Trata-se de uma dúvida ainda não totalmente esclarecida pela doutrina nacional, suscitando muita controvérsia.

¹⁷⁶ BARBI, 2000, p. 69.

¹⁷⁷ CAVALCANTI, 2009, p. 51.

¹⁷⁸ FERRAZ, 2006, p. 141.

¹⁷⁹ BUENO, 2008, p. 32.

4.3.2 Discussão doutrinária

Segundo Eurico de Santi e Paulo Cesar Conrado,¹⁸⁰ a resposta para essa pergunta está nos enunciados prescritivos da norma geral e abstrata. Para os autores, o que possibilita a impetração preventiva é a existência de enunciados prescritivos suficientes para a construção da norma geral e abstrata e, conseqüentemente, da norma individual e concreta.

Portanto, as características fundamentais para a existência do ato coator iminente seriam os enunciados prescritivos, isto é, o suporte físico; as formações frásicas em que determinado significado é expresso, suficientes à construção da norma geral e abstrata; e, por decorrência, a norma individual e concreta.

Eis a seguinte lição:

Nesse sentido, o ato de autoridade pública, requisito indispensável à caracterização do direito de ação especial de mandado de segurança, deve ser entendido, quando presente a ideia de preventividade, como viabilidade de ato de autoridade pública, condição que se apura, ressalte-se, pela presença no sistema de enunciados prescritivos suficientes à formulação da regra-matriz de incidência (norma geral e abstrata tributária) e do correspondente lançamento (norma individual e concreta).¹⁸¹

É bem verdade que os autores produziram artigo a respeito do mandado de segurança preventivo em matéria tributária, o que implica dizer que em razão da atividade administrativa de lançamento ser vinculada e obrigatória, conforme dispõe o parágrafo único do art. 142 do Código Tributário Nacional (CTN), a Administração inevitavelmente realizará o lançamento, expedindo norma individual e concreta danosa a direito líquido e certo.

Entendimento análogo é o de Reginaldo Nunes, ao afirmar que a expedição de norma inconstitucional ameaça, por si só, direito líquido e certo, assegurando ao impetrante o direito ao mandado de segurança preventivo para impedir o advento de ato futuro.¹⁸²

Em posição parecida, Hugo de Brito Machado ensina que a norma pode ainda não ter incidido, mas existe uma situação concreta que torna iminente sua incidência, e que afetarà o direito do impetrante. Acrescenta o autor que, na seara

¹⁸⁰ SANTI; CONRADO, 2003.

¹⁸¹ Ibid., p. 120.

¹⁸² NUNES, Reginaldo. Do mandado de segurança como medida preventiva. *Revista Forense*, n. 158, p. 465, mai./jun. 1955.

tributária, em razão do dever legal da autoridade administrativa de lançar o tributo, assim que for editada a lei criando-o ou aumentando, “[...] desde que ocorrida a situação de fato sobre a qual incide, gerando a possibilidade de sua cobrança, desde logo a autoridade está obrigada a exigir o tributo, e a impor penalidades aos inadimplentes”.¹⁸³

Portanto, cabível a impetração preventiva. Nota-se que Hugo de Brito Machado acresce ao pensamento de Eurico de Santi e Paulo Cesar Conrado, ainda que no âmbito tributário, a necessidade de existir uma situação concreta, na qual o impetrante afirma residir ou dela decorrer o seu direito ameaçado.

O autor, na tentativa de explicar em que consiste essa situação concreta, primeiro afirma que se trata de fatos dos quais decorre o fato gerador do direito ameaçado de lesão, depois fala de atos preparatórios, que, por sua importância e pelo ônus que representam, permitem considerar que a ocorrência do fato gerador é iminente. Assim, apesar de não deixar clara a real natureza dessa situação concreta, indica a necessidade de um ato preparatório.

O autor cita interessante exemplo, no qual um contribuinte pretende importar determinada mercadoria para a qual a alíquota foi aumentada inconstitucionalmente, mas ainda não a teria adquirido do exterior. Nesse caso, não seria viável a impetração do mandado de segurança, pois inexistente direito sob ameaça de lesão, e a medida estaria atacando a norma em tese, que elevou a alíquota do imposto. Por outro lado, se já adquiriu a mercadoria e ela já foi remetida para o Brasil, já existem fatos dos quais inexoravelmente decorrerá o fato imponível; portanto, já poderia impetrar o *writ* em caráter preventivo.¹⁸⁴

Observa-se, entretanto, que com base na explicativa do autor não é possível esclarecer qual a natureza dessa situação concreta, quando ela ocorrerá, nem de quem decorrerá, se da autoridade ou do próprio impetrante.

Do mesmo modo entende Eduardo Arruda Alvim, ao referir-se à necessidade da existência de “[...] uma situação concreta, de ocorrência hipotética absolutamente aceitável”.¹⁸⁵ Enfatiza ainda o autor que, no âmbito tributário, não é necessário, sequer, que o fato imponível tenha ocorrido. Todavia, também não explica em que consiste essa situação concreta.

¹⁸³ MACHADO, 1995, p. 270-271.

¹⁸⁴ MACHADO, H. Mandado de segurança preventivo e decadência do direito à impetração. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 83, p. 73, agosto 2002.

¹⁸⁵ ALVIM, 1998, p. 136.

No entanto, há que se discordar do entendimento dos autores supracitados. Linhas atrás, quando se abordava a definição de norma geral e abstrata, firmou-se que se trata de norma jurídica cujo antecedente define um fato de possível ocorrência, e o consequente prescreve uma conduta para sujeitos indeterminados. Referindo ao processo de positivação do direito, ficou assente que as normas gerais e abstratas, por se situarem no ápice da pirâmide kelseniana, não regulam a conduta humana, pois dependem das normas individuais e concretas para o fazerem.

Eis uma premissa que não se pode afastar: as normas gerais e abstratas, sozinhas, não se prestam a regular o comportamento humano. Logo, não são os enunciados prescritivos da norma geral e abstrata que autorizam a impetração preventiva, pois não há que falar, ainda, em lesividade a direito líquido e certo, uma vez que esse tipo de norma não atinge, nem atingirá, o direito individual do impetrante. Ademais, não é suficiente que existam situações concretizadas das quais decorrerá o ato coator se elas não se constituírem em normas jurídicas concretas.

De igual forma, não basta a existência das normas de competência previstas na Constituição Federal que conferem poderes-deveres aos entes políticos, para serem emitidas normas gerais e abstratas, nem que essa competência tenha sido exercida com a produção dessas normas. É necessário uma ameaça real de prática do ato coator por parte da autoridade pública, e essa ameaça tem de se configurar numa norma concreta, praticada no curso do processo de formação do ato coator.

Francisco Cavalcanti também discorda da tese aventada pelos mestres tributaristas, afirmando que os juízes e Tribunais Ordinários não podem ser transformados em órgãos responsáveis pelo controle da lei e de atos normativos em abstrato. Para o autor, “a simples existência da norma em abstrato, genérica, sem efeito concreto, não deve ser tida como suficiente para caracterizar ameaça passível de controle pela via mandamental, sob pena de descaracterização do *writ*”.¹⁸⁶

Humberto Theodoro Júnior também se empenha em discutir a questão da impetração preventiva e de seu cabimento. Afirma o autor que a ação constitucional prescinde de um ato abusivo de autoridade, e que a ameaça será real quando traduzida por fatos e atos, não por mera suposição; entretanto, não explica o que seriam esses fatos e atos que ameaçam de lesão o direito do impetrante.¹⁸⁷

¹⁸⁶ CAVALCANTI, 2009, p. 52.

¹⁸⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. O mandado de segurança preventivo e a lei em tese. In: TEIXEIRA, S. F. (Coord.). *Mandados de segurança e de injunção*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 293.

Tratando da relação entre o mandado de segurança e o ato judicial, leciona Teresa Arruda Alvim que

Caráter razoavelmente preventivo tem-no *sempre* o Mandado de Segurança impetrado contra ato judicial – está praticado o ato – mas não ocorreu a lesão. Há, isto sim, a perspectiva *próxima e certa* da consumação da lesão. Mas *futura*.¹⁸⁸

Como se vê, a autora afirma já existir o próprio ato coator, que, todavia, ainda não causou lesão ao direito do impetrante; ou seja, o ato já foi praticado e poderá gerar dano.

O entendimento esboçado neste estudo é de que na impetração preventiva o ato coator ainda não foi praticado pela autoridade; existe, contudo, o justo receio, a ameaça de que ele o será. Nos casos em que ele já foi produzido e publicado, só é cabível a impetração repressiva.

Seguindo a linha de pensamento dos autores que entendem ser necessária a existência de um ato concreto para que se viabilize a impetração preventiva, elucida Hely Lopes Meirelles: “Não basta a suposição de um direito ameaçado; exige-se um ato concreto que possa por em risco o direito do postulante”.¹⁸⁹ No entanto, como os demais autores, o mestre administrativista não esclarece em que consiste esse ato concreto.

Defendendo a interpretação do mandado de segurança e do ato coator no sentido de preservar sua finalidade precípua, que é deter o comportamento lesivo do direito, e não restaurar o direito ofendido, Celso Antônio Bandeira de Mello entende que a Constituição Federal não se refere a um ato, mas à ilegalidade ou ao abuso de poder, que tanto podem decorrer de atos como de fatos; portanto, basta que exista comportamento caracterizado por ilegalidade ou por abuso de poder para viabilizar a ação constitucional. Segundo o autor, os tipos de comportamentos aptos a ensejarem o mandado de segurança seriam fatos, atos, comportamentos materiais, comportamentos jurídicos, comportamentos comissivos e omissivos.¹⁹⁰

Nessa linha, demonstrado o risco da imediata violação do direito, é cabível o *writ*, pois é irrelevante que exista um ato, bastando o mero “[...]”

¹⁸⁸ ALVIM, Teresa Arruda. *Medida cautelar, mandado de segurança e ato judicial*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 71.

¹⁸⁹ MEIRELLES, H., *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, “habeas data”, ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade, arguição de descumprimento de preceito fundamental e o controle incidental de normas no direito brasileiro*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 24.

¹⁹⁰ BANDEIRA DE MELLO, 1986, p. 10-11.

comportamento que autorize em termos objetivos, num crivo de razoabilidade do qual nunca se pode fugir em Direito, a esperar o advento de um dado ato iminente e lesivo”.¹⁹¹

Nota-se que o autor defende a impetração preventiva ainda que inexista um ato concreto da autoridade coatora; ou seja, seria suficiente um mero comportamento material imperfeito da autoridade, que pressuponha a prática do ato coator. Esse entendimento é similar ao assentado por Hugo de Brito e Eduardo Arruda Alvim. Para eles, não basta a norma geral e abstrata; é necessário dada situação concreta, ainda que não materializada por um ato que autorize a impetração.

Nesse mesmo sentido é a lição de Sergio Ferraz, ao exemplificar o comportamento de uma autoridade pública que estaria disposta a vedar, arbitrariamente, o acesso a determinado lugar público a certo grupo de pessoas. De acordo com o autor, a distinção entre o ato coator e o comportamento administrativo reside em que aquele já se apresenta materializado e publicado, enquanto esse ainda está no mundo da volição, cujo conteúdo revelado já ameaça o direito líquido e certo.¹⁹²

O estudo do mandado de segurança está intimamente ligado ao Estado de Direito, segundo o qual a atividade do Poder Público deve se pautar pelo que está prescrito em lei. O instituto surgiu com o propósito de controlar os atos de poder, e segue arraigado por sua origem histórica e social, de luta contra os excessos do Estado. Talvez por isso tenham os doutrinadores dificuldade de restringir seu alcance, buscando ampliá-lo sob a justificativa de seu cunho constitucional.

Realmente, não se pode afastar sua natureza de ação constitucional nem desmerecer seu aspecto histórico e social; deve-se, porém, ter em vista que o mandado de segurança é norma jurídica e, como parte do sistema do direito positivo, deve ser por este regido. Assim, cumpre ao cientista libertar o instituto das influências históricas e sociais, para compreendê-lo em seu aspecto normativo; só assim é possível revelar seu real escopo e as possibilidades de sua aplicação.

Isso nada tem a ver com a hierarquia das normas: a constitucional, que prevê o mandado de segurança, e a infraconstitucional, que regulamenta a matéria. Nesse aspecto não há qualquer discordância com Celso Antônio Bandeira de Mello,¹⁹³ pois, quando a legislação infraconstitucional pretende restringir o instituto

¹⁹¹ BANDEIRA DE MELLO, 1986, p. 14-15.

¹⁹² FERRAZ, 2006, p. 141.

¹⁹³ BANDEIRA DE MELLO, op. cit., p. 16, nota 85.

constitucional, também ficamos na boa companhia da Carta Magna, pois é esta que está no ápice da pirâmide kelseniana, e dela decorre a validade das demais. Portanto, é inconcebível cercear o alcance de um instituto previsto na Constituição por meio de uma norma infraconstitucional.

Essa é a lição de Hugo Barroso Uelze, ao afirmar que

[...] quaisquer entre as *definições legais* que dificultem ou reduzam – ainda que por via indireta ou sub-reptícia – *conceitos constitucionais* e, entre eles, o do mandado de segurança, ainda que sob o pretexto de regulá-lo adjetivamente, se afiguram totalmente inválidas [...].¹⁹⁴

No mesmo sentido é o entendimento de Carlos Mário da Silva Velloso¹⁹⁵ e Ada Pellegrini Grinover.¹⁹⁶

Aliás, convém ressaltar que são tentadores os argumentos utilizados pelos autores antes citados. De fato, a desnecessidade da emissão de uma norma concreta pela autoridade que se supõe coatora amplia em muito as possibilidades da impetração preventiva, pois basta exista uma situação concreta indefinida, seja um ato, um fato, ou um comportamento qualquer dessa autoridade, para que se viabilize a sua propositura.

Nunca se pode, todavia, esquecer das premissas antes assentadas, de que somente as normas concretas regram a conduta do homem. Isso porque não há direito sem norma jurídica nem violação de direito sem que exista uma norma que o ofenda. São as normas jurídicas que conferem aos fatos o caráter de atos jurídicos ou de atos antijurídicos; assim, os meros comportamentos e os fatos sociais, destituídos de juridicização, estão fora do alcance do mandado de segurança, pois não ingressaram no mundo jurídico e, por isso, não ofendem direito líquido e certo.

Portanto, o fato natural ou o fato-conduta, para produzirem efeitos jurídicos, devem constituir, modificar ou extinguir uma relação jurídica, isto é, precisam estar presentes no antecedente de uma norma jurídica concreta.

Os doutrinadores estudados referem-se a fato, ato e comportamento, sem, contudo, distinguir seus significados. Ato, como já se evidenciou, é a manifestação da vontade humana que alcançou ou alcançará sua forma plena e final. O fato é

¹⁹⁴ UELZE, 2010, p. 34-35.

¹⁹⁵ VELLOSO, C. Do mandado de segurança. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 5, n. 18, p. 178, abr/jun. 1980.

