

## **AS POSSÍVEIS INCONSTITUCIONALIDADES DA NOVA LEI DO MANDADO DE SEGURANÇA**

Janaína de Fátima Rodrigues Tissi<sup>1</sup>  
Prof. Pós-Doutor Alexandre Coutinho Pagliarini<sup>2</sup>

### **RESUMO**

O presente estudo tem o intuito de verificar as possíveis inconstitucionalidades da nova lei do mandado de segurança (nº 12016 de 2009). Segundo o Conselho Federal da Ordem dos Advogados, houve violação aos direitos individuais e coletivos uma vez que foi restringida a ação do mandado de segurança utilizado para proteger a pessoa física ou jurídica contra atos ilegais abusivos cometidas por agentes públicos ou por aqueles que façam as suas vezes. Diante disso, a OAB propôs ação direta de inconstitucionalidade por entender que alguns artigos e parágrafos da referida não estão em harmonia com a Constituição da República. Considerando a inviolabilidade dos princípios fundamentais, poderá o mandado de segurança ser restringido em sua ação de forma a limitar os direitos adquiridos legitimados na Carta Magna? A essa pergunta, busca-se as respostas através dessa pesquisa.

**PALAVRAS CHAVE:** Mandado de segurança, Inconstitucionalidade, Ação Direta de Inconstitucionalidade.

### **ABSTRACT**

The present study intents to check the possible unconstitutionality of the injunction new law (law# 12016, from 2009). According to the OAB (Brazilian Lawyers Order) Federal Council, there has been a violation of the individual and collective rights, since the injunction was restricted to protect individual or legal entities against illegal abusive acts committed by public agents or those who perform alike. In face of that, the OAB proposed a straight action

---

1 Acadêmica do Curso Direito da Faculdade OPET Curitiba (PR). Pós-Graduanda em Metodologia Para o Enfrentamento a Violência Contra Crianças e Adolescentes - PUCPR. Graduação em Marketing pela Faculdade Internacional de Curitiba - FACINTER Curitiba (PR)

2 Prof. da Graduação do Curso de Direito da Disciplina de Direito Constitucional. Faculdade OPET (PR).

of unconstitutionality, as some articles and paragraphs of the related are not in harmony with the Republic Constitution. Considering the inviolability of the basic principles, may the injunction be restricted in its action by limiting the acquired rights once legitimized on the Magna Carta? The answer to this question will become clear along the following research.

**KEYWORDS:** Injunction, unconstitutionality, straight action of unconstitutionality.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente estudo visa contribuir para uma melhor compreensão da nova lei n° 12016 de 2009 que surgiu para restringir o mandado de segurança, que, por hora criticada e apontada para uma possível inconstitucionalidade da lei, sobretudo de seus artigos e parágrafos § 2° do art. 1°; inciso III e § 2° do art. 7°; art. 23 e art. 25.

Considerando que a Constituição da República é soberana, a base do ordenamento jurídico, um conjunto de normas, princípios e garantias fundamentais, jamais poderá ser violada. Ou seja, não pode haver contradições e oposições a ela (MIRANDA, 2003)<sup>3</sup>.

Sendo assim, busca-se entender o porquê de uma lei infraconstitucional passar a ser soberana, invadindo a seara da maior proteção do direito brasileiro, a Carta Magna, uma vez que a mesma proíbe tal violação.

Nem na Constituição de 1946, (quando vigeu a lei 2770/56), na atual houve restrição para utilização do mandado de segurança contra ilegalidade cometida por autoridade pública. Em verdade, a lei acima descrita veda esse remédio constitucional apenas em relação a produtos de contrabando e não a bens importados ou exportados. Logo, a nova lei do mandado de segurança não poderia restringir ao já previsto na Constituição sobre mandado de segurança contra ato de ilegalidade ou abuso de autoridade, pois todo cidadão tem garantido o seu direito líquido e certo de agir.

Se a argumentação é movida pela interpretação, então é inescusável o descumprimento da Carta Maior, quando o preâmbulo da Constituição de 1988 reza que o Estado democrático visa “assegurar”: a “justiça, a liberdade e a igualdade como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos” na ordem interna e internacional (Direitos Humanos) com solução pacífica das controvérsias.

