

01/01/2010

EDIÇÃO Nº 423 - 1ª QUINZENA DE JANEIRO/2010

Direito Marítimo, Portuário, Aduaneiro, Logística e Comércio Exterior

*Fabiana Gragnani Barbosa**



Nova Lei do Mandado de Segurança e a proibição à concessão de liminares para questões relacionadas à importação de mercadorias

I – Nova Lei do Mandado de Segurança – Lei nº 12.016/2009

I.I - Considerações Iniciais

Através do presente estudo, abordaremos as particularidades que envolvem o remédio jurídico do mandado de segurança, tendo em vista a publicação da Lei nº 12.016, de 07 de agosto de 2009, a qual busca adequar a disciplina à Constituição Federal de 1.988.

Em apertada síntese, o estudo abordará primeiramente a figura do mandado de segurança (conceito e legitimidade), seguido de uma análise do cabimento de medidas liminares em sede de mandado de segurança.

Na sequência, buscar-se-á vislumbrar os reflexos trazidos pela nova lei, ou seja, as diferenças surgidas com a alteração legislativa, inclusive no que tange às restrições e, finalmente, será analisada a temática principal do presente estudo, qual seja, a restrição às liminares na entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior e as recentes manifestações jurisprudenciais.

I.I. Mandado de Segurança – Conceito e Legitimidade

O mandado de segurança, como remédio constitucional brasileiro e garantia do próprio Estado Democrático de Direito, tem suas origens na jurisprudência pela aplicação dilatada do Habeas Corpus, tendo sido reconhecido em nossa ordem jurídica em 1934 (Mandado de Segurança individual) e muito posteriormente, em 1988, o Mandado de Segurança Coletivo.

Antes disciplinado pela Lei nº 1.533/1951, o processo do mandado de segurança passa, a partir de agosto de 2009, a ser regulamentado pela Lei nº 12.016/09, a qual revogou a cinquentenária lei.

O mandado de segurança, nos dizeres de Alexandre de Moraes, é uma “ação constitucional de natureza civil, cujo objetivo é a proteção de direito líquido e certo, lesado ou ameaçado de lesão, por ato ou omissão de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público”¹.

¹ **MORAES**, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 164

Conselho Editorial da coluna Direito Marítimo, Portuário, Aduaneiro, Logística e Comércio Exterior

Sabe-se que tal garantia fundamental encontra respaldo no artigo 5º, incisos LXIX e LXX, da Constituição Federal de 1988, podendo ser impetrado por pessoa física ou jurídica, independentemente de nacionalidade (em que pese o silêncio da nova lei no que tange esse aspecto), e, ainda, pelas pessoas formais (espólio, massas falidas, condomínios) e pelos órgãos públicos desprovidos de personalidade, mas dotados de capacidade processual.

A proteção de direito individual ou coletivo garantida pelo mandado de segurança, pode ser preventiva (quando o direito se vê ameaçado de lesão) ou repressiva (quando o direito já foi lesionado), desde que não seja passível de amparo por *Habeas Corpus* ou *Habeas Data*.

Ressalta-se que no pólo passivo do *mandamus* figurará a autoridade coatora, pessoa física responsável pelo ato impugnado, e a pessoa jurídica de direito público ou privado, ingressante como litisconsorte.

Cássio Scarpinella Bueno bem certifica que “desde que exerça função pública, cabe o Mandado de Segurança, independentemente de quem seja o exercente dessa função. Daí o cabimento do mandado de segurança contra pessoas de direito privado, desde que ajam em nome do Estado por qualquer forma de delegação de serviço público ou a ele equiparável e, evidentemente, desde que o mandado de segurança diga respeito aos padrões de legalidade desse exercício da função pública”².

I.II. Liminar

No que tange ao instituto da medida liminar em sede de mandado de segurança, pode-se dizer que em nosso ordenamento jurídico pátrio, sempre foi grande o debate a respeito de qual seria seu fundamento jurídico: se adviria do próprio texto constitucional ou da legislação processual.

O assunto de fato tem relevância, visto que, se emanado da própria Constituição Federal, qualquer veículo normativo, que não uma Emenda Constitucional, que viesse a restringi-lo, seria inconstitucional. Por outro lado, se fundamentado na legislação processual, qualquer ato normativo de equivalente hierarquia (como a própria lei ordinária), poderia alterar seu alcance e atuação.