¹⁹⁶ GRINOVER, 1981, p. 97.

qualquer transformação da realidade (atos, acontecimentos e estados).¹⁹⁷ O comportamento, por sua vez, é atitude humana que “[...] constitui a reação habitual e constante do organismo a uma situação determinada”.¹⁹⁸

Essas condutas, em sentido amplo, enquanto realidades sociais, nada regulam. Apenas quando a linguagem normativa incide sobre a linguagem da realidade social, esta entra no mundo jurídico; para isso, essas condutas devem estar presentes no antecedente de uma norma concreta. Assim, só interessam ao direito as condutas (fatos, atos, comportamentos) juridicizadas, pois, caso contrário, não têm o condão de ofender direito individual e, assim, fazer surgir o direito subjetivo de impetrar a segurança.

A partir da aplicação do direito, isto é, da incidência da norma sobre a linguagem da realidade social, dá-se a produção do documento normativo. Somente quando esse documento normativo é publicado é que se pode falar em norma jurídica. Eis a lição de Tárek Moysés Moussallem:

A publicação é requisito jurídico imprescindível para a existência/validade da norma, pois é através dela que o sistema do direito positivo outorga competência aos destinatários, fazendo com que toda comunidade habite a sua linguagem e faça parte do seu jogo.¹⁹⁹

Assim, apenas o fato jurídico, ou seja, o fato da vida social, que corresponde ao suposto descrito no antecedente de uma norma concreta, é capaz de produzir efeitos jurídicos, criando, modificando ou extinguindo relações jurídicas.

O fato jurídico em sentido amplo divide-se em fato jurídico em sentido estrito – acontecimento provocado por agentes da natureza, que repercute na vida jurídica; e ato jurídico em sentido amplo, caracterizado por acontecimento decorrente da vontade humana com repercussão no mundo jurídico. Este subdivide-se em ato jurídico em sentido estrito, que corresponde à realização da vontade do homem sem acordo de vontades; e em negócio jurídico, que se caracteriza por ser ato humano com expressa declaração de vontade.²⁰⁰

Logo, os fatos, atos e comportamentos a que se referem os autores devem ser entendidos como atos jurídicos, já que todos se caracterizam pela vontade da Administração em conduzir-se de tal modo que pressupõe a prática do ato coator.

¹⁹⁷ NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 316.

¹⁹⁸ ABBAGNANO, 2007, p. 183.

¹⁹⁹ MOUSSALEM, 2001, p. 150-151.

²⁰⁰ NADER, op. cit., p. 320-321, nota 197.

Isso porque “Só se dá entrada ao ato humano, no mundo jurídico, como ato jurídico, se se dá relevância ao ato humano como *fato da consciência* ou como *fato da vontade*. Tais discriminações são fundamentais em direito”.²⁰¹

Retomando a discussão doutrinária, Maria Sylvia Zanella di Pietro critica a posição adotada por Celso Antônio Bandeira de Mello, e entende que não basta o mero comportamento da autoridade para ensejar a impetração preventiva, mas apenas o comportamento constritor que cause constrangimento ilegal; ou seja, aquele descompassado do ordenamento jurídico, que pode ocasionar a constrição indevida e, conseqüentemente, o justo receio de que a restrição venha a ocorrer:

Na realidade, trata-se dos chamados atos materiais da Administração, que não se expressam por ato administrativo propriamente dito, mas que manifestam uma vontade e produzem efeitos jurídicos no caso concreto. É o que ocorre quando a Administração apreende mercadorias, quando sinaliza as vias públicas, quando fecha, por meio de cartazes ou faixas, determinadas ruas ou praias, executa uma obra, etc. Ainda que não haja um ato escrito para ser impugnado, a simples execução daqueles atos materiais pode causar lesão ou ameaça de lesão e abrir ensejo à impetração de mandado de segurança.²⁰²

Caio Tácito ensina que

Não é suficiente o temor ou receio de que a autoridade exorbite de seus poderes. Para que esse receio se torne *justo* é mister que a autoridade tenha manifestado, objetivamente, por meio de atos preparatórios ou indícios razoáveis, a tendência de praticar atos, ou omitir-se a fazê-los, de tal forma que, a consumar-se esse propósito, a lesão de direito se torne efetiva.²⁰³

Segundo o autor, é inviável a propositura de mandado de segurança contra o que ele denomina “ato em hipótese”, ou seja, pela suposição, temor de um procedimento da autoridade. São necessários atos preparatórios, atos de execução, atos de aplicação *in concreto* para fazer surgir uma perspectiva de violação a um direito líquido e certo.

Por conseguinte, não é suficiente existirem indícios, fatos ou comportamentos desprovidos de juridicidade. Deve existir uma norma concreta da autoridade coatora, que tem o condão de ameaçar o direito do impetrante, pois pressupõe a prática do ato coator. Mas que norma é essa? Como diferenciar a norma que ameaça da norma que lesa (ato coator)? A existência da norma ameaçadora já

²⁰¹ MIRANDA, Pontes. *Tratado de direito privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1970. t. 1. p. 95.

²⁰² DI PIETRO, 1996, p. 153.

²⁰³ TÁCITO, 1960, p. 222.

não é a própria lesão, ou seja, já não seria o caso da impetração repressiva? São essas as questões que atormentam a doutrina e a jurisprudência pátria, e às quais se pretende responder até o final deste trabalho.

Certo é que há situações em que, se fosse necessário aguardar a autoridade pública praticar o ato coator para que o impetrante pudesse buscar a proteção de seu direito, restaria ineficaz e dispensável o mandado de segurança preventivo, amesquinhando a ação constitucional.

O *writ* preventivo é um dos mais eficazes instrumentos de distribuição de justiça, já que visa evitar o dano ao direito líquido e certo em vez de repará-lo, como ocorre no mandado de segurança repressivo. Por isso, a inexistência do ato coator não pode impedir a sua propositura. Trata-se da máxima: prevenir é melhor que remediar. Até porque nenhuma lesão é totalmente reparada; logo, é melhor preveni-la.²⁰⁴

Assim, se não fosse possível a impetração do mandado de segurança para casos em que o ato coator ainda não se concretizou, poderia ocorrer o perecimento do direito do impetrante, ou a efetiva lesão.

Portanto, tal ação possui grande valor prático em diversas áreas do direito, pois é por meio dele que se evita a lesão ao direito. Eis a lição de Sergio Ferraz:

Em suma, o mandado de segurança preventivo não é uma vacina processual destinada a afastar os receios das naturezas túbias. Seu escopo é a prevenção da prática de ilegalidades ou arbitrariedades, quando a ameaça de sua concretização seja palpável e próxima no tempo.²⁰⁵

No entanto, ante as ponderações feitas, há que considerar que as possibilidades de impetração do mandado de segurança são reduzidas, pois deve restar caracterizada a ameaça, real e iminente, de lesão ao direito do impetrante por meio de uma norma concreta.

4.3.3 O ato preparatório como norma jurídica

Assente que a impetração do mandado de segurança prescinde de uma norma concreta, único tipo apto a lesionar o direito do impetrante, e que é cabível o

²⁰⁴ MACHADO, 1995, p. 262-263.

²⁰⁵ FERRAZ, 2006, p. 218.

mandado de segurança preventivo em situações em que ainda não existe o ato coator, torna-se imperioso elucidar, de uma vez, o que são os atos preparatórios. Como se observou no apanhado doutrinário, sua definição é de extrema importância, pois delimita as possibilidades de cabimento da impetração preventiva, mas de extraordinária dificuldade.

Na impetração preventiva, apesar de a autoridade coatora ainda não ter praticado o ato coator, deve existir uma norma concreta, da qual se tem o justo receio de que decorrerá uma lesão ao direito material do impetrante. Essa norma, que se denomina ato preparatório, como já se afirmou, não se confunde com o ato coator propriamente dito.

Assim, os atos preparatórios são preparativos do próprio ato coator, precedem sua prática e ameaçam o direito do impetrante. Logo, somente a partir da prática desses atos preparatórios se apresenta possível a impetração preventiva, pois, ao praticá-los, a autoridade pública demonstra objetivamente que, a curto prazo, poderá expedir o ato coator.

É por meio dele que se torna possível aferir que a autoridade coatora praticará o ato lesivo ao direito subjetivo do impetrante (ato coator), conferindo-lhe o direito de intervir no processo de positivação, com a propositura do mandado de segurança preventivo. Desse modo, a ameaça é real, por ser consistente em norma individual e concreta, e também é iminente, já que sua expedição ocorre no curso do processo de formação do ato coator.

A discussão doutrinária possibilita apreender duas características marcantes do ato preparatório. A primeira, e fundamental, é que ele se configura em norma concreta; a segunda denota sua qualidade de ato preparatório, ou seja, ele é praticado no processo de formação do ato principal, que é o ato coator.

Portanto, ambos, ato coator e ato preparatório, são, além de documentos normativos, normas concretas e gerais, que introduzem no sistema norma individual e concreta, ofensiva do direito líquido e certo do indivíduo. Logo, distinguem-se apenas pelo momento em que são exaradas, uma no curso do processo de enunciação, outra no seu final.

Na tentativa de aclarar ainda mais a distinção entre o ato coator e o ato preparatório, passa-se à visualização de exemplos práticos.

É no âmbito administrativo e no tributário que ocorre a maioria dos atos coatores e, conseqüentemente, dos atos preparatórios. Primeiro, porque as

autoridades administrativas utilizam-se diuturnamente desses expedientes ilegais e/ou arbitrários. Segundo, em razão da atividade vinculada que eles exercem, ou seja, nos casos em que a Administração esteja vinculada ao disposto na lei, ainda que eivada de vício de inconstitucionalidade.

Portanto, fácil perceber a existência de casos de atos coatores iminentes na seara tributária quando, por exemplo, uma autoridade administrativa apreende mercadorias do impetrante no intuito de averiguar possíveis irregularidades, o que poderá culminar na lavratura do auto de infração (ato coator). Nesse caso, não é necessário aguardar até o lançamento para a impetração do mandado de segurança, pois já existe a ameaça real e iminente de que será lavrado.

Outro exemplo é a afixação de placa informando futura obra, sabendo o impetrante que esta obstruirá a saída de sua casa, impossibilitando-lhe o acesso à via pública. Nesse caso, apesar da ausência do ato coator, caracterizado por documento de início da obra, já existe um ato da autoridade (aprovação do projeto), que implicará lesão do direito líquido e certo do impetrante; portanto, é viável a impetração preventiva.

O mesmo ocorre quando o contribuinte recebe ofício da Fazenda Pública para apresentar balancete. Ainda não há qualquer autuação (ato coator), mas o ofício já se constitui num ato preparatório que pressupõe o ato coator.

Diante dos exemplos acima, fica fácil observar a presença da norma individual e concreta. No primeiro, o auto de apreensão e depósito; no segundo, a aprovação do projeto da obra, e no terceiro, o ofício requerendo o balancete. No entanto, ainda persiste a dúvida: o que nos permite afirmar que essas normas já não têm as características de atos coatores? Quando é possível a impetração da segurança preventiva? É mesmo viável a impetração preventiva?

4.4 A questão do prazo da impetração

Antes de lançar uma resposta segura para esses questionamentos – se é que ela existe –, quando se fala em mandado de segurança preventivo, surge a discussão sobre o prazo para sua propositura, previsto no art. 23 da Lei nº 12.016/2009. Segundo prescreve esse dispositivo, o prazo para impetrar mandado de

segurança extingue-se em 120 dias, contados a partir da ciência do ato impugnado por parte do interessado.

4.4.1 A natureza jurídica

Há três linhas de entendimento doutrinário a respeito da natureza jurídica do prazo previsto para a impetração do mandado de segurança. Uns compreendem esse prazo como decadencial; outros, como preclusivo; e um terceiro grupo o entende como extintivo.

Embora a grande maioria dos estudiosos do assunto²⁰⁶ – bem como o próprio legislador, no § 6º do art. 6º da Lei nº 12.016/2009 – atribua o predicado da decadência ao prazo mencionado, aqui se afirma que disso não se trata, uma vez que a decadência é o fato jurídico que faz perecer o direito quando este não é exercitado durante determinado lapso temporal. Portanto, se o titular do direito subjetivo material permanece inerte, será seu próprio direito material que restará fulminado.²⁰⁷

Se o prazo estabelecido no art. 23 fosse decadencial, estaria extinto o direito material do impetrante em caso de não ser impetrado o mandado de segurança nos 120 dias a partir da data de ciência do ato impugnado. Portanto, não caberia rediscutir a matéria por ação mandamental, nem por qualquer outra ação ordinária.

Tal argumento não se aplica ao *writ* constitucional. Isso porque, nas hipóteses do art. 19 da Lei n.º 12.016/2009, ou seja, quando a sentença ou acórdão denegar a segurança sem decidir o mérito, abre-se para o interessado a via ordinária, em virtude da qual ele poderá rediscutir seu direito. Esse é o entendimento da Súmula 304 do STF, que prevê: “Decisão denegatória de mandado de segurança, não fazendo coisa julgada contra o impetrante, não impede o uso da ação própria”.²⁰⁸

Ademais, segundo prescreve o § 6º do art. 6º do mesmo diploma legal, o pedido do mandado de segurança poderá ser renovado dentro do prazo de 120 dias se a decisão denegatória não lhe houver apreciado o mérito. Portanto, ainda que o interessado deixe transcorrer o prazo estabelecido na legislação infraconstitucional, não haverá extinção de seu direito, que poderá ser rediscutido nas vias ordinárias.

²⁰⁶ ALVIM, E., 1998. BARBI, 2000. FIGUEIREDO, 2004. MEIRELLES, 1979. PACHECO, 2008.

²⁰⁷ CARVALHO, *Curso de direito tributário*, 2007, p. 482.

²⁰⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula 304*. Sessão Plenária. Brasília, de 13 dez. 1963. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 03 fev. 2011.

Na realidade, parte da doutrina e da jurisprudência que aceita a ideia desse prazo como decadencial tem como escopo afastar a possibilidade de interrupção e suspensão inerente aos prazos prescricionais.²⁰⁹ Contudo, não se trata, definitivamente, de prazo decadencial. Verifica-se, assim, que o legislador perdeu grande oportunidade, com a publicação da nova Lei do Mandado de Segurança, de corrigir o equívoco doutrinário e jurisprudencial que há tempos macula o sistema de direito positivo, criando uma forma especial de decadência, mas que dela não se trata.

De igual modo, o prazo não é preclusivo, vez que a preclusão é um fato jurídico endoprocessual, ou seja, só ocorre no curso de um processo,²¹⁰ o que ainda não existe quando impetrado o mandado de segurança. No entanto, citando Milton Flaks, Sálvio de Figueiredo Teixeira afirma que o prazo é preclusivo e peremptório.²¹¹ Na realidade, o prazo para impetração do *writ* impede a instauração da relação jurídica processual; portanto, é anterior ao processo.