Destarte, as restrições ao mandado de segurança demonstram uma realidade muito obscura, porque no momento em que se limitam direitos, diminuiu-se gradativamente a

---

3 MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: 2003. PP 480 e 484.

liberdade, uma vez que a história relata a conquista dessa liberdade obtida nas grandes Revoluções como a Francesa e a Industrial.

Para uma melhor compreensão do presente estudo é preciso entender o objetivo do nascimento do mandado de segurança na defesa dos direitos fundamentais, não protegidos por habeas corpus ou habeas data, e também as possíveis inconstitucionalidades da nova lei do mandado.

## **2 MANDADO DE SEGURANÇA: UM REMÉDIO CONSTITUCIONAL**

Mandado de Segurança, segundo Meirelles<sup>4</sup>, é um remédio constitucional utilizado como instrumento para garantir direitos líquidos e certos<sup>5</sup> e que venham sofrer violação por autoridade pública ou por agentes de pessoa jurídica no exercício de atribuições do poder público. Ademais, o mandado de segurança protege direito quando não amparado por habeas corpus ou habeas data, sendo um mecanismo eficaz para corrigir um ato praticado por autoridade coatora que venha violar a direito individual, coletivo, de pessoa física ou pessoa jurídica, de órgão com capacidade processual, ou universalidade reconhecida por lei.

Destarte, a utilidade do mandado de segurança é proteger os direitos contra os abusos praticados pelos que exercem atividades em nome do órgão público. Assim, a violação a esses direitos individuais ou coletivos é proibida.

Diante disso, o mandado de segurança é considerado uma missão que deverá corrigir ato ou omissão de autoridade que venha ofender direito individual ou coletivo, líquido e certo. Logo, uma reforma da lei nº 12016, onde direitos outrora adquiridos foram modificados, limitados ou reduzidos, deve ser repensada tangente aos valores que, um dia, foram reconhecidos pela Nação.

Segundo Tavares<sup>6</sup>, o art. 60, §4º, inciso IV da Constituição atual, não inclui os direitos sociais; contudo, estes são importantes, pois não há como haver separação entre os direitos coletivos (sociais) e direitos individuais. Nas suas palavras tem-se que “em nenhum momento a Constituição alberga tal diferenciação; muitos dos direitos sociais são equiparáveis, em sua estrutura e regime, aos direitos individuais, principalmente os do art. 7º, III.” Logo, o autor entende que os direitos sociais e coletivos tornam-se direitos de interesse individual.

---

4 MEIRELLES, HELY LOPES. **MANDADO DE SEGURANÇA** 31ª ed. Atualizada por Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: MALHEIROS, 2008, p 16.

5 O direito líquido e certo, consiste no direito de ser invocado, para ser amparado por mandado de segurança e devendo está expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante, o titular do direito líquido e certo. Assim, se for duvidosa sua existência, não caberá o mandado de segurança. MEIRELLES, HELY LOPES. **MANDADO DE SEGURANÇA** 31ª ed. Atualizada por Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: MALHEIROS, 2008, p 16.

6 TAVARES, Andre Ramos. **Curso de Direito Constitucional** 5ª ed. Revista Atualizada, São Paulo: Saraiva, 2007. P 55.

### **3 O MANDADO DE SEGURANÇA E SUA EVOLUÇÃO NAS CONSTITUIÇÕES NO BRASIL**

O mandado de segurança evoluiu através das Constituições tomando força e tornando-se um instituto de grande importância na história do Brasil. Em 1914, esse remédio constitucional começou a tomar forma através de um projeto proposto por Alberto Torres para reformar a Constituição. A proposta, segundo descreve Tavares, regia-se da seguinte forma:

“É criado o mandado de segurança destinado a fazer respeitar, manter ou restaurar, preventivamente, os direitos individuais ou coletivos, públicos ou privados, lesados por ato do poder público ou de particular, para os quais não haja outro recurso especial”<sup>7</sup>.

Ocorreu no mesmo ano outro projeto com a proposta de um instituto denominado mandado de proteção e de restauração. Seu objetivo era a proteção de direito pessoal, líquido e certo, a qual seria expressa na Constituição ou em lei federal<sup>8</sup>. Contudo, todos esses projetos tiveram raízes na Constituição de 1891.