Tal debate foi alargado no Supremo Tribunal Federal (STF) quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 223-6/DF (ajuizada contra a Medida Provisória nº 173, que proibia a concessão de medidas liminares em ações contra o Plano Econômico Collor I). O entendimento da Corte foi no sentido de que a restrição à concessão de liminares não acarretaria automaticamente lesão ao direito do indivíduo, vez que “as medidas cautelares servem, na verdade, ao processo, e não ao direito da parte”, pois “visam dar eficiência e utilidade ao instrumento que o Estado engendrou para solucionar os conflitos de interesse dos cidadãos”.

Posteriormente, o Pleno daquela Casa concluiu que a vedação à concessão de liminares “obstrui o serviço da Justiça, criando obstáculos à obtenção da prestação jurisdicional e atentando contra a separação dos poderes, porque sujeita o Judiciário ao Poder Executivo”³.

Pois bem. De acordo com Alexandre de Moraes, estando presentes os requisitos ensejadores da medida liminar (*periculum in mora* e *fumus boni juris*) em sede de mandado de segurança, a concessão de tal medida será ínsita à finalidade constitucional de proteção ao direito líquido e certo, sendo qualquer proteção por ato normativo eivada de absoluta inconstitucionalidade, uma vez que a eficácia do remédio constitucional seria restringida.

Na mesma linha do ilustre doutrinador, pode-se dizer que na eventualidade de edição de leis que reduzam a possibilidade de concessão de liminares em sede de mandado de segurança, cabe ao Poder Judiciário afastar a incidência da referida espécie normativa por vício de inconstitucionalidade.

Feitas as considerações iniciais, passemos ao exame das alterações trazidas pela Lei nº 12.016/09 e seus reflexos no mundo jurídico.

² **SCARPINELLA BUENO**, Cássio. *Mandado de Segurança: comentários às Leis ns. 1.533/1951, 4.348/1964 e 5.021/1966*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 35-36

³ STF – Pleno – Adin nº 975-3 – medida liminar – Rel. Min. Carlos Velloso, *Diário de Justiça*, Seção I, 20 jun. 1997, p. 28.467.

I.II – Reflexos da Nova Lei

Dentre as inovações trazidas pela Lei nº 12.016/09, existem aquelas que efetivamente têm o condão de influir no âmbito processual, como veremos a seguir.

A primeira delas diz respeito à legitimidade passiva da ação mandamental. Se analisarmos a legislação anterior, veremos que a pessoa jurídica da qual a autoridade coatora era integrante, não era necessariamente parte do processo, podendo figurar como terceiro ou assistente.

Já nos termos da nova lei, a pessoa jurídica assumiu a condição de parte, devendo ser cientificada da ação em trâmite por meio do envio de cópia da inicial. Vale dizer, a nova lei criou um litisconsórcio passivo necessário entre a autoridade coatora e a pessoa jurídica a que ela se vincula, de modo que a pessoa jurídica é parte legítima e deve figurar no pólo passivo, juntamente com a autoridade da qual emanou o ato coator.

Verifica-se, portanto, que ao impetrar o mandado de segurança nos termos da Lei nº 12.016/09, além da instrução da peça inicial com duas vias e da apresentação documentação probante do direito líquido e certo, faz-se necessária a indicação da pessoa jurídica da qual a autoridade coatora é integrante.

Outra novidade trazida pela nova lei é a restrição ao direito de impetração do mandado de segurança diante de extinção do processo, nos termos do artigo 267 do Código de Processo Civil (Lei 5.869/73). De acordo com a legislação anterior, ao impetrante era dado o direito de apresentar novo mandado de segurança nos casos de extinção do processo sem exame do mérito, não colocando, para tanto, um termo para a renovação da segurança. A lei vigente, por sua vez, estabelece, em seu artigo 6º, § 6º, que a nova ação mandamental, se extinta a primeira sem análise do mérito, só poderá ser intentada se e quando o prazo decadencial não estiver se esvaído.

Em relação ao cabimento da referida ação, tem-se que a nova legislação, em seu artigo 5º, inciso III, veio a positivar entendimento já consolidado jurisprudencialmente, ao prever que não é possível a impetração de mandado de segurança em face de decisão judicial transitada em julgado. Para isso, existe, no processo civil, a ação rescisória que tem prazo certo e hipóteses de cabimento taxativamente previstas. Corroborando tal positivação, temos a Súmula nº 268 do STF, que estabelece que “Não cabe mandado de segurança contra decisão judicial com trânsito em julgado”.