Hugo de Brito Machado afirma a natureza própria e específica do prazo de impetração do *writ*, em que predominam as regras da decadência e da preclusão.²¹² Já Alfredo Buzaid²¹³ e Francisco Cavalcante,²¹⁴ entendem que, se o art. 23 prescreve que o direito de requerer mandado de segurança “extingui-se-á”, é porque se trata de “prazo extintivo”, e é assim que ele deve ser considerado. Elucidativa é a lição de Guilherme Freire de Barros Teixeira:

Feitas essas considerações, conclui-se que o prazo previsto no art. 18 da LMS é simplesmente extintivo do direito à utilização do mandado de segurança. Trata-se, pois, de prazo que, uma vez decorrido, acarreta a perda do direito de impetração do *mandamus*, não fulminando o direito material, que poderá ser pleiteado por outra via, nem mesmo o direito de ação, continuando à disposição do interessado outros mecanismos processuais que possam garantir a apreciação pelo Poder Judiciário, em atenção ao contido no art. 5º, XXXV, da CF/88.²¹⁵

²⁰⁹ MACHADO, 1995, p. 48.

²¹⁰ Preclusão temporal é “[...] a perda de uma faculdade ou direito processual por não ter sido exercido em tempo e momento oportunos” (SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1999. v. 1. p. 305).

²¹¹ FLAKS, M., 1980, apud TEIXEIRA, S. F. Mandado de segurança: uma visão de conjunto. In: _____. *Mandados de segurança e de injunção*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 116. Nesse sentido ecoam outras vozes: MIRANDA, Pontes. *Comentários à Constituição de 1967*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968. t. 5. p. 352. SARTI, A.J.F. O prazo preclusivo para a impetração do mandado de segurança. *Revista de Processo*, a. 7, n. 28, p. 121, out./nov. 1982.

²¹² MACHADO, op. cit. p. 49-50, nota 85.

²¹³ BUZAID, 1989, p. 153.

²¹⁴ CAVALCANTI, 2009, p. 159-160.

²¹⁵ TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. Natureza jurídica do prazo para impetração do mandado de segurança. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 32, n. 149, p. 21, jul. 2007.

Ressaltando sua opção por considerar o prazo decadencial, Othon Sidou afirma que:

A suposta confusão está em que todo direito, potestativo ou constituído, só pode ser enalçado por uma ação, que o assegura, porém a confusão se esvai se separarmos os tipos de ação, uma, específica, para o direito que já nasceu para ter vida num dado lapso de tempo, e outra, genérica, para o direito que está constituído e que impõe reparação contra a ilegalidade ou o abuso de poder, e, assim, insere-se no quadro geral para que se ergue o processo, ou direito de perseguir em juízo o que nos é devido.²¹⁶

Segundo o autor, o direito do impetrante de propor o mandado de segurança pode decair, mas o direito de reparação contra a ilegalidade ou o abuso de poder não decai, podendo ser perseguido por outros meios processuais. Apesar de não haver concordância com a natureza do prazo, há que se concordar com os argumentos expendidos por ele. Ou seja, extingue-se o prazo para o exercício do direito de agir por determinado meio processual, mas o direito material mantém-se incólume, bastando que o indivíduo busque outro meio de defesa para seu direito.

Apenas para finalizar esta discussão, é assente que também não é possível entender o prazo legal como prescricional, tendo em vista que a prescrição é o fato jurídico que faz perecer o direito de ação do interessado, também pelo seu não exercício em dado tempo. Nesse caso, o titular do direito subjetivo não deduz sua pretensão em juízo; por isso, perde seu direito de ação.²¹⁷ Nota-se que não é essa a situação do prazo em destaque, pois, caso fosse, restaria afetado o direito material, uma vez que o direito existiria, mas destituído de ação, conduzindo às mesmas consequências antes mencionadas.

Além disso, no caso do mandado de segurança, nem sequer o direito de ação é afetado pelo lapso temporal, que permanece intacto em razão do já referido no art. 19.

Outra discussão doutrinária a respeito da previsão do prazo para a impetração do mandado de segurança é acerca de sua constitucionalidade, com posições afirmando sua inconstitucionalidade,²¹⁸ e outras, sua constitucionalidade.²¹⁹

²¹⁶ SIDOU, J. M. O. *“Habeas corpus”, mandado de segurança, mandado de injunção, “habeas data”, ação popular: as garantias ativas dos direitos coletivos*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 233.

²¹⁷ CARVALHO, *Curso de direito tributário*. 2007, p. 484-485.

²¹⁸ BARBI, 2000, p. 137. BUENO, 2008, p. 191. CARDOSO, Antonio Pessoa. Mandado de segurança: paradigmas. *Revista Magister de Direito Civil e Processo Civil*, Porto Alegre, v. 35, p. 46-50, mar./abr. 2010. FERRAZ, 2006, p. 225. VELLOSO, 1980, p. 184.

Esta última é a posição majoritária da doutrina e se apoia na jurisprudência pátria, sendo, inclusive, matéria sumulada pelo Supremo Tribunal Federal, por meio da Súmula 632,²²⁰ que não só considerou constitucional a fixação do prazo pela lei, como assentou o entendimento de que o prazo é decadencial.

No entanto, não é objeto do presente estudo adentrar nesse campo de discussão. O que se pode reafirmar, baseado nas premissas que norteiam esse trabalho, é a natureza constitucional do mandado de segurança e a prevalência da Constituição Federal sobre a legislação infraconstitucional; isto é, a Constituição Federal não impôs qualquer limitação temporal à impetração do *writ*; portanto, não cabe a uma norma infraconstitucional instituí-la, sob pena de subverter o sistema jurídico do direito positivo, o que certamente torna inválida sua pretensão.

Desse mesmo entendimento é Amir José Finocchiaro Sarti:

Não parece que seja dado ao legislador ordinário reduzir o alcance de norma constitucional da magnitude daquela que atribui mandado de segurança como ação judiciária, muito menos pela imposição arbitrária de prazo preclusivo, que a Lei Maior absolutamente não previu, nem sequer implicitamente.²²¹

Criticando a existência do prazo, Celso Agrícola Barbi afirma que, antes da Constituição de 1946, o mandado de segurança era utilizado apenas em casos excepcionais, de manifesta ilegalidade, o que, segundo o autor, justificava o prazo. No entanto, após a Constituição, tornou-se instrumento usualmente utilizado, não havendo mais razão para estabelecer distinção, pelo fator temporal, entre seu uso e o das vias ordinárias.²²²

Do mesmo modo, tentando explicar o porquê da existência desse prazo, brilhante é a lição de Carlos Mário da Silva Velloso: “Esse prazo assenta-se numa razão científica? Penso que não. Ele veio, através dos anos, nos projetos e nas leis, pelo gosto de copiar coisas, sem indagar da razão de sua existência”.²²³

²¹⁹ ALVIM, E., 1998. CAVALCANTE, Mantovanni Colares. A decadência no mandado de segurança preventivo em matéria tributária. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 80, p. 81-82, maio 2002. DIREITO, 2003, p. 79. FIGUEIREDO, Lucia Valle. Mandado de segurança preventivo e decadência – breves considerações. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 80, p. 67, maio 2002. MACHADO, 1995. p. 50-53.

²²⁰ “É constitucional lei que fixa o prazo de decadência para a impetração de mandado de segurança” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula 632*. Sessão Plenária. Brasília, de 24 set. 2003. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 12 jul. 2010).

²²¹ SARTI, 1982, p. 119.

²²² BARBI, 2000, p. 137.

²²³ VELLOSO, 1986, p. 87.

Os defensores da constitucionalidade do prazo argumentam que, caso não se considerasse possível restringir o aspecto temporal da impetração do *writ* constitucional, seria também necessário sepultar os institutos da decadência e da prescrição para toda e qualquer ação, em razão do que dispõe o inciso XXXV do art. 5º da CF. Tal raciocínio não merece prosperar, pois, se assim fosse, certo seria aplicar os prazos prescricionais ou decadenciais para o mandado de segurança, e não criar um novo prazo para sua impetração.

Amir José Finocchiaro Sarti, após refutar os demais argumentos doutrinários utilizados para justificar a existência do prazo, denominando-os de “insanos”, leciona:

Logo, constitui palpável equívoco supor-se que, pela exclusão do prazo preclusivo, o mandado de segurança fosse tornar-se uma espécie de “ação eterna: isso não aconteceria porque o assunto passaria a ser regulado pelas normas ordinárias da prescrição.”²²⁴

Tendo em vista que o dispositivo que institui o prazo para impetração do mandado de segurança está em vigor, abandona-se a discussão acima apresentada e passa-se à sua análise.

O termo inicial previsto na lei para o início do prazo para a impetração do mandado de segurança é a ciência, por parte do interessado, do ato impugnado, aplicando-se, para sua contagem, as disposições do Código de Processo Civil relativas à contagem dos prazos processuais. Desse modo, tendo conhecimento do ato lesivo, terá início o cômputo do prazo para a impetração. Exemplificando: quando o contribuinte for notificado de que a autoridade competente indeferiu seu pedido de certidão negativa de débito, inicia-se a contagem do seu prazo.

Nota-se que o prazo tem início quando o interessado toma conhecimento da lesão, ou melhor, quando ele é informado a respeito do ato que lesa seu direito líquido e certo. Este, como dito alhures, deve configurar-se em norma individual e concreta. Portanto, o ato lesivo do direito líquido e certo deve ser cientificado ao impetrante pela autoridade coatora.

Como se afirmou anteriormente, a ameaça só gera o justo receio de lesão; por conseguinte, não é a lesão em si mesma, mas apenas a possibilidade, real e atual, de uma lesão. Consoante explicado, o mandado de segurança preventivo busca evitar a concretização do ato ilegal e abusivo.

²²⁴ SARTI, 1982, p. 121.

Observa-se que em determinadas situações pode ser fácil a tarefa de identificar o termo inicial do cômputo do prazo a partir da lesão ao direito do indivíduo, como no exemplo acima citado; isso, todavia, não ocorre quando o ato coator ainda não foi vertido em linguagem competente, ou seja, quando se trata de um ato coator iminente. Nesse caso, a impetração é contra uma ameaça objetiva e contemporânea de um ato coator, sendo impossível precisar o momento em que o ato coator será praticado.

4.4.2 A “lei em tese” e a “lei de efeitos concretos”

Quando se trata do assunto mandado de segurança preventivo, a doutrina focaliza sua análise na distinção entre a lei em tese, a lei de efeitos concretos e a norma que viabiliza a impetração do mandado de segurança preventivo. No entanto, primeiro é necessário estabelecer diferença entre lei e norma. A norma, como restou assentado, é um juízo hipotético-condicional no qual se encontra regulamentada a conduta humana por meio de uma estrutura implicacional entre um antecedente e um consequente.

A palavra lei, por sua vez, padece do vício de ambiguidade, já que significa tanto o documento normativo quanto o veículo introdutor de normas no sistema. Nesta última acepção, tal qual o ato coator e o ato preparatório, é uma norma da espécie geral e concreta.²²⁵

Nota-se, portanto, que a expressão “lei em tese” é utilizada equivocadamente pelos doutrinadores, pois, ao empregarem essa denominação, querem referir-se à norma geral e abstrata, que não regula comportamentos, pois em seu antecedente existem apenas critérios para a identificação do fato jurídico. A lei, como se disse, é veículo introdutor de norma no sistema e, ao contrário da norma geral e abstrata, já prevê um fato jurídico acontecido.

Do mesmo modo, a expressão “lei de efeitos concretos” também padece de vício de linguagem, uma vez que toda lei é concreta, consistindo em pleonismo atribuir-lhe o qualificativo “de efeitos concretos”. Em verdade, a pretensão dos autores é demonstrar que esse tipo de norma refere-se a outro instrumento introdutor,

²²⁵ MOUSSALLEM, 2001, p. 138-139.

que é o ato administrativo; neste caso, trata-se de um ato administrativo travestido de lei mas com o mesmo objetivo desta, que é introduzir norma no sistema.

Feita essa distinção, adentra-se na discussão doutrinária.

É assente, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, que não é cabível a impetração do mandado de segurança preventivo contra a lei em tese, aqui entendida como norma geral e abstrata. Eis a lição de Barbosa Moreira:

[...] a lei em tese contém uma norma jurídica com aquelas características clássicas da generalidade e da abstração e, por conseguinte, por si só, é incapaz, é impotente para lesar ou ameaçar de lesão o direito incorporado ao patrimônio de alguém, seja uma pessoa ou indivíduo, seja uma coletividade.²²⁶

Assim, conforme discutido em subcapítulo anterior, não basta a emissão da norma geral e abstrata para viabilizar a impetração preventiva, mas deve existir ainda uma norma individual e concreta expedida pela autoridade que se constitua em ameaça real e iminente de que ela emitirá o ato coator. Por conseguinte, necessita haver o que se denominou de ato preparatório.

Se não há norma individual e concreta que afete o direito do impetrante, não há razão para o mandado de segurança preventivo, já que lhe faltaria interesse de agir, pois não existe necessidade, nem utilidade, de um provimento jurisdicional, uma vez que sua esfera individual não foi atingida nem está na iminência de o ser.

Ademais, tendo em vista o princípio constitucional da separação dos poderes, resta inviabilizado o controle em abstrato dos atos do Legislativo, exceto por ações específicas previstas no próprio ordenamento, como as ações diretas de inconstitucionalidade. Elucidativas são as palavras de Leonardo e Silva de Almendra Freitas:

A incompatibilidade da norma *em tese* com nosso ordenamento jurídico nunca deve ser requestada diretamente, mas apenas como fundamento da decisão pleiteada, como *questão prejudicial* do dispositivo da mesma, devendo ser consignada obliquamente. A pedra de toque do pedido há de ser a emissão de provimento mandamental à autoridade coatora para que esta se furte em dar aplicação *in concreto* às prescrições insculpidas na norma acoimada de ilegítima (*rectius*, inconstitucional ou ilegal, conforme a espécie).²²⁷

²²⁶ MOREIRA, 1996, p. 78-79.

²²⁷ FREITAS, Leonardo e Silva de Almendra. Aspectos do mandado de segurança preventivo em matéria tributária: diferenciação do ataque à lei em tese e outras especificidades. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, São Paulo, a. 13, n. 62, p. 164, maio/jun. 2005.

Nesse sentido também se manifesta Rodolfo de Camargo Mancuso, ao ensinar que “[...] o mandado de segurança, conquanto possa ser preventivo (isto é, justificado pela ameaça da violação do direito), não pode ser normativo, quer dizer, não pode funcionar como norma geral, utilizável em casos futuros e análogos”.²²⁸ O Supremo Tribunal Federal firmou entendimento nesse sentido com a edição da Súmula 266, que prescreve: “Não cabe mandado de segurança contra lei em tese”.²²⁹

Na impetração preventiva, apesar de a autoridade coatora ainda não ter praticado o ato coator, já existe um ato preparatório do qual se pressupõe que o ato coator será produzido. Ou seja, por meio desse ato, supõe-se que, em um lapso temporal curto, a autoridade praticará o ato coator. Logo, a impetração preventiva ataca uma norma individual e concreta expedida no curso do processo de produção do ato coator.