Um dos grandes acontecimentos ocorreu em 1933 quando foi criado o instituto “mandado de segurança”, nome original e publicado expressamente na Constituição de 1934. Dessa forma são promulgadas as seguintes declarações do texto da Constituição de 1934:

“Toda pessoa que tiver um direito incontestável, ameaçado ou violado por um ilegal do Poder Executivo, poderá requerer ao Poder Judiciário que o ampare com um mandado de segurança”.

Observa-se que o mandado de segurança foi condicionado à proteção contra atos ilegais do Poder Executivo, não mencionados os agentes de pessoa jurídica no exercício de atribuições do poder público.<sup>9</sup>

#### **3.1 A CRIAÇÃO DO MANDADO DE SEGURANÇA E SUA EVOLUÇÃO NAS CONSTITUIÇÕES POSTERIORES**

Sob o pálio da Constituição de 1934, em 31 de dezembro de 1951, foi criado o mandado de segurança disciplinado pela Lei n° 1533/51. Tornou-se viável a utilização do

---

7 TAVARES, Andre Ramos. **Curso de Direito Constitucional** 5ª ed. Revista Atualizada, São Paulo: Saraiva, 2007. P 805.

8 TAVARES, Andre Ramos. **Curso de Direito Constitucional** 5ª ed. Revista Atualizada, São Paulo: Saraiva, 2007. pp 805 e 806.

9 TAVARES, Andre Ramos. **Curso de Direito Constitucional** 5ª ed. Revista Atualizada, São Paulo: Saraiva, 2007. P 808.

mandado de segurança em caso de violação a direito líquido e certo e, principalmente, quando for praticado ato marcado pela ilegalidade ou pelo.

As Constituições sofreram grandes transformações no meio político brasileiro, acontecimentos marcados por golpes militares, o que limitou o acesso à justiça e suspensão aos direitos políticos.

Ao longo da história, surge no cenário Getúlio Vargas, que dá um golpe de Estado e institui a Constituição de 1937. Sua entrada no governo foi muito bem articulada, pois usou de perspicácia quando declarou que o Brasil seria invadido pelos comunistas.

A nação brasileira passou a ser governada por um regime ditatorial, reprimindo direitos individuais. Com o advento da Constituição de 1946, o regime democrático retornou, quando se permitiu novamente a utilização do mandado de segurança para conter os abusos e ilegalidades de autoridades responsáveis pela prática do ato.

Com o advento da lei nº 1533, de 31 de dezembro de 1951, o seu art. 1º, § 1º, consagrou a proteção dos direitos através do remédio constitucional (mandado de segurança). Ademais, a jurisprudência entendeu ser cabível impugnar atos praticados por ilegalidade ou abuso de agente de pessoa jurídica no exercício da atividade atribuída pelo Estado.

Mendes<sup>10</sup> expressa seu entendimento sobre a decisão do Supremo Tribunal Federal em relação ao não cabimento de mandado de segurança contra lei ou ato normativo em tese, registrado na súmula 266: “a concretização de ato administrativo, com base na lei, poderá viabilizar a impugnação, com pedido de declaração de inconstitucionalidade da norma questionada”.

Conforme o entendimento acima descrito, compreende-se que é protegido o direito de impugnar, mediante o mandado de segurança não amparado por outros remédios, contra aqueles que proíbem as atividades ou condutas individuais, ou que baixem decretos de desapropriação de bens e, também aos que fixam tarifas; como as concessionárias e entidades públicas que violam direito líquido lesado pelo Estado.

### **3.2 O GOLPE MILITAR E A CONSTITUIÇÕES DE 1967/1969**

Os manifestos de coronéis em 1954 tiveram como intuito a exoneração de João Goulart como Ministro do Trabalho e, conseqüentemente, a queda do Ministro da Guerra, Ciro Espírito Santo e, em seguida, no mesmo ano, entre os dias 22 e 24 de agosto, houve a destituição de Vargas pelos Generais, Brigadeiros e Almirantes. Segundo Streck<sup>11</sup>, isso ocorreu após a tentativa de assassinato de Carlos Lacerda e o homicídio do Major Rubens Vaz (reação dos oficiais da Aeronáutica). Assim, as Constituições sofreram várias modificações,

---

10 MENDES, Gilmar Ferreira, Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2009. p 579.

11 STRECK, Lenio Luiz, Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do direito. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. pp 445,446, 448 e 449.

inclusive a Constituição de 1946 que sofreu com o golpe militar de 1964. Logo, surgiram os Atos Institucionais, isto é, uma sucessão de atos que ampliou os poderes do Governo Militar, suspendendo direitos políticos, limitando o controle jurisdicional da legalidade constitucional dos atos praticados em nome da Revolução.