Outra inovação trazida pela Lei nº 12.016/09, é a ampliação das hipóteses de não cabimento de mandado de segurança. De acordo com o seu artigo 5º, por exemplo, só será possível a impetração de tal remédio em face de decisão judicial, caso não haja, no ordenamento jurídico, previsão de recurso com efeito suspensivo. Assim, se existe recurso e a este é atribuído o caráter de suspensão dos efeitos da decisão anterior, inadmitte-se a impetração da segurança.

Outra mudança diz respeito a recorribilidade das decisões concessivas ou denegatórias da medida liminar por meio do agravo de instrumento, o que está consignado no artigo 7º, § 1º, da nova lei.

Em relação à durabilidade da medida, quando de sua concessão pelo Poder Judiciário, tem-se que a Lei nº 12.016/09 revogou a Lei nº 4.348/1964 em sua íntegra, o que implica na desconsideração do prazo de duração da liminar previsto por esta legislação.

O artigo 1º, “b”⁴ da Lei nº 4.348/64 trazia que a eficácia da medida liminar seria de 90 (noventa) dias a contar da data de sua concessão, prazo este que poderia ser prorrogado por mais 30 (trinta) dias. Tendo sido revogado, depreende-se que os efeitos da liminar persistirão até a prolação da sentença, excetuados os casos em que a liminar for cassada ou revogada, isso por força de expressa disposição contida no § 3º do artigo 7º da Lei nº 12.016/09.

Além das novidades acima expostas, que certamente serão matéria de questionamentos na esfera judicial, a Lei nº 12.016/09 trouxe uma restrição à concessão de medidas liminares para entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior, assunto este que é o tema principal do presente estudo, o qual será abordado separadamente no item “II” a seguir.

⁴ Art. 1º Nos processos de mandado de segurança serão observadas as seguintes normas:
(...)

b) a medida liminar somente terá eficácia pelo prazo de (90) noventa dias a contar da data da respectiva concessão, prorrogável por (30) trinta dias quando provadamente o acúmulo de processos pendentes de julgamento justificar a prorrogação.

Antes, porém, vejamos um comparativo entre o antes e o depois da Lei nº 12.016/09, no que tange as novidades acima expostas.

I.II.I – Quadro Comparativo

Para facilitar a compreensão das alterações previstas no item "I.II" acima, segue quadro comparativo entre o antes e o depois da Lei nº 12.016/09:

ANTES DA LEI	APÓS A LEI
Legitimidade passiva: Autoridade coatora e, eventualmente, o órgão ou a pessoa jurídica	Legitimidade passiva: Autoridade coatora e, obrigatoriamente, o órgão ou a pessoa jurídica
Prazo de renovação da segurança, no caso de extinção sem exame do mérito: Não havia	Prazo de renovação da segurança, no caso de extinção sem exame do mérito: Dentro do prazo decadencial de 120 dias
Cabimento: Decisão judicial	Cabimento: Decisão judicial quando ao recurso cabível não é atribuído efeito suspensivo
Duração da liminar: 90 dias a contar da data de sua concessão, prorrogável por 30 dias.	Duração da liminar: Até a prolação da sentença, salvo de revogada ou cassada

II – Restrição à concessão de liminares na entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior

A Lei nº 12.016/09, em seu artigo 7º, § 2º, trouxe expressa vedação à concessão da medida liminar em mandado de segurança quando esta tenha por objeto a entrega de mercadorias e bens oriundos do exterior.

Pois bem. Quando tratamos de operação de importação, sabe-se que é comum que o contribuinte tenha sua mercadoria ou bem apreendidos quando descumpra uma obrigação tributária principal. Contudo, sabe-se também que a apreensão de mercadorias e bens em virtude do inadimplemento do tributo, quando do desembarço aduaneiro, não encontra larga acolhida nos meios jurisprudenciais. Resultado disso foi a edição da Súmula 323 pelo E. Supremo Tribunal Federal, a qual preconiza que: "É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos".

Nesse sentido, não seria plausível que a limitação contida no artigo 7º, § 2º da Lei nº 12.016/09 impedisse o deferimento de medida liminar em sede mandamental, de modo a engessar o livre exercício da atividade econômica pelos contribuintes, tornando-os reféns da autoridade fiscal.

Por essa razão, a restrição contida no dispositivo em comento não pode ser dissociada dos direitos e garantias fundamentais assegurados aos indivíduos pela ordem constitucional vigente, dentre os quais o direito ao livre exercício da atividade econômica.