Contudo, existe ainda a denominada lei de efeitos concretos, também muito comum no âmbito administrativo e no tributário, que lesa somente pelo fato de existir, uma vez que produzirá inexoravelmente seus efeitos, independente do ato da autoridade coatora, pois trata-se de uma norma que impõe um dever ao sujeito passivo da relação jurídica; portanto, já produz seus efeitos assim que entra em vigor.

É um verdadeiro ato administrativo travestido de lei.²³⁰ Exemplo dessa norma é aquela que institui o lançamento por homologação e impõe ao contribuinte o dever de realizar, ele mesmo, o lançamento, apurando o tributo devido. Assim, se a lei for inválida, e tendo em vista que a lesão resulta da própria lei (aqui entendida como o ato administrativo travestido de lei), será ela o ato coator impugnado, e o prazo legal será contado a partir da data de sua entrada em vigor.²³¹

No mandado de segurança contra a lei de efeitos concretos, o que se impugna, na realidade, é o ato administrativo veiculado pela lei, e não a lei em si. Nesse caso, não se trata de lei em tese, pois ela não se reveste da generalidade e abstração que caracteriza uma norma dessa espécie, mas é individualizada e tem efeitos concretos, atingindo frontalmente o direito material do impetrante.

²²⁸ 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. 77, out./dez. 1986.

²²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula 266*. Sessão Plenária. Brasília, de 13 dez. 1963. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 03 fev. 2011.

²³⁰ FIGUEIREDO, 2002, p. 67.

²³¹ MACHADO, 1995, p. 61.

No mandado de segurança preventivo está em vias de ser praticado o ato coator; isto é, existe o justo receio, a ameaça real e iminente, de que ele ocorra. Na lei em tese não há uma norma individual e concreta que ameça o direito líquido e certo, o que afasta a possibilidade de uma impetração preventiva ou repressiva. Na hipótese da lei de efeitos concretos, o caso é de mandado de segurança repressivo, já que a própria lei se constitui em ato coator.

Diante do exposto, em caráter provisório, não se admite a contagem do prazo legal a partir do instante da ameaça, uma vez que não se pode precisar o momento exato em que ocorrerá o ato lesivo, além de que, enquanto esse não for praticado, a ameaça é constante e contínua, viabilizando, a qualquer momento, a impetração da segurança preventiva.

Ademais, caso se admitisse que o prazo teria início a partir do momento da expedição do ato preparatório, e o mandado de segurança preventivo fosse impetrado após o prazo de 120 dias a partir do início de sua notificação, não se poderia impedir que a autoridade pública praticasse o ato coator, ensejando apenas a propositura do mandado de segurança repressivo, o que levaria à afirmação de que o mandado de segurança preventivo estaria aniquilado.

Esta é a lição de Eduardo Arruda Alvim:

Se o mandado é preventivo, é porque não se confirmou a lesão; há apenas o justo receio de que a mesma seja perpetrada. Não há termo *a quo* para a contagem do prazo de 120 (cento e vinte) dias, mesmo porque, consumada a lesão, há direito ao mandado de segurança repressivo.²³²

É por essa razão que se torna importante a distinção entre o mandado de segurança preventivo e a impetração contra lei em tese, pois o *writ* preventivo não é impetrado contra a norma geral e abstrata, mas já existe um ato preparatório que faz crer a emissão da norma individual e concreta lesiva ao direito líquido e certo do impetrante, ou seja, o ato coator.

Desse modo, o prazo legal só pode ser contado a partir do momento em que o interessado toma conhecimento do ato impugnado, conforme dispõe a própria lei, não da ameaça de sua prática, razão pela qual não se fala, provisoriamente, em prazo para a impetração do mandado de segurança preventivo.²³³ Nesse caso, o indivíduo poderá impetrar o *writ* a qualquer momento, enquanto não for

²³² ALVIM, E., 1998, p. 127.

²³³ Cf. CAVALCANTE, 2002, p. 85. FIGUEIREDO, 2002, p. 66. MACHADO, 2002, p. 7.

materializado o ato coator, porque não há prazo para algo “[...] que ainda se encontra no âmbito da expectativa, por mais previsível que seja a concretização do ato”.²³⁴

Essa é a lição de Lucia Valle Figueiredo, ao afirmar que:

Justamente por isso é que não se poderia falar em decadência nas hipóteses de mandado de segurança preventivo, pelo simples fato de que a constrição, supostamente indevida, ameaça dia a dia, renovando-se a cada momento que outro ato concreto possa estar prestes a surgir.²³⁵

Interessante é o exemplo oferecido pela autora a respeito de uma dada lei que majore o IPTU para determinado exercício e que possa, desde sua vigência, ser inquinada de inconstitucional, já que os proprietários dos imóveis urbanos serão atingidos e somente após 120 dias de sua publicação alguém se torna proprietário de imóvel. Indignada, pergunta a autora: “Como dizer que decaiu o direito de impetrar mandado de segurança, garantia constitucional?”.²³⁶

Nesse caso, para manter a coerência de nossos argumentos, teríamos de acrescentar, para ensejar a impetração preventiva, um ato preparatório praticado pela autoridade, como o envio de correspondência/ofício notificando que no próximo exercício será cobrado o IPTU com a majoração prevista na lei.

Outro exemplo formulado pela doutrina é o caso de um contribuinte que realiza uma consulta ao Fisco sobre determinada situação concreta e obtém resposta negativa. O direito subjetivo à impetração preventiva nasce a partir da resposta negativa e não se esgota em 120 dias, pois

[...] a lesão ainda pode se consumir, e, isto acontecendo, existe a possibilidade de impugnação pela via do *mandamus* (repressivo). Então é ilógico supor-se que houve extinção do direito à impetração preventiva. O mandado de segurança preventivo volta-se contra um ato futuro, que está por vir, do qual se tem justo receio.²³⁷

Para que o exemplo fosse utilizado com base nas premissas assentadas neste trabalho seria ainda necessário que a autoridade tivesse iniciado um procedimento de fiscalização, com intimação do contribuinte, para que surgisse seu direito subjetivo à impetração.

²³⁴ CAVALCANTE, 2002, p. 86.

²³⁵ FIGUEIREDO, 2002, p. 66.

²³⁶ Ibid., p. 67.

²³⁷ ALVIM, E., 1998, p. 129.

Nesses termos, a teor do art. 23 da Lei nº 12.016/2009, o direito de requerer mandado de segurança extingui-se-á em 120 dias, contados a partir da data em que o interessado tomou ciência do ato impugnado, ou seja, da ação ou omissão da autoridade pública, jamais de uma ameaça, em que ainda não há ato coator a ser impugnado.

Até porque o objetivo central do mandado de segurança preventivo é justamente evitar que o ato coator seja praticado, não existindo qualquer justificativa para a contagem de um prazo que, caso perdido, impossibilite a prevenção de lesão ao direito líquido e certo. Nesse caso, repete-se, seria o mesmo que eliminar o mandado de segurança preventivo do ordenamento jurídico.

Como se vê, mesmo os autores que defendem a constitucionalidade do prazo para a propositura do mandado de segurança são unânimes em afirmar que ele não se aplica à impetração preventiva. Hely Lopes Meirelles afirma que:

Até mesmo a segurança preventiva só poderá ser pedida ante um ato perfeito e exequível, mas ainda não executado. Enquanto o ato estiver em formação ou depender de formalidades complementares para sua operatividade, não se nos antolha passível de invalidação por mandado de segurança.²³⁸

Segundo o autor, o prazo para a impetração do mandado de segurança só tem início quando o interessado toma ciência do ato coator completo, operante e exequível.

Portanto, sendo a impetração preventiva oposta contra uma norma individual e concreta denominada ato preparatório, que se distingue do ato coator, dentre outros – porque este é ato final, notificado ao impetrante, resultado de um processo do qual o ato preparatório faz parte –, é possível entender que a legislação infraconstitucional prevê a contagem de um prazo apenas para atacar os atos coatores.

4.5. O mito²³⁹ do mandado de segurança preventivo

²³⁸ MEIRELLES, 1979, p. 26.

²³⁹ A palavra “mito” será utilizada na seguinte acepção: “Imagem simplificada de pessoa ou de acontecimento, não raro ilusória, elaborada ou aceita pelos grupos humanos, e que representa significativo papel em seu comportamento” (FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa. 3. ed. Curitiba: Positivo, 2004. p. 1341).

Como se observou neste capítulo, a doutrina brasileira deteve-se pouco em analisar a questão do mandado de segurança preventivo e as hipóteses de seu cabimento. Foi, todavia, possível concluir que a grande maioria dos estudiosos do assunto admitem a impetração preventiva para os casos em que exista uma conduta da autoridade coatora, que antecede o ato coator e que pressupõe a sua prática. Conduta essa que deve ser concreta e iminente.

Estabelecida a distinção entre processo e ato, resta assentar que a impetração preventiva é cabível contra os atos preparatórios praticados no processo de formação do ato coator, enquanto a repressiva caberia contra o próprio ato coator. Logo, de acordo com a doutrina, o objetivo central do mandado de segurança preventivo seria evitar a prática do ato coator.

Contudo, foi possível ainda observar que esses atos preparatórios também resultam de um processo previsto no ordenamento jurídico para sua produção; isto é, eles também constituem-se em ato final, o resultado de um dado procedimento. Logo, a impetração da segurança contra um ato preparatório somente será preventiva em relação ao ato final (ato coator), mas será sempre repressiva em relação ao próprio ato que pretende impugnar, vez que esse já foi praticado e já habita a linguagem jurídica.

Tal aspecto descaracteriza o mandado de segurança preventivo como instrumento que impede a autoridade de praticar o ato coator, passando seu objetivo principal a ser a desconstituição do ato preparatório.

Sob essa perspectiva, deve-se admitir, então, que o prazo estipulado pelo art. 23 da Lei nº 12.016/2009 também se aplica ao mandado de segurança preventivo, já que ataca um ato final, resultado de um procedimento específico, ou seja, um ato coator propriamente dito. Claro que a cada ato preparatório praticado reinicia-se o prazo de 120 dias para a proposição do *writ* por parte do impetrante, buscando-se desconstituir o ato preparatório com o fito de evitar o ato coator.

Assim, ante as premissas desenvolvidas neste trabalho, é imperioso concluir que o mandado de segurança preventivo constitui-se num mito; isto é, nos termos propostos pela doutrina e aceitos pela jurisprudência – apenas como forma de impugnação de condutas ameaçadoras de um ato coator, cujo objetivo é impedir sua prática – não há possibilidade de impetração preventiva.

Como já se explicou, o mandado de segurança é meio de intervenção do indivíduo no processo de positivação do direito quando lesado ou ameaçado seu

direito líquido e certo. Para que exista esse direito à ação constitucional, é imprescindível uma norma individual e concreta que o viole. No caso da impetração repressiva, há o ato coator; na preventiva, o ato preparatório.

O ato preparatório já é uma norma concreta, que viola direito líquido e certo; portanto, a impetração preventiva, ainda que tenha como objetivo futuro coibir a prática do ato coator – preventiva desse ato –, será repressiva do ato preparatório.

Por conseguinte, quando se impetra mandado de segurança contra um Auto de Apreensão e Depósito (AAD), cujo objetivo final é impedir a lavratura de Auto de Infração (AI), o que se está atacando é o próprio Auto de Apreensão e Depósito; isto é, esse é o ato coator da ação que se propõe. Logo, o mandado de segurança será sempre repressivo daquele ato contra o qual ele é impetrado (AAD) e preventivo do ato final (AI), tendo como objetivo precípuo a desconstituição do ato preparatório.

A iminência da prática do ato coator poderá ser utilizada para demonstrar o *periculum in mora*, com o objetivo de obtenção da liminar. O perigo da demora, em se tratando de mandado de segurança, resume-se no seguinte: se não for concedida liminar, a sentença será incapaz de assegurar ao impetrante a garantia *in natura* pleiteada; ou seja, o argumento consistirá na ineficácia da sentença em sua função de evitar que o ato coator seja praticado.²⁴⁰

Assim, o objetivo do mandado de segurança, quando impetrado contra ato preparatório, será, primeiro, desconstituí-lo; depois, impedir a prática do ato coator. Veja, não é, como se pensava, a iminência do ato coator que justifica a impetração da segurança preventiva, pois essa ameaça, por si só, não a autoriza. Ao contrário, é a existência de um ato preparatório, concreto, ofensivo ao direito líquido e certo, que a permite. Esse ato, apesar de praticado no curso do processo de produção de um ato final, já é coator, sendo desnecessário qualquer outro para viabilizar seu ataque.

Eis o mito que se revela, com todas as suas implicações de ordem teórica e prática.

Destarte, são essas as considerações a que se propôs o presente estudo a respeito do mandado de segurança preventivo, passando-se agora à análise de alguns acórdãos dos Tribunais Superiores Brasileiros e do Tribunal de Justiça do Espírito Santo sobre o assunto de maior destaque nesta dissertação: as circunstâncias em que esses Tribunais entendem ser cabível a impetração preventiva.

²⁴⁰ ALVIM, E., 1998, p. 161.

5 O ENTENDIMENTO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES BRASILEIROS E DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESPÍRITO SANTO

5.1 A posição do Supremo Tribunal Federal (STF)

Em pesquisa realizada na base de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, extraída de seu *site*,²⁴¹ sobre a expressão “mandado de segurança preventivo”, foram encontrados 57 acórdãos. A partir de sua leitura foi possível identificar os que se mostraram relevantes para o tema em discussão e que, por isso, serão analisados.

O primeiro acórdão foi proferido no ano de 1955, e o último, em 2009. Portanto, o estudo se concentrará nesses 52 anos de atuação do STF sobre o instituto, com o objetivo de analisar o entendimento da Corte Suprema sobre o tema de maior destaque nesta dissertação: as circunstâncias sob as quais se admite o mandado de segurança preventivo.

Em primeiro lugar, é importante destacar que a maior parte dos julgados foi decidida por unanimidade de votos, e quase metade não foi sequer conhecida. No que se refere à matéria tratada nos autos, também se pôde verificar que quase sua totalidade trata de matéria tributária e administrativa.

Constata-se, portanto, que os acórdãos foram decididos, em sua maioria, por unanimidade, denotando que a Corte Suprema decide, em regra, com concordância de seus membros, sem que seja necessária qualquer discussão sobre o assunto que lhes é submetido. Verifica-se, ainda, que, dos 57 acórdãos, 22 não foram conhecidos, em sua maioria, por falta de demonstração da ameaça; ou seja, o impetrante não conseguiu demonstrar o ato preparatório, ou utilizou a ação contra a “lei em tese”.

Essa constatação – de que os mandados de segurança preventivos submetidos ao STF não são, em regra, conhecidos em razão de serem propostos em hipóteses em que não são cabíveis – demonstra a ausência de discussão das matérias levadas ao Supremo Tribunal Federal por meio dessa ação constitucional bem como o desconhecimento de seu manejo por parte dos advogados militantes.

²⁴¹Os acórdãos estão disponíveis no *site*: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp>. Acesso em 29/09/2010.