Com a nova Constituição de 1967, o acesso ao Poder Judiciário foi restringido em relação ao controle de constitucionalidade. Contudo, manteve-se o controle difuso<sup>12</sup>, ocorrendo a representação interventiva.

Com a Emenda de nº 1, de 1969, fundamentada no Ato Institucional de nº 5, segundo consta, não foi alterado o modelo da Constituição de 1967. Contudo 1.577 cidadãos brasileiros foram atingidos, com medidas tais como: suspensão de 454 pessoas de cargos eletivos; 548 aposentadorias de funcionários civis; 241 militares foram reformados; 334 servidores públicos foram demitidos; foram cassados 6 senadores; 110 deputados federais; 161 deputados estaduais; 22 prefeitos; 22 vice-prefeitos; 22 vereadores; 3 ministros do Supremo Tribunal Federal; 23 professores da USP foram afastados; 10 cientistas do Instituto Oswaldo Cruz e muitas proibições de letras de música, exemplares de livros, entre outros.

Nas palavras de Tancredo Neves, em resumo ao AI-5, registradas por Streck: “Quando se escrever a história deste período, a nação vai curvar-se de tanta vergonha”.

Para Streck<sup>13</sup>, “o Congresso Nacional foi fechado com cassação de mandatos, cancelamento de eleições majoritárias para governadores e a criação da figura do Senado Biônico” (era eleito indiretamente por um colégio eleitoral, garantindo assim a ditadura). Atos Institucionais estabeleciam as normas e, uma delas, foi a exclusão da avaliação judicial, pois tudo ocorria conforme o mecanismo de legitimação e de legalização das ações políticas militares.

### **3.3 O MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA A TRAMITAÇÃO DE PROPOSTA DE EMENDA CONSTITUCIONAL OU PROJETO DE LEI**

De acordo com Mendes, o Supremo Tribunal Federal, entre as Constituições de 1967 e 1969, entendeu no mandado de segurança nº 20.257, que o mandado de segurança poderia ser impetrado contra ato da Mesa da Câmara ou do Senado Federal, caso o próprio processamento da lei ou emenda afrontasse a Constituição, cabendo a ação de inconstitucionalidade.<sup>14</sup>

---

12 O controle difuso ou controle incidental a inconstitucionalidade, consiste, quando um processo ou ação judicial, questão da inconstitucionalidade, devendo ser arguida em detrimento de uma questão prejudicial que pelo judiciário, esse modelo deriva do sistema americano, segundo Mendes, Gilmar et all Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2009. p 579. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2009. p 1055.

13 STRECK, Lenio Luiz, **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**: uma nova crítica do direito. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. P 449.

14 MENDES, Gilmar Ferreira, **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009. p 583.

Todavia, a súmula 266 do Supremo Tribunal Federal vedou o mandado de segurança contra a lei em tese. Somente com o advento da Constituição de 1988 surgiram algumas novidades, como: a proteção do mandado de segurança a direito coletivo, sendo cabível a impetração por meio de associação, partido político com representação no Congresso Nacional, organização sindical, entidade de classe que esteja em funcionamento há pelo menos um ano (art. 5º, LXX, alínea “a” e alínea “b”).

Terminada a ditadura de 1964 com a eleição de Tancredo Neves, em 1988, a nova Constituição foi promulgada estabelecendo que o Brasil é uma República constituída por um Estado de Direito Democrático, com uma sociedade mais justa, fundada na harmonia social e comprometida na ordem internacional, com solução pacífica, destinada a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a igualdade e a justiça (Preâmbulo da Constituição Federal, art. 1º).

