



ESTADO DA PARAÍBA
PODER JUDICIÁRIO
GAB. DO DES. ABRAHAM LINCOLN DA CUNHA RAMOS

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº. 0100635-26.2011.815.2001

RELATOR : Des. Abraham Lincoln da Cunha Ramos

AGRAVANTE : Município de João Pessoa

ADVOGADO : José Augusto Nobre Filho

AGRAVADA : AnaLíghia Nunes Barbosa - ME

ADVOGADOS : Airam Nadja Dantas Silva Falcone e Cristina Medeiros
Freire

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO

– Agravo de instrumento – Mandado de Segurança - Preliminar – Indeferimento da petição inicial – Ausência de indicação da pessoa jurídica que integra a autoridade coatora - Vício sanável – Rejeição - Emissão de alvará de funcionamento – Inexistência de prova pré constituída da ocorrência do ato impugnado e do respeito ao prazo decadencial para a impetração do “*mandamus*” – Dilação probatória em ação mandamental – Impossibilidade – Rito especial – Efeito translativo – Denegação da ordem mandamental, na origem.

- O mandado de segurança é ação constitucionalizada instituída para proteger direito líquido e certo, sempre que alguém sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por ilegalidade ou abuso de poder, exigindo-se prova pré-constituída como condição essencial à verificação da pretensa ilegalidade.

– Inexistindo prova pré-constituída da ocorrência do ato impugnado, tampouco da tempestividade do “*mandamus*”, e não permitindo a via escolhida a dilação

probatória, impõe-se a denegação do mandado de segurança.

—Reconhecida, na Segunda Instância, a ausência do ato impugnado, e sendo a matéria de ordem pública, não resta outro caminho ao relator senão o de julgar prejudicado o agravo de instrumento, e, de ofício, emprestando-lhe efeito translativo, **DENEGAR** a ordem mandamental.

Vistos etc.

Trata-se de Agravo de Instrumento com pedido de efeito suspensivo interposto pelo **MUNICÍPIO DE JOÃO PESSOA**, objetivando reformar a decisão prolatada pelo MM. Juiz de Direito 2ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital, que, nos autos do *mandado de segurança* sob o nº. 200.2011.023794-4/001, movida por **FORT FRUIT DO NORDESTE LTDA**, concedeu a antecipação de tutela, determinando que a autoridade coatora não imponha óbices infundados à expedição de alvará de funcionamento de modo a permitir a empresa impetrante a legítima abertura e conseqüente funcionamento da mesma.

Na ótica do recorrente, aduziu que a agravada não respeitou as orientações elencadas pela Lei de Mandado de Segurança, em seus artigos 6º e 7º, vez que, não indicou quem seria a pessoa jurídica que a autoridade coatora estaria vinculada, e no mérito, afirmou que a agravada não trouxe aos autos prova de que a agravante negou a concessão de alvará de funcionamento.

Por conta disso, pugnou pelo deferimento da liminar, para que sejam suspensos os efeitos da decisão agravada, e no mérito, o provimento do recurso.

Juntou documentos às fls. 14/53.

Devidamente intimada, a agravada apresentou contrarrazões ao recurso, aduzindo ser de conhecimento geral que o Prefeito da cidade de João Pessoa é o representante eleito pelo povo para administrar o Município de João Pessoa, pugnando pela rejeição da preliminar. No mérito, requereu o desprovimento do agravo, uma vez que o seu direito é líquido e certo (fls. 65/73).

Instada a se manifestar, a Douta Procuradoria de Justiça opinou pelo desprovimento do recurso em tela (fls. 92/98).

Informações prestadas às fls. 114/118, mantendo a decisão agravada.

É o relatório.

DECIDO

Preliminar – Indeferimento da inicial do Mandado de Segurança.

O mandado de segurança é uma ação constitucional, de natureza civil e de rito sumário especial, posto à disposição de toda pessoa para a proteção de direito líquido e certo, lesado ou ameaçado de lesão, 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.