Dito isso, passa-se a seguir à análise dos acórdãos de interesse desta dissertação. Assim, aqueles que não foram referidos no corpo do trabalho não têm relevância para o presente estudo ou tratam de assuntos equivalentes aos acórdãos analisados.

O primeiro acórdão examinado foi o proferido no Recurso Extraordinário 30.298-DF,²⁴² julgado pela Segunda Turma, que, por maioria de votos, não o conheceu. Trata-se de mandado de segurança preventivo contra um procedimento fiscal instaurado por inspetor da alfândega que visa compelir o impetrante ao recolhimento de imposto supostamente inconstitucional.

Estabeleceu-se nesse acórdão, entre outros, importante aspecto, ao afirmar que o ato administrativo de convocação da parte sobre o aumento de imposto oferece base para a impetração da segurança preventiva desde que se desenhe, inequivocamente, ameaça de ato ilegal e abusivo, não se tratando apenas de vago temor de sua concretização. Esse também foi o entendimento manifestado em diversos acórdãos, inclusive no Mandado de Segurança n.º 25.009-7/DF²⁴³ e no Agravo Regimental no Mandado de Segurança n.º 26.381-4/DF,²⁴⁴ ambos do Tribunal Pleno.

Logo, segundo essa inteligência, na mesma esteira de pensamento da doutrina pátria, a ameaça passível da impetração da segurança preventiva deve ser inequívoca contra ato ilegal e abusivo. Nota-se, todavia, que, ao modo dos autores brasileiros, os ministros do STF não explicaram em que consiste essa ameaça.

Entretanto, firmaram juízo no qual a instauração de procedimento fiscal com o intuito de cobrar imposto constitui ameaça passível da impetração da segurança preventiva. Logo, corroborando o entendimento esboçado no presente trabalho, entendeu o STF que a impetração preventiva é contra o processo, e não contra o ato coator.

Já o Recurso Extraordinário 47.992-RJ²⁴⁵ foi julgado pela Segunda Turma do STF, por unanimidade, não provido. Novamente a discussão girou em torno da propositura de mandado de segurança para prevenir ação fiscal antes mesmo da

²⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 30.298*. Segunda Turma. Brasília, de 02 jun. 1955. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 08 dez. 2010.

²⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança 25.009-7*. Sessão Plena. Brasília, de 29 abr. 2005. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 02 fev. 2011.

²⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Mandado de Segurança 26.381-4*. Sessão Plena. Brasília, de 10 ago. 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 03 fev. 2011.

²⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 47.992*. Segunda Turma. Brasília, de 17 jul. 1962 (julg). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 08 dez. 2010.

notificação do impetrante, cujo recurso só teria efeito suspensivo no caso de depósito. A Segunda Turma reafirmou o entendimento segundo o qual é cabível a impetração preventiva contra o processo.

No julgamento do Mandado de Segurança 10.804-BA,²⁴⁶ o Tribunal Pleno decidiu, por unanimidade, indeferir pedido formulado, em mandado de segurança, por um funcionário que buscava evitar possível ato demissório; contra esse funcionário havia sido instaurado inquérito administrativo que culminou com seu indiciamento como responsável por desvio de dinheiro. Nesse caso, entendeu o STF que o mandado de segurança não é o meio correto para fulminar inquérito administrativo regularmente processado, dada a ausência de ofensa a direito líquido e certo.

Nos Embargos no Recurso Extraordinário 26.149-SP²⁴⁷ o Plenário decidiu, por unanimidade, que cabe mandado de segurança preventivo antes de iniciada a execução do ato expropriatório de imóvel declarado de utilidade pública se a desapropriação for ilegal. Desse modo, assentou a Corte Suprema que a impetração preventiva ataca o processo desapropriatório, e não a desapropriação propriamente dita.

O Recurso Extraordinário 20.396-SP²⁴⁸ trata de mandado de segurança para preservar direito de crédito em matéria de ICMS. A Segunda Turma firmou entendimento de que a interpretação extensiva da já referida Súmula 266 do STF poderia inviabilizar a impetração de todo e qualquer mandado de segurança preventivo.

Estabeleceu ainda que cabe segurança preventiva contra procedimento que fundadamente se receia venha a autoridade assumir, em razão de práticas anteriores, que, no caso, foram respostas a consultas de outros contribuintes.

Observa-se que o referido julgamento ampliou a hipótese de cabimento de mandado de segurança preventivo, pois permitiu sua impetração quando a autoridade coatora tenha se manifestado em casos análogos. Ou seja, busca o impetrante afastar uma ação fiscal em razão de a autoridade pública já a ter perpetrado em casos semelhantes. Não existe sequer início de procedimento contra o impetrante, mas o

²⁴⁶ BRASIL.Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança 10.804*. Tribunal Pleno. Brasília, de 03 nov. 1971 (publ.). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 08 dez. 2010.

²⁴⁷ BRASIL.Supremo Tribunal Federal. *Embargos no Recurso Extraordinário 26.149*. Tribunal Pleno. Brasília, de 24 nov. 1965 (publ.). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 09 dez. 2010.

²⁴⁸ BRASIL.Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 20.396*. Segunda Turma. Brasília, de 14 abr. 1985 (publ.). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 09 dez. 2010.

STF entendeu ser viável a impetração. Seguiu-se, nesse sentido, a orientação firmada no Recurso Extraordinário n.º 102.537-9-SP,²⁴⁹ que também foi adotado pela Primeira Turma no julgamento do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n.º 121.047-8.²⁵⁰

No Recurso Extraordinário 106.849-3-SC,²⁵¹ que novamente visava impedir ação fiscal, restou decidido que a segurança preventiva visa coibir o iminente cometimento de ilegalidade, com a comprovação do risco próximo de lesão, mas não se presta como remédio de atos futuros. Nessa mesma decisão a Corte Suprema entendeu que a sentença proferida no mandado de segurança é mandamental e declarativa.

O Recurso Extraordinário 108.700-5-SP²⁵² opõe-se a mandado de segurança impetrado com o intuito de garantir o creditamento de ICMS em razão de resposta à consulta fiscal. Nesse caso, também não existia início de procedimento fiscal nem a ocorrência do fato gerador, apenas a suspeita de que a autuação pudesse ocorrer. O recurso foi julgado pela Segunda Turma, por unanimidade, provido.

De acordo com o entendimento do STF, o mandado de segurança não tem caráter normativo; isto é, não se presta para estabelecer regra geral de comportamento para casos futuros indeterminados, exceto quando se estender a fatos futuros, entre as mesmas partes, por decorrência da mesma situação de fato e de direito. No caso específico, o mandado de segurança é preventivo, de reconhecimento de direito à isenção, e alcança casos futuros.

Já o Recurso Extraordinário 112.273-1-SP²⁵³ refere-se a mandado de segurança de natureza tributária, que visa à isenção de ICMS na importação de mercadoria; nele se postula o crédito do referido imposto de cinco anos antes da impetração. A Segunda Turma decidiu, por unanimidade, não conhecer do recurso, tendo em vista que a ação constitucional não tem o condão de assegurar pretensão a

²⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 102.537-9*. Segunda Turma. Brasília, de 12 abr. 1985. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 25 jan. 2011.

²⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 121.047-8*. Primeira Turma. Brasília, de 12 fev. 1988. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 25 jan. 2011.

²⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 106.849-3*. Segunda Turma. Brasília, de 12 jun. 1986. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 09 dez. 2010.

²⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 108.700-5*. Segunda Turma. Brasília, de 01 ago. 1986. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 dez. 2010.

²⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 112.273-1*. Segunda Turma. Brasília, de 29 mai. 1987. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 25 jan. 2011.

efeitos patrimoniais pretéritos.²⁵⁴ Aliás, nesse sentido já tinha se manifestado o Plenário do STF, por meio da Súmula 271, que prescreve: “Concessão de mandado de segurança não produz efeitos patrimoniais, em relação a período pretérito, os quais devem ser reclamados administrativamente ou pela via judicial própria”.²⁵⁵

Restou assente, portanto, que, para o STF, o mandado de segurança preventivo é cabível no curso de procedimento iniciado pela autoridade coatora, donde se pressupõe estar iminente e concreta a prática do ato coator. Ademais, não é cabível como remédio de atos futuros nem para assegurar pretensão a efeitos patrimoniais pretéritos, mas apenas para impedir o cometimento de ilegalidades concretas e atuais. Ou seja, o mandado de segurança preventivo não tem efeito normativo.

Nesse mesmo acórdão o STF se manifestou favorável ao afastamento do prazo decadencial para o mandado de segurança preventivo, o que foi corroborado pelas decisões, tomadas por unanimidade pelo Pleno, contidas no Recurso Extraordinário 110.377-9/SP²⁵⁶ e no Mandado de Segurança n.º 24.414-3/DF.²⁵⁷

Já no Recurso Extraordinário n.º 108.407-3/SP,²⁵⁸ aprovado por unanimidade, a Segunda Turma decidiu que cabe mandado de segurança preventivo contra ato normativo de efeitos concretos, legitimando a questão da impetração contra a denominada “lei de efeitos concretos”. Do mesmo modo, a Corte Suprema estabeleceu que não cabe mandado de segurança contra norma geral e abstrata (“lei em tese”), conforme ressaltam diversos julgados, dentre eles o Mandado de Segurança n.º 26.600-7/DF.²⁵⁹

O Mandado de Segurança n.º 20.987-9/DF,²⁶⁰ cujo objetivo era obter do STF posição desfavorável à pena de demissão proposta em processo administrativo disciplinar, foi por unanimidade indeferido pelo Plenário. Após corroborar a tese

²⁵⁴ Nesse mesmo sentido foi a seguinte decisão: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 247.520-3*. Segunda Turma. Brasília, de 21 nov. 2003. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 02 fev. 2011.

²⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula 271*. Sessão Plenária. Brasília, de 13 dez. 1963. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 03 fev. 2011.

²⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 110.377-9*. Primeira Turma. Brasília, de 08 fev. 1991. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 25 jan. 2011.

²⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança 24.414-3*. Sessão Plenária. Brasília, de 21 nov. 2003. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 02 fev. 2011.

²⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 108.407-3*. Segunda Turma. Brasília, de 19 jun. 1987. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 25 jan. 2011.

²⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança 26.600-7*. Sessão Plena. Brasília, de 30 abr. 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 03 fev. 2011.

²⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança 20.987-9*. Sessão Plena. Brasília, de 16 fev. 1990. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 25 jan. 2011.

doutrinária de que a impetração preventiva é autorizada por uma ameaça concreta e atual da autoridade, o Ministro Relator entendeu que o fato de o processo administrativo estar pendente somente de julgamento tornava efetivo o risco da penalidade; no entanto, a ação não visava apenas impedir que a autoridade praticasse determinado ato ilegal, mas que suspendesse sua aplicação até que outra ação fosse julgada; por isso a negação a seu provimento.

Decisão interessante foi a proferida nos autos da Reclamação n.º 4.190-5/SP,²⁶¹ que alegava desrespeito a uma decisão proferida pela Corte Suprema em mandado de segurança impetrado contra a iminência de aposentadoria compulsória aos 70 anos. Nele a Primeira Turma firmou entendimento segundo o qual o mandado de segurança preventivo “[...] traz implícito o pedido de desconstituição do ato que se quer evitar; consumado o ato após o ajuizamento da ação, a impetração não fica prejudicada”. Ou seja, o mandado de segurança preventivo converte-se em repressivo caso o ato coator seja praticado após sua impetração.

Já no Mandado de Segurança n.º 26.307-5/DF a Sessão Plenária decidiu, por unanimidade de votos, que é cabível o mandado de segurança preventivo contra determinado ato, a ser praticado pela mesa da Câmara e pela do Senado, que aumentaria subsídios dos parlamentares com base em decreto legislativo. Nota-se que o dito ato ainda não foi praticado nem publicado, mas dele se teve conhecimento pela imprensa.

Com a referida decisão o STF entendeu como ameaça passível de impetração preventiva a divulgação, pela mídia, da intenção da autoridade de praticar o ato coator.

Conclui-se, por conseguinte, que o Supremo Tribunal Federal, a par de assentar entendimento em relação à viabilidade do mandado de segurança preventivo, também não conseguiu delimitar os casos em que é cabível a impetração preventiva.

Verifica-se paradoxo nas suas decisões a respeito das hipóteses de cabimento do mandado de segurança preventivo, pois, ao mesmo tempo em que afirma ser viável a impetração apenas nos casos em que se desenhe, inequivocamente, ameaça iminente de ato ilegal e abusivo, não se tratando apenas de vago temor de sua concretização, entende cabível nas hipóteses em que a autoridade apenas manifestou-se de dada forma em casos semelhantes, ou então, em que se teve

²⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação 4.190-5*. Primeira Turma. Brasília, de 02 fev. 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 02 fev. 2011.

notícia pela mídia. Ora, ou a ameaça consiste em atos concretos e atuais, ou em meras suposições.

Todavia, em alguns de seus acórdãos, firma juízo que se assemelha com aquele defendido nesta dissertação, ou seja, de que o mandado de segurança preventivo é cabível quando já foi iniciado um procedimento de formação de um ato final, apesar de não discutir essa questão.

Relativamente às matérias tratadas na dissertação, pouco se falou nos acórdãos, sendo escassa a discussão sobre os temas apresentados.

5.2 A posição do Superior Tribunal de Justiça (STJ)

Já no Superior Tribunal de Justiça a pesquisa, extraída de seu *site*,²⁶² sobre a mesma expressão encontrou 597 acórdãos entre os anos de 1989 e 2010. Tendo em vista o excessivo número de decisões e o limite de prazo para a elaboração desta dissertação, a análise dos acórdãos foi restringida em seu aspecto temporal.

Por isso, o exame será feito nos acórdãos publicados no período de 1º de janeiro de 2006 a 14 de fevereiro de 2011, quando foram proferidos 204 acórdãos. Da mesma forma, como feito no subcapítulo anterior, só foram analisadas as decisões que teriam maior relevância para o presente estudo.

Novamente constatou-se a prevalência dos acórdãos decididos por unanimidade bem como das matérias tributárias e das administrativas. Isto denota, mais uma vez, a ausência de discussão sobre os assuntos submetidos aos Tribunais Superiores.

O primeiro acórdão analisado foi o Recurso Especial n.º 802.602/PR,²⁶³ que a Segunda Turma, por unanimidade, negou provimento, oposto em mandado de segurança impetrado para afastar cobrança de imposto de renda, em que o Desembargador Relator assentou que:

A impetração do mandado de segurança preventivo não exige que seja consumada a situação de fato sobre a qual incide a lei em questão. É suficiente que a condição esteja acontecendo em casos análogos, em que o suposto direito tenha sofrido a lesão que se pretende afastar.

²⁶² Os acórdãos estão disponíveis no *site*: <http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em 14/02/2011.

²⁶³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 802.602*. Segunda Turma. Brasília, de 31 mar. 2006. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 04 fev. 2011.

Nota-se que, à semelhança de decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, o STJ entendeu cabível a impetração preventiva nos casos em que a autoridade esteja se manifestando em casos análogos. Ou seja, a ameaça consistiria na prática do ato coator para terceiros.