Sendo assim, a Constituição de 1988 também consagrou o remédio constitucional mandado de segurança para a proteção de direitos individuais e, como novidade, a proteção aos direitos coletivos. Assim, o mandado de segurança é considerado um instrumento que visa garantir direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando este direito for violado pelo Estado ou agente de pessoa jurídica que exerça atividades na atribuição do Poder Público (art. 5º inciso LXIX).

#### **4 DA AÇÃO AJUIZADA PELO CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS BRASIL EM FAVOR DAS GARANTIAS DO MANDADO DE SEGURANÇA**

Em relação à questão a ser analisada, sobre as possíveis inconstitucionalidades à nova lei do mandado de segurança, é importante refletir que a Carta Maior é soberana em seu ordenamento jurídico brasileiro devendo compreender que toda lei deve estar em harmonia com ela, ou correrá o risco de ser invalidada pelo instrumento eficaz do controle de constitucionalidade.

Em 14/09/2009, o Conselho Federal da OAB ajuizou, perante o STF, ADIN em face da lei nº 12.026 de 2009. Segundo a OAB, as inconstitucionalidades da nova lei são:

- 1) Limitação a utilização do mandado de segurança contra a ilegalidade de autoridade pública, ou de agente comercial;
- 2) Exigência de caução, fiança ou depósito, pressupostos para que o impetrante venha ajuizar uma ação contra autoridade pública, tendo o juiz à faculdade deferir a liminar caso seja satisfeita essas exigências;
- 3) A proibição do uso do mandado de segurança para a compensação de créditos tributários, a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior;
- 4) A reclassificação ou equiparação de servidores públicos;

- 5) A concessão de aumento ou extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza;
- 6) A exigência de oitiva prévia da parte contrária como concessão de liminar, que só poderá ser concedida após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público interessada, tendo prazo de 72 horas para se manifestar;
- 7) Prazo decadencial, limitação à máxima efetividade do remédio constitucional. Assim, a nova lei está retirando do acesso à jurisdição atos ilegais praticados há mais de 120 (cento e vinte) dias. Entretanto, a Constituição Federal não limitou a utilização do mandado de segurança.
- 8) Exclusão ao pagamento dos honorários advocatícios, por manifestar contrariedade ao art. 133 Constituição da República.

Diante disso, a entidade vem contestar o parágrafo 2º do art. 1º da lei 12.026 de 2009, questionando a não preservação da norma anterior do mandado de segurança protegido pela Constituição de forma a violá-la. Assim, a nova do mandado de segurança prevê:

“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”.

Em seu parágrafo 2º expressa: “não cabe mandado de segurança contra os atos de gestão comercial praticado pelos administradores de empresas públicas, de sociedade de economia mista e concessionárias de serviço público”.

Nesse ponto, o texto do artigo 1º legitima o mandado de segurança a ser impugnado contra abuso ou violação do poder público com ilegalidade, contudo, segundo a OAB, é contraditório o parágrafo 2º da mesma lei nº 12.016/09, quando em situações em que “as situações não amparadas por habeas corpus e habeas data não distinguiram qual seria a natureza do ato, se administrativo ou de gestão comercial”, propiciou a limitação da utilização do mandado de segurança.

Destarte, a impugnação tem o intuito de invalidar a ação ou omissão que venha agir de forma ilegal ou abuso de poder, sendo o instituto mandado de segurança um mecanismo de tutela jurisdicional que agirá para conter o vício e o defeito no exercício discricionário do poder público. Logo, essa impugnação inibirá os atos praticados de forma abusiva por autoridade pública ou por agente de pessoa jurídica no exercício de suas atividades no poder público.

Em relação à faculdade do juiz em deferir a inicial, após exigência de caução, fiança ou depósito no intuito de ressarcir a pessoa jurídica, segundo a OAB não consta na Lei anterior de nº 1533 de 1951. Porém, a nova lei 12.016 de 2009, em seu art. 7º inciso III, faculta ao juiz deferir liminar mediante a exigência do impetrante de caução, fiança ou depósito. O intuito é assegurar o ressarcimento à pessoa jurídica. Assim prevê o artigo 7º : ao despachar a inicial, o juiz ordenará:

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

Todavia, a OAB declarou que devido a essas modificações, compreendeu-se a possível existência de inconstitucionalidade, uma vez que se limitou a capacidade de postular caso não houvesse caução, fiança ou depósito, sendo impossível de concessão liminar. Contudo, o juiz não tem a faculdade de conceder liminar, mas a obrigação de postular, já que todos os pressupostos estão legalmente compostos na inicial.