Em virtude de tais garantias fundamentais, a melhor forma de se interpretar o artigo de lei em análise é no sentido de restringir a sua aplicação às mercadorias e bens advindos do exterior consistentes em produtos frutos do contrabando ou que ofereçam risco para o consumo. Para tais produtos, a nova positivação parece encontrar respaldo no ordenamento jurídico. Do contrário, estar-se-ia violando o livre acesso ao judiciário aos cidadãos inadimplentes que se achassem impossibilitados de liberar suas mercadorias pela via administrativa. Até porque, neste caso, muitas vezes as vias ordinárias mostram-se ineficientes, de forma que a impetração de segurança, visando à liberação de tais produtos, seria a melhor forma de se assegurar o exercício da atividade econômica pelo importador.

A Lei nº 2.770, de 04 de maio de 1956, já continha dispositivo nesse mesmo sentido, pelo qual era vedada a concessão de medida liminar ou preventiva que importasse na entrega da coisa apreendida, no caso de ações intentadas com vistas a obter a liberação de mercadorias, bens ou coisas. Em que pese o teor do dispositivo em comento, que em muito se assemelha ao normativo introduzido pela nova lei mandamental, a sua aplicação já era restrita aos bens frutos do ilícito.

Por esse enfoque, pode-se dizer que a nova lei do mandado de segurança em nada inovou, e, por isso, qualquer tentativa de se obstar a liberação de mercadorias apreendidas não possui amparo legal. Ou seja, a nova positivação veio reproduzir a que já vigorava e deve, da mesma forma, ser interpretada como a antiga.

Nesse sentido, vejamos decisão cuja interpretação deveria prevalecer em nossa Jurisprudência, mesmo após a publicação da Lei nº 12.016/09:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO – MEDIDA LIMINAR EM MANDADO DE SEGURANÇA – LIBERAÇÃO DE MÁQUINAS DE VIDEOLOTERIA – PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA DO JUÍZO CÍVEL – REMESSA A UM DOS JUÍZOS ESPECIALIZADOS EM MATÉRIA CRIMINAL DA SEÇÃO JUDICIÁRIA DO RIO DE JANEIRO – APLICAÇÃO DO DISPOSTO NO ART. 61 DA LEI N.º 5.010/66 – IMPOSSIBILIDADE DE DEFERIMENTO DE MEDIDA LIMINAR QUE IMPORTE NA LIBERAÇÃO DE MERCADORIAS VINDAS DO ESTRANGEIRO – LEI N.º 2.770/56 – PRECEDENTES – EFEITO SUSPENSIVO PARCIALMENTE DEFERIDO PARA NOMEAR A AGRAVANTE DEPOSITÁRIA FIEL DAS MÁQUINAS DESCRITAS NOS AUTOS, SEM POSSIBILIDADE DE COMERCIALIZAÇÃO, ATÉ O JULGAMENTO DO AGRAVO. I – Preliminar de incompetência absoluta do Juízo Federal Cível para apreciar e julgar o mandado de segurança originário, haja vista o disposto no art. 61 da Lei n.º 5.010 de 30 de maio de 1966, o qual dispõe que, verbis: "Na Seção em que houver Varas da Justiça Federal especializadas em matéria criminal, a estas caberá o processo e julgamento de mandado de segurança e de quaisquer ações ou incidentes relativos à apreensão de mercadorias entradas ou saídas irregularmente do país, ficando o juízo prevento para o procedimento penal do crime de contrabando ou descaminho (Código Penal, art. 334)". No caso, em tese, há a indicação de delito de contrabando, devendo, assim, ser aplicado tal dispositivo legal, sob pena de gerar, futuramente, toda sorte de nulidades, que, de ofício, já se afasta. II – A jurisprudência das nossas Cortes Regionais têm se posicionado a favor da aplicabilidade do art. 1º da Lei n.º 2770/56, o qual veda a concessão de medida preventiva ou liminar de qualquer natureza que importe na liberação de mercadorias vindas do estrangeiro (cf. TRF-1ª Região – AG 2000.01.00.007859-5, Rel. Juiz LUCIANO TOLENTINO AMARAL, DJU de 09/11/2001 e TRF-4ª Região – AG 2000.04.01010744-7, Rel. Juíza MARGTA INGE BARTH TESSLER, DJU de 31/05/2000, entre outros). III – Contudo, com o fim de evitar maiores danos à agravante, haja vista o alto custo de armazenagem das máquinas e, ainda, para viabilizar um resultado útil ao mandamus, é de ser parcialmente deferido o pedido contido no agravo interno, para nomear à agravante como depositária fiel dos equipamentos, que devem permanecer lacrados, sem qualquer possibilidade de comercialização até o julgamento do presente agravo de instrumento. IV – Agravo interno parcialmente provido. (Processo nº 200302010065358; AGRAVO INTERNO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO – 114507; Relator: Desembargador Federal BENEDITO GONCALVES; TRF2 Órgão julgador: QUARTA TURMA; Fonte: DJU - Data: 26/08/2003; Página: 200; Data da Decisão: 27/05/2003; Data da Publicação: 26/08/2003)"(g.n.)