Do mesmo modo se manifestou a Turma, por unanimidade, no Recurso Especial n.º 353.002/SP,²⁶⁴ quando, em mandado de segurança impetrado para resguardar direito de crédito de ICMS, entendeu que a impetração preventiva volta-se contra “[...] procedimento que fundadamente se receia que a autoridade venha a assumir diante de práticas ou pronunciamentos anteriores”. Nesse caso, as práticas ou pronunciamentos anteriores consistem em atos concretos que comprovam a ameaça de violação a seu direito líquido e certo. Importante destacar a afirmativa de que o mandado de segurança preventivo volta-se contra procedimento.

Modificando o entendimento antes firmado, a Segunda Turma decidiu, por unanimidade, no acórdão proferido em Recurso Ordinário no Mandado de Segurança n.º 18.845/SE,²⁶⁵ interposto contra mandado de segurança preventivo em que se pretendia obstar que a autoridade coatora apreendesse mercadorias da impetrante, que:

Ainda que seja ele preventivo, não pode a recorrente querer comprová-lo com documentos ou situações vividas por terceiros, que tiveram suas mercadorias apreendidas para pagamento antecipado do ICMS.

Não há, nos autos, qualquer comprovação que possa firmar minha convicção no sentido de que a recorrente esteja na iminência real, concreta, de sofrer algum abuso ou ilegalidade por parte da autoridade coatora.

Observa-se, portanto, que nos acórdãos anteriores a Turma entendia possível considerar como ameaça a prática de atos coatores praticados contra terceiros, enquanto nesse acórdão manifesta o contrário: que não se configuram como ameaça documentos e situações ocorridas com terceiros, restando necessária uma iminência concreta de sofrer, o impetrante, abuso ou ilegalidade.

A Primeira Turma, por sua vez, proferiu acórdão afirmando a possibilidade de impetração preventiva com fundamento na prática de atos coatores contra terceiros, conforme dispõe o Recurso Especial n.º 957.469/DF.²⁶⁶

²⁶⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 353.002*. Segunda Turma. Brasília, de 25 abr. 2006. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 04 fev. 2011.

²⁶⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 18.845*. Segunda Turma. Brasília, de 12 mar. 2007. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 04 fev. 2011.

²⁶⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 957.469*. Primeira Turma. Brasília, de 10 set. 2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 14 fev. 2011.

A par de ter se manifestado contrariamente sete dias antes,²⁶⁷ a Primeira Turma posicionou-se no sentido de admitir a impetração preventiva contra os efeitos concretos decorrentes da norma geral e abstrata, aceitando-os como ameaça, ainda que inexista qualquer ato concreto:

O mandado de segurança contra lei em tese é o que tem por objeto o ato normativo abstratamente considerado, ou seja, "...quando a impetração nada indica, em concreto, como representativo de ameaça de lesão à esfera jurídica do impetrante" (STF, RE 99.416/SP, Primeira Turma, Min. Rafael Mayer, DJ de 22.04.1983). Na hipótese dos autos, a recorrente se insurge contra a imposição de recolhimento do ICMS quando da entrada da mercadoria transportada, oriunda de ente da federação não signatário de convênio ou termo de acordo com o Estado do Rio de Janeiro.

Isso representa um ataque, não diretamente à Resolução 80/2004, da Secretaria do Estado da Receita do Estado do Rio de Janeiro, mas sim a um efeito concreto dela decorrente em relação à impetrante. Portanto, a ilegitimidade da norma abstratamente considerada constitui apenas o fundamento do pedido, e não o seu objeto, restando perfeitamente delineada a situação individual e concreta a ser tutelada.²⁶⁸

Nesse mesmo sentido foi o recurso especial no Mandado de Segurança n.º 768.523/RJ,²⁶⁹ mediante o qual o Desembargador Relator Luiz Fux, ao proferir o voto vencedor, assentou:

Nesse sentido, a conjugação dos princípios constitucionais, consagrados como direitos fundamentais do cidadão, *in casu*, o da inafastabilidade da jurisdição e o da livre utilização da via mandamental para coibir abusos do Poder Público, prestigiam o entendimento de que qualquer cidadão pode discutir em juízo o que entenda ser ilegal, ainda que sob enfoque preventivo.

Com efeito, sob a ótica do senso comum, prevenir é melhor do que recompor, reparar. As garantias expressas na Carta Maior, notadamente as atinentes ao mandado de segurança e ao *habeas corpus*, amparam o entendimento, hoje pacífico na doutrina e na jurisprudência, de que a ameaça concreta pode ser coibida preventivamente.

[...]

Com base no expandido, conclui-se que o mandado de segurança preventivo, desde que haja ameaça efetiva ao direito, é útil e cabível a inibir a ilegalidade da conduta do agente público-tributário.

O mandado de segurança preventivo pode calcar-se em ato concreto ou em ato em potência, derivando de cada um deles um termo *a quo* diverso para a impetração do *mandamus*.

In casu, o exame dos autos revela a iminência da inscrição do débito, considerado ilegal pelo contribuinte, em dívida ativa. Nesse sentido, sendo a atividade do administrador fiscal vinculada e obrigatória, referida

²⁶⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 791.421*. Primeira Turma. Brasília, de 11 jun. 2007. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 14 fev. 2011.

²⁶⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 20.031*. Primeira Turma. Brasília, de 04 jun. 2007. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 14 fev. 2011.

²⁶⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 768.523*. Primeira Turma. Brasília, de 28 mai. 2008. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 14 fev. 2011.

inscrição e a execução posterior da administração tributária são inexoráveis.

Afigura-se, portanto, como ‘justo receio’, nos termos do art. 1.º da Lei do Mandado de Segurança, o do contribuinte em relação à inscrição em dívida ativa e à execução fiscal que poderá ser ajuizada, exigindo tributo que supõe ilegal.

Conforme esse entendimento, a Primeira Turma do STJ admite, como parte da doutrina, a impetração contra a “lei em tese” nos casos em que se discute matéria tributária, tendo em vista o princípio da estrita legalidade. A Segunda Turma já tinha se manifestado nessa linha no acórdão proferido no Recurso Especial n.º 619.889/BA.²⁷⁰

Ainda nessa esteira de argumento, a Primeira Turma distingue a impetração preventiva da impetração contra a “lei em tese”:

Deveras, não se pode confundir mandado de segurança preventivo com mandado de segurança impetrado contra lei em tese. Isto porque a natureza preventiva do *mandamus* decorre da constatação da incidência da norma jurídica, uma vez ocorrente seu suporte fático, sendo o direito ameaçado por ato coator iminente. Por seu turno, no *writ* dirigido contra lei em tese, a situação de fato, que enseja a incidência da norma jurídica, ainda não restou configurada.²⁷¹

Nesse caso o mandado de segurança foi impetrado para obstar que o Município cobrasse ISS sobre as atividades dos serviços de registros públicos, cartorários e notariais já exercidas pela impetrante. Ou seja, a legislação municipal foi instituída após a prática da atividade, mas ainda não existia qualquer ato concreto da autoridade coatora que impusesse tal obrigação.

Portanto, conforme já assentado no capítulo anterior, o mandado de segurança preventivo pressupõe que o ato coator está em vias de ser praticado; isto é, existe o justo receio, a ameaça real e iminente, de que ele ocorra, tendo em vista a prática de atos preparatórios por parte da autoridade coatora. Na “lei em tese”, por sua generalidade e abstração, não existe qualquer possibilidade de lesão ou ameaça a direito líquido e certo, o que afasta a impetração preventiva ou repressiva.

Assim, equivocada a pretensão do STJ, repetida em diversos acórdãos no período pesquisado, em admitir a impetração preventiva contra a norma geral e

²⁷⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 619.889*. Segunda Turma. Brasília, de 26 fev. 2007. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 14 fev. 2011.

²⁷¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 860.538*. Primeira Turma. Brasília, de 16 out. 2008. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 14 fev. 2011.

abstrata, ainda que esteja de acordo com o princípio da estrita legalidade, pois há apenas expectativa de lesão.

Outro acórdão que merece destaque foi o exarado em Recurso Ordinário no Mandado de Segurança n.º 19.020/PR,²⁷² a que a Primeira Turma deu provimento, por unanimidade, e decidiu que:

O mandado de segurança preventivo exige efetiva ameaça decorrente de atos concretos ou preparatórios por parte da autoridade indigitada coatora, não bastando o risco de lesão a direito líquido e certo, baseado em conjecturas por parte do impetrante, que, subjetivamente, entende encontrar-se na iminência de sofrer o dano.

Trata-se de mandado de segurança por meio do qual se pretende inibir a presumível negativa da Administração Pública de pedido de compensação de débitos fiscais. Nesse julgamento, a Primeira Turma evidencia a necessidade de um ato concreto, produzido pela autoridade, que ameace o direito líquido e certo do impetrante, ainda que esse ato tenha sido praticado por terceiros, consoante dispõem os acórdãos anteriores. Assim também seguiram outros acórdãos; dentre eles, o exarado em Recurso Ordinário no Mandado de Segurança n.º 19.318/RS²⁷³ e os proferidos pela Segunda Turma, onde resta caracterizado que os atos futuros, não individualizados, não configuram ameaça efetiva, vez que conferem ao mandado de segurança caráter abstrato.²⁷⁴

Assentou ainda a Segunda Turma que contra a resposta à consulta fiscal é cabível a impetração preventiva, pois esta se reveste de força vinculante e imperatividade que configura ameaça²⁷⁵, ainda que a matéria seja complexa.²⁷⁶

Nessa mesma linha de entendimento, a Primeira Turma entendeu que o parecer opinativo do Procurador-Geral do Estado sobre a legalidade da cobrança de tributo não tem caráter decisório, sendo, por isso, desprovido de excoutoriedade e não implicando exigência do imposto; razão por que, nesse caso, não é viável a

²⁷² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 19.020*. Primeira Turma. Brasília, de 10 abr. 2006. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 14 fev. 2011.

²⁷³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 19.318*. Quarta Turma. Brasília, de 29 mar. 2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 14 fev. 2011.

²⁷⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 786.473*. Segunda Turma. Brasília, de 31 out. 2006. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 14 fev. 2011. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 31.524*. Segunda Turma. Brasília, de 22 set. 2017. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 14 fev. 2011.

²⁷⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Medida Cautelar 12.110*. Segunda Turma. Brasília, de 14 set. 2007. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 14 fev. 2011.

²⁷⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 1.023*. Segunda Turma. Brasília, de 08 out. 2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 14 fev. 2011.

impetração de mandado de segurança preventivo.²⁷⁷ Logo, só é autoridade coatora a que tem poder de decisão, e só é ato coator o individualizado, dotado de imperatividade e executoriedade.

Por outro lado, a Terceira Sessão do STJ, por unanimidade, concedeu a segurança nos autos do Mandado de Segurança n.º 13.110/DF²⁷⁸ para funcionário que respondia por processo administrativo disciplinar, cujo relatório final sugeria pena de advertência, e o parecer do consultor jurídico do órgão, proferido de forma superveniente, sugeria pena de demissão. De acordo com a decisão, o parecer configuraria justo receio.

Restou ainda firmada a posição do Superior Tribunal de Justiça, por diversos acórdãos exarados no período examinado, quanto à inaplicabilidade do prazo de 120 dias para a impetração do mandado de segurança preventivo.

Por conseguinte, nota-se que o Superior Tribunal de Justiça também não conseguiu delimitar os casos em que é cabível a impetração preventiva. Observa-se, igualmente, que as decisões mantêm uma aparente coerência em relação à necessidade de atos concretos (preparatórios) e iminentes para configurar a ameaça passível da impetração preventiva.

No entanto, alguns acórdãos buscam justificar a impetração contra norma geral e abstrata, em que não há qualquer ato preparatório, em razão do princípio da estrita legalidade que rege a Administração Pública, admitindo-o, inclusive, nas hipóteses em que a autoridade apenas se manifestou em casos similares.

Assim como as decisões do Supremo Tribunal Federal, os acórdãos pouco trataram das matérias de maior importância na dissertação. Aliás, a maioria das decisões foram proferidas por unanimidade, sem qualquer discussão, restando, portanto, escasso o debate sobre os temas apresentados.

5.3 A posição do Tribunal de Justiça do Espírito Santo (TJ/ES)

²⁷⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 21.513*. Primeira Turma. Brasília, de 26 out. 2006. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 14 fev. 2011.

²⁷⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 13.110*. Terceira Sessão. Brasília, de 17 jun. 2008. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 14 fev. 2011.

No Tribunal de Justiça do Espírito Santo a pesquisa, extraída de seu *site*,²⁷⁹ sobre a mesma expressão e feita nos moldes da anterior, ou seja, no período entre 1º de janeiro de 2006 e 16 de fevereiro de 2011, encontrou 35 acórdãos; dentre estes, somente os que se revelaram de interesse para a dissertação foram investigados.²⁸⁰

Seguindo a posição adotada pelo STF e pelo STJ, na Remessa Ex-officio n.º 024040028326²⁸¹ da Terceira Câmara Cível, o TJ/ES decidiu que cabe mandado de segurança preventivo para obstar ação concreta do agente arrecadador, em razão do princípio da estrita legalidade a que está vinculada a autoridade fiscal. Já na Remessa Ex-officio n.º 068040001858²⁸² a Primeira Câmara Cível entendeu que essa vinculação torna a lei tributária capaz de gerar efeitos concretos e ser autoexecutória, motivo pelo qual cabe impetração preventiva.

No intuito de distinguir a impetração repressiva da preventiva, a decisão do Tribunal Pleno, no Mandado de Segurança n.º 100060032313,²⁸³ faz a seguinte ressalva:

Diante de mandado de segurança preventivo, o ato tido como coator há de ser delimitado no plano físico e não meramente especulado. Isto porque, tão somente com uma conduta concreta e iminente, será possível instrumentalizar o uso desta modalidade de *writ*, criando-se uma verdadeira imunidade em relação ao direito tutelado.

Na mesma esteira de pensamento decidiu, por unanimidade, a Quarta Câmara Cível na Remessa Ex-offício n.º 031070006858,²⁸⁴ cujo Desembargador Relator, em seu voto, destacou:

Com efeito, ainda que se trate de mandado de segurança preventivo, imprescindível a individualização e demonstração da iminente edição do

²⁷⁹ Os acórdãos estão disponíveis no *site*: <http://www.tj.es.gov.br>. Acesso em 16/02/2011.

²⁸⁰ Ressalta-se que o *site* do Tribunal de Justiça do Espírito Santo não disponibilizou o inteiro teor dos acórdãos estudados, razão por que a pesquisa foi feita tendo em conta apenas as ementas, com exceção do acórdão proferido na *Remessa Ex-officio 031070006858*.

²⁸¹ ESPÍRITO SANTO. Tribunal de Justiça do Espírito Santo. *Remessa Ex-officio 024040028326*. Terceira Câmara Cível. Vitória, de 04 set. 2006. Disponível em: <<http://www.tj.es.gov.br>>. Acesso em: 16 fev. 2011.