Em defesa, a OAB relembra um parecer do relator Ministro Peçanha Martins e argumenta sob a posição do juiz:

“Presentes os pressupostos da liminar, o juiz é obrigado a concedê-la, vedada a imposição de caução como a imposição de realização de depósito implica indeferimento da liminar (RMS 3042-8 RJ. Rel. Min. Peçanha Martins, RDR 2/ 184; RESP 47818/SP, Rel. Min. Hélio Mosimann, DJU 15.6.98, p 99). Logo, o poder judiciário, quando provocado, dará uma resposta ao impetrante, confirmado no art. 5º, XXXV, “a lei não excluirá da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça a direito.

Diante disso, compreende-se que o princípio da inafastabilidade da jurisdição poderá ser violado caso o juiz não conceda uma liminar. Nesse caso, a lei 12.016 de 2009, (art. 7º inc. III), é totalmente incompatível com o ordenamento jurídico que disciplina o mandado de segurança. Assim, essa mudança irá afetar diretamente a garantia legitimada ao cidadão pela Constituição de 1988.

A Ordem dos Advogados faz uma analogia à desigualdade que ocorrerá entre cidadãos, porque somente aqueles que socialmente possuem renda à altura, terão acesso à jurisdição, uma liminar, podendo defender seus interesses e conter atos abusivos ou ilegalidades do poder público. Logo, os de rendas menos favorecidas não poderão usufruir de direitos plenos garantidos pela Carta Magna.

Ainda seguindo o mesmo raciocínio acima apresentado sobre a possibilidade de inconstitucionalidade, observa-se a proibição expressa também sobre concessão de liminar que tenha por objetivo a compensação de créditos tributários. Nas palavras da OAB, relatando o parágrafo 2º do art. 7º:

“Não será concebida medida liminar que tenha por objetivo a compensação de créditos tributários, a entrega de mercadorias e de bens provenientes do exterior, a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza”.

Para tanto, a súmula 212 do Tribunal Superior de Justiça (STJ) veda a possível concessão de liminar para compensação de créditos tributários, segundo a OAB “o legislador amesquinhou o cabimento de mandado de segurança após a lei n. 12016 de 2009”.

Destaca-se também a súmula de nº 213 do STJ, cuja definição confirma a importância de se observar a suposta violação, pois também desconsiderou o legislador a própria jurisprudência. “O mandado de segurança constitui ação adequada para a declaração do direito à compensação tributária, cuja jurisprudência, permite a operacionalização da compensação de créditos tributários de mesma natureza”, (RECURSO ESPECIAL nº 923.736- SP- 2007/002544-2, como Rel. Min. João Otávio de Noronha).

Diante disso, a entidade se manifestou reconhecendo a inconstitucionalidade do art. 7º parágrafo 2º da lei 12.016 de 2009, por entender que, além de minimizar a concessão de liminar também a desconsiderou.

Com relação à entrega de mercadoria e de bens provenientes do exterior, a OAB considera inconstitucional. Tanto que na Constituição de 1946, a lei nº 2.770 de 1956, também suprimiu as ações e procedimentos judiciais que objetivassem a liberação de bens, mercadorias ou coisas de procedência estrangeira, porém com finalidade diversificada. Em declaração, o art. 1º dessa lei expressa:

“Nas ações e procedimentos judiciais, de qualquer natureza, que visem obter a liberação de mercadorias, bens ou coisas de qualquer espécie procedentes do estrangeiro, não se concederá, em caso algum, medida preventiva ou liminar que, direta ou indiretamente, importante na entrega da mercadoria, bem ou coisa”.

Para a OAB a Carta descrita acima, que também contemplava o mandado de segurança, retirou a máxima efetividade com relação à liberação de mercadorias de bens importados. Assim, a nova lei 12.016 de 2009 buscou a união entre a lei de nº. 2770 de 1957 que tratava sobre o mesmo tema. Contudo, sem nenhuma novidade.