Contudo, a redação trazida pela Lei nº 12.016/09 alimenta a existência de decisões contraditórias do Poder Judiciário. É de todo sabido que cabe ao Judiciário estabelecer o alcance da legislação em vigor, dando-lhe a interpretação possível. Por esse motivo, positivar medida restritiva de direitos e pretender atribuir-lhe um alcance restrito, condizente com a ordem jurídica constitucional, constitui em verdadeira anomalia. Se não fosse para impedir a liberação das mercadorias provenientes do exterior, quaisquer que sejam as razões de sua apreensão, para que o legislador ordinário haveria de positivar normativo com esse teor?

Por mais que a interpretação plausível deva ser no sentido de se inadmitir a concessão da liminar tão-somente diante de produtos de contrabando, o artigo de lei acrescido pela nova lei mandamental fere frontalmente os direitos e garantias fundamentais da Constituição Federal, principalmente o disposto no artigo 5º, inciso LXIX⁵. Esse normativo constitucional garante a impetração do mandado de segurança para a proteção de direito líquido e certo diante de ilegalidade ou abuso cometido por autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de funções públicas.

E, uma vez positivado dispositivo em comento, instaura-se a insegurança dos contribuintes em relação aos possíveis meios de se protegerem de constrações perpetradas pelos órgãos da administração pública.

⁵ LXIX – conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por "habeas-corpus" ou "habeas-data", quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público;

Exemplo de interpretação desfavorável ao interessado na liberação de mercadorias ou bens oriundos do exterior é o voto do Desembargador Reynaldo Fonseca, do Tribunal Regional Federal (TRF) da 1ª Região, proferido nos autos do Agravo de Instrumento nº 2009.01.00.056612-2, processo de origem nº 200934000225178, pelo qual se admitiu que a regra contida no § 2º do artigo 7º da nova lei, deve ser excepcionalmente flexibilizada. Pelo teor do voto, pode-se concluir que somente os erros burocráticos e greves, ensejariam a liberação do bem importado, isso se oferecida caução no valor do bem. A interpretação dada pelo D. Desembargador quando da prolação de seu voto, acabou por restringir as garantias fundamentais dos indivíduos, que são cláusulas pétreas, consagradas no artigo 60, § 4º, inciso IV, da Lei Maior.

III – Conclusão

Por todo o exposto, denota-se a importância atribuída a este remédio constitucional, de modo que qualquer tentativa de limitar o seu uso é incompatível com a ordem jurídica vigente.

A Constituição Federal coloca os direitos e garantias individuais no rol de cláusulas pétreas, as quais são inalteráveis, sendo o próprio mandado de segurança uma delas.

Na condição de garantia fundamental, as inovações trazidas pela nº Lei 12.016/09 não podem ser no sentido de restringir direitos assegurados pela lei mandamental anterior, os quais já foram recepcionados pela Constituição de 1988. Por isso, a redação do artigo 7º, § 2º da Lei nº 12.016/09 mostra-se dissonante à ordem constitucional vigente.

Espera-se que o Poder Judiciário, na condição de autoridade judicante, saiba atribuir o devido alcance do dispositivo em comento, não estendendo os seus efeitos a toda e qualquer situação de apreensão de mercadorias e bens, mas tão só àqueles frutos do contrabando.

Siqueira Castro Advogados
fbarbosa@siqueiracastro.com.br

Texto de autoria de Fabiana Gragnani Barbosa, advogada sênior do escritório Siqueira Castro Advogados, especialista em Direito Tributário e Aduaneiro, com a colaboração de Gabriela Miziara Jajah e Daniel Franco Clarke, também profissionais do escritório Siqueira Castro Advogados

Conselho Editorial da coluna Direito Marítimo, Portuário, Aduaneiro, Logística e Comércio Exterior