A Lei 12.016/2009, a qual disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências, disciplina em seu art. 6º que:

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

O art. 7º ,por sua vez, estabelece que:

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

I - que se notifique o coator do conteúdo da petição inicial, enviando-lhe a segunda via apresentada com as cópias dos documentos, a fim de que, no prazo de 10 (dez) dias, preste as informações;

II - que se dê ciência do feito ao órgão de representação judicial da pessoa jurídica interessada, enviando-lhe cópia da inicial sem documentos, para que, querendo, ingresse no feito;

III - que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido, quando houver fundamento relevante e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja finalmente deferida, sendo facultado exigir do

*Agravo de Instrumento nº 0100635-26.2011.815.2001
impetrante caução, fiança ou depósito, com o objetivo de
assegurar o ressarcimento à pessoa jurídica.*

O art. 10 afirma que:

*Art. 10. A inicial será desde logo indeferida, por decisão
motivada, quando não for o caso de mandado de segurança ou
lhe faltar algum dos requisitos legais ou quando decorrido o
prazo legal para a impetração.*

Dessa forma, o agravante aduziu que a agravada não obedeceu ao rito estabelecido pela Lei 12.016/2009, uma vez que não indicou na inicial do mandado de segurança a pessoa jurídica que a autoridade coatora integra, sendo caso, portanto, de indeferimento da inicial, com a extinção do processo sem resolução de mérito.

No entanto, razão não assiste ao agravante.

É que embora a impetrante, ora agravada, não tenha elencado a pessoa jurídica o Município de João Pessoa é por demais óbvio, que o Prefeito do Município de João Pessoa integra a pessoa jurídica do Município de João Pessoa, devendo essa ausência ser tida como mera irregularidade sanável, em observância ao princípio da instrumentalidade das formas.

Ademais, tal vício foi sanado, com a intimação do Município de João Pessoa, nos termos do art. 7º, inc. II, da Lei 12.016/2009, tendo inclusive este apresentado o presente agravo.

Nesse sentido, já decidiu os nosso Tribunais Pátrios. Veja-se:

Mandado de Segurança. Concurso público. Preliminar. Alegação de inépcia da petição inicial. Ausência de indicação do Município como litisconsorte passivo. Ciência da pessoa jurídica de direito público interno através de sua representação judicial. Informações subscritas pela autoridade coatora e pelo Procurador do Município. Cumprimento do art. 7º, II, da Lei nº 12.016/2009. Rejeição. Mérito. Candidata aprovada dentro do número de vagas. Prazo de validade do certame expirado. Direito líquido e certo demonstrado. Precedentes. 1 - Apesar de ausente a indicação do Município como litisconsorte passivo, restou ciente a pessoa jurídica de direito público interno da impetração, tendo subscrito o Procurador do Município, inclusive, as informações, porquanto intimada através de despacho inicial desta Relatoria, nos termos do art. 7º, II, da Lei nº 12.016/2009, motivo

Agravo de Instrumento nº 0100635-26.2011.815.2001
pelo qual resta insubsistente a preliminar de inépcia da petição inicial suscitada. II - O princípio da moralidade impõe ao Administrador a obediência às regras insculpidas no instrumento convocatório, principalmente no que diz respeito ao preenchimento das vagas previstas no Edital. III - Expirado o prazo de validade, sem que a candidata aprovada tenha sido nomeada pela Administração Pública, nasce o direito líquido e certo à nomeação, passível de ser amparado por Mandado de Segurança, por violação aos princípios da legalidade e moralidade. Precedentes. Concessão da segurança. Decisão unânime.
(TJ-SE - MS: 2010103755 SE , Relator: DESA. GENI SILVEIRA SCHUSTER, Data de Julgamento: 02/02/2011, TRIBUNAL PLENO)

Assim, rejeita-se a presente preliminar.

Mérito

A postulação da ação mandamental cinge-se, liminarmente, na determinação para que o Município de João Pessoa paralise a “restrição administrativa” e autorize o funcionamento da impetrante, eis que presentes os requisitos da lei específica, e no mérito, pugnou pela procedência do mandamus, para conceder a segurança pleiteada.

O Município de João Pessoa ao intentar o presente agravo de instrumento aduziu que não há prova nos autos de que a agravante negou a concessão de alvará de funcionamento.

De início, importante ressaltar que o mandado de segurança trata-se de ação civil de rito sumário especial, destinado a afastar ofensa a direito subjetivo, líquido e certo, através de ordem corretiva ou impeditiva de ilegalidade.

Direito líquido e certo, por sua vez, é aquele que se apresenta claro desde o início, apto a ser exercido já no momento da impetração, sob pena de se fulminar “*ab initio*” a ação. É direito comprovado de plano, documentalmente robusto, com o condão de fragilizar qualquer contraditório.