Segundo a OAB, Meirelles (2004) mencionou que a vedação de importação de mercadorias, registrada na lei nº 2.770 de 1956, referia-se a produto de contrabando e não como a nova lei 12016, que suprimiu as ações e procedimentos judiciais de qualquer natureza que visem obter a liberação de mercadorias de bens importados.

Em relação ao art. 22 da lei nº. 12016, que prevê a exigência da oitiva prévia do representante da pessoa jurídica de direito público para condicionar a concessão de liminar em mandado de segurança coletivo, também há ofensa à Constituição. Sendo assim, em defesa da garantia constitucional, a OAB alega que não pode ser violada a Carta Magna, em seu art. 5º, inciso LXIX. Em suas afirmações:

“Não pode, em hipótese alguma, sofrer restrições ou limitações, não impostas pelo próprio constituinte, descabendo ao legislador ordinário reduzir a abrangência, o alcance e a máxima efetiva concedida ao instrumento heróico de proteção contra abusos e ilegalidades eventualmente perpetradas pelo Poder Público”.

A esse respeito, a OAB cita o artigo 23 da lei nº 12.016, que interferiu também na Carta Magna, o seguinte: “O direito de requerer mandado de segurança extingui-se após decorridos 120 (cento e vinte) dias contados da ciência pelo interessado do ato impugnado”. Segundo a entidade, a Constituição atual foi violada em seu art. 5º, incisos XXXV e LXIX, pois a mesma não limitou a utilização do mandado de segurança, como a nova lei o fez, o que contraria à Constituição de 1988. A Carta Magna em seu artigo 5º, inc. XXXV expressa:

“A lei não excluirá da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça a direito” e o inc. LXIX afirma: “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 artigo 25, da mesma lei, traz a exclusão dos honorários dos advogados e declara o artigo: “Não cabem, no processo de mandado de segurança, a interposição de embargos infringentes e a condenação ao pagamento dos honorários advocatícios, sem prejuízo da aplicação de sanções no caso de litigância de má-fé”. Entretanto, a OAB relembra a existência, antes da lei 12.016 de 2009, da condenação do vencido os honorários advocatícios, que prevê o art. 20 do Código do Processo Civil e que de acordo com o Estatuto da Advocacia e da OAB de lei 8.916/64 em seu art. 22 e 23 que têm fundamento na Constituição da República em seu art. 133, pois sempre norteou a verba honorária sucumbencial nas lides.

Diante disso, o Conselho Federal da OAB entendeu ser inconstitucional a lei 12.016 de 2009 que trata do art. 25, pois ofende o art. 133 da Constituição de 1988, que consagra o

direito do advogado: “o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”.

Miranda entende que somente deve-se falar em inconstitucionalidade originária e superveniente, na medida em que tenha um vínculo com a norma legal e que esteja em desconformidade com a Constituição<sup>15</sup>. Sendo assim, há inconstitucionalidade quando resultam do confronto de uma norma constitucional.

Para Miranda<sup>16</sup>, “os limites materiais valeriam por terem sido consagrados e não porque deveriam valer como limites materiais e valeriam mesmo quando o legislador constituinte tivesse cometido um verdadeiro abuso de poder, estipulando limites desrazoáveis ou sem suficiente apoio na consciência jurídica coletiva”. Assim, a Constituição deve ser garantida e não se deve suprimir um direito consagrado.

Para tanto, havendo modificação da norma constitucional ao criar uma nova lei, não poderia esta lei inferior, sendo do mesmo plano hierárquico, ser contraditória a própria Constituição e ferindo os princípios do direito fundamental, o que fatalmente haveria a possibilidade da lei n. 12016 de 2009 ser julgada inconstitucional.

## 6 CONCLUSÃO

Diante do estudo apresentado sobre o mandado de segurança e sua finalidade, conclui-se que esse remédio constitucional deve ser observado com as lentes da constituição que o legitima para assegurar os direitos e dignificar a pessoa humana sempre que um direito for lesado, desde que não seja amparado por outros remédios constitucionais específicos.