²⁸² ESPÍRITO SANTO. Tribunal de Justiça do Espírito Santo. *Remessa Ex-officio 068040001858*. Primeira Câmara Cível. Vitória, de 18 set. 2007. Disponível em: <<http://www.tj.es.gov.br>>. Acesso em: 16 fev. 2011.

²⁸³ ESPÍRITO SANTO. Tribunal de Justiça do Espírito Santo. *Mandado de Segurança 100060032313*. Tribunal Pleno. Vitória, de 10 jul. 2007. Disponível em: <<http://www.tj.es.gov.br>>. Acesso em: 16 fev. 2011.

²⁸⁴ ESPÍRITO SANTO. Tribunal de Justiça do Espírito Santo. *Remessa Ex-officio 031070006858*. Quarta Câmara Cível. Vitória, de 30 abr. 2010. Disponível em: <<http://www.tj.es.gov.br>>. Acesso em: 16 fev. 2011.

ato que se busca ver impugnado, não sendo possível o seu manejo visando coibir, de forma genérica, permanente e futura, a edição de qualquer provimento que, ao ver dos impetrantes, poderia lesar seus direitos. Destarte, sem atos e fatos objetivos, inviável a concessão da segurança pleiteada, sendo insuficientes as suposições, o receio ou temor de futura conduta exorbitante.

Ademais, assentou o Segundo Grupo das Câmaras Cíveis Reunidas a inaplicabilidade do prazo decadencial ao mandado de segurança preventivo.²⁸⁵

Cabe, finalmente, ressaltar que, ante a limitação da fonte de pesquisa utilizada, não foi possível uma análise mais profunda dos acórdãos; o que, todavia, não nos impediu de observar semelhança entre as decisões dos Tribunais Superiores e as do TJ/ES. Neste, como naqueles, o mandado de segurança preventivo é impetrado, em regra, na área administrativa e na tributária, e as decisões por ele proferidas também foram tomadas, em sua maioria, por unanimidade.

Além disso, nota-se que os acórdãos do TJ/ES seguem as decisões exaradas pelos Tribunais Superiores, inexistindo qualquer novidade em relação ao tema tratado.

²⁸⁵ ESPÍRITO SANTO. Tribunal de Justiça do Espírito Santo. *Embargos de Declaração em Mandado de Segurança 100040001644*. Segundo Grupo das Câmaras Reunidas. Vitória, de 16 nov. 2009. Disponível em: <<http://www.tj.es.gov.br>>. Acesso em: 16 fev. 2011.

6 CONCLUSÃO

A primeira preocupação deste estudo foi estabelecer as premissas que o orientariam na tentativa de desenvolver um texto coerente. Discutiu-se, inicialmente, a relação entre teoria e prática, para assentar que o plano prático e o teórico dependem um do outro e se conectam pela linguagem; logo, o papel da Teoria Geral do Direito é conhecer o direito, seu objeto.

Optamos, ainda, por adotar a concepção filosófica do giro linguístico, ou seja, analisar o direito positivo como linguagem construída pelo homem e na perspectiva da teoria dos jogos da linguagem, segundo a qual o significado das palavras é estabelecido pelo seu uso na linguagem. Seguimos também as lições do Neopositivismo Lógico ou Filosofia Analítica, que primam por uma linguagem rígida e precisa para a ciência.

Não acompanhamos, todavia, a pretensão dessa corrente de formalizar a linguagem, ou seja, de substituir as palavras por símbolos lógicos, pois entendemos que a redução do mundo jurídico a fórmulas não dá conta de espelhar toda sua complexidade.

Procuramos entender o fenômeno jurídico por meio da Dogmática Jurídica, afastando-o da influência de outras ciências e de julgamentos valorativos. Assim, pretendemos que o objeto de estudo fosse restrito ao direito positivo vigente, ou seja, ao conjunto de normas jurídicas válidas.

Compreendemos que o direito positivo é um conjunto de normas jurídicas válidas em dado país e em determinado espaço de tempo; assentamos a definição de norma jurídica como um juízo hipotético-condicional no qual se encontra regulamentada a conduta humana, que possui composição dual, pois estruturada por um conseqüente, ligado a um antecedente, por um modal deôntico, e porque é composta de duas normas: uma primária, disciplinadora da conduta humana, e outra secundária, que regula a atividade jurisdicional.

Vimos que as normas podem ser de quatro tipos: geral e abstrata, individual e concreta, geral e concreta e individual e abstrata. As primeiras (geral e abstrata) encontram-se no ápice da pirâmide kelseniana, enquanto as individuais e concretas situam-se em sua base. Observamos que estas são as únicas capazes de regular concretamente o comportamento humano.

Encerrada a fase em que restaram estabelecidas as premissas norteadoras do estudo, passamos ao exame do mandado de segurança preventivo e suas particularidades. Com a demonstração da regulamentação da matéria concluímos que o *status* constitucional da impetração preventiva não está no inciso LXIX do art. 5º da CF, mas no inciso XXXV desse mesmo dispositivo, que resguarda o impetrante da ameaça a determinado direito. Ademais, o assunto também é regulado pelo art. 1º da Lei n.º 12.016/09, que abriga o justo receio de sofrer violação ao direito. Portanto, esta é a normatização da matéria a ser tratada.

Entendemos que o mandado de segurança é uma ação constitucional, dirigida ao Poder Judiciário, objetivando impedir possíveis óbices ao direito líquido e certo do impetrante por uma autoridade coatora; portanto, norma do tipo secundária. Como ação que é, além das condições da ação e dos pressupostos processuais, possui requisitos específicos, que lhe diferencia das demais.

O primeiro é a existência do direito líquido e certo, aferida quando os fatos são provados documentalmente pelo impetrante antes da impetração da segurança. Outro requisito é a presença de uma autoridade pública, isto é, uma pessoa física que, exercendo função estatal, pratica ato ilegal e/ou revestido de abuso de poder.

Com o intuito de melhor compreender o tema, foi necessário ainda estabelecer distinção entre processo e produto, donde se concluiu que aquele é o caminho para se alcançar este; portanto, um é resultado do outro: o produto decorre da realização do processo.

Transportando esse entendimento para o processo de produção normativa, vimos que os enunciados são produtos da enunciação; ou seja, os enunciados resultam de um procedimento previsto no sistema para sua produção. No curso desse procedimento são praticados diversos atos, organizados e sequenciais, que também encerram um procedimento próprio para serem realizados.

Assim, surge a necessidade de elucidar a definição de ato coator, que, além de documento normativo, é sempre uma norma concreta e geral, isto é, um veículo introdutor de norma individual e concreta no sistema do direito positivo, contra o qual cabe o mandado de segurança repressivo. Notamos que o ato coator é resultado do procedimento de produção normativa de competência da autoridade coatora; quer dizer, para a prática do ato coator a autoridade irá percorrer um caminho no qual serão praticados outros atos.

No entanto, na impetração preventiva não existe ainda esse ato coator finalizado e completo, praticado com ilegalidade e/ou abuso de poder, mas a ameaça real e iminente de que a autoridade o expeça. Portanto, passamos a perquirir em que consiste essa ameaça objetiva e iminente, que enseja a propositura do mandado de segurança preventivo.

Após apresentar o entendimento da doutrina brasileira sobre o assunto, constatamos que a maioria dos autores não discute essa questão. Entretanto, já havíamos assentado que somente as normas concretas ofendem direito líquido e certo, e que, assim, só a existência delas faz surgir o direito subjetivo à propositura da ação constitucional. Desse modo, entendemos que é imprescindível uma norma concreta para que seja viável à impetração do *writ* constitucional, seja repressiva, seja preventiva.

Concluimos que são os atos preparatórios, ou seja, os produzidos no curso do procedimento de formação do ato coator, que representam ameaça e, portanto, justificam a impetração de mandado de segurança preventivo. Esse (ato coator), do mesmo modo daquele (ato preparatório), é documento normativo e norma concreta e geral, isto é, veículo introdutor de norma individual e concreta no sistema. São esses atos (preparatórios) que constituem a ameaça real e iminente da execução do ato coator.

Ocorre que o ato preparatório também encerra um procedimento próprio para que a autoridade possa praticá-lo; por conseguinte, em relação a esse procedimento, ele será um ato final (produto). Assim, o ato preparatório é resultado de um processo para sua produção, além de participar do processo de formação do ato coator.

Em suma, no decorrer do processo de formação do ato coator, a autoridade pratica outros atos (preparatórios), necessários à sua realização integral. Contudo, para a execução desses atos o sistema de direito positivo prevê um procedimento específico, do qual o ato preparatório é produto final. Decorrência desse entendimento é que o mandado de segurança preventivo, nos moldes aceitos pela doutrina e jurisprudência, enquanto instrumento processual destinado à evitar o ato coator, é um mito, pois a impetração será sempre repressiva de um dado ato final, seja coator, seja preparatório. Isso porque o ato preparatório já é um ato coator.

Com relação ao ato coator, no mandado de segurança impetrado contra o ato preparatório ele poderá ser fundamento do pedido de liminar, caracterizando o perigo da demora de um provimento jurisdicional tardio.

Tais constatações ensejam as conclusões que se seguem.

O mandado de segurança poderá ser utilizado de duas formas: a) repressivo, contra um ato coator, com o fito de desconstituí-lo e b) repressivo, contra um ato preparatório, cujo objetivo também é desconstituir esse ato. Neste último caso, o mandado de segurança poderá ter caráter preventivo do ato coator, com o fito de impedir sua prática.

Logo, a decisão favorável proferida no mandado de segurança, do segundo tipo, terá eficácia desconstitutiva do ato preparatório; declaratória de inexistência da relação jurídica entre o impetrante e a autoridade pública, podendo impedir que a autoridade pratique o ato coator; e, preponderantemente, mandamental, porque o juiz expedirá uma ordem para que a autoridade desconstitua o ato preparatório, bem como deixe de praticar o ato coator.

Essas inferências também repercutem no prazo extintivo previsto na Lei nº 12.016/2009, pois não há como negar que o prazo também se aplica ao mandado de segurança preventivo, já que será contado a partir da data da ciência do ato preparatório. Certo é que, para cada ato preparatório exarado no curso de formação do ato coator, renova-se o prazo de 120 dias, para que o impetrante busque desconstituí-lo e para que ele possa afastar o ato coator.

No que se refere à análise da jurisprudência do Tribunal Superior e do Tribunal de Justiça do Espírito Santo, constatamos que, apesar de reconhecerem que o mandado de segurança preventivo deve ser utilizado contra o processo, desde que a ameaça se configure em atos concretos e iminentes, buscaram ampliar, sem qualquer substrato, a aplicação do instituto, autorizando seu cabimento quando a autoridade coatora tenha se manifestado em casos análogos, ou quando se tem notícia, pela mídia, de sua intenção. Permitiram, ainda, a impetração contra a norma geral e abstrata em matéria tributária.

No entanto, talvez em razão de terem as decisões sido tomadas, em sua maioria, por unanimidade, as jurisprudências dos Tribunais estudados não discutem a fundo as questões apresentadas na presente dissertação. Assim, pouco acrescentam ao debate que se pretendeu. Ao final do estudo, acreditamos que a análise das sentenças exaradas na primeira instância e das decisões monocráticas proferidas pelos

Desembargadores Relatores dos Tribunais estudados possa ter mais riqueza de profundidade no exame das questões expostas.

Por fim, quando se iniciou o presente estudo, tínhamos a certeza insofismável a respeito da possibilidade de impetração preventiva nos moldes tradicionais referidos pela doutrina e jurisprudência. Trataríamos apenas de sistematizar a matéria na tentativa de organizar o entendimento dos vários autores que abordam a questão do mandado de segurança preventivo, ainda que soubéssemos que era escassa a doutrina sobre a impetração preventiva – escopo que entendemos ter sido alcançado.

No decorrer da pesquisa visualizou-se essa outra faceta do tema, com as implicações práticas e teóricas já apresentadas, as quais passamos a defender. Essa é uma maneira de ver o mandado de segurança preventivo, talvez por diferenças de conhecimento, sutilezas de discernimento, disposição a correr riscos, ou mesmo tão somente interesse por esse aspecto. Não necessariamente a única forma certa de dizer o que se vê, mas apenas aquela que se dispôs a ver.

7 REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. 5. ed. Tradução de Alfredo Bossi e Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ALVIM, Eduardo Arruda. Mandado de segurança. *Revista de Processo*, a. 2, n. 6, p. 145-159, abr./jun. 1977.

_____. *Mandado de segurança no direito tributário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____. *Manual de direito processual civil*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 1.

ALVIM, Teresa Arruda. *Medida cautelar, mandado de segurança e ato judicial*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

AUSTIN, John Langshaw. *Quando dizer é fazer*. Tradução de Danilo Marcondes de Souza Filho. Porto Alegre: Artes Médicas, 1990.

_____. *Sentido e percepção*. 2. ed. Tradução de Armando Manuel Mora de Oliveira. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. *Curso de mandado de segurança*. São Paulo: RT, 1986. p. 128-145.

_____. *Mandado de segurança*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. O ato coator. In: *Curso de mandado de segurança*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986. p. 7-37.

BARBI, Celso Agrícola. A proteção do cidadão contra atos ilegais da administração no Brasil. *Revista de Processo*, a. 7, n. 28, p. 20-33, out./dez. 1982.

_____. *Do mandado de segurança*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. Mandado de segurança na Constituição de 1988. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 15, n. 57, p. 7-12, jan./mar. 1990.

BARRETO FILHO, Alberto Deodato Maia. Mandado de segurança preventivo e lei em tese. In: GONÇALVES, Aroldo Plínio (Coord.). *Mandado de segurança*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 37-45.

BASTOS, Celso R. *Do mandado de segurança*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1982.

BASTOS, Celso R.; MARTINS, Ives G. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 2.

BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. São Paulo: EDIPRO, 2001.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRASIL. *Código de processo civil*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. Constituição (1934). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1934.

_____. Constituição (1946). *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1946.

_____. Constituição (1967). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1967.

_____. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1988.

_____. Emenda Constitucional n.º 1, de 20 de outubro de 1969. Emenda à *Constituição da República Federativa do Brasil de 1967*. Brasília: Senado Federal, 1969.

_____. Lei n.º 191, 21 de janeiro 1936. Regula o processo do mandado de segurança. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Brasília, 21 jan. 1936. Disponível em: <http://www.senado.gov.br>>. Acesso em: 06 nov. 2009.

_____. Lei n.º 1.533, 31 dezembro 1951. Altera disposições do Código de Processo Civil, relativas ao mandado de segurança. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Brasília, 31 dez. 1951. Disponível em: <http://www.senado.gov.br>>. Acesso em: 06 nov. 2009.