Por isso se exige que a prova seja “*pré-constituída*”, isto é, já demonstrada no momento da propositura, consistindo numa documentação límpida e transparente, incapaz de gerar dúvidas sobre os fatos que motivaram a impetração.

A esse respeito, trago à baila as lições doutrinárias do mestre **CASTRO NUNES**:

“Direito líquido e certo ou que assim deva ser declarado situa-se no plano jurídico da obrigação certa quanto a sua existência, determinada quanto ao seu objeto e líquido na prestação exigida”¹.

E de HELY LOPES MEIRELLES:

“As provas tendentes a demonstrar a liquidez e certeza do direito podem ser de todas as modalidades admitidas em lei, desde que acompanhem a inicial. O que se exige é prova pré-constituída das situações e fatos que embasam o direito invocado pelo impetrante”².

Assim, percebe-se que as provas de todas as circunstâncias fáticas relevantes ao processo devem ser apresentadas junto com a exordial, sob pena de se inviabilizar a análise da pretensão mandamental.

Pois bem. Como visto, o presente “*mandamus*” visa combater ato dito ilegal e abusivo do Secretário da Receita Municipal de João Pessoa que não concedeu o alvará de funcionamento da empresa, ora agravada. Vê-se, assim, nos termos do que restou relatado pelo requerente, que se trata de ato administrativo comissivo, único e de efeitos concretos, que determinou a supressão de vantagem pecuniária.

Contudo, a ação mandamental não veio instruída com a prova que seria imprescindível à análise do direito almejado. É que conquanto a impetrante alega que o auditor fiscal do Município de João Pessoa tenha despachado, aduzindo que o imóvel onde se encontra a microempresa da agravada tem débitos com o Estado, deixou ele de juntar aos autos documento que demonstre que tenha havido, realmente, a alegada não concessão de alvará de funcionamento. Não há qualquer prova no caderno processual que indique que o agravante indeferiu o pedido.

Além disso, nos termos do entendimento consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça, o termo “*a quo*” para a contagem do prazo decadencial de 120 (cento e vinte) dias, previsto no art. 23 da Lei nº 12.016/2009³, nos casos de mandado de segurança destinado a impugnar ato administrativo que suprime vantagem é a data de sua ciência pelo interessado. Veja-se:

“MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. MILITAR. GRATIFICAÇÃO DE LOCALIDADE ESPECIAL. PORTARIA NORMATIVA N. 13/MD-2006,

¹ Mandado de Segurança, Forense, 8ª ed., Rio de Janeiro, 1980, p. 66

² MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção e “habeas data”*, 3ª Edição ampliada e atualizada pela Constituição de 1988, Editora Revista dos Tribunais, São PAULO, 1998, P. 15

³ Art. 23. O direito de requerer mandado de segurança extingue-se á decorridos 120 (cento e vinte) dias, contados da ciência, pelo interessado, do ato impugnado.

Agravo de Instrumento nº 0100635-26.2011.815.2001 DO MINISTÉRIO DA DEFESA. ATO COMISSIVO, ÚNICO E DE EFEITOS CONCRETOS. TERMO INICIAL DO PRAZO DECADENCIAL.

1. Insurge-se o impetrante contra a supressão da Gratificação de Localidade ocorrida em sua remuneração, em virtude da edição da Portaria/MD n. 13, de 5/1/2006, que passou a estabelecer novos requisitos para sua concessão. Entretanto, o mandado de segurança somente foi protocolizado em 6/7/2006, fora do prazo decadencial de 120 dias, previsto no art. 18 da Lei n. 1.533/1951.

2. Segundo o entendimento consolidado no Superior Tribunal de Justiça, o ato administrativo que suprime vantagem é único e de efeitos concretos, iniciando-se o prazo decadencial para a impetração do mandamus a partir da ciência do ato impugnado.

3. Mandado de segurança extinto com resolução do mérito, em razão da decadência (art. 269, IV, do CPC). (MS 11.999/DF, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 11/09/2013, DJe 18/10/2013)” (grifei)

E:

“MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR MILITAR. GRATIFICAÇÃO DE LOCALIDADE ESPECIAL. PORTARIA NORMATIVA Nº 13 DO MINISTÉRIO DA DEFESA.

WRIT AJUIZADO APÓS O PRAZO PREVISTO NO ARTIGO 18 DA LEI Nº 1.533/51.

DECADÊNCIA. RECONHECIMENTO.