A história evolutiva para consagração do mandado de segurança como um forte instrumento de garantia aos direitos individuais e coletivos que, quando por ato arbitrário ou ilegal de agente público que os negar aos cidadãos vem associada a muitas solicitações da população que se vê submetida a inúmeros contratempos políticos e sociais misturados aos interesses dos grandes grupos manipuladores de nossa sociedade.

Mais uma vez, vê-se o instituto do mandado de segurança ameaçado por interesses obscuros em nossa sociedade cuja finalidade pode estar relacionada ao atendimento de interesses a um pequeno grupo social em detrimento da grande maioria dos cidadãos brasileiros que poderão ter direitos conquistados e garantidos pela Constituição, suprimidos em parte ou em sua totalidade.

---

15 MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: 2003. p. 466.

16 MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: 2003. p. 424.

A ação de inconstitucionalidade impetrada pela OAB deve buscar até o último recurso para que os parágrafos dessa nova lei sejam revogados e assim seja mantida a soberania da Constituição da República Federativa do Brasil.

Com relação à inviolabilidade dos princípios fundamentais em detrimento da restrição ao mandado de segurança em sua ação de defesa dos direitos consagrados pela Constituição é fundamental uma reflexão sobre o que ocorreu no passado e o que vem se repetindo no presente. Caso esse mal não seja exterminado, o homem retornará à era da escuridão.

O retrocesso histórico do mandado de segurança traz uma ponderação: o passado é estudado para melhor se compreender o futuro e não se cometerem os mesmos erros que causaram prejuízos à sociedade, que teve de superar a violação de seus direitos, infelizmente através de guerras e sangue. Como exemplo, a marca da ditadura no Brasil permanece como um fardo para sociedade brasileira e, para que nunca se esqueça que esse tempo obscuro forçosamente impedia a sociedade de ser livre, de adquirir direitos, direitos esses que por muitas vezes foram reprimidos, ficando a sociedade sem voz, sem personalidade e, até mesmo, sem identidade.

Na ditadura, ocorreu a restrição da utilização do mandado de segurança após o advento de uma sucessão de atos (Atos Institucionais) os quais deram amplos poderes ao Governo Militar. Contudo, apesar de ter existido esse lado negro da história, ela mostrou também as conquistas heróicas “desse povo” que não mediu esforços para construir uma nova sociedade livre, com mais dignidade para as pessoas que um dia tiveram seus valores e princípios condenados.

Hoje, a nova lei do mandado de segurança vem nos tirando direitos conquistados como já ocorreu no passado, o que não é mais aceitável na República Federativa do Brasil um Estado Democrático de Direito destinado a assegurar o exercício dos direitos fundamentais. Assim, não pode a sociedade vender os olhos diante de uma lei que venha de modo superveniente violar um direito consagrado pela Carta Magna. É, portanto, plausível que o Conselho Federal da Ordem dos Advogados Brasil (OAB) tenha se manifestado contra essa afronta à Constituição Federal, sobretudo, defendendo direitos designados a todos os brasileiros.

Concluo o estudo na expectativa de que a OAB tenha êxito após o julgamento da arguição impetrada, e que os julgadores dessa causa sigam à luz da Constituição para um entendimento justo, pois disso se fará história e que essa história mostre no tempo que os brasileiros evoluíram e lutam por sua liberdade e pela não violação aos seus direitos.

## **7 REFERÊNCIAS**

FACHIN, ZULMAR. **Curso de Direito Constitucional** 3ª ed. São Paulo: Revista Atual e Ampliada Método, 2008.

MENDES, GILMAR FERREIRA, et al **Curso de Direito Constitucional** 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MEIRELLES, HELY LOPES. **Mandado de Segurança** 31ª ed. Atualizada por Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: MALHEIROS, 2008.

MIRANDA, JORGE. **Teoria do Estado e da Constituição** Rio de Janeiro: Forense, 2003.

PAGLIARINI, ALEXANDRE COUTINHO. **A Constituição Européia como Signo: da Superação dos Dogmas do Estado Nacional.** Rio de Janeiro: Lumen júris, 2005.

STRECK, LENIO LUIZ. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do direito** 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TAVARES, ANDRÉ RAMOS **Curso de Direito Constitucional** 5ª ed Revista e Atualizada São Paulo: Saraiva, 2007.