_____. Lei n.º 12.016, de 07 de agosto de 2009. Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Brasília, 10 agosto 2009. Disponível em: <http://www.senado.gov.br>>. Acesso em: 06 nov. 2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Medida Cautelar 12.110*. Segunda Turma. Brasília, de 14 set. 2007. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 14 fev. 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 1.023*. Segunda Turma. Brasília, de 08 out. 2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 14 fev. 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 353.002*. Segunda Turma. Brasília, de 25 abr. 2006. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 04 fev. 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 619.889*. Segunda Turma. Brasília, de 26 fev. 2007. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 14 fev. 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 768.523*. Primeira Turma. Brasília, de 28 mai. 2008. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 14 fev. 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 786.473*. Segunda Turma. Brasília, de 31 out. 2006. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 14 fev. 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 791.421*. Primeira Turma. Brasília, de 11 jun. 2007. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 14 fev. 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 802.602*. Segunda Turma. Brasília, de 31 mar. 2006. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 04 fev. 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 860.538*. Primeira Turma. Brasília, de 16 out. 2008. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 14 fev. 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 957.469*. Primeira Turma. Brasília, de 10 set. 2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 14 fev. 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 18.845*. Segunda Turma. Brasília, de 12 mar. 2007. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 04 fev. 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 19.020*. Primeira Turma. Brasília, de 10 abr. 2006. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 14 fev. 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 19.318*. Quarta Turma. Brasília, de 29 mar. 2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 14 fev. 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 20.031*. Primeira Turma. Brasília, de 04 jun. 2007. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 14 fev. 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 21.513*. Primeira Turma. Brasília, de 26 out. 2006. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 14 fev. 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 31.524*. Segunda Turma. Brasília, de 22 set. 2017. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 14 fev. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Mandado de Segurança 26.381-4*. Sessão Plena. Brasília, de 10 ago. 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 03 fev. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 121.047-8*. Primeira Turma. Brasília, de 12 fev. 1988. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 25 jan. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 247.520-3*. Segunda Turma. Brasília, de 21 nov. 2003. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 02 fev. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Embargos no Recurso Extraordinário 26.149*. Tribunal Pleno. Brasília, de 24 nov. 1965 (publ). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 09 dez. 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança 10.804*. Tribunal Pleno. Brasília, de 03 nov. 1971 (publ). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 08 dez. 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança 20.987-9*. Sessão Plena. Brasília, de 16 fev. 1990. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 25 jan. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança 24.414-3*. Sessão Plenária. Brasília, de 21 nov. 2003. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 02 fev. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança 25.009-7*. Sessão Plena. Brasília, de 29 abr. 2005. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 02 fev. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança 26.600-7*. Sessão Plena. Brasília, de 30 abr. 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 03 fev. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação 4.190-5*. Primeira Turma. Brasília, de 02 fev. 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 02 fev. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 20.396*. Segunda Turma. Brasília, de 14 abr. 1985 (publ). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 09 dez. 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 30.298*. Segunda Turma. Brasília, de 02 jun. 1955. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 08 dez. 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 47.992*. Segunda Turma. Brasília, de 17 jul. 1962 (julg). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 08 dez. 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 102.537-9*. Segunda Turma. Brasília, de 12 abr. 1985. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 25 jan. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 106.849-3*. Segunda Turma. Brasília, de 12 jun. 1986. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 09 dez. 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 108.407-3*. Segunda Turma. Brasília, de 19 jun. 1987. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 25 jan. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 108.700-5*. Segunda Turma. Brasília, de 01 ago. 1986. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 dez. 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 110.377-9*. Primeira Turma. Brasília, de 08 fev. 1991. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 25 jan. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 112.273-1*. Segunda Turma. Brasília, de 29 mai. 1987. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 25 jan. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Súmula 271*. Sessão Plenária. Brasília, de 13 dez. 1963. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 03 fev. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Súmula 323*. Sessão Plenária. Brasília, de 13 dez. 1963. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 12 jul. 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Súmula 632*. Sessão Plenária. Brasília, de 24 set. 2003. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 12 jul. 2010.

BRITO, Edvaldo. Medida cautelar, tutela antecipada o mandado de segurança? In: ROCHA, V. O. (Coord.). *Problemas de processo judicial tributário*. São Paulo: Dialética, 1998. p. 41-62.

BRITTO, Demes. A inconstitucionalidade da nova lei do mandado de segurança em matéria tributária. *Revista de Estudos Tributários*, Porto Alegre, v. 13, n. 75, p. 7-28, set./out. 2010.

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.

BULYGIN, E.; MENDONCA, D. *Normas y sistemas normativos*. Madri: Marcial Pons, 2005.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 481.

BUZAID, Alfredo. *Do mandado de segurança*. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 1.

CAMBI, Accácio. Novo conceito de sentença: sua repercussão no ordenamento processual (na classificação das sentenças e no sistema recursal). *Revista de Processo*, São Paulo, a. 35, n. 182, p. 17-55, abr. 2010.

CAMPOS, Adriana P.; LARANJA, Kátia T. L. Mandado de segurança. *Revista Agora*, Vitória, n. 2, p. 1-32. 2005. Disponível em: <http://www.ufes.br/ppghis/agora/Documentos/Revista_2_PDFs/KI%C3%ADtia%20Tor%C3%ADbio.pdf>. Acesso em 28/09/2010.

CARDOSO, Antonio Pessoa. Mandado de segurança: paradigmas. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, v. 35, p. 46-50, mar./abr. 2010.

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 construtivismo lógico-semântico*. São Paulo: Noeses, 2009. p. 3-84.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *Curso de direito tributário*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008a.

_____. *Direito tributário, linguagem e método*. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2008b, p. 3-221.

_____. Obrigação tributária: definição, acepções, estrutura interna e limites conceituais. *Revista Bimestral de Direito Público*, Belo Horizonte, a. 10, n. 49, p. 211-231, maio/jun. 2008.

CAVALCANTE, Mantovanni Colares. A decadência no mandado de segurança preventivo em matéria tributária. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 80, p. 80-86, maio 2002.

CAVALCANTI, Francisco. *O novo regime jurídico do mandado de segurança: comentários à Lei n. 12.016, de 07 de agosto de 2009*. São Paulo: MP Editora, 2009.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Do mandado de segurança*. 5. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1966.

CONRADO, Paulo Cesar. *Introdução à teoria geral do processo civil*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

COSTA, Coqueijo. *Mandado de segurança e controle constitucional*. São Paulo: LTR, 1980.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Do mandado de segurança*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Mandado de segurança: ato coator e autoridade coatora. In: GONÇALVES, A. P. (Coord.). *Mandado de segurança*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 147-165.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes. *Manual do mandado de segurança*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ECHAVE, Delia Tereza; URQUIJO, María Eugenia; GUIBOURG, Ricardo. *Lógica, proposición y normas*. Buenos Aires: Astrea, 1991. p. 9-137.

ESPÍRITO SANTO. Tribunal de Justiça do Espírito Santo. Embargos de Declaração em Mandado de Segurança 100040001644. Segundo Grupo das Câmaras Reunidas. Vitória, de 16 nov. 2009. Disponível em: <<http://www.tj.es.gov.br>>. Acesso em: 16 fev. 2011.

_____. Tribunal de Justiça do Espírito Santo. Mandado de Segurança 100060032313. Tribunal Pleno. Vitória, de 10 jul. 2007. Disponível em: <<http://www.tj.es.gov.br>>. Acesso em: 16 fev. 2011.

_____. Tribunal de Justiça do Espírito Santo. Remessa Ex-officio 024040028326. Terceira Câmara Cível. Vitória, de 04 set. 2006. Disponível em: <<http://www.tj.es.gov.br>>. Acesso em: 16 fev. 2011.

_____. Tribunal de Justiça do Espírito Santo. Remessa Ex-officio 031070006858. Quarta Câmara Cível. Vitória, de 30 abr. 2010. Disponível em: <<http://www.tj.es.gov.br>>. Acesso em: 16 fev. 2011.

_____. Tribunal de Justiça do Espírito Santo. Remessa Ex-officio 068040001858. Primeira Câmara Cível. Vitória, de 18 set. 2007. Disponível em: <<http://www.tj.es.gov.br>>. Acesso em: 16 fev. 2011.

FAGUNDES, M. Seabra. *O controle dos atos administrativos e o Poder Judiciário*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 221-266.

FERRAZ, Sergio. Aspectos processuais do mandado de segurança. In: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa*. 3. ed. Curitiba: Positivo, 2004. p. 1341.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Mandado de segurança*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. Mandado de segurança preventivo e decadência – breves considerações. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 80, p. 66-68, maio 2002.

FIORIN, José Luiz. *As astúcias da enunciação: as categorias de pessoa, espaço e tempo*. 2. ed. São Paulo: Editora Ática, 2005. p. 27-56.

FREITAS, Leonardo e Silva de Almendra. Aspectos do mandado de segurança preventivo em matéria tributária: diferenciação do ataque à lei em tese e outras especificidades. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, São Paulo, a. 13, n. 62, p. 161-174, maio/jun. 2005.

GAMA, Tácio Lacerda. *Competência tributária: fundamentos para uma teoria da nulidade*. São Paulo: Noeses, 2009. p. 183-191.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A tutela preventiva das liberdades: “habeas corpus” e mandado de segurança. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 22, n. 6, p. 215-233, abr./jun. 1981.

GUIBOURG, Ricardo; GUIGLIANI, Alejandro; GUARINONI, Ricardo. *Introducción al conocimiento científico*. Buenos Aires: EUDEBA, 1985. p. 17-100.

JANCZESKI, Célio Armando. Mandado de segurança preventivo em matéria tributária. In: CHIESA, C.; PEIXOTO, M. (Coord.). *Processo judicial tributário*. São Paulo: MP Ed., 2006. p. 17-31.

KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986.

_____. *Teoria geral do direito e do Estado*. 3. ed. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000a.

_____. *Teoria pura do direito*. 6. ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000b.

MACHADO, Hugo de Brito. *Mandado de segurança em matéria tributária*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

_____. Mandado de segurança preventivo e decadência do direito à impetração. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 83, p. 71-82, agosto 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.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 1.

MARINS, James. Mandado de segurança ação cautelar ou antecipação de tutela em matéria tributária? In: ROCHA, V. O. (Coord.). *Problemas de processo judicial tributário*. São Paulo: Dialética, 1998. p. 147-168.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Mandado de segurança e controle jurisdicional da função pública. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 33, n. 163, p. 60-103, set. 2008.

MEIRELES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004a.

_____. *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, “habeas data”, ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade, arguição de descumprimento de preceito fundamental e o controle incidental de normas no direito brasileiro*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2004b. p. 21-118.

_____. *Mandado de segurança e ação popular*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979. p. 9-64.

MELO, José Eduardo Soares de. Mandado de segurança preventivo em matéria tributária: questões práticas. In: CHIESA, C.; PEIXOTO, M. (Coord.). *Processo judicial tributário*. São Paulo: MP Ed., 2006. p. 71-82.

MENDONÇA, Cristiane. *Competência tributária*. São Paulo: Quartier Latin, 2004, p. 17-46.

MIRANDA, Pontes. *Comentários à Constituição de 1967*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968. t. 5. p. 315-363.

_____. *Tratado das ações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970a. t. 1. p. 03-28; 197-228.

_____. *Tratado de direito privado*. 1. ed. São Paulo: Bookseller, 2000. t. 2. p. 221-313.

_____. *Tratado de direito privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1970b. t. 1. p. 3-35; 74-116.

MONNERAT, Carlos Fonseca; VERÍSSIMO, Marcos Neves. Primeiras impressões sobre novo mandado de segurança – Lei 12.016/2009. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 35, n. 182, p. 215-233, abr. 2010.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Atlas, 2002.

MORAIS, Dalton Santos. A legitimidade passiva e a “defesa” do Poder Público na nova Lei do Mandado de Segurança – Lei 12.016/2009. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 35, n. 184, p. 195-226, jun. 2010.

MOREIRA, J. C. B. Mandado de segurança – uma apresentação. In: GONÇALVES, A. P. (Coord.). *Mandado de segurança*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 73-89.

MOUSSALLEM, Tárek Moysés. *Fontes do direito tributário*. São Paulo: Max Limonad, 2001.

_____. *Revogação em matéria tributária*. São Paulo: Noeses, 2005.

NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

NUNES, Reginaldo. Do mandado de segurança como medida preventiva. *Revista Forense*, n. 158, p. 461-466, mai./jun. 1955.

PACHECO, José da Silva. *Mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 93-294.

PAVANI, Sérgio Augusto Zampol. *O mandado de segurança: jurisdição constitucional e repartição de competências*. São Paulo: MP Editora, 2005.

PREVITALLI, Cleide Perero. Ação mandamental. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 5, n. 19, p. 38-56, jul./set. 1980.

REINALDO FILHO, Demócrito. Mandado de segurança: indeferimento da inicial com base no artigo 10 da lei n. 12.016/09 – impossibilidade da utilização de argumentos de mérito. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, a. 7, v. 37, p. 47-55, jul./ago. 2010.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de direito processual civil*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SANTI, Eurico M. D. de; CONRADO, Paulo C. Mandado de Segurança Preventivo em Matéria Tributária: requisitos e efeitos. In: CONRADO, P. C. (Coord.). *Processo tributário analítico*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 116-122.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1999. v. 1.

SARTI, A.J.F. O prazo preclusivo para a impetração do mandado de segurança. *Revista de Processo*, a. 7, n. 28, p. 116-122, out./nov. 1982.

SIDOU, J. M. Othon. “*Habeas corpus*”, *mandado de segurança, mandado de injunção, “habeas data”, ação popular*: as garantias ativas dos direitos coletivos. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 125-253.

TÁCITO, Caio. Mandado de segurança preventivo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 61, p. 220-223, jul./set. 1960.

TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. Natureza jurídica do prazo para impetração do mandado de segurança. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 32, n. 149, p. 10-28, jul. 2007.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. Mandado de segurança: uma visão de conjunto. In: _____. *Mandados de segurança e de injunção*. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 107-124.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. O mandado de segurança preventivo e a lei em tese. In: TEIXEIRA, S. F. (Coord.). *Mandados de segurança e de injunção*. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 291-298.

UELZE, Hugo Barroso. A nova lei do mandado de segurança e o plano de validade das definições legais. *Revista de Estudos Tributários*, Porto Alegre, v. 13, n. 75, p. 29-52, set./out. 2010.

_____. Apontamentos sobre o conceito constitucional do mandado de segurança e as inovações trazidas pela lei nº 12.016/2009 à concessão das liminares. *Revista de Estudos Tributários*, Porto Alegre, v. 12, n. 70, p. 92-105, nov./dez. 2009.

VELLOSO, C. M. da Silva. Conceito de direito líquido e certo. In: BANDEIRA DE MELLO, C. A. (Coord.). *Curso de mandado de segurança*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986, p. 69-100.

_____. Do mandado de segurança. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 5, n. 18, p. 167-184, abr/jun. 1980.

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

WALD, Arnold. *Do mandado de segurança na prática judiciária*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

WAMBIER, L.; VASCONCELOS, R. O mandado de segurança na disciplina da Lei 12.016, de 07.08.2009. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 34, n. 177, p. 185-208, nov. 2009.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tratado lógico-filosófico e investigações filosóficas*. 4. ed. Tradução de M. S. Lourenço. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.