1. Impõe-se reconhecer a decadência quando o mandado de segurança é impetrado após esgotado o prazo de 120 dias previsto no art. 18 da Lei nº 1.533/51, cuj a contagem se inicia a partir da ciência do ato que se diz ter violado direito líquido e certo.

2. Extinção do processo, com exame do mérito, a teor do disposto no art. 269, IV, do Código de Processo Civil.

(MS 12.009/DF, Rel. Ministro PAULO GALLOTTI, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 22/11/2006, DJe 29/04/2008)” (grifei)

No caso vertente, entretanto, não colacionou o impetrante prova da data em que teve ciência do apontado ato coator, não havendo, assim, como reconhecer a tempestividade da presente ação mandamental.

Com efeito, restando ausente prova pré-constituída da ocorrência do ato impugnado, tampouco da tempestividade do “*mandamus*”, impõe-se a extinção do processo sem resolução do mérito, em consonância com os precedentes jurisprudenciais:

“ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA. EXAME NACIONAL DE DESEMPENHO DOS ESTUDANTES – ENADE. COLAÇÃO DE GRAU E ACESSO AO DIPLOMA SEM A REALIZAÇÃO DO EXAME. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA.

1. Mandado de segurança por meio do qual se objetiva a dispensa do Enade para se colar grau e ter acesso ao diploma.

2. Conforme entendimento jurisprudencial do STJ, a realização do Enade pode ser considerada condição para a colação de grau e obtenção do Diploma. Nesse sentido: REsp 1346893/PR, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 12/11/2012.

3. Por força do art. 10 da Lei n. 12.016/2009, o mandado de segurança deve ser denegado porquanto não há nos autos prova pré-constituída da existência de eventual direito do impetrante, no que se refere ao seu alegado desconhecimento da obrigação de comparecimento ao Enade.

(...)

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no MS 19.923/DF, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 08/05/2013, DJe 17/05/2013)” (grifei)

Ainda:

“PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. REMÉDIO CONSTITUCIONAL PARA TUTELA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO, ASSIM ENTENDIDO AQUELE QUE DECORRE DE FATOS DEMONSTRADOS DE FORMA INEQUÍVOCA, POR PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA.

1. Mandado de segurança é instrumento para tutela do direito líquido e certo, ameaçado ou violado por ato de autoridade. Certeza e liquidez são requisitos que dizem respeito ao fato jurídico de que decorre o direito. *Ex facto oritur jus. Só há direito líquido e certo quando o fato que lhe dá origem está demonstrado por prova inequívoca que, em se tratando de mandado de segurança, deve estar pré-constituída.*

(...)

3. A controvérsia sobre o fato constitutivo afasta, assim, a certeza e a liquidez do direito afirmado, tornando inviável a utilização do mandado de segurança, o que não inibe, evidentemente, as vias ordinárias.

4. Mandado de segurança extinto sem julgamento do mérito.

(MS 8408/DF, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Rel. p/ Acórdão Ministro TEORI ALBINO

Destarte, é comezinho de direito que mesmo se tratando de agravo de instrumento, ficam transladadas ao Tribunal as matérias de ordem pública, sem que isso venha a representar desrespeito aos limites do âmbito de sua atuação, cujos contornos está delimitados pelo efeito devolutivo dos recursos. Em sendo assim, mesmo não descortinadas em primeiro grau de jurisdição, é assegurado no âmbito recursal, por força da profundidade da devolução, o reconhecimento da incompetência da Justiça Comum para apreciar a matéria alegada no mandado de segurança, extinguindo-se, de antemão, a ação deflagrada do recurso.

Sobre a matéria, veja-se o escólio de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery:

“Efeito translativo. Dá-se o efeito translativo, quando o sistema autoriza o tribunal a julgar fora do que consta nas razões ou contra-razões do recurso, ocasião em que não se pode falar em julgamento ultra, extra, ou infra petita. Isto ocorre normalmente com as questões de ordem pública que devem ser conhecidas de ofício pelo juiz e a cujo respeito não se opera a preclusão (v.g, CPC 267, § 3.º, 301 § 4.º).

E mais adiante arrematam:

“Daí por que é lícito ao tribunal, apreciando apelação apenas do autor, contra sentença de mérito que lhe fora parcialmente favorável, extinguir o processo sem julgamento do mérito, entendendo ser o recorrente carecedor de ação. É que o exame das condições da ação deve ser feito ex officio (CPC 267 § 3.º), não caracterizando a proibição da reformatio in pejus, incidente apenas quanto às questões de direito dispositivo.”²

Nesse sentido, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça. Veja-se:

“PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. PEDIDO DE SUSPENSÃO DO PROCESSO INDEFERIDO. DECISÃO IMPUGNADA MEDIANTE AGRAVO DE INSTRUMENTO, NO QUAL SE FORMULA PEDIDO DE REFORMA PARA O FIM DE CONCESSÃO DO EFEITO SUSPENSIVO À EXCEÇÃO E DE PROSEGUIMENTO DO PROCESSO. APLICAÇÃO, PELO TRIBUNAL, DO EFEITO TRANSLATIVO DOS

² In, Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil em vigor, 3.^a ed., Editora Revista dos Tribunais.

Agravo de Instrumento nº 0100635-26.2011.815.2001
RECURSOS, COM A EXTINÇÃO DIRETA DA AÇÃO DE
EXECUÇÃO NO JULGAMENTO DO AGRAVO DE
INSTRUMENTO, INDEPENDENTE DE PEDIDO.
POSSIBILIDADE. PRECEDENTE. JULGAMENTO POR
MAIORIA. DESNECESSIDADE DE INTERPOSIÇÃO
DE EMBARGOS INFRINGENTES (...)

— É possível a aplicação, pelo Tribunal, do efeito translativo dos recursos em sede de agravo de instrumento, extinguindo diretamente a ação independentemente de pedido, se verificar a ocorrência de uma das causas referidas no art. 276, § 3º, do CPC. Precedente.

— Não é possível em sede de recurso especial, promover a revisão da matéria fática decidida. Súmula 7/STJ. Recurso especial a que se nega provimento” (RESP 200500496719, Nancy Andrighi, Terceira Turma, 06/05/2009)

E:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO.
CONCURSO PÚBLICO. EXAME FÍSICO.
IMPOSSIBILIDADE MÉDICA. FORÇA MAIOR.
REMARCAÇÃO DO TESTE. EFEITO TRANSLATIVO
DO RECURSO ORDINÁRIO. AGRAVO DE
INSTRUMENTO. POSSIBILIDADE DE EXTINÇÃO.
MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. IMPOSSIBILIDADE
JURÍDICA DO PEDIDO NÃO CONFIGURADA.
RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM PARA NOVO
JULGAMENTO.

1. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que as instâncias ordinárias podem extinguir o processo sem resolução de mérito, conhecendo de ofício de matéria de ordem pública, capaz de gerar a rescindibilidade do julgado caso não detectada a tempo, em respeito ao efeito translativo dos recursos ordinários e ao princípio da economia processual.

2. Hipótese em que a pretensão originária objetiva a declaração do direito à remarcação de teste físico em certame para ingresso nos quadros da Polícia Militar do Estado do Paraná como Soldado, em razão de impedimento médico, ocasionado por acidente ocorrido 9 (nove) dias antes da data prevista em edital.

3. A tese de fundo, referente à possibilidade de remarcação do exame físico em concurso público por força maior, já foi objeto de apreciação nesta Corte, bem como no Supremo Tribunal Federal e, recentemente, tem-se firmado favoravelmente ao pleito, por não implicar em ofensa ao princípio da isonomia. Afasta-se, portanto, o fundamento da extinção do feito por impossibilidade jurídica do pedido.

4. Recurso especial parcialmente provido, para que o Tribunal de origem promova novo julgamento do agravo de instrumento.

*Agravo de Instrumento nº 0100635-26.2011.815.2001
(STJ - REsp 1293721/PR, Rel. Ministra ELIANA
CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/04/2013,
DJe 10/04/2013*

Pelo exposto, reconhecida a ausência de prova pré constituída, e sendo a matéria de ordem pública, conhecível em qualquer grau de jurisdição, não há outro caminho a trilhar, senão conhecer do presente agravo de instrumento, e, de ofício, emprestando-lhe efeito translativo, **DENEGAR** a ordem mandamental, na origem, ficando, portanto, sem efeito o despacho liminar de fls. 47/49 (ação originária).

Custas “*ex lege*”.

Sem honorários advocatícios, nos termos do art. 25 da Lei nº 12.016/2009 c/c Súmulas 512 do STF e 105 do STJ.

João Pessoa, 03 de fevereiro de 2015

P.I.

Des. Abraham Lincoln da Cunha Ramos
Relator